Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito

Ludmilla Camacho Duarte Vidal

CONVENÇÕES PROCESSUAIS: DO REALINHAMENTO DAS ESTRUTURAS RELACIONAIS DE PODER NO PROCESSO CIVIL AOS PADRÕES DE CONTROLE

RIO DE JANEIRO
2017

Ludmilla Camacho Duarte Vidal

CONVENÇÕES PROCESSUAIS: DO REALINHAMENTO DAS ESTRUTURAS RELACIONAIS DE PODER NO PROCESSO CIVIL AOS PADRÕES DE CONTROLE



Dissertação apresentada ao Centro de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito Processual

Orientador: Prof. Titular Paulo Cezar Pinheiro Carneiro

RIO DE JANEIRO

2017

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

V648 Vidal, Ludmilla Camacho Duarte.
Convenções processuais: do realinhamento das estruturas relacionais de poder no processo civil aos padrões de controle/ Ludmilla Camacho Duarte Vidal. - 2016.
281 f.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro.
Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Processo civil -Teses. 2.Processos - Teses. 3. Cláusulas (Direito) – Teses. I. Carneiro, Paulo Cezar Pinheiro. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 347.91/.95

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

_____ _____

Assinatura Data

Ludmilla Camacho Duarte Vidal

Convenções processuais: do realinhamento das estruturas relacionais de poder no processo civil aos padrões de controle

Dissertação apresentada ao Centro de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito Processual.

Aprovada em 06 de fevereiro de 2017.

Banca examinadora: _____

Prof. Titular Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho (Coorientador)
Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. Marco Antonio dos Santos Rodrigues
Faculdade de Direito – UERJ

_____

Profa. Dra. Clarissa Diniz Guedes Ferreira
Universidade Federal de Juiz de Fora

Rio de Janeiro

2017

DEDICATÓRIA

Para minha mãe, com amor.

AGRADECIMENTOS

> *"O que se encontra no início? O jardim ou o jardineiro? É o jardineiro. Havendo um jardineiro, mais cedo ou mais tarde um jardim aparecerá. Mas havendo um jardim sem o jardineiro, mais cedo ou mais tarde ele desaparecerá. O que é um jardineiro? Uma pessoa cujo pensamento está cheio de jardins. O que faz um jardim são os pensamentos de um jardineiro".*[1]

A sensibilidade de Rubem Alves reside em tecer delicadezas capazes de transmitir as sutilezas de vários momentos da vida, nos quais a figura do bom jardineiro pode ser testemunhada. O bom jardineiro, indivíduo incomum, porém real, além de traçar o enredo do próprio jardim, incentiva o crescimento de tantos outros campos de flores, pois se preocupa com a harmonia para fora do seu espaço, o que o faz ser "uma pessoa cujo pensamento está cheio de jardins".

Sou convicta de que em meu "jardim" encontram-se frutos da cooperação de jardineiros invulgares; e para aqueles que desempenharam um papel importante durante realização do presente trabalho, deixo registrada a minha gratidão:

Agradeço ao meu orientador, o Professor Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, pela confiança em mim depositada. Sempre será uma grande referência em minha trajetória acadêmica e profissional. Ao Professor Humberto Dalla em razão dos ensinamentos compartilhados nas aulas do Mestrado e, sobretudo, pelo apoio gentil e encorajador para a realização do período de pesquisa na Universidade de Paris1 – Panthéon Sorbonne. Ao Professor Leonardo Greco, por ter despertado o meu interesse pelo tema dos acordos processuais e também pelas tantas indicações bibliográficas e disponibilização sempre generosa de obras fundamentais à realização da pesquisa. Ao Professor Loïc Cadiet, pela prontidão nos e-mails, recepção gentil e sugestões de obras para o estudo do sistema francês. Ao Professor Antonio Cabral, pelos aprendizados nas aulas de fundamentos do processo civil e pelas lições contidas no livro "Convenções Processuais", no qual pude encontrar

[1] ALVES, Rubem. *É uma pena não viver. Uma biografia de Rubem Alves/Gonçalo Junior.* São Paulo: Planeta do Brasil ed., 2015.

direcionamento teórico preciso e claro. Também registro a minha gratidão ao Professor Marco Antonio Rodrigues pelas sugestões na qualificação, além das reflexões sempre ponderadas, que foram compartilhadas durante as discussões em sala.

Ainda na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, minha casa, tive a sorte de ter sido aluna e orientanda da Professora Clarissa Diniz Guedes Ferreira, profissional brilhante e pessoa cativante. Sem dúvidas, Clarissa foi a principal motivadora para que eu me enveredasse nos caminhos da academia. Hoje é uma grande amiga, que continua a me inspirar!

Com saudações carinhosas, agradeço aos amigos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em especial: Anderson Paiva, Bianca Farias, Érika Napoleão, Tatiana Machado e Tatiana Paula. Deixo aqui meus sinceros agradecimentos para as amigas Carla Bonfadini e Michele Paumgartten (minha guru brilhante!), que tanto me ajudaram na dissertação. Agradeço as sugestões preciosas, o diálogo constante e o envio de tantos textos de difícil acesso. Além disso, essa etapa não teria sido concluída se não fosse o apoio e a acolhida tão afetuosa dos "Duartes" mais queridos e especiais: tia Celeste, Nena, Sérgio, Mari, Nina e as crianças (Alice, Ciça, Bel e Pedro), minha animada família carioca, que me recebeu de braços abertos na Guanabara. Vocês são demais!

Finalmente, agradeço aos responsáveis pela minha essência: meus pais e Pedro. Vocês são a minha base, o meu porto seguro. Sou grata especialmente à minha amorosa mãe, que nunca mediu esforços para apoiar as minhas escolhas, mesmo nos momentos mais desafiadores, principalmente no ano de 2016. Ao Felipe, meu amor: não encontro palavras capazes de demonstrar toda importância do seu amor desmedido, carinho doce e companheirismo tão encorajador. Obrigada por ser você!

A propósito, eu tive – e tenho – a sorte de partilhar momentos incríveis com autênticos jardineiros. Por isso, estou certa de que existe esperança; ainda existe utopia...

Juiz de Fora/MG, dezembro de 2016.

RESUMO

VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. *Convenções processuais:* do realinhamento das estruturas relacionais de poder no processo civil aos padrões de controle. 2016. 281f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual), Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

A dissertação versa sobre as convenções processuais e convida o leitor para, no primeiro capítulo, mergulhar um pouco na história do processo civil, espelho das formas de interação entre Estado e indivíduo durante a evolução dos tempos. Nesse palco relacional, discorremos brevemente a respeito do "embrião" dos acordos processuais: a *litis contestatio* típica dos períodos *legis actiones* e *per formulas* do processo romano; lembrança que remonta à concepção de processo "coisa das partes", que após o movimento de publicização se quis superar. Após caminhar pela história, chegaremos ao atual contexto da jurisdição contemporânea, espaço adequado ao desenvolvimento do instituto convencional afinado à compreensão de processo civil à luz do Estado constitucional, em que se pressupõe a coexistência das prerrogativas do Estado-juiz e a liberdade das partes, inclusive na definição dos rumos do processo. No capítulo segundo, pretendemos traçar uma linha metodológica suficiente, firmando premissas necessárias (a fim de alinhar técnica e prática) com o fito de, no terceiro capítulo, sistematizar o controle realizado pelo juiz. O CPC reconhece a potencial contribuição que o mecanismo poderá ofertar ao aprimoramento da tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva, voltada às necessidades humanas e ao incremento do acesso à justiça a partir da instituição de uma terceira via integrativa. O trabalho trafega por inúmeros desdobramentos sensíveis das convenções processuais, seja na definição dos elementos constitutivos e classificações possíveis, seja o modo de vinculação do Estado-juiz e a sistematização do controle de regularidade pelo magistrado ao concretizar a cláusula geral de negociação processual. Trata-se de tema instigante, por vezes denso, e que dialoga com vários elementos do processo civil e, inclusive, de fora dele. Certamente, perfaz um dos pontos indissociáveis ao estudo do processo contemporâneo, porquanto desvenda a nova configuração da dinâmica de participação no processo, sugerindo como a autonomia das partes e os poderes públicos do Estado possam conviver de maneira equilibrada e corresponsável, sob a égide do processo civil ético, técnico e cooperativo.

Palavras-chave: Direito processual civil. Convenções processuais. Processo cooperativo. Cláusula geral de negociação processual. Controle.

ABSTRACT

VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. *Convenções processuais:* do realinhamento das estruturas relacionais de poder no processo civil aos padrões de controle. 2016. 81f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual), Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

The study concerns to the procedural contracts, and invites the reader to, in the first chapter, immerse in the history of the process, which reflects the forms of interaction between state and individuals throughout the evolution. In this relational stage, we briefly discuss the procedural agreement's "embryo": the litis contestatio typical of the periods legis actiones and per formulas of the roman process; memory that goes back to the conception of the process "of the parties", which people tried to forget after the second methodological phase of the process. After walking across the history, we will reach the current context of the jurisdiction, adequate space to the development of the procedural contracts tuned to the comprehension of process in the light of the constitutional State, which presupposes the coexist between the powers of the State-judge and the freedom (autonomy) of the parties, as well as in the definition of the process's future. In the second chapter, we intend to establish a methodological line, defining some necessary premises (to align theory and practice) to systematize the control made by the State-judge in the third chapter. The Civil Procedural Code of 2015 recognizes the potential contribution that the mechanism could offer to the improvement of the jurisdictional protection, directed to the human necessities and to the improvement of the access to justice, creating a third integrative way. The paper goes through countless consequences of the procedural agreements: the definition based on its constitutive elements, possible classifications, form of binding of the State-judge to the agreements and the systematization of the control by the judge when applied the general clause of procedural negotiations. That is an exciting theme, sometimes dense, and that dialogues with various elements both inside and outside the process. The procedural contract consists in one of the inseparable points of the relational dynamic of power in the process, suggesting how the autonomy of the parties and the public powers of the State-judge might coexist in a balanced and responsible way, over the light of the ethic and technical civil process.

Keywords: Civil procedural law. Procedural contracts. Cooperation procedure. General clause of procedural negotiation. Control.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP	Ação Civil Pública
ADR	*Alternative Dispute Resolution*
CC	Código Civil de 2002
CDC	Código de Defesa do Consumidor
Cf.	conforme; confronte; confira
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CPC/1939	Código de Processo Civil de 1939
CPC/1973	Código de Processo Civil de 1973
CPC/2015	Código de Processo Civil de 2015
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
e.g.	*exempli gratia*
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Civis
i.e.	isto é
LEC	*Ley de Enjuciamiento Civil*
MARC	Meios Adequados de Resolução de Conflitos
MP	Ministério Público
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TDA	Tomada de Decisão Apoiada
V.	Vide
v.g.	*verbi gratia*
ZPO	*Zivilprozessordnung*

SUMÁRIO

	CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	15
1	**A VOCAÇÃO DO PROCESSO CIVIL DO NOSSO TEMPO: MODELOS PROCESSUAIS CONSTRUÍDOS A PARTIR DAS INTERAÇÕES ENTRE ESTADO E INDIVÍDUO E O REDIMENSIONAMENTO DA JURISDIÇÃO CONTEMPORÂNEA**.....	27
1.1	**Delimitação do objeto do capítulo**.....	27
1.2	**A *litis contestatio* como noção primitiva de convenção processual**...	30
1.3	**O sincretismo e o modelo francês do Código napoleônico de processo civil**.....	35
1.4	**Do declínio do sincretismo à oposição das ideias de Josef Kohler e Oskar Bülow**.....	42
1.5	**O processo socializador estruturado por Franz Klein e a ZPO austríaca**.....	47
1.6	**O processualismo da escola italiana de direito processual do séc. XX e sua influência no Brasil**.....	51
1.7	**Instrumentalidade do processo e convenções processuais: a importância desse estudo**.....	56
1.8	**O fortalecimento do Estado democrático de direito e a constitucionalização do processo**.....	64
1.8.1	O direito fundamental do amplo acesso à justiça e a função integrativa das convenções processuais.....	69
1.8.2	As normas fundamentais do processo civil: alguns apontamentos necessários.....	74
1.9	**Desvendando o "garantismo processual": crítica à polarização do debate publicismo *vs.* privatismo**.....	78
1.10	**Escopos da jurisdição contemporânea: o ponto de partida para o estudo das convenções processuais**.....	82

2 **A CONFORMAÇÃO DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS NA TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: TÉCNICA PROCESSUAL, DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E POSSÍVEIS CLASSIFICAÇÕES**..... 92
2.1 **Delimitação do objeto do capítulo**..... 92
2.2 **Breve mirada sobre a teoria dos fatos jurídicos *lato sensu*: fato jurídico, ato jurídico e negócio jurídico**..... 93
2.3 **Os fatos jurídicos processuais *lato sensu*: conceito e sistematização**..... 97
2.4 **Atos jurídicos processuais *lato sensu*: a busca por critérios definidores e principais vertentes doutrinárias**..... 101
2.5 **Negócio jurídico processual**..... 108
2.6 **Convenção processual**..... 114
2.7 **Convenção processual como ato processual constitutivo ou determinante: a classificação de James Goldschmitd**..... 122
2.8 **As situações (ou posições) jurídicas processuais como efeitos das convenções processuais**..... 124
2.9 **Convenções processuais prévias (pré-processuais) e incidentais (interlocutórias)**..... 127
2.9.1 Convenções processuais como técnica de tutela jurisdicional adequada: adaptação processual pelas partes..... 136
2.10 **Convenções processuais dispositivas e obrigacionais**..... 143
2.11 **Convenções processuais de disposição e de administração processual**..... 146
2.12 **Convenções processuais típicas e atípicas e a *mobilidade* da cláusula geral de negociação processual**..... 151
2.13 **Convenções processuais no marco do processo cooperativo: por uma identificação da posição do Estado-juiz e sua vinculação ao ajuste processual das partes. Rumo à redefinição das estruturas relacionais de poder no processo civil**..... 157
3 **CONTROLE DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS: UMA PROPOSTA DE CONCRETIZAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DE NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL**..... 169

3.1 **Delimitação do objeto do capítulo**..... 169
3.2 **Diretrizes gerais de interpretação e controle**..... 171
3.2.1 *In dubio pro libertate*: harmonização do princípio dispositivo e princípio do debate para a influência no processo. A prioridade da norma de base convencional..... 171
3.2.2 Contraditório-influência..... 175
3.2.3 Igualdade: para além da paridade de armas e a importância da atividade jurisprudencial na consolidação de padrões decisórios..... 176
3.2.4 Boa-fé e cooperação processual: previsibilidade, clareza e certeza do conteúdo convencionado e dos efeitos produzidos. O respeito à confiança e às expectativas legítimas geradas pela convenção processual..... 179
3.2.5 Respeito à coerência e ao fluxo sistêmico: o microssistema de negociação processual e a interpenetração simbiótica de convenções processuais típicas e atípicas..... 183
3.3 **Planos de existência, validade e eficácia**..... 185
3.4 **Consentimento e referibilidade ao processo**..... 186
3.5 **Requisitos de aferição da validade e da eficácia das convenções processuais**..... 188
3.5.1 Capacidade processual negocial..... 190
3.5.1.1 Capacidade processual negocial: a posição do incapaz assistido ou representado..... 195
3.5.1.2 Capacidade processual negocial: a manifesta situação de vulnerabilidade como requisito subjetivo negativo..... 198
3.5.2 Vontade livre e conscientemente manifestada..... 204
3.5.3 Forma, tempo e lugar das convenções processuais..... 205
3.5.4 Limitações quanto ao objeto das convenções processuais..... 208
3.5.4.1 Causas que admitam solução decorrente de autocomposição..... 208
3.5.4.2 Matéria de reserva legal, desrespeito aos limites impostos pela lei e derrogação de regra de proteção a direitos materiais irrenunciáveis. Tumulto processual, oneração do Poder Judiciário ou de terceiro..... 214
3.5.4.3 Necessidade de se vedar a aplicação da licitude do objeto segundo o direito material para se evitar fraude ou simulação processual..... 216

3.5.4.4 Contrato de adesão e a vedação à inserção de cláusula abusiva. Convenção processual e direito do consumidor..... 217
3.5.4.5 A questão da ordem pública processual como um possível filtro de verificação da licitude do objeto das convenções processuais..... 222
3.5.4.6 Proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais: ponderação entre autonomia ou "autorregramento da vontade" e direitos fundamentais do processo..... 232
CONCLUSÕES..... 244
REFERÊNCIAS...... 260

COMUNIDADE: A BUSCA POR SEGURANÇA NO MUNDO ATUAL

Zygmunt Bauman[2]

O balanço do passado, a avaliação do presente e a previsão dos futuros são atravessados pelo conflito e eivados de ambivalência. Há boas razões para conceber o curso da história como pendular, mesmo que em relação a certos aspectos pudesse ser retratado como linear: a liberdade e a segurança, ambas igualmente urgentes e indispensáveis, são difíceis de conciliar sem atrito – e atrito considerável na maior parte do tempo. Estas duas qualidades são, ao mesmo tempo, complementares e incompatíveis; a chance de entrarem em conflito sempre foi e sempre será tão grande quanto a necessidade de sua conciliação.

A promoção da segurança sempre requer o sacrifício da liberdade, enquanto esta só pode ser ampliada à custa da segurança. Mas segurança sem liberdade equivale a escravidão (e, além disso, sem uma injeção de liberdade, acaba por ser afinal um tipo muito inseguro de segurança); e a liberdade sem segurança equivale a estar perdido e abandonado (e, no limite sem uma injeção de segurança, acaba por ser uma liberdade muito pouco livre).

Essa circunstância provoca nos filósofos uma dor de cabeça sem cura conhecida. Ela também torna a vida em comum um conflito sem fim, pois a segurança sacrificada em nome da liberdade tende a ser a segurança dos outros, e a liberdade sacrificada em nome da segurança tende a ser a liberdade dos outros.

[2] BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual.* Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003, p.24.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A referência utilizada em epigrafe, extraída da obra "Comunidade: a busca por segurança no mundo atual" do sociólogo contemporâneo Zygmunt Bauman,[3] sugere uma importante reflexão a respeito de um dos principais "mal-estares da civilização" que remanescem na atual pós-modernidade: o desafio da compatibilização adequada entre os vetores *liberdade* e *segurança.* O presente paradoxo nos remete à própria noção de Estado enquanto instituição política, que despontou com o fito de inserir o homem no meio civilizatório, assumindo o compromisso de protegê-lo em relação ao seu núcleo individual intangível.[4]

Ao mencionar os diagnósticos da fase moderna sobre a dinâmica relacional entre cidadão e Estado, registrados por Sigmund Freud[5] em " O mal-estar na civilização" e em "O futuro de uma ilusão", Zygmunt Bauman destacou a notável transferência da autonomia pelo indivíduo em prol da conservação da segurança, significando o seu aprisionamento em simbólicas "jaulas de ferro".[6] Essa constatação é contraposta, segundo o sociolólogo referenciado, ao estágio de ampliação dos espaços de liberdade conquistados pela pós-modernidade, típicos da presente "sociedade líquida" e de "alta velocidade" (*high-speed society*), que se revelam como penetráveis por restrita medida de segurança.[7] A relação

---

[3] BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual.* Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

[4] Na famosa frase cunhada por John Locke: *l'État est fait pour l'individu et non l'individu pour l'État* (*Essai concernant l'origine, l'extension et la fin vérile du gournement civil*, 1669).

[5] Na perspectiva de Sigmund Freud, a civilização foi criada às custas da satisfação dos instintos do homem, que entregou à sociedade uma grande parcela de sua liberdade. Por essa razão, o princípio do prazer mostra-se incompatível com a realidade, uma vez que esta impõe severas restrições para sua a realização. - O mal-estar na civilização. In: *Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud*, vol. 21, Rio de Janeiro: Imago, 1976.

[6] O termo foi utilizado por Max Weber como uma forma de manifestação da burocratização da organização social e do racionalismo, podendo ser consultado na obra: *A ética protestante e o "espírito" do capitalismo.* São Paulo: Cia das Letras, 2004, p.26.

[7] BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual.* Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, pp.24-25. Em pertinência ao segmento jurídico, essa concepção de segurança (jurídica) seria aquela tradicionalmente associada à rigidez normativa, à estrita legalidade e à estabilidade. A doutrina tem apontado que, atualmente, a segurança jurídica sofreu um giro hermenêutico-estrutural significativo e, portanto, recebeu um renovado âmbito de normatividade, impulsionado pelo formato jurídico-estrutural contemporâneo. Nesse contexto, deve seguir alinhada às ideias de previsibilidade, determinação e confiança na estabilidade do direito como unidade e integridade. Essa é a ótica adotada por Judith Martins-Costa. Mediante respaldo em decisão do STF (Segunda Turma, QO Pet (MC) n. 2.900/ RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, julg. em 27/ 05/2003, DJ 01/08/2003), explica que nesse novo contexto multiforme, a segurança jurídica é penetrada pelo

paradoxal entre liberdade e segurança também é identificada por Humberto Ávila, ao enxergar que "[...] de um lado, para se proteger o indivíduo e para se eliminarem os riscos para sua segurança, tanto jurídica quanto física e social, o Estado precisa saber de tudo, ser capaz de tudo, e poder tudo".[8] Todavia, o autor acrescenta que o resultado da forte ingerência estatal revela-se contra-intuitivo, pois ocorre justamente o que se pretendeu afastar: a insegurança, indiretamente gerada pela diminuição da liberdade, a qual serviu de contrapeso para o fortalecimento da autoridade do Estado a fim de propiciar segurança.[9] Por outro lado, a liberdade (autonomia) implica a configuração de um sistema mais amplo e acessível para englobar maiores possibilidades e, por isso, seria menos assecuratório e previsível. Dessa forma, a dificuldade do Estado na proteção de interesses em graus mais específicos promove indiretamente a diminuição da liberdade dos indivíduos em razão da própria redução da segurança.[10]

Na mirada de Zygmunt Bauman, não há solução ideal ao mencionado conflito dicotômico, oscilante de ponto a outro do pêndulo conforme a realidade social, política e cultural examinada; fato que não representa óbice algum à constante inquietude humana em tentar encontrar o "ponto de Arquimedes" dessas duas concepções, porquanto, como sabiamente advertiu o memorável autor polonês: "segurança sem liberdade equivale a

princípio da confiança legítima: "[...] a confiança dos cidadãos é constituinte do Estado de Direito, que é, fundamentalmente, estado de confiança. Seria mesmo impensável uma ordem jurídica na qual não se confie ou que não viabilize, por meio de seus órgãos estatais, o indispensável estado de confiança. A confiança é, pois, fator essencial à realização da justiça material, mister maior do Estado de Direito. De resto, a exigência de um comportamento positivo da Administração Pública na tutela da confiança legítima dos cidadãos corre paralela ao crescimento, na consciência social, da extremada relevância da conexão entre a ação administrativa e o dever de proteger de maneira positiva os direitos da personalidade, constituintes do eixo central dos direitos fundamentais [...]". A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. In: *R. CEJ*, Brasília, n. 27, out./dez. 2004, p.116. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/641/821, acesso em 20 dez. 2016.

[8] ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.58.

[9] Nas palavras de Humberto Ávila: "[...] quanto maior é a quantidade de informação, tanto maior é a possibilidade de se prever o futuro; contudo, quanto maior é a quantidade de informação, tanto maior também é aquilo que precisa ser previamente considerado e avaliado. Daí por que o maior conhecimento conduz ao aumento do sentimento de insegurança: o cidadão sabe mais, mas exatamente porque sabe mais, também conhece o que precisa prever e o que pode não se confirmar no futuro. O futuro, antes nas mãos de Deus, com a secularização, foi posto nas mãos do homem, cabendo a este último dominá-lo, por planejamento e não por adivinhação. No entanto, com a sociedade moderna e com o aumento da complexidade das relações, decorrente dos avanços técnicos e tecnológicos, o futuro ficou maior. Na busca por segurança – eis o paradoxo –, o homem terminou por se sentir mais inseguro". Ibid, p.54.

[10] A segurança, nesse contexto, alude à falta de previsibilidade. No prisma do Estado-legislação, a situação se percebe pela mudança operada com relação à técnica legislativa, que atualmente tem optado por utilizar normas jurídicas abertas, com enunciados em formas de cláusulas gerais e conceitos juridicamente indeterminados, em detrimento de regramentos com elementos concretos e aplicados a situações específicas; sendo, por isso, mais flexível, porém menos previsível.

escravidão [...] e a liberdade sem segurança equivale a estar perdido e abandonado [...] e acaba por ser uma liberdade muito pouco livre".[11]

O direito, pelo fenômeno cultural que é, um espelho genuíno da realidade de seu tempo,[12] não poderia ser imune às modificações nas formas de organização da vida em sociedade. Indubitavelmente, os influxos ideológicos encampados pela ciência jurídica ao longo dos tempos influem diretamente no modelo jurídico desejável e compatível com as circunstâncias e com valores sociais, políticos e econômicos em determinado momento histórico.[13] E quanto ao direito processual civil, as transformações produzidas ao longo da história entre autonomia privada (corolário da liberdade) e poderes públicos do Estado conferem novos horizontes à arquitetura da relação processual, abrindo espaço para novas redistribuições de poder ao demandar a revisitação da quota de participação de cada um no processo.

A existência de interesses públicos e privados e a magnitude do princípio do contraditório-influência despertam o pensar de que o sistema processual comporta a harmonização entre os poderes do Estado-juiz com a autonomia das partes durante todo o percurso do processo. Essa harmonização implica, inclusive, na conformação dos atos processuais, o que não significa retrocesso ao privatismo processual.[14] De acordo com essa perspectiva, o tema da dissertação perfaz um dos resultados mais evidentes a respeito da renovação metodológica do processo civil, isto é, do novo modelo teórico de processo construído a partir da renovação de seus escopos e da elaboração de novas técnicas mais adequadas para a coordenação entre liberdade e os objetivos públicos do Estado.[15] De

---

[11] BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mudo atual.* Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003, p.24.

[12] Assim como é o processo, conforme: MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.12.

[13] No tocante à reflexividade entre direito, processo e cultura: Oscar G. Chase, *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada,* Trad. Sergio Arenhart e Gustavo Osna, São Paulo: Marcial Pons, 2014.

[14] "Se a publicização do processo ensejou indiscutíveis conquistas, o rechaço à ideia de efetiva participação das partes e da formulação de negócios jurídicos processuais, como se integrassem uma espécie de trauma epistemológico, não encontra mais lugar nesta quadra histórica" GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil.* In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord.). Coleção Liebman. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp.28-29.

[15] Roberto Omar Berizonce reconhece a importância do resgate da humanização do processo, exigindo uma coordenação racional entre liberdade e justiça, já realçada por Calamandrei: (Las grandes líneas tendenciales del proceso civil a fines del segundo milenio (*Proceso y justicia, en Estudios sobre el proceso civil*. Buenos Aires: EJEA, Traducido por Semis Melendo, v.lll, 1962, p.219). *"ningún tema como el del proceso merece hoy la atención y el empeño de los estudiosos, porque en ningún campo como en el del proceso es posible encontrar y*

instrumento e espaço de *julgamento*, o processo deve ser compreendido com instrumento e espaço de *resolução de conflitos*.[16]

Nessa perspectiva, ao se enfatizar a contribuição das convenções processuais no *realinhamento das estruturas relacionais de poder no processo*,[17] firmando-se padrões (*standards*) de controle e de concreção (*Konkretisierung)* da cláusula geral de negociação processual enunciada no artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, observaremos no instituto uma peça de maior compatibilização dos vetores destacados retro: liberdade e segurança. Inexistindo investigação apurada relativamente aos requisitos e aos efeitos imprecisos da cláusula geral de negociação processual, a liberdade das partes restará prejudicada em razão da insegurança gerada quanto à postura do Poder Judiciário ao exercer o controle.

É relevante perceber que a mencionada segurança adquirida com a boa prática das convenções processuais, notadamente das atípicas, para as quais a autorização decorre de cláusula genérica (artigo 190, CPC), só será possível de ser conjugada com a liberdade das partes se nós partirmos de uma releitura do seu conteúdo, orientado pela noção de previsibilidade, confiança e expectativa legítima depositada no Estado,[18] o qual, respeitará, como Estado-juiz, padrões de interpretação e de controle. O resultado da conjugação de liberdade e segurança é aqui intuitivo: a falta de previsibilidade a respeito do que pode ou daquilo que não pode ser convencionado em matéria processual enfraquece a liberdade, ao passo que o contrário consagra ambas. Dito isso, o tema contribui para tal equacionamento, desde que bem estabelecida a margem de negociabilidade.

---

valorar reunidos, en su angustiosa actualidad todos los aspectos jurídicos, políticos y morales, del problema central de la sociedad humana, que es el problema de la conciliación de la libertad con la justicia". Las grandes líneas tendenciales del proceso civil a fines del segundo milenio. In: *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal,* n.23-24,1999, p.45.

[16] Leonardo Carneiro da Cunha. Comentários ao artigo 190. In: *Comentários ao novo Código de Processo Civil, Antonio do Passo Cabral; Ronaldo Cramer (coord.).* Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.326.

[17] O Código de Processo Civil de 2015 emprega o verbo 'convencionar', conforme é a redação do artigo 190, *caput* e parágrafo único. Realmente, o mais adequado é falar em "convenções processuais" ou "acordos processuais", espécies de negócios processuais, que remetem a composições de interesses na maioria dos casos convergentes entre os sujeitos pactuantes. Esse fator não é verificado nos contratos do direito privado, pois estes resultam de interesses sempre contrapostos. Importante observar que, em respeito ao microssistema de negociação processual, a compreensão da cláusula geral do artigo 190 do CPC deverá ser conjugada com o enunciado normativo do artigo 200 do mesmo diploma, de modo de haverá negócios processuais bilaterais e multilaterais (convenções processuais) e negócios processuais unilaterais. A questão será melhor tratada no capítulo 2.

[18] O assunto não receberá enfoque no presente trabalho. Sobre ele, remetemos o leitor ao texto: MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. In: *R. CEJ*, Brasília, n. 27, out./dez. 2004, p.116. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/641/821, acesso em 20 dez. 2016.

Prosseguindo, as dimensões ideológicas do instituto convencional e a busca por melhores técnicas de colocá-lo em prática consiste em um dos assuntos mais instigantes do direito processual civil hodierno[19]. A convenção sobre processo (regulação das situações jurídicas processuais) e procedimento (ajustes procedimentais) pode ser apontada como consequência da forte preocupação de se utilizar mecanismos mais eficientes que possam refletir o aprimoramento da qualidade das decisões judiciais inseridas no contexto de cidadania processual.[20] Representam, dessa forma, um convite para uma ponte de travessia entre a concepção não raras vezes autoritária e paternalista da função jurisdicional e um espaço democrático de valorização do diálogo ético e pluriparticipativo, no qual a autonomia das partes, advinda do direito fundamental da liberdade como um dos pilares do Estado constitucional democrático e de direito, e os poderes do Estado-juiz se revelam como *coexistentes*.[21]

A temática produz efeitos no estudo jurídico-dogmático da teoria geral do processo, sendo inserida como *fonte da norma processual*, levando-nos ao rompimento do dogma da estrita legalidade tido durante tempos como intransponível,[22] se quer dizer, a compreensão de que as normas jurídicas processuais, em sua maioria cogentes e imperativas, não seriam passíveis de alteração pela convergência de vontade das partes.[23] Na realidade, sob a

---

[19] CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès em droit français sur la constractualisation du règlement des litiges. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. *Numero speciale: accordi di parti e processo.* Milano: Giuffrè, 2008; CADIET, Loïc. *Los acuerdos procesales en derecho francês: situación actual de la contractualización del processo y la justicia em Francia.* Disponível em: http://www.civilProcédurereview.com, acesso em 10 jun. 2015; CAPONI, Remo. Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Numero speciale: accordi di parti e processo.* Milano: Giuffrè, 2008; CARPI, Federico. Introduzione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Numero speciale: accordi di parti e processo.* Milano: Giuffrè, 2008; CIPRIANI, Franco. *Il processo civile nello Stato democratico.* Napoli, 2006; CIPRIANI, Franco. El autoritarismo procesal y las pruebas documentales In: *Revista Ius et Práxis,* ano 13, n.12. Disponível em http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v13n2/art03.pdf, acesso em 27 jan. 2016.

[20] Nesse sentido: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo valorativo.* 4. ed., São Paulo: Saraiva, p.23.

[21] CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade.* Traduzido por Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

[22] Cândido Rangel Dinamarco, que sempre se manifestou contrariamente aos negócios jurídicos processuais em razão da irrelevância da vontade das partes para disciplinar os atos processuais, alterou recentemente o seu posicionamento e assim destacou: "[...] vínhamos de um regime em que se impunha com extremo rigor a estrita *legalidade* na definição dos procedimentos e das situações ativas e passivas integrantes da relação jurídica processual, os quais não podiam ser livremente escolhidos pelas partes nem alterados por atos de vontade destas ainda quando de acordo". *Instituições de Direito Processual Civil. vol. I.* 8. ed, São Paulo: Malheiros, 2016, p.45.

[23] *v.g.*, os registros de Chiovenda sobre os *"contratti processuali"*: *"l'accordo processuale per sua natura ha sempre di mira più o meno direttamente l'attività del giudice, che in virtù dell'accordo stesso viene limitata di fronte all'altra parte. Non ogni deroga a una norma dispositiva e non le sole deroghe a norma dispositive costituiscono contratti processuale"*. *Principii di diritto processuale civile – le azioni. Il processo di cognizione*, 3. ed. Napoli, 1923, p.105.

perspectiva publicista – ou hiperpublicista – da ciência processual surgiram inúmeras derivações teórico-dogmáticas e, no que concerne à conformação do processo, cultivou-se o "mito sagrado" de que o processo só seria regulamentado pela lei e não por outras fontes normativas, e que o caráter cogente representaria óbice à derrogação das regras do processo. No entanto, a convenção processual, da mesma forma, por exemplo, que a norma legal e a norma advinda de precedente judicial, consiste em fonte normativa do processo, cuja base é convencional.

Com o passar do tempo, começou-se a perceber a insuficiência do procedimento ordinarizado para se atingir a tutela adequada em todas as espécies de demanda, sendo que o procedimento especial, por sua fragmentação, restringia-se a situações específicas. Ao se constatar que os procedimentos ordinário e especiais previstos pela norma processual ostentavam insuficiências em relação à natureza dos conflitos e à realidade das partes, os magistrados passaram a empreender técnicas de flexibilização procedimental (adaptação procedimental), compatibilizando o feito com as especificidades da causa. Fato é que a conformação das regras processuais se restringia às prerrogativas do órgão julgador, não havendo a possibilidade de as partes dialogarem para juntas chegarem a pontos de consenso acerca do modo mais adequado do litígio ser desenvolvido e solucionado.[24] Nesse ponto, questiona-se: se ao Estado-juiz são atribuídos amplos poderes de flexibilização, não há razão para que essa iniciativa seja completamente negada às partes, as maiores conhecedoras do contexto que compõe a situação litigiosa.

Porém, em contrapartida, é necessário conferir ao Estado-juiz certos poderes fiscalizatórios (exame de validade) no momento que internaliza na cadeia procedimental o acordo processual celebrado. No que concerne à ingerência estatal, é com o fito de assegurar a efetivação do núcleo intangível dos direitos fundamentais que o controle sobre a validade das convenções processuais se legitima. Em realidade, os acordos processuais encontram respaldo

[24] Em tese relacionada ao tema, intitulada de "as cláusulas relativas aos litígios no direito francês: aspectos internos e internacionais" – "*les clauses relatives aux litiges em droit français: aspects internes et internationaux",* thèse pour le Doctorat em Droit Privé: Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2005 – Riham MANSOUR MAHRAN nos lembra que as convenções relativas ao litígio envolvem duas categorias gerais: cláusulas relativas às soluções dos litígios, remetendo ao próprio fundo de direito (direito material) envolvido; e as cláusulas que objetivam regulamentar a organização dos litígios sob o aspecto processual (que são as convenções processuais). Apenas a segunda categoria será estuda nesta dissertativa, conforme demonstrado a seguir. De modo análogo, Federico Carpi traça a distinção entre *accordi nel processo*, *accordi per il processo* e *accordi nel processo per il processo*. No tocante ao primeiro caso, têm-se os acordos com eficácia substancial, ao passo que o segundo, ao seu turno, alude aos atos praticados para o processo, mediante estipulações em cláusula contratual - por exemplo: convenção sobre o perito, acordo que derrogue a jurisdição, ajustes sobre provas etc. Já a terceira e última hipótese indica a participação das partes na condução da técnica processual, situação ainda incipiente em ares italianos, mas aceita em casos específicos. Introduzione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Numero speciale: accordi di parte e processo.* Milano: Giuffrè, 2008, pp.2-3.

nos direitos fundamentais, principalmente no direito fundamental de liberdade, corolário do princípio da dignidade humana, e pelos próprios direitos fundamentais são fixados os seus contornos, conforme abordado no capítulo 3.

Oportuno destacar que o tema também imprime uma nova formatação e maiores possibilidades ao formato de litigância, na medida em que as eventuais partes possam se preparar previamente, estabelecendo estratégias de maximização dos resultados práticos e minimização dos riscos de eventual processo, o que certamente enfatiza o momento da negociação pré-processual[25] e realça a relevância das técnicas de preparação do instrumento contratual, que passam a levar em consideração algumas possíveis variantes do direito processual, não mais dependentes da visão legal-centralizadora. É atribuída uma nova engrenagem (rearranjo) à relação entre o direito material e o processo. Por exemplo, os contratantes podem convencionar sobre o direito material e, em troca disso, estipular concessões sobre o processo em potencial, seja no tocante ao modo de condução do procedimento ou na conformação das situações processuais (ônus, poderes, deveres e faculdades) titularizadas pelas partes, com o intento de aplicá-las ao processo versando a respeito da relação contratual estabelecida.

Em outro giro, as experiências da arbitragem sinalizam uma alternativa à crise enfrentada pelo Poder Judiciário, sobretudo em virtude do déficit de efetividade de decisões não raras vezes morosas e solipsistas. Sem embargo, a submissão do litígio à jurisdição estatal, com as adequações negociadas entre os litigantes, denota a potencialidade de torná-la tão ou ainda mais atrativa do que a própria arbitragem, justamente por se tratar de um ambiente jurisdicional acessível a todos cidadãos. Assim, a dinâmica do processo passa a ser desenvolvida tanto pela observância do procedimento ordinarizado padrão, conforme os parâmetros impostos pela lei, quanto pelo influxo de vontade das partes. Envolvido por esses sopros renovadores[26], o Código de Processo Civil de 2015, como apontado, concedeu

---

[25] CADIET, Loïc. Les jeux du contrat et du procès: esquisse. Philosophie du droit et droit économique – quel dialogue? In: *Mélanges em l'honneur de Gérard Farjat*. Paris: Frosin-Roche, 1999; PANTOJA, Fernanda Medina. *Protocolos pré-processuais: fundamentos para a construção de uma fase prévia ao processo no direito brasileiro.* Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2016; MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. *A fase pré-processual: o ônus de preparação da demanda e os filtros legítimos à propositura de ações judiciais.* Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2011.

[26] Em sua origem, o termo foi utilizado no contexto em que José Carlos Barbosa Moreira se referia ao sopro renovador do Código de 1806 e sua interferência em toda Europa. *O Processo Civil Brasileiro entre dois mundos.* Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online, acesso em 11 jul. 2016.

significativo destaque ao instituto das convenções processuais,[27] e ultrapassou os limites até então firmados pelos acordos típicos e pelos atos de disposição processual (artigo 158 do CPC/1973).[28] O legislador de 2015 inseriu a cláusula geral de negociação processual (artigo 190, CPC), a qual preceitua que, quando o direito admitir a autocomposição, será lícito às partes convencionarem mudanças no procedimento com o fito de ajustá-lo às idiossincrasias da demanda ou negociarem os seus ônus, deveres, poderes e faculdades, antes ou durante o feito. Acontece que, como já apontado, a cláusula geral de negociação processual (artigo 190, CPC) veicula pressupostos de regularidade altamente imprecisos, fluidos no antecedente e no consequente, os quais deverão ser controlados pelo Estado-juiz no caso concreto.

Daí emerge a **questão problema** da presente dissertação: é cediço que as convenções processuais se encontram no ordenamento brasileiro desde as legislações processuais anteriores; não obstante, em razão da herança jurídico-cultural brasileira arraigada, de preponderância do autoritarismo e o paternalismo estatal, têm sido pouco exploradas na condição de ferramenta relevante à obtenção de decisões mais ajustadas às especificidades da causa, ampliando a margem de participação e de exercício de liberdade das partes conforme seus próprios anseios. Nessa linha, as convenções em matéria processual e procedimental podem continuar sendo de baixa incidência, mesmo inseridas no cenário do Estado constitucional, democrático e pluriparticipativo, de reavaliação dos escopos da jurisdição contemporânea e de ampla autorização legislativa, caso não se desenvolvam parâmetros de aferição dos elementos do artigo 190, *caput* e parágrafo único do CPC.

Não restam dúvidas sobre toda a potencialidade do mecanismo ao aprimoramento da ciência processual civil e à acentuação da concepção de processo no marco cooperativo, encontrando-se relacionado ao incremento do acesso à justiça, instituindo uma espécie de *terceira via integrativa* ou híbrida,[29] isto é, nem arbitragem, nem jurisdição estatal cujo

---

[27] Da mesma maneira, o Código de Processo Civil de 2015 estabelece poderes gerais de adaptação processual ao juiz em vários dispositivos, *v.g*.: artigos 139, 282, 283, 370, 380, 400, entre outros.

[28] O conteúdo normativo veiculado pelo artigo 158 do Código de 1973 - e reproduzido no artigo 200 do Código de 2015 - previa a possibilidade de disposição sobre *direitos* processuais mediante a fixação de declarações - bilaterais ou unilaterais - de vontade, sem a necessidade de homologação judicial. Além disso, facilmente se aponta a existência de convenções processuais típicas na legislação de 1973, dentre elas: distribuição do ônus da prova (artigo 333, parágrafo único); cláusula de eleição do foro competente (artigo 111); suspensão convencional do processo (artigo 265, inciso II); adiamento da audiência (artigo 453, inciso I); escolha do arbitramento para a liquidação da sentença (artigo 606, I, *in fine*) etc.

[29] *"Cette prolifération de contrats judiciaires s'explique pour partie par l'utilisation purement opportune de la notion retenue aux seules fins de qualifier des actes nouveaux que leur caractère hybride mi-conventionnel mi-judiciaire ne permet pas de ranger dans le catégories traditionnelles existentes*". MULLER, Ivone. *Le contrat judiciaire en droit privé.* These pour le Doctorat en Droit. Paris: Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, 1995, p.22.

procedimento se encontra submetido estritamente aos termos da lei. O convenente, dessa maneira, participa da construção do próprio instrumento democrático[30], e não somente do resultado da cognição compartilhada pelos sujeitos do processo.[31] A potencialidade, por sua vez, segue atrelada à interpretação dos requisitos de validade e de eficácia das convenções processuais em consonância com os desígnios da jurisdição contemporânea. Todavia, é baixo o índice de trabalhos acadêmicos tratando da análise do comportamento do Estado-juiz diante de uma convenção processual, sobretudo quanto à configuração do controle por ele realizado. Na verdade, ao mudarem os poderes de mãos, surgem novos instrumentos de controle, o que implica no surgimento de outros poderes do órgão estatal. O controle é o ponto nodal.

Por decorrência, é firmado o **objetivo central** da dissertação: contribuir com o equilíbrio da dinâmica de participação no processo, propiciando a convivência harmônica da atuação das partes com as prerrogativas do Estado-juiz,[32] por meio da investigação dos requisitos de regularidade das convenções processuais, consubstanciados no artigo 190 do CPC, com o fito de apurar a margem de negociabilidade processual permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro. Na perseguição desse desiderato, faz-se necessário questionar a respeito da postura correta do magistrado perante uma convenção processual, de modo a se evitar o império da liberdade negocial desenfreada, ou, ao revés, o controle arbitrário do Estado-juiz, que ao não observar padrões racionais elaborados pela doutrina e concretizados pela jurisprudência, comprometerá o desenvolvimento do processo de envergadura garantística, o acesso à justiça e, em última análise, o objetivo central de participação e de autonomia incorporado pelo instituto.

A **justificativa** da pesquisa consiste na constatação de que os parâmetros de regularidade das convenções processuais devem ser severamente lapidados pela doutrina, sob pena de, no intuito de se estimular o amplo diálogo humanizado para além da influência na decisão final, o efeito colateral seja mais forte do que o próprio remédio e mate o doente,

---

[30] CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*, vol. III. Buenos Aires: Uteha Argentina, 1944, p.7.

[31] Vale a ressalva de que as partes não decidem com o Estado-juiz, porquanto não existe simetria na decisão judicial. Todavia, a decisão é fruto da cognição compartilhada dos sujeitos do processo, isto é, trata-se de atividade processual em cooperação. Nesse sentido, Fredie Didier Jr. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: *Ativismo Judicial e Garantismo Processual.* Coord. DIDIER JR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. Salvador: Juspodivm, 2013, p.213.

[32] "Essa proposição acaba por implicar nova organização do formalismo processual, forçando a uma melhor distribuição das posições jurídicas das partes e do juízo no processo, de modo a torná-lo mais cooperativo e menos rígido para uma ótima consecução da justiça no caso concreto [...]". MITIDIERO, Daniel. *Colaboração do processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.101.

gerando ampla subjetividade na esfera de atuação do Estado-juiz, que poderá invalidar, com respaldo na imprecisão que acarreta uma cláusula geral (artigo 190), ajustes processuais de pontos estratégicos celebrados pelas partes.

Sobre a **hipótese,** compreendemos que o controle do Estado-juiz será pautado atentamente nos requisitos de validade abordados, além do núcleo essencial dos direitos fundamentais do processo. Parece-nos que se os filtros sugeridos forem adequadamente observados, não haveria razões para recusar a aplicação da convenção processual. O **marco teórico** selecionado corresponde ao acesso à justiça e aos direitos fundamentais do processo, com respaldo no garantismo processual segundo a doutrina de Leonardo Greco.[33] A noção de processo garantístico, que será tratada no final do primeiro capítulo, deve nos remeter à ideia de equilíbrio e de delimitação da atuação dos sujeitos no desenrolar do feito. Se, por um lado, a exclusão das partes desvenda pleno autoritarismo do poder público, por outro, a sua exclusividade na definição dos rumos do processo pressupõe uma flagrante indiferença do Estado, reduzindo o processo a um "jogo de sofismas e armadilhas".[34]

O trabalho possui **recortes epistemológicos** definidos. Em relação às delimitações metodológicas, não serão examinados os acordos típicos de procedimento de maneira compartimentada, os negócios jurídicos processuais unilaterais (*v.g*., desistência da ação ou interposição de um recurso) ou plurilaterais (como os protocolos institucionais),[35] mas sim as *convenções processuais bilaterais referentes a processos que versarem sobre interesses*

---

[33] GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. *Revista Jurídica*, ano 51, n. 305, São Paulo: Notadez, 2003, p.61.

[34] GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no Processo Civil. In: *Revista de Processo,* v. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.46.

[35] Os protocolos institucionais ou administrativos correspondem a acordos multilaterais de gestão coletiva de processos, realizados entre Poder Judiciário, Conselho Nacional de Justiça, Ministério Público, Ordem dos Advogados do Brasil, entre outros. Trata-se de instrumento valioso de estruturação de políticas públicas, incremento da autonomia pública – democracia participativa – e adequação procedimental a certos tipos de demandas. *Cf.* PANTOJA, Fernanda Medina. *Protocolos pré-processuais: fundamentos para a construção de uma fase prévia ao processo no direito brasileiro.* Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2016, pp.163-168.
Loïc Cadiet leciona a respeito: *"Le contrat y est également devenu, à la fois, un instrument de gestion de l'instance, avec les contrats de procédure, qu'ils soient individuels [...] ou collectifs, comme les protocoles e procédure conclus entre les juridictions et les professions judiciaires, sortes de convention collective de procédure civile, ainsi qu'un outil de politique publique, qu'il s'agisse de promouvoir la communication électronique des actes du procès, l'accès au droit ou d'améliorer les performances des juridictions."* Propos introductif; "faire lien". In: *La contractualisation de la production normative. Sous la direction de Sandrine Chassagnard-Pinet, David Hiez*. Paris: Dalloz, 2008, p.173. Os protocolos institucionais não serão objeto do presente estudo por remeter a questões que fugiriam dos contornos ora delimitados, entre elas, pelo fato de não se considerar a manifestação individual da vontade de todos que a ele se vinculam e a análise detida da participação do judiciário no desempenho de gestão (administração) judiciária.

individuais e de natureza civil.[36] Por certo, não se abordará a dicotomia liberdade e segurança indicada nas primeiras linhas, mas tão somente o reposicionamento do instituto das convenções processuais na qualidade de um elemento de conformidade visível entre esses dois vetores no âmbito processual, desde que bem compreendido o seu alicerce metodológico e manejados adequadamente o controle.

A pesquisa foi organizada em **3 capítulos**.

No **capítulo 1** será atribuído enfoque à evolução histórica da dimensão ideológica e cultural do direito processual civil no que concerne à relação entre Estado-juiz e partes. O debate provocado não é consequência dos novos tempos, muito pelo contrário. Embora comporte um colorido novo,[37] trata-se de discussão que remonta a uma das tensões centrais do direito processual civil.

A fim de coligir a publicização do processo com a autonomia privada,[38] serão desvendados os desígnios da jurisdição contemporânea, rompendo com o abandono do predomínio irrestrito do interesse público em face das questões individuais das partes. Será remodelada a performance do Estado-juiz na condição de agente protetor dos direitos fundamentais e viabilizador do processo dialógico e eticamente orientado. Dessa maneira, torna-se inevitável prosseguir para além da instrumentalidade, sem ousar perder de vista que esta se refere a uma corrente de pensamento de méritos e conquistas, atuando como mola propulsora para o desenvolvimento do processo civil. Sem a instrumentalidade, estaríamos imergidos na introspecção do "processualismo científico" em relação ao ambiente exterior. Tendo em vista que as convenções processuais decorrem da participação das partes na disciplina do processo, não subsiste o dogma da irrelevância da vontade das partes. De outra forma, seria contraditório com as premissas adotadas na dissertação. Ademais, com a finalidade de compreender a presente configuração da função jurisdicional, dialogaremos com algumas ferramentas disponíveis para a resolução dos conflitos, partindo-se da ideia de que a busca pela consensualidade é uma das essências das matrizes jurídicas contemporâneas. Os acordos processuais representam nova perspectiva de negociação, unindo consensualidade e convencionalidade processual.

---

[36] Não trataremos do tema no campo penal. Sobre ele: KERCHOVE, Michel van de. Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle? In: *La contractualisation de la production normative.* Sous la direction de CHASSAGNARD-PINET, Sandrine ; HIEZ, David. Paris: Dalloz, 2008, p.187 *et seq*.

[37] GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil.* In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord.). Coleção Liebman. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.25

[38] Idem.

No **capítulo 2** será tratada, dentro da teoria geral dos fatos jurídicos processuais, a tipologia dos acordos processuais mediante a utilização de conceitos lógico-jurídicos, atentando-se às adaptações necessárias no campo processual. Além disso, serão examinadas possíveis classificações, sendo uma delas já abordada em outra oportunidade.[39] Nesse momento, uma das questões mais importantes reside na análise da postura do Estado-juiz em relação às convenções em matéria processual e os fundamentos que justifiquem a sua vinculação; além da necessária investigação sobre o fato de o magistrado possuir ou não capacidade processual negocial e interesse para atuar na condição de sujeito dos acordos processuais. O objetivo é construir as principais premissas metodológicas do instituto para sustentar a proposta de controle do capítulo subsequente.

Finalmente, o **capítulo 3** versará acerca do controle ou exame de regularidade das convenções processuais, mediante uma proposta de concretização da cláusula geral de negociação processual do artigo 190, CPC. Serão sugeridos parâmetros de aferição dos requisitos e dos efeitos jurídicos veiculados pela norma, aplicáveis a todas espécies de convenções processuais: típicas e atípicas, dispositivas e obrigacionais, prévias e interlocutórias. Cuidam-se dos elementos gerais de regularidade – validade – e filtros valorativos imprescindíveis ao controle sistematizado. Uma abordagem sobre a ordem pública processual será realizada com a finalidade de se investigar se seria um critério satisfatório para cumprir o papel de uma das balizas de aferição da licitude do objeto das convenções processuais, além do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, também abordado ao final do capítulo.

Para alcançar os objetivos desse *mémoire*, serão utilizadas como fontes de pesquisa obras nacionais e estrangeiras. Imperioso destacar que a investigação da temática em ordenamentos alienígenas propicia a identificação, nessa pesquisa, de como se estabelece as interações entre partes e Estado-juiz e como a legislação tem sido construída em relação às convenções processuais.

Não obstante, o estudo do direito estrangeiro demanda diagnóstico cauteloso e deverá sempre partir da cultura jurídica e do contexto revelado pelo sistema processual examinado, para não se permitir uma suposta universalização de critérios que suplantem as especificidades de cada ordenamento jurídico.

---

[39] VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Convenções processuais: premissas operacionais e os escopos da jurisdição contemporânea. In: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Coord.) *Inovações do Código de Processo Civil de 2015.* Rio de Janeiro, GZ, 2016, pp.71-99. Confere-se em: GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil,* vol.01, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp.58-64.

1. A VOCAÇÃO DO PROCESSO CIVIL DO NOSSO TEMPO: MODELOS PROCESSUAIS CONSTRUÍDOS A PARTIR DAS INTERAÇÕES ENTRE ESTADO E INDIVÍDUO E O REDIMENSIONAMENTO DA JURISDIÇÃO CONTEMPORÂNEA

1.1 . Delimitação do objeto do capítulo

A temática das convenções processuais, em virtude de conferir nova delimitação aos papéis desempenhados pelo juiz e pelas partes na arquitetura do processo, reacende uma relevante discussão acerca da divisão de trabalho dos sujeitos processuais, e acaba por nos remeter à gênese do direito processual civil nos primórdios do sincretismo inicial do direito romano, seio da concepção de *jurisdictio*.[40] No curso da história, as interações entre partes e Estado-juiz[41] passariam por transformações nitidamente pendulares, sobretudo após a metade do século XIX durante a transição do Estado liberal para o Estado social. Assim, o processo concebido até então como "coisa das partes" *("Sache der Parteien")*, máxime em relação à iniciativa sobre fatos e provas (princípio dispositivo processual), tornou-se, praticamente, "coisa sem partes".[42]

Na visão de Chiovenda, o relacionamento estabelecido entre partes e Estado-juiz corresponde ao centro de emanação de todo sistema processual,[43] sendo daí extraídos seus motes, regramentos do procedimento, a técnica processual e, inclusive, os limites de atuação do poder público face à esfera do indivíduo no que se refere ao desempenho da função jurisdicional.

Reflexão análoga foi compartilhada por José Carlos Barbosa Moreira, ao mencionar que "falar dos poderes do juiz importa enfrentar o problema central de política jurídica, a cujo

---

[40] ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Evolución de la doctrina procesal. *Estudios de teoría general e historia del processo,* tomo 2. México: UNAM, pp.307-308.

[41] Entende-se por sujeitos processuais, diferentemente dos sujeitos da lide – que são as partes –, todos os sujeitos do contraditório, entre eles, o juiz. LIEBMAN, Enrico Tullio. Manual de Direito Processual Civil. 3. ed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, pp.123-124.

[42] A expressão é de Robson Renault Godinho. A autonomia das artes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. In: *Civil Procedure Review*, v.4, n.1, 2013, p.40. Disponível em: http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=67&embedded=true, acesso em: 01 ago. 2016.

[43] CHIOVENDA, Giuseppe. Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno. In: *Saggi di diritto processuale civile*, vol. I, Roma: Foro Italiano, 1930, p.391.

respeito todo o sistema processual é chamado a definir-se: o problema da *divisão de trabalho* entre o órgão judicial e as partes".[44]

No presente capítulo, será realçado o viés ideológico e cultural do processo civil em constante desenvolvimento. Serão apresentados, mediante uma investigação histórico-comparativa, dois modelos paradoxais de processo[45] de tradição romano-germânica, provenientes das diferentes formas de interrelação dos sujeitos processuais. Em seguida, realçaremos o realinhamento estrutural de poder no processo sob enfoque da jurisdição contemporânea no marco do processo cooperativo, pautado no princípio democrático e na pluriparticipação.

Vale registrar que as premissas teórico-dogmáticas firmadas nesse capítulo serão primordiais ao desenho metodológico das convenções processuais no ambiente dialógico, horizontal e simétrico, compatível com o processo constitucional democrático no formato estatal hodierno.[46] Essa noção servirá de pano de fundo ou de alicerce de justificação da vinculação do Estado-juiz, aplicador de normas jurídicas válidas, inclusive as de base convencional, aos acordos processuais celebrados pelas partes, com a finalidade de conformarem as suas situações jurídicas processuais (ônus, poderes, faculdades e deveres processuais) ou alterarem o procedimento previsto em lei. O ponto de partida será a *litis contestatio* do período *ordo privatorum iudiciorum* do direito romano enquanto noção primitiva de acordo processual,[47] decorrência do predomínio das partes na condução dos rumos do procedimento de viés privatístico. O ponto de chegada será o desenho do processo

---

[44] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: *Temas de direito processual civil, 4. série.* São Paulo: Saraiva, 1989, pp.45-46. Em outro momento, registrou: "núcleo característico de um sistema processual reside, fundamentalmente, na relação entre os papéis atribuídos ao juiz e às partes, em si mesmas ou enquanto representadas por seus advogados". BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo civil brasileiro entre dois mundos. In: Revista da EMERJ, v.4, n.16, 2001. Essa colocação foi realizada pelo autor ao apontar o cerne da distinção entre as tradições romano-germânica e anglo-saxônica; no entanto, também serve para demonstrar como a relação entre juiz e partes é importante para a configuração do sistema processual ao longo de sua história, ainda que se trate de modificações operadas por sistemas dentro de uma mesma origem, conforme será analisado neste capítulo.

[45] Assim como afirmou Mirjan R. Damaska, não há sistema processual totalmente puro. No entanto, perceberemos adiante que a história sempre pendeu para um lado ou para o outro; dificilmente houve equilíbrio. *The Faces of Justice and State Authority: a comparative approach to the legal process.* Yale University Press/New Haven and London, 1986, p.5

[46] "O lema do processo social não é a *contraposição* entre juiz e partes, e menos ainda o da *opressão* destas por aquele; apenas pode ser o da *colaboração* entre um e outras". BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do Processo Civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. In: *Temas de Direito de Processual, 4. série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p.64.

[47] V. CADIET, Loïc. Les jeux du contrat et du procès: esquisse. Philosophie du droit et droit économique – quel dialogue? In: *Mélanges em l'honneur de Gérard Farjat*. Paris: Frosin-Roche, 1999, p.31.

contemporâneo, no qual é pressuposto o equilíbrio das posições processuais das partes e do Estado-juiz. A correta compreensão do modelo atual alia-se ao *empoderamento das partes*, as quais, em *cooperação com o Estado-juiz*, possam não só a delimitar o objeto da demanda e ter a iniciativa sobre fatos e provas, como contribuir na estruturação da atividade-meio.

Realmente, trata-se de nova fronteira de negociação, pois mesmo que as partes discordem em relação à *res in iudicium deducta*, *concordam* que determinada modificação procedimental ou processual poderá revestir o provimento de maior eficiência e legitimidade democrática, dado que em conformidade com os seus próprios anseios.[48] Ao final, demonstraremos que a delimitação precisa dos papéis trazem operosidade[49] ao sistema, porquanto o instrumento processual será adequado aos aspectos singulares da lide. Já a ausência de delimitação, previsibilidade e coerência, *a contrario sensu*, poderá impedir o acesso às decisões efetivas e legitimamente democráticas, podendo vir a produzir efeitos contrários ao espírito das convenções processuais: o acréscimo de maiores poderes nas mãos do Estado-juiz onipresente e onisciente e, por consequência, a forte redução da participação das partes, obstando à interferência na conformação do conteúdo e dos efeitos dos atos processuais (gestão compartilhada).

Em verdade, inexistindo uma rede de segurança e de certa antevisão quanto a padrões de concretude da cláusula geral de negociação processual (artigo 190, CPC, 2015), o magistrado, pautado em elementos fluidos e altamente abertos, inerentes às técnicas de produção/interpretação de cláusulas gerais, poderá ser indiferente ao ajuste processual das partes, dando margens a juízos subjetivos e arbitrários, um efeito que, certamente, é incompatível com a essência trazida pelo instituto. A situação é delicada e merece enfrentamento. Uma de suas urgências reside na decisão sobre a invalidade do acordo processual, não sendo contemplada pelas hipóteses taxativas de interposição do agravo de instrumento (artigo 1.015 do CPC). Percebemos que a irresignação apresentada em face da decisão que rejeitar a internalização da convenção no processo – pela via da apelação – pouco contribuirá devido ao estágio avançado do *iter* processual no momento da interposição do

---

[48] *"De même que le contrat est concours de volontés, le litige est conflit de volontés. En veritém l'opposition n'est qu'apparente. On pourrait même dire qu'elle est, sinon une ilusion d'optique, du moins une erreur de perspective".* CADIET, Loïc. *Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges.*In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Numero speciale: accordi di parte e processo. Milano: Giuffrè, 2008, pp.7-8.*

[49] Paulo Cezar Pinheiro Carneiro analisa os desdobramentos ou subprincípios da garantia do acesso à justiça - acessibilidade, *operosidade*, utilidade e proporcionalidade - ao tratar dos resultados obtidos pelas pesquisas de campo sobre o Sistema dos Juizados Especiais Cíveis na cidade do Rio de Janeiro/RJ e das repercussões da Lei da Ação Civil Pública em: *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública.* 2. Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

recurso de apelação. Também por esse motivo, é patente que o sucesso das convenções processuais dependerá, imperiosamente, da fixação pela doutrina e pela jurisprudência de padrões de concretude aferidos pelo Estado-juiz, sob pena de na prática, mesmo ciente do discurso pertinente do autorregramento das partes no processo, o Poder Judiciário ser a ele refratário.

1.2. A *litis contestatio* como noção primitiva de convenção processual

Ingressando na história do processo civil de agora em diante, em primeiro lugar é essencial demonstrar que o direito romano vivenciou a sucessão de três grandes períodos ou sistemas: (i) *legis actiones* – desde a fundação de Roma (754 a. C.) até o final da fase republicana –; (ii) *per formulas* ou processo formular – introduzido pela *lex aebutia* (149-126 a. C.) cuja oficialização adveio a partir da *lex julia privatorum* (17 a. C.) –;[50] e (iii) *cognitio extra ordinem* – instituída em 27 a. C, perdurando até a queda do império romano do ocidente –.[51] Nos dois primeiros, *legis actiones* e *per formulas*, período que foi denominado de *ordo iudiciorum privatorum*, os cidadãos romanos compareciam perante o pretor/magistrado[52] objetivando a obtenção da *actio*, isto é, a finalidade consistia no reconhecimento sobre a existência de uma ação típica correspondente à violação de determinado direito material ou então da formula, mediante o *decretum* do pretor.

Havendo a concessão da *actio* (no período das ações da lei) ou da fórmula (no período formular), deveriam as partes assumir o compromisso de aceitar a sentença futura nos limites ora prefixados, curvando-se à decisão a ser proferida pelo *iudex/árbitro*. Tal acordo entre as partes em conflito recebia o nome de *litis contestatio.*[53]

---

[50] TUCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.39.

[51] Idem. Importante registrar que, embora se aponte a existência de três períodos bem nítidos do processo civil romano, é de difícil precisão o momento correto em que cada sistema cedeu o seu espaço para a entrada do subsequente.

[52] *"En ambos sistemas, el magistrado no tiene otra función que organizar el proceso, examinar se el demandante tiene válidamente la acción (no razón), declarar el derecho y enviar las partes ante el Juez único (juez o árbitro), o ante un colegio (jurado), que investigan los hechos y emiten su opinión: la sentencia".* CUENCA, Humberto. *Proceso Civil Romano*. Buenos Aires: Europa-America, 1957, p.12.

[53] MULLER, Ivone. *Le contrat judiciaire em droit privé.* These pour le Doctorat en Droit. Paris: Université de Paris I Pantheon-Sorbonne,1995, p.11.

Percebe-se que o compromisso firmado era necessário em virtude do formato privatístico do processo civil daquela época, ínsito ao repúdio pelas partes no que se refere a qualquer manifestação do Estado que viesse a comprometer os seus interesses particulares. Destarte, somente após a delimitação dos limites da demanda na *actio*, e posteriormente ao aceite dos indivíduos (*litis contestatio)* sobre a *sententia* futura e eventualmente prolatada pelo *iudex*, é que a causa a ele seria endereçada, espécie de julgador privado escolhido pelos cidadãos, por sorteio ou pela própria indicação do pretor.[54]

A *litis contestatio,* identificada enquanto raiz das convenções processuais[55] se desenvolveu principalmente durante o período *per formulas.* De maneira análoga ao que se sucedia durante as *legis actiones*, o procedimento era constituído por duas fases bem nítidas: (i) *in jure (jus)* – realizada perante o magistrado/pretor na presença do demandante e demandado;[56] (ii) *apud judicem (judicium)* – desenvolvida na presença do árbitro/*iudex* –. A *litis contestatio* consistia, conforme mencionado, na celebração do compromisso celebrado pelas partes no final da fase *in jure* e antes da *apud judicem.*

Significava uma espécie de renúncia à vingança privada a partir da estabilização da demanda,[57] mediante a fixação das questões controvertidas, as quais seriam decididas em ocasião posterior, pelo *iudex.*

No sistema das *legis actiones*, o pretor atuava enquanto agente jurisdicional, embora não detivesse poderes decisórios em relação ao mérito da pretensão deduzida. Cabia-lhe *ouvir* as partes e as testemunhas para a concessão ou não da *actio.*

Já no sistema *per formulas*, a demanda era apresentada ao pretor por escrito, diferentemente do que ocorria no período anterior, em que a técnica da oralidade se fazia predominante. No processo formular, o pretor redigia a instrução da causa (fórmula) e a submetia ao *iudex* para que desse a sentença, restando subordinada à celebração da *litis contestatio*. É intuitiva a identificação da noção primitiva de convenção processual, sendo

---

[54] RODRIGUES, Marco Antonio. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil.* Rio de Janeiro: GZ, 2014, p.8; CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.28.

[55] Nesse sentido: CABRAL. Antonio do Passo. *Convenções processuais.* Salvador: Juspodivm, 2016, p.13.

[56] Era impossível a figura da representação processual ou da revelia. Assim determinava a lei das XII tábuas: "Se alguém é chamado a juízo, compareça, se não comparece aquele que citou, tome testemunhas e o agarre; se procurar enganar ou fugir, o que citou pode lançar mão sobre o citado".

[57] SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão Processual Civil.* In: CARMONA, Carlos Alberto. Coleção Atlas de Processo Civil. São Paulo: Atlas, 2006, p.9.

natural imaginá-la no presente cenário de dominação pelos cidadãos sobre os modelos de resolução de litígios.[58] O viés privatístico do processo tornara-se tão evidente em tal contextualização, que o conceito de *jurisdictio* sequer abarcava os atos de *imperium*. Era inaceitável que o magistrado expedisse qualquer ordem de cumprimento da decisão para as partes e, sendo assim, a atuação jurisdicional desempenhada pelo Estado restava limitada à emissão de uma declaração alusiva à situação litigiosa de acordo com as regras do direito vigente.[59]

Na perspectiva do direito romano do *ordo iudiciorum privatorum*, a figura da *litis contestatio* – "solenidade imposta aos litigantes em todas as *actiones*"[60] – ou, consoante as lições de José Rogério Cruz e Tucci, "o comportamento processual das partes, dirigido a um escopo comum"[61] era, portanto, a negociação realizada pelos indivíduos em conflito – demandante e demandando –, a fim de consentirem sobre a aceitação da fórmula, na qual o pretor limitava as questões controvertidas.[62] Por essa razão, a doutrina atribuiu ao instituto a natureza de contrato ou de quase-contrato, tendo em vista que as partes se obrigavam a prosseguir com a causa perante o *iudex* dentro dos termos e limites encetados pelo pretor e aceitos pelos litigantes.[63]

---

[58] MULLER, Ivone. *Le contrat judiciaire em droit privé.* These pour le Doctorat en Droit. Paris: Université de Paris I Pantheon-Sorbonne,1995, p.12.

[59] SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.19.

[60] Ibid, p.59.

[61] TUCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luiz Carlos de. Lições de história do processo civil romano. 1. Ed., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.98.

[62] SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano: ejercicio y defesa de los derechos.* Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa - América, 1954, p.232; VOLLAUD, Paul. *Les contrats judiciaires.* Thèse pour le doctorat, p.6; PUGLIESE, Giovanni. La *litis contestatio* nel processo formulare. *In: Rivista di Diritto Processuale*, vol. VI, 1951, pp.37-64.

[63] Paul Vollaud considerava a *litis contestatio* um contrato, em virtude do concurso de vontade das partes na escolha do juiz, bem como em razão da aceitação da fórmula e posterior submissão ao conteúdo da sentença na fase *apud judicem (judicium)*. *Les contrats judiciaires.* Thèse pour le doctorat. Université de Bordeaux, 1913, pp.7-11.

Por outro lado, Humberto CUENCA esclareceu que a expressão *'ex contractu'* referia-se a uma espécie que não ao contrato genuíno e explica que os romanos entendiam originalmente por quase-contrato todo ato jurídico que tivesse uma causa distinta de convênio, por exemplo, a herança, o enriquecimento injusto e o pagamento indevido. *Proceso Civil Romano*. Buenos Aires: Europa-America, 1957, pp.14-15.

Entendemos que a *litis contestatio* não coincide com a figura contratual pura, uma vez que estava condicionada à concessão da *actio* ou à aprovação da fórmula. Nesse sentido: *"Le procès de la procédure civile romaine se présente alors comme un moyen terme entre la permanence d'une justice publique tendant à l'intervention obligatoire du magistrat d'autre part. De ce fait, la litis contestatio, pour entraîner la liaison de l'instance, le*

No que se refere aos efeitos decorrentes da *litis contestatio*, são apontados os seguintes: (i) *efeito conservativo* – a fórmula estabilizava a demanda, que não poderia mais ser modificada na fase *apud judicem* –; (ii) *efeito extintivo* – após a celebração da *litis contestatio*, não era cabível a propositura de outra demanda que versasse sobre a mesma situação litigiosa – e; (iii) *efeito novatório* – a relação jurídica de direito material era extinta pela *litis contestatio.*[64] Victor Fairen Guilen recordou que durante as *legis actiones*, a execução se efetivava mediante a entrega corporal do devedor para o credor o qual, a fim de obter a satisfação do crédito, vendia-o como escravo.

Posteriormente, no sistema *per formulas*, a efetivação do crédito se dava pelo critério da pessoalidade – não havia o princípio da patrimonialidade –, valendo-se o credor do trabalho desempenhado pelo devedor com o fito de pagar a dívida contraída.[65] Foi nessa época do processo romano, marcado pelo dualismo de fases, além da inexistência da ideia de jurisdição enquanto função pública de reafirmação do monopólio estatal, que a *litis contestatio* vivenciou seu ápice, principalmente no período do processo formular.[66]

Em meados do século III d.C., houve o surgimento da justiça estatal, forma de manifestação do poder pelos governantes.[67] Esse é o principal traço distintivo do terceiro sistema, conhecido por *cognitio extra ordinem* (período bizantino). O processo assume seu caráter totalmente público e começa a se desenvolver diante da presença do agente estatal (magistrado imperial) investido de prerrogativas para decidir o *meritum causae*.[68] Não mais persiste a divisão do procedimento em duas fases distintas como na estrutura do *ordo*

---

consentement des parties mais aussi l'intervention du magistrat". MULLER, Ivone. *Le contrat judiciaire em droit privé.* These pour le Doctorat en Droit. Paris: Université de Paris I Pantheon-Sorbonne,1995, p.12.

[64] LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Notas sobre a litis contestatio e a sua sobrevivência no processo civil canônico.* Disponível em: www.dinamarco.com.br, acesso em: 16 jul. 2016.

[65] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo.* São Paulo: Malheiros, 2013, p.36.

[66] "*Ce n'est véritablement qu'à partir de la procédure formulaire que la notion de litis contestatio sera pleinement élaborée. Dans la procédure formulaire, la litis contestatio perd sa signification primite de prise à témoins, cette dernière n'étant plus nécessaire. Désormais, elle désigne la 'formule' (formula), c'est-à-dire l'écrit qui reproduit les prétentions du demandeur et dénégationss du défendeur, et que le magistrat remet au juge chargé de prononcer la sentence. La formule précise également le droit à appliquer, désigne le juge et définit sa mission."* MULLER, Ivone. *Le contrat judiciaire em droit privé.* These pour le Doctorat en Droit. Paris: Université de Paris I Pantheon-Sorbonne,1995, p.14.

[67] Em que pese o período da *cognitio extra ordinem* tenha início incerto, recebeu marco temporal seguro em 324 d.C., sendo expressamente abolido a partir de então o uso das fórmulas.

[68] RODRIGUES, Marco Antonio. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil.* Rio de Janeiro: GZ, 2014, p.9.

iudiciorum (*in jure* e *apud judicem*),[69] sendo abandonada a essência contratual da *litis contestatio*, perdendo, consequentemente, os efeitos extintivo e novatório. O procedimento começa a ser desenvolvido perante o magistrado, passando a ser também o juiz, com amplos poderes de *imperium,*[70] desaparecendo a natureza "quase-contratual" que era inerente ao processo.[71]

A partir da oficialização das instituições processuais, o magistrado passa a exercer a cognição no processo e, outrossim, proferir a sentença, que, pela primeira vez na história do direito romano, "não mais consistia num ato exclusivo do cidadão romano, não tinha mais caráter arbitral, mas, sim, consubstanciava-se numa atuação em que era exprimida a vontade do soberano: *ex autoritate principis*".[72]

O conceito de jurisdição é redimensionado e sua característica pública obtém justificativa na diminuição da liberdade dos cidadãos nas formas de resolução de conflitos. A investidura do magistrado "deixava de ser subordinada à vontade das partes, posto que decorria exclusivamente de ato de autoridade judicial".[73] Com a publicização da jurisdição, a concretização de direitos subjetivos pelo ente estatal era assimilada como mais eficaz, considerando que a prática do *ius imperium* traria maior segurança ao provimento final em relação à decisão declaratória proferida pelo *iudex.*[74] De modo geral, a transição do período

---

[69] É interessante a metáfora empregada por Humberto Cuenca ao se referir à proeminência do sistema cognitio *extra ordinem no séc. III da era cristã: "desde un punto de vista metafórico y con el solo propósito de explicar más gráficamente la idea del proceso, suelo comparado ante mis alumnos con un ferrocarril. Al adaptar el símil al proceso civil romano, durante el sistema formulario, diría que se compone de una locomotora (in iure), dirigida por un conductor (pretor) e impulsada por un motor (actio), que arrastra en su marcha n coche o vagón (in iudicio), guiado por un maquinista (iudex). El conductor regula el funcionamiento de la máquina, ordena las maniobras y dirige la ruta; el maquinista despeja la vía, asegura el buen funcionamiento y vigila el camino hasta la estación. En el procedimiento extraordinario, la maquinaria está reducida a una sola locomotora, con diversos compartimientos entre sí (llamados litis denuntiatio, denuntiatio actiones, litis contestatio, pruebas e finalmente sentencia), dirigida a un solo conductor. El motor que impulsa la maquina es siempre la actio". Proceso Civil Romano*. Buenos Aires: Europa-America, 1957, p.18.

[70] "*Se trata pues, de una alteración del concepto del Estado como producto de una sociedad. En la época imperial, de la cognitio extra ordinem, ya había pasado el estadio gentilicio-confederal de la antigua civitas, en que la organización estatal tenía ante sí, no a ciudadanos aislados, sino grupos y familias*." FAIREN GUILLEN, Victor. *El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia: contra la doctrina de la litis contestatio.* Barcelona: Bosch. Casa Editorial, 1950, p.43.

[71] MULLER, Ivone. *Le contrat judiciaire em droit privé.* These pour le Doctorat en Droit. Paris: Université de Paris I Pantheon-Sorbonne,1995, p.15.

[72] TUCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano.* 1. ed., 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.140.

[73] Idem.

[74] CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.29.

ordo privatorum iudiciorum ao sistema *cognitio extra ordinem*[75] ocorreu em virtude das inúmeras modificações políticas, religiosas e sociais experimentadas por Roma, que de mera cidade-Estado se transformou em Estado universal.[76] Portanto, era esperado que o fenômeno da estatização provocasse um remodelamento na dinâmica processual e na relação entre partes e Estado-juiz.

O breve resgate histórico realizado deve servir à compreensão da *litis contestatio* como fenômeno advindo das circunstâncias apresentadas pelo direito romano, principalmente nas duas primeiras fases de seu desenvolvimento, contexto que foi se modificando conforme a marcha evolucional da sociedade e do Estado.[77] Com o decurso do tempo, o processo convencional (*Konventionalprozess*)[78] se tornou deveras incompatível e inconciliável com o movimento de publicização do processo enquanto ciência autônoma do direito, em função da presença do Estado na relação jurídica processual. No entanto, é justamente em função da *relatividade* do contexto histórico vivenciado pelo direito romano, que podemos desconstruir o entendimento cultivado durante séculos, de que a defesa das convenções processuais representaria a tentativa nostálgica de se resgatar o modelo privatista de processo, produto exclusivamente da vontade dos litigantes, um retrato da época da *litis contestatio.*[79]

1.3. O sincretismo e o modelo francês do código napoleônico de processo civil

O direito processual civil, em seu estágio de configuração atual, corresponde ao "resultado de paciente evolução desenvolvida a partir de um longo e estagnário período no qual

[75] LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Notas sobre a litis contestatio e a sua sobrevivência no processo civil canônico.* Disponível em: www.dinamarco.com.br, acesso em: 16 jul. 2016.

[76] FAIREN GUILLEN, Victor. *El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia: contra la doctrina de la litis contestatio.* Barcelona: Bosch. Casa Editorial, 1950, p.42.

[77] Não é nosso objetivo demonstrar toda a evolução da *litis contestatio* após o período *ordo iudiciorum privatorum* ou no direito canônico. Remetemos ao texto: LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Notas sobre a litis contestatio e a sua sobrevivência no processo civil canônico.* Disponível em: www.dinamarco.com.br, acesso em: 16 jul. 2016.

[78] CHIZZINI, Augusto. *Pensiero e azione nella storia del processo civile: Studi.* Seconda Edizione. Utet Giuridica, 2014, p.77.

[79] Nesse sentido, esclarece Antonio do Passo Cabral: "Uma das bandeiras envergadas pelos defensores do publicismo sempre foi negar a natureza contratual do processo, citando a *litis contestatio* como um exemplo de uma tradição que se queria esquecer". *Convenções processuais.* Salvador: Juspodivm, 2016, p.16.

o sistema processual assumia mero capítulo do direito privado, sem autonomia".[80] Intitulada de sincretismo ou "procedimentalismo", a primeira fase metodológica do processo civil (pré-científica)[81] deve ser associada à confusão entre as matrizes conceituais e funcionais anteriormente situadas no direito substancial, que só começaria a ser questionada ao final do século novecentista, em decorrência do aperfeiçoamento do racionalismo proveniente do "século das luzes".[82]

Na primeira metade do século XIX, presenciava-se o distanciamento do Estado absenteísta frente à "autossuficiência" do cidadão como reflexo do ideário liberal-burguês consolidado após a Revolução de 1789.[83] Nasceram os direitos fundamentais de primeira dimensão – i. e., as liberdades negativas clássicas –, direitos civis e políticos. Devido à consagração do princípio da separação dos poderes, o positivismo jurídico correspondia ao método de concretização do direito,[84] de modo que o magistrado era visto como mero expectador do "embate" ou do "duelo" processual, aplicador robótico da legislação[85], sendo distante dos interesses dos litigantes. Se o modelo pautado em tal concepção de processo pode ser considerado "liberal", assim o é em decorrência da completa indiferença do julgador

---

[80] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil. vol. I*. 8. ed, São Paulo: Malheiros, 2016, p.386.

[81] BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.97.

[82] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* 11. ed. rev., ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p.17.

[83] "Daí resultava que o juiz não podia trazer fatos para o processo, nem produzir provas não propostas pelas partes. A desconfiança em relação ao juiz ia ao extremo de não poder ele examinar de ofício a falta de pressupostos processuais, nem poder fazer o processo avançar em suas fases, o que dependia sempre do impulso concreto de uma das partes. A própria fluência dos prazos dependia da discricionariedade das partes, pois a preclusão tinha de ser expressamente requerida ao juiz". GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no Processo Civil. In: *Revista de Processo,* v.164. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.31.

[84] "A transformação operada pelo Estado legislativo teve a intenção de conter os abusos da administração e da jurisdição e, assim, obviamente não se está dizendo que o sistema anterior ao do Estado legislativo era melhor. Não há dúvida de que a supremacia da lei sobre o judiciário teve o mérito de conter as arbitrariedades de um corpo de juízes imoral e corrupto. O problema é que, como o direito foi resumido à lei e a sua validade conectada exclusivamente com a autoridade da fonte da sua produção, restou impossível controlar os abusos da legislação [...] Por outro lado, o princípio da legalidade tinha estreita ligação com o princípio da liberdade, valor perseguido pelo Estado liberal a partir das ideias de que a Administração apenas podia fazer o que a lei autorizasse e de que os cidadãos podiam fazer tudo aquilo que a lei não vedasse". MARINONI, Luiz Guilherme. *A jurisdição no Estado Constitucional,* p.5. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/dspace/bitstream/2011/2174/1/A_Jurisdi%C3%A7%C3%A3o_no_Estado_Constitucional.pdf, acesso em 25 out. 2015.

[85] NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais.* Curitiba: Juruá, 2012, p.74.

desinteressado quanto à delimitação do pedido e da causa de pedir, das provas, dos reais anseios das partes e se o provimento final realmente seria capaz de atingi-los.[86] O liberalismo nos deve remeter à natureza liberal dos direitos positivados pelas codificações, mas não à possibilidade de disposição, pelas partes, das regras do procedimento,[87] uma feição relacionada automaticamente à ideia de processo convencional,[88] contrária ao liberalismo extraído da codificação francesa vista adiante. A disponibilidade era sobre os direitos ou as demais situações jurídicas das partes,[89] de sorte que após provocada a jurisdição, a marcha do procedimento seguia o ritmo ditado pela lei.

Prosseguindo, em 1806 foi promulgado na França o *Code de Procédure Civile,*[90] legislação que objetivava promover a normatização do procedimento, bem assim a reestruturação da organização judiciária daquele país.[91] Embora o processo civil ainda permanecesse na fase imergido no "procedimentalismo"[92], já havia percorrido uma longa caminhada de avanços e retrocessos e, por essa razão, parece-nos arriscado enxergar a

---

[86] GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no Processo Civil. In: *Revista de Processo,* v.164. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.39.

[87] Sobre a questão, Augusto Chizzini, em *Pensiero e azione nella storia del processo civile*: Studi, p.77, chama a atenção ao "*il mito del codice liberale*", visto que avesso à noção de *Konventionalprozess,* modelo processual submetido à livre disposição das partes, ainda que se possa dizer que a codificação de Napoleão reflita o espírito do Estado novo e militar. O distanciamento do juiz em relação às partes não permitia a livre disposição de suas situações jurídicas processuais, não refletindo aproximação com o processo convencional.

[88] *"Nel Konventionalprozess le parti concludevano accordi sulla durata e sui termini processuali, sulla erricacia delle prove, sulla disciplina e sulla revoca degli atti processuali [...]"* CHIZZINI, Augusto. *Pensiero e azione nella storia del processo civile: Studi.* Seconda Edizione. Utet Giuridica, 2014, pp.77 (nota de citação).

[89] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* 11. ed. rev., ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p.18.

[90] No Code de Procédure Civile era previsto *v.g.*, a audiência de conciliação preliminar obrigatória – os *bureaux de paix et de conciliation* eram formados por dois juízes de paz –, a presença do Ministério Público nos conflitos de natureza cível, a existência de audiências públicas e orais, a distinção entre procedimento sumário e procedimento ordinário, o livre convencimento motivado. Além destes institutos, muitos que hoje permanecem constados nas legislações nacionais de muitos países, o código napoleônico regulamentava um procedimento pouco efetivo eivado de formalidades excessivas e pouco úteis, sendo resguardada apenas a igualdade formal entre as partes – igualdade perante a lei –. V. CIPRIANI, Franco. Le leggi della procedura nei giudizi civili del Regno delle Due Sicilie, *Introduzione al Codice per lo Regno delle Due Sicilie*. Leggi della Procedura ne'giudizi civili. In: *Testi e Documenti*. Milano: 2004, p.63; DENTI, Vittorio. Dottrine del processo e riforme giudiziarie tra illuminismo e codificazioni.In: *Un progetto per la giustizia civile.* Bologna: Il Mulino, 1982, pp.97-116.

[91] "[...] *emergevano da um lato, in misura preponderante, le istanze della semplificazione e razionalizzazione sulle vicende dell'ordo iudiciarius formatos nel crogiuolo del diritto comune, dall'altro, già si notava la tendenza all'accentramento della giurisdizione*". CHIZZINI, Augusto. *Pensiero e azione nella storia del processo civile: Studi.* Seconda Edizione. Utet Giuridica, 2014, p.71.

[92] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo valorativo.* 4. ed, São Paulo: Saraiva, p.18.

codificação napoleônica enquanto um resultado unicamente dos ideários da Revolução Francesa, isto é, como fruto de conjuntura específica e não de um ambiente refratário às heranças jurídicas.[93]

Ne realidade, o processo civil possuía traços do direito feudal, do direito romano-canônico e, particularmente, do absolutismo de Louis XIV, que concedeu à França as suas primeiras codificações.[94]

Sob os olhos dos homens da Revolução Francesa, a reforma do procedimento, visando à institucionalização de uma justiça oral, acusatória e pública,[95] coincidia com uma das urgências daquele momento, máxime após a promulgação do *Code Civile* de 1804, o qual consagrou o princípio da "autonomia da vontade" no artigo 1.134.[96] Com efeito, o *Code de Procédure Civile* despontou como *"un règlement nécessaire pour les magistrats, pour les plaideurs et pour l'ordre public blessé par l'absence de règles qui entraîne faveur et arbitraire".*[97]

---

[93] CHIZZINI, Augusto. *Pensiero e Azione nella storia del processo civile: Studi.* Seconda Edizione. Utet Giuridica, p.81.

[94] CADIET, Loïc. *Droit Judiciaire Privé.* 12. ed. Paris: Litec, 1998, p.26; *"L'ordonnance civile fut en d'autres termes conçue comme une machine de guerre contre les parlements, comme un moyen de faire barrage à cette entreprise ordinaire contre l'autorité royale, qui est tellement tournée en habitude, qu'il n'y a pas de petit conseiller de compagnie, appelée abusivement souveraine, qui ne croit être en droit et qui ne juge tous les jours contre les termes précis des ordonnances".* DAUCHY, Serge. La conception du procès civil dans le code de procédure civile de 1806. D'un code à l'autre : de fondations en refondation. In*: De la commémoration d'un code à autre: 200 ans de procédure civile en France.* Paris: LexisNexis/Litec, 2006, p.86.

"Historiquement la procédure a été la première matière légiférée du droit français. Alors que la veine des capitulaires carolingiens était épuisée, que par l'inféodation les prérogatives de l'État avaient été démembrées et la justice appropriée par les seigneurs, le roi capétien, parti à la reconquête de la souveraineté, commença au XIII siècle de rendre manifeste ce que Jean Bodin doctrinera trois siècles plus tard : le pouvoir de faire et de casser la loi est la première des marques de vraie souveraineté". FOYER, Jean. Preface. D'un code à l'autre : de fondations en refondation. In: *De la commémoration d'un code à autre : 200 ans de procédure civile en France.* Paris: LexisNexis/Litec, 2006.

No mesmo sentido: VAN RHEE, C. H. *European Traditions in Civil Procédure.* Oxford: Antwerpen-Oxford/Intersentia, 2005.

[95] CADIET, Loïc. Ouverture- D'un code à l'autre: de fondations en refondation. D'un code à l'autre : de fondations en refondation. In: *De la commémoration d'un code à autre : 200 ans de procédure civile en France.* Paris: LexisNexis/Litec, 2006, p 9.

[96] DAUCHY, Serge. La conception du procès civil dans le code de procédure civile de 1806. D'un code à l'autre : de fondations en refondation. In: *De la commémoration d'un code à autre : 200 ans de procédure civile en France.* Paris: LexisNexis/Litec, 2006, p.81.

[97] Idem. "Como um regramento necessário para os magistrados, partes e para a ordem pública, prejudicados pela ausência de regras, o que favorecia a arbitrariedade" (tradução livre).

O sincretismo processual permanecia presente na codificação baseada no *Code Louis XIV (Ordonnance d'avril 1667)*.[98] Há notícias de que o procedimento não sofreu grandes mudanças com a promulgação do Código de 1806,[99] porquanto seus redatores haviam sido membros e auxiliares da justiça do *l'Ancien Régime*, e por consequência, não conseguiram se desvencilhar da normatização anterior, a qual regulamentava um procedimento complexo, moroso e eivado de formalidades inúteis.[100] A codificação fazia-se necessária em virtude de o monopólio da jurisdição ser considerado um fator determinante para a ideia de soberania nacional – *judiciaria potestas pars summi imperii est* –.[101]

Contudo, não era uma preocupação da época a elaboração de conceitos e institutos técnicos da disciplina processual civil independente da *res in iudicium deducta*. Nesse panorama, o sincretismo jurídico persistia, de forma que era suficiente a estatização do procedimento para cumprir a necessidade de burocratização da justiça e de reafirmação do poder do Estado. Nesse contexto, percebe-se que na dinâmica de distribuição do poder no processo (ou dos papéis entre as partes e o Estado-juiz), o pêndulo apontava para o polo dos litigantes, os quais determinavam os limites da pretensão, sendo fixadas as questões controvertidas, e controlavam o tempo do processo,[102] principalmente durante a fase instrutória.[103] Por derradeiro, não soaria natural que nesse contexto o magistrado possuísse

---

[98] *"La complessa legislazione napoleonica, da un lato, ha creditato dalla rivoluzione la vocazione per un nuovo disegno dell'odinamento giudiziario; dall'altro, non ha osato né cancellare la memoria, né spezzare del tutto il rapporto con il sistema giudiziario dell'Ancien Régime".* PICARDI, Nicola. La giurisdizione all'alba del terzo millennio. In: *Dialettica, Diritto e Processo. A cura di Alessandro Guiliani e Nicola Picardi.* Milano: Giuffrè Editore, 2007, p.147. O *Code Louis*, também conhecido como « *ordonnances sur la réformation de la justice civile»* pode ser consultado no vol. I da série *Testi e documenti per la storia del processo*, publicado pela Editora Giuffrè em 1996.

[99] Menciona Nicola Picardi "*Le but de la Commission n'a pas eté celui de préparer un nouveau code, mais celui de maintenir toutes celles qui... ont paru utiles parmiles dispositions existantes ".* PICARDI, Nicola. Code de procédure civile de 1806 et monopole étatique de la juridiction. In: *De la commémoration d'un code à autre : 200 ans de procédure civile en France.* Paris: LexisNexis/Litec, 2006, p.193.

[100] CADIET, Loïc. *Droit Judiciaire Privé*. 12. ed. Paris: Litec, 1998, p.27.

[101] PICARDI, Nicola. Le code de procédure civile français de 1806 et le monopole étatique de la jurisdiction. In: *De la commémoration d'un code à autre: 200 ans de procédure civile en France.* Paris: LexisNexis/Litec, 2006, p.194.

[102] *"Il processo napoleônico-liberale affida alle parti la disposizione del processo; le parti, e non il giudice, hanno la signoria sui tempi del processo; è caratteristico di questo processo l'instituto della perenzione".* TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Mulino, 1989, p.16

[103] ABREU, Rafael Sirangelo de. Vertentes culturais do processo civil na passagem do século XIX ao século XX: as vertentes francesa e austríaca como marcos da passagem do Estado liberal ao Estado Social e a atualidade de sua discussão. In: *Revista de Processo*, vol. 229, 2014.

poderes para a produção de provas *ex officio*, nem mesmo em caráter complementar – subsidiário – à iniciativa das partes.

A indiferença do Estado-juiz era a medula espinhal do processo liberal, e essa indiferença não se restringia ao campo probatório, porquanto ignoravam-se os interesses particulares dos litigantes, bem como as necessidades exigidas pelo conflito concreto. Indagamos se o rótulo – apontando para o próprio perigo de rotulações – de "liberal" seja realmente o reflexo da legislação processual de napoleão. A marcha do feito era rígida, não sendo possível, nem pelo juiz, tampouco pelas partes, qualquer ajuste no procedimento; o processo só deve ser considerado "coisa das partes" se olharmos na direção da pouca participação do Estado-juiz em seu desenvolvimento, principalmente no que se refere à iniciativa probatória e ao princípio da iniciativa das partes. A autonomia da vontade consubstanciada no Código Civil de 1804 não foi, por isso, transportada à esfera do procedimento legal, cujo regramento derivava da manifestação de poder inerente ao Estado-legislação. Nesse rumo, parece-nos ser incorreto identificá-lo como "coisa das partes" em alusão ao estudo das convenções processuais, fenômeno naturalmente de poucos espaços na época.

Avançando, o *Code de Procédure Civile* repercutiu em vários sistemas jurídicos da Europa,[104] e conforme explica C. H. Van Rhee, e isso se deveu, além das conquistas bélicas da França,[105] à grande popularidade adquirida na Itália, cuja influência marcou os códigos regionais italianos antes da unificação do país.

Os impactos da codificação de Bonaparte podem ser percebidos, *v.g*., no Código de Parma (1820), que, por sua vez, influenciou acentuadamente o Código de Processo Civil da

---

[104] FOYER, Jean. Preface. D'un code à l'autre : de fondations en refondation. In: *De la commémoration d'un code à autre : 200 ans de procédure civile en France*. Paris: LexisNexis/Litec, 2006; *"À la verité, le législateur français – malgré la tentatiion d'adopter un système rigide et bureaucratique – a introduit en France un modèle raisonnable, innovant en profondeur sans troubler. La vitalité du compromis réalisé, entre renouvellement et conservation, et la diffusion rapide du modèle français dans l'Europe continentale (et dans d'autres pays de culture analogue), nous dévoile la sagessse d'un législateur, laquel, tout en innovant dans la tradition, a su réaliser un équilibre et a ainsi garanti, pour plus 'un siècle, une aux organisations judiciaires de l'Europe continentale, désormais nettement détachées de celles des systèmes de common law"*. PICARDI, Nicola. Code de procédure civile de 1806 et monopole étatique de la juridiction. In: *De la commémoration d'un code à autre : 200 ans de procédure civile en France.* Paris: LexisNexis/Litec, 2006, p.194.

[105] *"Come la Guerra costituisce il mezzo opportuno per realizzare lo scopo politico, cosi per il processo Bonaparte è ben certo che la codificazione servirà allo scopo politico*". CHIZZINI, Augusto. *Pensiero e azione nella storia del processo civile: Studi.* Seconda Edizione. Utet Giuridica, p.68. "Conta-se, a propósito, que Napoleão, no cativeiro de Santa Helena, se proclamava mais orgulhoso de sua obra legislativa que das batalhas que vencera. Aquela teve, de fato, muito maior sobrevida, e não só no país de origem: repercutiria com vigor, como é notório, em numerosas codificações oitocentistas, até em países não diretamente afetados pelas campanhas bélicas francesas[...]" BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A importação de modelos jurídicos. In: *Temas de Direito Processual*, 8. série. São Paulo: Saraiva, 2004, p.256.

Itália em 1865;[106] no Código de Piemonte (1822); no Regulamento *Giudiziario per gli affari civile* introduzido pelo Papa Gregório XVI; no Código da Sardenha (1854); no Código do Reinos das Duas Sicílias; e nas legislações do Grande Ducado da Toscana. Ademais, a legislação francesa cumpriu papel relevante na confecção da *ZPO – Zivilprozessordnung* – da Alemanha de 1877, não obstante a cultura alemã possuísse antecedentes em matéria de codificação, como o *Codex Iuris Bavarici Iudiciarii* do Reino da Baviera e o *Corpus Juris Fridericianum* do Reino da Prússia.[107] O legislador germânico de 1877 se aliou ao positivismo francês em detrimento do Regulamento Judicial austríaco de José II e do *Corpus Juris Fridericianum* da Prússia.[108]

Nos dois últimos, há notícias de que o processo se caracterizava pela inexistência de publicidade e oralidade, uma vez que os atos processuais eram realizados de forma secreta e por escrito. Ademais, as partes se sujeitavam a um sistema autoritário de preclusões bastante rígidas, sendo as impugnações reduzidas ao mínimo possível e as sentenças desprovidas de motivação.[109] Constata-se que o liberalismo francês foi importante à formatação do modelo processual da Alemanha e da Itália, nesta, após a formação do Estado Nacional. O processo continuava a ser concebido como "coisa das partes" em decorrência do temor e da desconfiança que pairava na figura do Estado-juiz, sob a influência do Antigo Regime.[110] O princípio da igualdade revelava somente a sua feição formal, e o princípio dispositivo,[111] tanto próprio, quanto impróprio – para quem assim o compreenda –,[112] possuía espaços consideráveis dentro

---

[106] VAN RHEE, C. H. *The influence of the French code de procédure civile (1806) in 19th century Europe*, p. 2. Disponível em: www.pub.maastrichtuniversity.nl. Acesso em: 02 jun. 2016.

[107] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Qualche osservazione sullo studio della storia del processo civile: problemi del processo civile.* Napoli: Morano, 1962, pp.481-482.

[108] MONTELEONE, Girolamo. El actual debate sobre las "orientaciones publicistas". *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos.* Coord. Juan Montero Aroca, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p.197.

[109] VAN RHEE, C.H; VERKERK, Remme. Civil Procédure. In: SMITS, Jan M. *Elgar Encyclopedia of comparative law.* Northampton: Edward Elgar, 2012, pp.143-144.

[110] V. GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal.* Tese de Doutorado: Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2013, p.147.

[111] O princípio dispositivo, assimilado como o empoderamento das partes para demandar em juízo, impede, de uma certa forma, o pronunciamento de ofício pelo juiz. Percebe-se que, quanto mais fértil for o solo de manifestação do princípio dispositivo, menor será a participação do juiz no processo e no que se refere às convenções processuais para a alteração das regras do procedimento, mais fraco será o impulso oficial.

[112] Será visto mais adiante que o princípio dispositivo comparta a divisão princípio dispositivo material ou processual ou princípio da iniciativa das partes e princípio dispositivo, este especificamente sobre a iniciativa de fatos e provas.

da ótica liberal,[113] dando margens a condutas abusivas pelos mais fortes e incertezas quanto ao êxito daqueles menos favorecidos, mesmo nas situações em que detivessem razão. As partes estavam entregues à própria sorte.[114]

Não é custoso aperceber que nesse contexto restava inviabilizada a prática de convenções processuais pelos litigantes. Um dos principais motivos, em nossa visão, refere-se ao fato de que o processo não era um espaço favorável ao consenso das partes, muito pelo contrário; conforme mencionado, a ideia de duelo era nítida e, inclusive, alimentada pelo próprio Estado. Este, por sua vez, não concedia espaços para a conformação dos atos processuais pelos litigantes em virtude da rigidez e do formalismo processual centrado na técnica legislativa, garantia do monopólio da atividade jurisdicional pelo Estado como manifestação do seu poder soberano. A paridade de armas entre os sujeitos da demanda (igualdade substancial) correspondia a uma pressuposição abstrata, típica de um período histórico em que os litigantes eram os senhores do próprio litígio (*dominus litis*) e o Estado-juiz, enérgico aplicador do axioma latino *quod non est in actis non est in mundo* – o que não está nos autos, não está no mundo –.[115]

1.4. Do declínio do sincretismo à oposição das ideias de Josef Kohler e Oskar Bülow

Ao final do século XIX, a ideologia liberal-burguesa viveu progressivamente o seu declínio, desencadeado pela insatisfação dos cidadãos sobre a performance do Estado.[116] O

[113] Resgatando antiga doutrina germânica, Mauro Cappelletti distingue o princípio dispositivo formal (ou próprio) do princípio dispositivo sem sentido processual (ou impróprio). No primeiro, as partes detêm o poder para requerer a tutela de direitos ao provocar a jurisdição. Já no segundo, o qual alude à técnica de organização interna do processo, o juiz sempre se vinculará à iniciativa dos litigantes. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralitá.* Milano: Giuffrè Editore, 1974, pp.357-358.

[114] GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no Processo Civil. In: *Revista de Processo,* v.164. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.38.

[115] GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil,* vol.01, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.519.

[116] Sobre esse aspecto, nos lembra Paulo Cezar Pinheiro Carneiro: "A face do Estado liberal que predominava no século XIX e nos primeiros anos do século XX, alicerçada no aspecto econômico (*lasser-faire*, *lasser-passer* dos fisiocratas), trouxe à tona graves desigualdades socioeconômicas, gerou a concentração e acumulação de riquezas por uma classe (burguesia industrial), determinando o surgimento de questões sociais da mais alta relevância. As reações, no plano da filosofia política, vieram e se expressaram nas teorias das correntes mais fortes, socialistas, anarquistas e outras moderadas, em especial, dentre estas últimas, a doutrina social da Igreja". *Acesso à justiça: juizados especiais e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo.* 2· ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.23.

ideário de socialização e de *Welfare State* (Estado Providência) ganhou forças; iniciava-se a transição do privatismo para a compreensão social de processo (publicismo). Os escopos do processo civil foram redefinidos, o qual passou a se voltar prioritariamente à consecução de interesses públicos,[117] e nessa perspectiva, o incremento dos poderes do Estado-juiz era enxergado como demonstração de progresso social, porquanto nele eram depositadas as reais expectativas de transformação do acesso à justiça e da qualidade das decisões emitidas pelo Poder Judiciário.[118] De acordo com essa nova concepção, incumbia ao magistrado o resguardo de seus escopos metajurídicos, tendo em vista que *"anche la lotta del processo si deve consumare nell'interesse della collettività [...] la iustitia commutativa diviene iustitia distributiva".*[119] O procedimento amalgamado ao direito material apresentava sinais notórios de desmoronamento,[120] sendo as discussões sobre a *natureza jurídica da ação* o prenúncio do declínio do sincretismo. Investigava-se a correspondência entre ação e *actio* romana[121] – *ius quod sibi debeatur in iudicio persequendi* –, i. e., se o instituto da ação permanecia interligado à violação do direito material[122] ou se deveria ser assimilado como o direito à obtenção do provimento jurisdicional.

Nesse cenário, os estudos dos romanistas Bernhard Windscheid e Theodor Muther foram importantíssimos, revelando-os pioneiros da matéria. Windscheid tratou de afastar concepção de "ação" das *actiones*, associando-a à tutela jurisdicional a partir da violação a um direito, e Muther registrava a existência de dois direitos: (i) o direito do indivíduo à tutela

---

[117] ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A Contratualização do Processo – das convenções processuais no processo civil.* São Paulo: LTr, 2015, p.66.

[118] GRECO, Leonardo. Publicismo e *Privatismo* no Processo Civil. In: *Revista de Processo*, v. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp.40-41.

[119] CHIZZINI, Augusto. *Pensiero e azione nella storia del processo civile: Studi.* Seconda Edizione. Utet Giuridica, pp.120-121. Trad.: Também a luta do processo deve consumar-se no interesse da coletividade. A justiça comutativa torna-se justiça distributiva.

[120] CADIET, Loïc. Judicial case management in France. In: *Towards a Chinese Civil Code – Comparative and Historical Perspectives.* Edited by Lei Chen and C.H.Van Rhee. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p.544.

[121] PUGLIESE, Giovanni. Introducción. In: *Polemica sobre la "Actio".* Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa - America, 1974; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo.* 6. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011.

[122] Segundo a escola imanentista (Savigny), a ação coincidia com o próprio direito material que reagia a uma violação. Isso gerava três consequências: (i) não existe ação sem direito; (ii) todo direito corresponde a uma ação; e (iii) a ação segue a natureza do seu direito. O Código Civil brasileiro de 1916 valeu-se da teoria imanentista. No artigo 75, constava previsão de que a todo direito correspondia uma ação. Entre as críticas sofridas por esta teoria, está a impossibilidade de explicar as ações declaratórias negativas.

jurisdicional fornecida pelo Estado e; (ii) o direito do Estado de eliminar a lesão.[123] A doutrina enuncia com certa recorrência[124] a acidez do debate travado em 1856 entre os alemães retromencionados, porém, mais do que serem tais pressuposições contrárias, elas eram complementares,[125] apontando para uma nova direção do conceito de ação. Para os fins desse trabalho é desnecessário tratar com profundidade a discussão relativamente à natureza da ação;[126] basta observar que ela demonstrava o inconformismo dos juristas ao final do século XIX sobre os rumos tomados pelo direito processual civil até o momento[127]: uma disciplina "dócil às tradições privatísticas".[128]

Na mesma quadra histórica, parte da doutrina germânica se dedicou aos estudos das convenções processuais com base nas conceituações elaboradas por Josef Kohler[129] (1887), o qual visualizava no processo uma relação contratual retilínea, ajustável aos influxos de autonomia das partes.[130] Ao compreender a relação processual exclusivamente entre os

---

[123] CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.272.

[124] "Em 1856 travou-se a famosa polêmica entre dois juristas alemães, Bernard Windscheid, catedrático em Greifswald, e Theodor Muther, professor em Könisberga, a respeito da *actio* romana. Para Windscheid, ação significava direito à tutela jurisdicional, decorrente da violação de outro direito. Não era essa, todavia, a noção do direito romano, pois o *Corpus Iuris* previa inúmeras actiones, que não pressupunham a violação de um direito: embora a todo direito correspondesse uma ação, a recíproca não é verdadeira. Os romanos viviam sob um sistema de ações, e não de direitos [...] Segundo Muther, o conceito de ação romana formulado por Windscheid é inexato. Para ele, o direito positivo é pressuposto da *actio*. Quando o pretor formulava um edito, estava criando norma geral e abstrata para amparar pretensões. Tal norma, embora não pertencente ao *ius civile*, lhe era equivalente. [...] A partir dessa polêmica, passaram os juristas a vislumbrar a existência de um direito autônomo de provocar a atividade jurisdicional do Estado. Nasceu, então, o conceito moderno de ação". BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo.* 6. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p.33. Na literatura estrangeira, TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Mulino, 1989, p.35 *et seq*.

[125] CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.272.

[126] Registra-se que a teoria da ação como direito autônomo foi proposta por Adolf Wach, na Alemanha. Entendia-se que a ação só existiria se houvesse o provimento jurisdicional que ao final a reconhecesse, isto é, somente se a sentença fosse favorável ao autor. Na linha concretista de Wach, que influenciou Chiovenda (ação como direito potestativo), a ação seria um direito público concreto.

[127] COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil.* Buenos Aires: Depalma, 1951. p.7.

[128] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* 11. ed. rev., ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p.19.

[129] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das Partes sobre Matéria Processual. In: *Temas de Direito Processual*, 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984, p.88.

[130] "Participar da relação jurídica é ter um interesse dentro dela e o juiz não tem qualquer interesse no processo". TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Penal.* Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956, vol.1, p. 28.

litigantes, Kohler não se deparava com maiores complexidades atinentes às convenções processuais, porquanto desnecessário enfrentar a posição do Estado-juiz e os fundamentos hábeis a justificar a sua vinculação.

Tinha-se como pressuposto teórico a figura contratual pertencente à teoria geral do direito, não restrita ao campo do direito privado.[131] A regra geral adotada era a da convencionalidade ampla e atípica em matéria processual, dentro de espaços sem restrições impostas pelo ordenamento jurídico vigente.[132] Contudo, as ideias de Kohler não seguiram adiante, o que muito pode ser tributado às repercussões da teorização formulada por Oskar Bülow,[133] quem primeiro sistematizou os alicerces do processualismo científico na obra *"Die Lehre von den Prozesseinreden um die Prozessvoraussetzungen"* (1868) – Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias –.[134]

Segundo Bülow, havia uma clara distinção dos *sujeitos* e do *conteúdo* pertencente à relação jurídica material e processual. Os sujeitos envolvidos na relação material[135] não coincidiam com aqueles que compunham a relação processual, na qual o polo passivo seria o Estado. No tocante ao conteúdo, no caso do direito processual, tratar-se-ia da prestação jurisdicional, ao passo que na relação do direito substancial, seria o próprio direito material invocado.

A obra de Oskar Bülow deu início à segunda fase metodológica do direito processual civil: o "conceitualismo" ou "processualismo científico". O processo civil obteve reconhecimento enquanto disciplina autônoma do direito, sendo compreendido como

---

[131] CABRAL. Antonio do Passo. *Convenções processuais.* Salvador: Juspodivm, 2016, p. 96.

[132] Não pretendemos examinar as concepções de ação, porém, em razão da época tratada, é importante ressaltar que Josef Kohler se opunha à teoria concretista (Adolf Wach), pois compreendia a ação como um direito abstrato. Em sua obra *Der Prozess als Rechtsverhältnis* defendeu o processo como relação jurídica entre as partes, sem a presença do Estado (relação processual contratual retilínea). KOHLER, Josef. *Der Prozess als Rechtsverhältnis.* Mannheim, 1888.

[133] "Bülow propõe que a relação jurídica processual se prestaria exatamente a que as mentes brilhantes e sensíveis do magistrado pudessem criar, casuisticamente, um direito adaptado aos anseios da nação alemã. " CORDEIRO LEAL, André. *Processo e jurisdição no Estado Democrático de Direito: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático.* Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/Minas, Belo Horizonte, 2006, p.50.

[134] Versão em espanhol: *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales.* Buenos Aires: Ejea, 1964. Versão em português: BÜLOW, Oskar. *Teoria das Exceções Processuais e dos Pressupostos Processuais.* Campinas: LNZ, 2005.

[135] "Os titulares de direitos e obrigações referentes a um bem da vida, como os sujeitos que celebram um contrato ou o que causou o dano e o que sofreu, os cônjuges em face do vínculo matrimonial, etc." DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil,* vol. II - 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p.247.

instrumento técnico e alheio à situação litigiosa e, dado seu caráter público, seria impenetrável pela autodeterminação das partes, sendo vedado qualquer tipo de negociação acerca do procedimento e sobre os poderes do Estado-juiz. Nesse momento, estava superada a acepção do processo atrelado ao mero procedimento, passando este a contar, além do reconhecimento da relação jurídica processual autônoma,[136] com requisitos próprios de existência e de validade.[137] Nesse sentido, Bülow entendia que o Estado-juiz deve atentar-se não somente para a existência do direito material controvertido, como também para a própria validade do instrumento, que é o processo.[138]

As lições de Bülow ecoaram em toda Europa e receberam significativa acolhida na Itália por Giuseppe Chiovenda, conforme será tratado adiante. No entanto, em que pese a conquista de autonomia ter sido essencial ao desenvolvimento do processo civil sob o ponto de vista teórico-dogmático, ocasionou, em contrapartida, um completo afastamento do binômio direito-processo[139], gerando profunda introspecção da disciplina em relação ao ambiente social exterior em que circunscrita.

O procedimento não estava sujeito a ajustes às circunstâncias do conflito além do expressamente previsto na legislação, nem por iniciativa do órgão judicial, quiçá pela convergência de vontade dos litigantes.

A relação jurídica processual, na visão de Bülow, inseria o Estado-juiz na posição de interlocutor do interesse das partes e acima delas, de sorte que não havia como conciliar a autonomia privada do indivíduo com os poderes públicos do Estado-juiz no processo e, por ser

---

[136] A ideia de processo como resultado da relação jurídica somada ao procedimento foi cunhada por Oskar Bülow e ainda é utilizada, em que pese críticas existentes. A principal delas refere-se à insuficiência do conceito, que por ser estático, se torna incapaz de refletir o fenômeno processual e a dinamicidade de relações processuais. O conjunto de relações jurídicas processuais formadas entres os sujeitos (autor/réu; Juiz/partes; MP/partes; etc.) perfazem uma única *relação jurídica complexa*, que é o processo, sendo este composto por um conjunto de situações jurídicas (direitos, deveres, competências, ônus, faculdades). Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.82.

[137] MITIDIERO, Daniel. *Bases para a construção de um proceso cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo.* Tese de Doutorado, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007, p.21. Disponível em: www.lume.ufrgs.br, acesso em: 04 ago. 2016.

[138] BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales.* Buenos Aires: Ejea, 1964, p.6.

[139] Na obra *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo.* 6. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p.21, José Roberto dos Santos Bedaque projeta uma visão integrada do processo e do direito material, de forma a explicar os institutos e os fenômenos do processo. Isso se dá por meio da relativização das concepções não mais estaques de direito material - direito processual, sendo impraticável a radical separação entre processo e direito. Essa separação estanque entre direito processual e direito material advém das conclusões extraídas do processualismo de Bülow, que é anterior à fase do instrumentalismo, abordada no item 1.6.

ramo do direito público, a ele aplica-se a regra de que tudo aquilo que não fosse expressamente permitido, devesse ser proibido.

1.5. O processo socializador estruturado por Franz Klein e a ZPO austríaca

Percorrendo os trilhos da história, adveio em 1895 a Ordenança Processual Civil Austríaca (*Österreich Zivilprozessordnung* – ZPO), cuja estruturação resultou do trabalho de um renomado advogado, conhecedor profícuo do direito romano e do processo civil[140], um jurista a frente de seu tempo: Franz Klein, o chefe de seção do Ministério da Justiça da Áustria.[141] A ZPO austríaca trouxe nova formatação à dinâmica processual[142] ao retratar a importância de o processo civil se destinar à concretização de uma função social,[143] realçando a forte oposição à valorização do princípio dispositivo, bem assim da igualdade formal, compreensão cultivada pela concepção liberal ou dispositiva. A reestruturação era alicerçada na centralização dos poderes do Estado-juiz,[144] sendo a função jurisdicional voltada à concretização do interesse público[145] e não aos interesses e às necessidades dos interessados

---

[140] CIPRIANI, Franco. Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civil tra libertà e autorità). In: *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 22, n. 3. Milano: Cedam, 1995, p.969.

[141] MONTERO AROCA, Juan. El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria. *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Coord. Juan Montero Aroca*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p.317.

[142] *"The Austrian Zivilprozessordnung of 1895, introduced in 1898 and drafted by Franz Klein (1854-1926), stands as a landmark in the field of civil Procédure, reflecting the new ideas. Klein aimed to finding a new balance the power of the judge end those of the parties"* VAN RHEE, C.H. Introduction. In: *European Traditions in Civil Procédure.* Oxford: Intersentia/Metro, 2005, pp.11-12.

[143] *"Klein's aim was the realization of the so-called 'social function' (Sozialfunktion) of civil litigation. This 'social function' maybe viewed as a reaction against the nineteenth-century liberal ideal of Procédure. It meant that litigation should not only be considered as a means to solve individual lawsuits between private litigants, but as a phenomenon that touched upon society as a whole".* Idem.

[144] DENTI, Vittorio; TARUFFO, Michele. Il profilo storico. In: *La giustizia civile.* Bolonha: Mulino, 2004, p.23; PICÓ I JUNOY, Juan. El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos.* Coord. Juan Montero Aroca, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p.110.

[145] "*Curiosamente también para Klein el proceso se ha convertido en un fenómeno social de masas; el proceso es un mal social y, por tanto, el interés del Estado es terminarlo cuando antes y al menor coste posible, Estas son las bases ideológicas e Klein, para el que el proceso debía entenderse como una especie de procedimiento administrativo en el que se tutelan, desde luego los intereses individuales, pero también los sociales. No vamos a entrar en el detalle de esta forma de entender el proceso, nos limitaremos a decir que en la misma concurren dos elementos que nos importan ahora: 1) El reforzamiento de los poderes del juez, el cual no puede seguir siendo un mero contemplador de la contienda, puesto que no debe proteger no sólo al individuo, sino también al*

diretos e imediatos do provimento jurisdicional, que são as partes.[146] Competia ao Poder Judiciário a manutenção de um ambiente fértil para a efetivação da publicidade, da oralidade, da motivação, da oficialidade (*Offizialmaxime*) e da livre valoração da prova – eliminava-se, radicalmente, a prova legal –.[147] Esses fatores sintetizavam a espinha dorsal do publicismo processual emergido da ZPO Austríaca,[148] vindo a influenciar a própria França,[149] como a Alemanha, Itália,[150] Países Escandinavos, Grécia, Suíça, Holanda etc.[151]

As críticas de Franz Klein ao liberalismo processual foram estimuladas pelas lições de seu mestre, Anton Menger, quem primeiro defendeu as bases do processo como estrutura socializadora. Nessa ótica, o magistrado passou a desempenhar o papel de protagonista decisório, o agente mais importante na defesa dos menos favorecidos, cabendo-lhe, inclusive,

---

Ordenamiento jurídico al servicio de la comunidad, lo que incluye el acordar pruebas de oficio, y 2) La imposición a las partes del llamado imperativo de totalidad y obligación de veracidad". MONTERO AROCA, Juan. El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria. *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos.* Coord. Juan Montero Aroca, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp.317-318.

[146] GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. In: *Revista de Processo.* vol. 164 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp.39-41.

[147] TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile.* Bologna: Mulino, 1989, p.21.

[148] "*La combinazione del principio dell'impulso del giudice [...] con l'oratilà e con l'eliminazione della prova legale e del giuramento decisorio (che erano, questi ultimi, caratteri tendenziali del processo liberale, dal napoleónico al germanico) dava luogo ad una struttura processuale nuova: infatti l'oralità (e la pubblicità), in regime di impulse ufficiale, non poteva restringersi al dibattimento ma doveva estendersi a tutta l'attività preparatoria e instruttoria [...]*" Idem.

[149] CADIET, Loïc. *Albert Tisser (1862-1925).* pp. 203-204; "*The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society. "The idea of reforming the 1806 Code of Civil Procédure emerged early on, although no political opening appeared until the Constitution of 1958. A commission charged with preparing a reform was created as early as 1862 (...) Even more interesting is the role played by Austrian law in this comparison, as the Austrian Code of Civil Procédure was reformed can be seen quite clearly in the remarkably up-to-date writings of Albert Tissier (1862-1925), a professor of the Paris Faculty of Law, and the co-author of the one of the two great French treatises on the civil Procédure of the late nineteenth and early twentieth centuries. In the years following the centenary of the French Code of Civil Procédure, Albert Tissier expressed and defended the concept of a modern civil Procédure that gave the judge an active role and increased powers in the Procédure. This realignment of the judge´s role went along with the new conception of the civil Procédure, since the judge then took on a social role, totally incompatible with the idea of the parties alone having a role to play"*. (os grifos não constam no original) CADIET, Loïc. The international sources of French Civil Procédure. In: DEGUCHI, Masahisa; STORME, Marcel. *The Reception and Transmission of Civil Procedural Law in the Global Society – Legislative and Legal Education Assistance to Other Countries in Procedural Law.* Antwerp: Maklu Publishers, 2008, p.266.

[150] CIPRIANI, Franco.Nel centenario del Regolamento di Klein (Il processo civil tra libertà e autorità). In: *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 22, n. 3. Milano: Cedam, 1995, pp.791-792.

[151] VAN RHEE, C.H. Introduction. In: *European Traditions in Civil Procédure.* Oxford: Intersentia/Metro, 2005, p.14.

determinar a produção de provas *ex officio*.[152] De cidadão *autossuficiente*, conforme era a simbologia do indivíduo perante o Estado (liberal), a ideologia social o transformava em cidadão *hipossuficiente*. Desse modo, a salvaguarda dos mais pobres consistia em uma das principais tônicas do processo socializador e o fundamento para o constitucionalismo social.[153]

Há de nos lembrarmos que no presente contexto histórico surgiram os direitos fundamentais de segunda dimensão (direitos prestacionais), fato que impõe ao Estado deveres de cumprimento de prestações positivas em relação aos seus cidadãos. Por essa razão, compreendia-se que, no processo, a atuação do Estado-juiz deveria suplantar os interesses perseguidos pelas partes, cumprindo um duplo papel: (i) *órgão educador:* devendo instruir o indivíduo sobre o direito vigente (extraprocessualmente) e; (ii) *representante dos pobres:* devendo assumir a representação dos menos favorecidos, o que por vezes esbarrava em sua imparcialidade (endoprocessualmente).[154]

Pelas considerações em foco, a história e a cultura, ambas como fiéis da balança de ordenação das funções entre Estado-juiz e partes, penderam, nessa conjuntura, para o incremento dos poderes discricionários do órgão jurisdicional. Com o tempo, o quadro se intensificou e, de "coisa das partes" o processo se tornou "coisa do juiz" ou "coisa sem partes"[155]. E assim prosseguiu a ciência processual civil em sua órbita hiperpublicista, socializadora e autoritária, respaldada na proeminência do Estado-juiz "*mano forte dello stato moderno*".[156] As sementes plantadas pelo "processualismo científico" sistematizado por Oskar Bülow,[157] somadas ao advento da ZPO austríaca, germinaram os grãos de uma cultura hiperpublicista, emergida no inchaço dos poderes do Estado-juiz e, especialmente, na pouca participação das partes.

---

[152] "Desta ideia publicística de processo derivam uma série de consequências: mantendo-se embora o princípio da disponibilidade privada, quer no que tange ao impulso inicial do processo, quer no que se refere aos negócios processuais, conferem-se ao juiz amplos poderes de impulso (sucessivo) e de gestão processual [...] o elemento preponderante e o centro de gravidade da relação processual passa a ser o juiz [...]". MENDONÇA, Luis Correia. *Vírus autoritário e processo civil*, p. 3. Disponível em: www.fd.unl.pt, acesso em: 09 ago. 2016.

[153] Os marcos do constitucionalismo social foram as Constituições de Weimar na Alemanha (1919), bem como a de Querétaro no México (1917). No Brasil, a Constituição de 1934 absorveu essa tendência.

[154] NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais.* Curitiba: Juruá, 2012, p.80.

[155] GODINHO, Robson Renault. A autonomia das artes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. In: *Civil Procedure Review*, v.4, n.1, 2013, p.40. Disponível em: http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=67&embedded=true, acesso em 01 ago. 2016.

[156] CHIZZINI, Augusto. *Pensiero e azione nella storia del processo civile: Studi.* Seconda Edizione. Utet Giuridica, p.132.

[157] V. item 1.4.

A *assimetria* do arranjo de forças entre os sujeitos processuais remanesceu, porém, em contraposição a de outrora (modelo liberal). Mais uma vez, não havia possibilidade de convenção ou de flexibilização processual por inciativa dos cidadãos, mas certamente por razões não coincidentes e, diferentemente do liberalismo, a livre disposição de situações jurídicas era controlada em função da diminuição da autonomia privada. Assim, nas remotas situações que algumas questões pudessem ser suscitadas, tais manifestações padeciam de homologação pelo órgão judicial para produzirem os seus efeitos.[158]

Comentando brevemente a respeito do processo civil social de Klein e Menger, entendemos ser ilusório cogitar que a verdade absoluta seja alcançada plenamente e em todos os casos, quase que sob uma lógica apodítica, ainda que se autorize o exercício de amplos poderes ao Estado-juiz na instrução probatória.

A busca dos fatos de sustento do direito material corresponde a um objetivo da função jurisdicional por uma questão de legitimação da decisão justa, bem como da credibilidade social perante o Poder Judiciário; todavia, não a todo custo, não como um salvo-conduto que possa justificar a supressão de direitos fundamentais dos indivíduos ou a tomada de atitudes totalitárias e antidemocráticas pelo Estado.

Partindo desse prisma, será visto que o processo civil contemporâneo não deve ter nem aversão, tampouco uma paixão nostálgica em relação às concepções de Franz Klein. Na realidade, delas deverá seguir adiante, buscando sua plena compatibilidade com o atual paradigma de Estado constitucional e cooperativo, o qual exige a reformulação de todo o sistema jurídico, e notadamente do processo, rumo ao imprescindível empoderamento das partes, rompendo com a feição heróica e onipotente de um Estado "tutor" de seus cidadãos – aquele que tudo sabe, aquele que tudo vê –.

1.6. O processualismo da escola italiana de direito processual do séc. XX e sua influência no Brasil

[158] VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Convenções processuais: premissas operacionais e os escopos da jurisdição contemporânea. In: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Coord.) *Inovações do Código de Processo Civil de 2015*. Rio de Janeiro, GZ, 2016, p.92.

Foi a partir do processualismo científico que o processo civil adquiriu sofisticação teórico-sistemática[159] no "apagar das luzes" do século XIX.[160] Na transição do positivismo exegético, de feição piramidal-dedutiva[161] – fruto do pensamento iluminista – para o positivismo pós-exegético, a sociedade se deu conta de que o modelo político retratado pelo Estado liberal já não se fazia suficiente para a concretização dos anseios sociais, políticos, culturais e econômicos daquele momento.

As lições de Oskar Bülow, Franz Klein, Anton Menger, Adolf Wach, entre outros, foram incorporadas por muitos sistemas jurídicos, sendo crucial, particularmente para o desenvolvimento dos estudos de Chiovenda, que seguiram ao arquétipo socializador, alocando o processo civil enquanto ramo autônomo da ciência jurídica, pertencente à esfera do direito público. Chiovenda fundou a Escola de Processo Civil da Itália e a *Rivista di Diritto Processuale Civile* em conjunto com Francesco Carnelutti.

Seus ensinamentos preciosos repercutiram em diversos países de tradição *civil law*, inclusive no Brasil, muito em razão da chegada de Enrico Tullio Liebman para aqui lecionar durante o período da 2ª guerra mundial,[162] além das pesquisas realizadas por processualistas brasileiros na Itália.

Entre as contribuições infindáveis de Chiovenda, o afastamento da concepção privatística de processo, aliando-se às ideias publicistas germinadas em solo tedesco, foi a construção elementar à evolução da novel disciplina, em função de ser o sustentáculo da

---

[159] BARROS, Flaviane de Magalhães; NUNES, Dierle José Coelho. *Estudo sobre o movimento de reformas processuais macroestruturais: a necessidade de adequação ao devido processo legislativo.* Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

[160] OLIVEIRA, Carlos Alberto de. Poderes do Juiz e visão cooperativa de processo I. In: *Academia Brasileira de Direito Processual Civil.* Disponível em: abdpc.org.br. Acesso em: 06 ago. 2016.

[161] Lênio Luiz Streck, O (pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. In: *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 7, jan./jun. 2010, p.21.

[162] "A vida de Enrico Tulio Liebman, conquanto tivesse sido curta a sua permanência entre nós, incorpora-se definitivamente na história do direito processual civil brasileiro como um marco fundamental, como um apostolado da ciência, como um templo do saber. Antes dele houve grandes processualistas, mas não houve escola; depois dele houve escola, no seio da qual floresceram grandes processualistas. Ele foi um divisor que, pondo remate a certo estilo de atividade processual, inaugurou entre nós o método científico, que os seus discípulos abraçaram apaixonadamente". BUZAID, Alfredo. *A Influência de Liebman no Direito Processual Civil Brasileiro*, p.131. Disponível em: revistas.usp.br, acesso em: 06 ago. 2016; LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil.* 3. ed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. pp.7-8; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp.138-142.

estruturação teórica por ele empreendida.[163] Também dedicou grande parte dos estudos à oralidade enquanto técnica de aceleração prática dos atos processuais, elevando-a para a condição de característica fundamental do processo civil.[164] Defendia o fenômeno processual como a combinação do procedimento somado à relação jurídica processual, voltado à resolução de litígios mediante a real certificação da vontade concreta da lei ("*volontà concreta della legge").*[165]

Nesse sentido, retirava a regra legislada de seu patamar geral e abstrato – que representava os interesses dos cidadãos –, vindo a adquirir concretude por sua aplicação ao fato, por intermédio do Estado-juiz.[166]

No ano de 1940 foi editado, sob a coordenação do Ministro da Justiça da época, Dino Grandi, o *Codice di Procedura Civile*.[167] Havia tempos em que doutrina peninsular lutava contra a legislação processual de 1865 de caráter privatístico, idealizada com base nas aspirações liberais predominantes durante a primeira quadra do século XIX. Nesse novel cenário, aqueles que perfilhavam da ideologia de socialização, imputavam ao controle exclusivo dos litigantes quanto ao tempo do processo, a morosidade e a ineficácia do instrumento processual.

---

[163] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correntes e contracorrentes no processo civil contemporâneo. In: Temas de Direito Processual. 9. Série. São Paulo: Saraiva, 2007, p.141.

[164] NUNES, Dierle José Coelho. NUNES, Dierle José Coelho. Processo Jurisdicional Democrático: Uma Análise Crítica das Reformas Processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p.55.

[165] "Ora, o processo civil, que se encaminha por demanda de uma parte (autor) em frente a outra (réu), serve justamente, não mais a tornar concreta a vontade da lei, pois essa vontade já se formo como vontade concreta anteriormente ao processo, mas a certificar qual seja a vontade concreta da lei e a efetivá-la". CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. 1. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1942, pp.27-28."Essa tendência das legislações mais recentes equivale a outra manifestação de abandono da concepção individualista do processo, substituída por u m a concepção publicística, não hesitante em limitar a liberdade das partes em consideração ao princípio da conduta processual honesta e que, portanto, estabelece a obrigação de só se utilizar do processo para fins e com meios lícitos [...] A concepção publicística, que se funda na autoridade do Estado como parte integrante da relação jurídica processual, justifica a ampliação dos poderes do juiz". BUZAID, Alfredo. *A Influência de Liebman no Direito Processual Civil Brasileiro.* pp.146-147. Disponível em: revistas.usp.br. Acesso em: 06 ago. 2016

[166] V. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A Contratualização do Processo – das convenções processuais no processo civil.* São Paulo: LTr, 2015, p.66.

[167] *"Orbene, il codice, nel 1940, quando fu promulgato, fu ovviamente presentato come um codice in linea com i tempi, anzi come il codice fascista per eccellenza, ma sta di fato che, uma volta caduto il fascismo, Calamandrei, che aveva più di tutti collaborato lla sua stesura e aveva persino scritto in nome e per conto di Grandi la Relazione al re, e democratico, figlio delle teorie prospettate da Giuseppe Chiovenda bem prima dell'avvento del fascismo".* CIPRIANI, Franco. *Stato di diritto e garanzie processuali - Atti delle II Giornate internazionali di Diritto processuale civile.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, p.13.

O Código Processual Civil de 1940 buscou inspiração, em maior medida, nas concepções advindas do publicismo processual,[168] malgrado não tenha atribuído o destaque esperado para as técnicas da concentração e da oralidade, não concretizando, dessa maneira, duas das principais idealizações do mestre Chiovenda. A identidade física do Estado-juiz e a eficácia do provimento jurisdicional[169] tornaram-se uns dos principais motes do processo civil daquela conjuntura[170], situação que, de um certo modo, mostrava-se incompatível com o desenvolvimento de técnicas processuais altamente sofisticadas à aplicação dos conceitos e dos institutos processuais bastante elaborados.[171] Por esse motivo, os planos teórico e prático se contrapunham.[172]

A ascendência da doutrina processual italiana no Brasil pode ser comprovada pela própria noção de jurisdição predominante, cujo conceito foi elaborado por Chiovenda há mais de cem anos. Realmente, compreender a função jurisdicional como o poder do Estado de declarar a vontade concreta da lei pela substituição dos interesses das partes[173] não é mais compatível com o nível atual de evolução do direito processual, muito embora seja este o entendimento que perdura nos bancos das faculdades de direito[174], não a título histórico e

---

168 *"Uno de los pontos fundamentales del Código de 1940 fue el aumento de los poderes del juez, ('8 – El juez y la ley'), que se calificó de 'directiva fundamental de la reforma', pero ello debe entenderse dentro del 'renovado concepto de la dignidad y la autoridad del Estado fascista y de sus órganos'".* MONTERO AROCA, Juan. El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria. *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos.* Coord. Juan Montero Aroca, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p.325.

169 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, vol. III. Campinas: Bookseller, 2000, p.74.

170 *"Le procès oral est le seul qui corresponde au príncipe de libre conviction du juge. Le juge qui doit prononcer la sentence est celui qui a recueilli les éléments de la cause, qui a interrogé les parties, les témoins, les experts, qui a examiné de ses yeux les objets et les lieux litigieux; cela exige que le juge reste le même pendant toute la durée del'instance, que les activités processuelles soient trachés séance tenante, que le contact entre les parties et le juge soit immédiat et que le mode de communication soit la parole".* VIZIOZ, Hery. L'influence de Chiovenda sur la jurisprudence et la legislation. In: *Études de procédure.* Paris: Dalloz, 1956, p.177.

171 "O aumento dos poderes do juiz, que foi justificado no Código italiano de 1940 como necessário para combater a lentidão da justiça, fracassou, porque o que se verificou desde então foi um agravamento anormal desse problema". GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. In: *Revista de Processo*, v. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.33.

172 ABREU, Rafael Sirangelo de. Vertentes culturais do processo civil na passagem do século XIX ao século XX: as vertentes francesa e austríaca como marcos da passagem do Estado liberal ao Estado Social e a atualidade de sua discussão. In: *Revista de Processo*, vol. 229, 2014, p.92.

173 "[...] em conformidade com o nosso direito, o juiz atua, em todos os casos, vontade de lei preexistente, e, se faz obra de especialização da lei, é tão só no sentido de que formula, caso por caso, a vontade da lei concretizada antes do processo". CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual.* 2. ed. vol. I São Paulo: Saraiva, 1965, p.42.

174 "Ainda são sustentadas, depois de aproximadamente cem anos, as teorias de que a jurisdição tem a função de atuar a vontade concreta da lei – atribuída a Chiovenda – e de que o juiz cria a norma individual para o caso concreto, relacionada com a tese da 'justa composição da lide' – formulada por Carnelutti". MARINONI, Luiz

evolucional do conceito – estudo de fundamental importância e que deverá ser realizado e, inclusive, estimulado por aqueles que ensinam a matéria –, mas sim para expressar o desempenho da função jurisdicional atualmente. A percepção do processo civil legalista, socializador e de culto à estatalidade para resolver todos os problemas da sociedade era coincidente com a vertente da Exposição de Motivos do CPC de 1939[175], acentuada com o advento do CPC de 1973,[176] considerado importante marco da consagração do direito processual civil como disciplina pública e independente, voltada à pacificação dos conflitos e aos escopos metajurídicos da jurisdição. A resolução dos interesses privados não era uma finalidade precípua.

Ocorre que apesar de todo robustecimento técnico que comportava, o CPC de 1973 apresentava inúmeras dificuldades de lidar com problemas pragmáticos, mostrando-se insuficiente ao impor um processo civil anacrônico[177] em relação às múltiplas experiências sociais. Nesse sentido, demonstrava plena incapacidade de ser aplicado *pro futuro,* e como exemplo disso, se identifica a timidez relativamente ao tratamento da tutela provisória e da tutela inibitória.[178]

Deveras, o Código Buzaid alimentava uma dinâmica voltada à retrospecção (ao passado) e não à prospecção (ao futuro). O Estado não exercia o papel de *agente indutor de*

Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de Direito Processual Civil: Uma homenagem ao Professor Egas Moniz de Aragão.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

[175] "[...] o novo processo é eminentemente popular. Pondo a verdade processual não mais apenas a cargo das partes, mas confiando numa certa medida ao juiz a liberdade de indagar dela, rompendo com o formalismo, as ficções e presunções que o chamado 'princípio dispositivo', de 'controvérsia' ou 'contradição', introduzira no processo, o novo Código procura restituir ao público a confiança na Justiça e restaurar um dos valores primordiais da ordem jurídica, que é a segurança nas relações sociais reguladas pela lei". *Exposição de Motivos do Anteprojeto* de Francisco Campos, publicado no Diário Oficial de 4 de fevereiro de 1939. Disponível em: camara.leg.br. Acesso em 09 ago. 2016. José Carlos Barbosa Moreira também aponta a influência da ideologia processual do início do séc. XX no diploma de 1939, ainda que vigente, na própria Itália, o Código liberal de 1865 em: *O processo civil brasileiro entre dois mundos.* In: Revista EMERJ, v.4, n.16, 2001.

[176] "O processo é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar justiça. Não se destina a simples definição de direitos na luta privada entre os contendores". *Exposição de Motivos do Projeto de Alfredo Buzaid*, apresentado em 31 de julho de 1972. Disponível em: senado.leg.br. Acesso em 09 ago. 2016. Nesse sentido: GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil.* Coleção Liebman/ Coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.48.

[177] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *O Novo Processo Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 54-55.

[178] MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito. *In: Academia brasileira de direito processual civil.* Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni(2)%20-%20formatado.pdf, acesso em: 01 jan. 2017.

condutas, característica do Estado Incitador – produtor de influências –.[179] Era sancionador de comportamentos antijurídicos, situação que, de certa forma, se aproximava da função jurisdicional segundo as lições de Chiovenda.[180] Fato é que, atualmente, a concepção Chiovendiana de aplicação da "vontade concreta da lei", além de característica de um modelo transposto de Estado, não é mais satisfatória para escorar os institutos processuais proeminentes, entre eles, os precedentes judiciais vinculantes, a jurisdição voluntária[181] e, em especial no que tange ao tema deste trabalho, o declínio do "legicentrismo"[182] e o advento da norma processual de base convencional decorrente do consentimento das partes sobre o processo. No atual contexto, o CPC/2015 procura equilibrar a balança ideológica entre privatismo-liberal e publicismo-social ao fornecer importantes ferramentas voltadas à prospecção.[183]

As convenções processuais ocupam papel relevante para a equalização ideológica tratada, tal como para a acentuação da performance estatal alinhada à tendência de fomento às instâncias negociais não restritas ao objeto litigioso, incidindo no âmbito do procedimento e das posições ou situações jurídicas processuais das partes. A passagem para o próximo tópico obtém respaldo na seguinte indagação: em ares pós-modernos, ainda devemos nos valer do entendimento de que a função jurisdicional se limita a declarar[184] a regra legislada, sendo orientada exclusivamente à retrospecção?

---

[179] ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p.56.

[180] Afrânio Silva Jardim adota essa visão: "jurisdição é o poder-dever que cabe ao Estado de, substituindo às partes, resolver o conflito de interesses que lhe é apresentado, a fim de que, tutelando o ordenamento jurídico, dê a cada um o que efetivamente é seu. Em outras palavras: é o poder de julgar". (os grifos não constam no original).

Para o autor, a atividade jurisdicional pressupõe uma determinada pretensão e a substituição do Estado às atividades das partes (atividade não constitutiva). Notas sobre a teoria da jurisdição. In: *Revista Forense*, vol. 297, ano 85, Companhia Editora Forense, 1987, p.32.

[181] Na visão de Carnelutti, a jurisdição voluntaria corresponderia a uma função administrativa desempenhada pelo juiz, pois não haveria lide. Profilo dei rapporti tra diritto e processo. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Vol. XV, Padova – CEDAM, 1960, p.548.

[182] CADIET, Loïc. Le spectre de la société contentieuse. *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Écrits en Hommage a Gérard Cornu. Textes réunis et publiés par Jean Beauchard et Pierre Couvrat*. Paris: P.U.F, 1994, p.50.

[183] *"Ci si dimentica che lo Stato assume, nel mondo contemporaneo, caratteristiche molto diverse. Invece di essere un mero sanzionatore di comportamenti, lo Stato è divenuto un induttore di condotte nella società, attuando prospettivamente con l'obiettivo di fomentare e stimolare comportamenti auspicati".* CABRAL, Antonio do Passo. Per um nuovo cencetto di giurisdizione. In: *Revista da Faculdade Mineira de Direito.* vol. 18, n. 35, 2015. Disponível em: periodicos.pucminas.br, acesso em: 18 jul. 2016.

[184] A discussão sobre o aspecto declaratório da jurisdição envolve as compreensões de monismo e dualismo do ordenamento jurídico, isto é, se o Estado-juiz apenas reconhece e aplica o direito positivo ou se assume um caráter

1.7. Instrumentalidade do processo e convenções processuais: um debate necessário

Durante a segunda fase metodológica, o direito processual civil era assimilado como um conjunto de técnicas eminentemente endoprocessuais, rígidas, formais e completamente fechadas à contextualização fática desvendada pela controvérsia, trazendo dificuldades para efetivá-las em sua prática. Na realidade, acreditava-se que a ciência processual, tida como atemporal, não sofreria os reflexos do caminhar dos tempos, tampouco sentiria na pele as marcas da cultura; "incorria-se no grave equívoco de ver o processo como a medida de todas as coisas, a forma prevalecendo sobre o fundo"[185]. O processualismo científico vinculava-se ao *dogmatismo*,[186] apresentando duas características principais: (i) a supressão do pensamento crítico[187] e (ii) a tendência de se conceber as categorias processuais como se fossem eternas, indiferentes à realidade social, o que ocasionou o confinamento dos processualistas no "mundo dos conceitos", incompatível com o "mundo dos conflitos". Com o tempo, o sistema processual já não retratava os valores e as circunstâncias da comunidade, não evoluindo do mesmo modo acelerado dos fatos. Em decorrência disso, os operadores do direito contrários ao formalismo processual exacerbado começaram a se preocupar com a efetividade e com os resultados práticos do processo.

Chegamos à terceira fase metodológica do processo civil: o instrumentalismo ou fase teleológica. Dentro do novo paradigma teórico no Brasil, Cândido Rangel Dinamarco procurou sistematizar suas concepções sob o signo da instrumentalidade, método de pensamento já

---

criativo do Direito. Não iremos adentrar nessa seara no momento, fato que ultrapassaria o objeto do presente estudo.

[185] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo valorativo*. 4. ed, São Paulo: Saraiva, p.19.

[186] Ovídio Baptista defende a superação do paradigma racionalista (vindo do Iluminismo), o que ocasionou, e ainda ocasiona, a alienação dos juristas, com a criação de um "mundo jurídico" alheio ao mundo social. SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista.* Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp.301-302.

[187] Ovídio Baptista da Silva sustenta que o dogmatismo inibe que o indivíduo exerça sua capacidade de indagar o "por quê" (questionar o próprio dogma) dos fenômenos, se contentando ao "como", e isso acabava fortalecendo o próprio dogma[187]: "Também a 'ciência' moderna não se preocupa com a genealogia dos fenômenos que investiga, muito menos com as respectivas ontologias. O cientista não se detém no 'por que' das coisas, satisfaz-se em descobrir o 'como'; como resolver as dificuldades enfrentadas e como extrair proveito das descobertas científicas". Ibid, p.300; V. também: SANTOS, Boaventura de Souza. Porque é tão difícil construir uma teoria crítica? In: *Revista crítica de ciências sociais*, n. 54, 1999.

adotado por estudiosos do processo civil da época.[188] Para Cândido Rangel Dinamarco, o principal propósito da função jurisdicional consiste em promover a pacificação social (escopo social),[189] mediante a realização dos escopos jurídicos e políticos da jurisdição.[190] O processo de resultados[191] não se restringe à interface entre a violação do direito abstrato e sua consequente reparação pela ordem jurídica (escopo jurídico)[192], haja vista que persegue, principalmente, a "obtenção do objetivo último de pacificação ou eliminação do estado anímico de insatisfação".[193] As palavras de ordem tornam-se: técnica, efetividade e processo de resultados.

---

[188] Por todos, v. Carnelutti: *"[...] tra diritto e processo esiste un rapporto logico circolare: il processo serve al diritto, ma affinché serva al diritto, deve essere servito dal diritto"*. Profilo dei rapporti tra diritto e processo. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Vol. XV, Padova – CEDAM, 1960, pp.544-545. José Roberto dos Santos Bedaque, a título de exemplo, faz referência a Emilio Gómez Orbaneja (*Derecho y proceso*, Navarra, Civitas, 2009), autor argentino pouco conhecido no Brasil, que em conferência realizada na Universidade de Zaragoza, nos idos dos anos 70, chegou a afirmar: *"Pero lo que más importa señalar, para dejar bien claro por qué he dicho que esa confrontación entre el derecho y el proceso es la que nos permite ahondar en los principios, es el carácter instrumental del proceso. El proceso hemos visto que es una institución regulada por el derecho que está en función de outro derecho; que no tendría sentido sin esse outro derecho. El derecho del proceso es um derecho de segundo grado y formal, es decir, que no se enfrentadirectamente con las relaciones de la vida ni con el tráfico económico o social, sino que es un derecho que está para outro derecho".*

Mais adiante, Bedaque reconhece na obra de Eduardo Couture (Fundamentos del derecho procesal civil, 3. ed., Buenos Aires, Depalma, 1978, pp.43-44; p.145) o estabelecimento de premissa nitidamente inspirada no instrumentalismo processual: *"La idea de jurisdicción, como la de proceso, es esencialmente teleológica. La jurisdicción por la jurisdicción no existe. Sólo existe como medio de lograr un fin. El fin de la jurisdicción es asegurar la efectividad del derecho". Cf.* BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do mesmo fenômeno processual? In: *Garantismo processual: Garantias constitucionais aplicadas ao processo. Coord: José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Edi. Brasília*. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2016.

[189] "Assim como o fim último do Estado social contemporâneo é o bem-comum, é a justiça e escopo-síntese da jurisdição". DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* 11. ed. rev., ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p.387.

[190] "A jurisdição não tem escopo, mas escopos (plural); é muito pobre a fixação de um escopo exclusivamente jurídico, pois o que há de mais importante é a destinação social e política do exercício da jurisdição. Ela tem, na realidade, escopos sociais (pacificação com justiça, educação), políticos (liberdade, participação, afirmação da autoridade do Estado e do seu ordenamento) e jurídico (atuação da vontade concreta do Direito) ". Idem.

[191] "À luz dessa visão metodológica, ganha importância fundamental na ciência processual o relevante tema da efetividade do processo. Não basta um processo tecnicamente bem concebido. É preciso verificar se ele está produzindo os resultados esperados". BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do mesmo fenômeno processual? In: Garantismo processual: Garantias constitucionais aplicadas ao processo. Coord: José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Edi. Brasília. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2016.

[192] MADUREIRA, Claudio Penedo. Formalismo, Instrumentalismo e Formalismo-Valorativo. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 10, n. 3, dez. 2015. ISSN 2317-8558. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/58879>, acesso em: 08 ago. 2016.

[193] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* 11. ed. rev., ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p.197.

Certamente, representou uma conquista importante para o processo civil e para toda sociedade, mas existem alguns argumentos que precisam ser reposicionados para aferir a compatibilidade das convenções processuais relativamente às premissas da instrumentalidade do processo que tomou força em solo pátrio em função das contribuições do Professor das Arcadas de São Francisco.

De acordo com essa visão, a pacificação social demanda postura ativa do magistrado, podendo flexibilizar as regras processuais a fim de garantir a reafirmação do preceito normativo violado, incumbindo ao Estado a *declaração* do direito, o que sobressalta os poderes dos juízes comprometidos com a efetivação dos escopos sociais, políticos e jurídicos da jurisdição. Ofusca-se a atuação dos litigantes na construção do processo de caráter dialógico,[194] como na determinação sobre os atos do procedimento.

O modelo de instrumentalidade desvendado por Cândido Rangel Dinamarco possui grandes méritos e importantes conquistas, sendo uma de suas contribuições mais notáveis a compatibilização entre os planos do direito material e do direito processual – relativização do binômio direito-processo –.[195]

No entanto, insere a jurisdição como polo metodológico da teoria geral do processo, lugar anteriormente ocupado pela ação,[196] e ao enaltecer a jurisdição em detrimento do processo, desvenda a assimetria das posições processuais das partes face às prerrogativas do Estado-juiz, sobretudo no que se refere à participação das partes na regulação dos atos processuais:

> Nem o *processo* merece tal colocação, porque não é fonte substancial de emanação e alvo de convergência de ideias, princípios e estruturas que integram a unidade do direito processual. Dentro de um sistema que em si mesmo é instrumental, ele é o instrumento por excelência, prestando-se ao exercício de uma função que também está a serviço de certos objetivos (exteriores ao sistema). Isso destitui o processo, como instituto, de maior expressão substancial, ainda dentro do sistema que integra. E, por isso, o

[194] CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo civil moderno. Contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.235.
[195] No mesmo sentido: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo.* 6. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

[196] Sob o ponto de vista de Georges Abboud e Rafael Tomaz de Oliveira, a instrumentalidade do processo possui três importantes decorrências ou desdobramentos: a) coloca-se a jurisdição como categoria central da teoria geral do processo e concentra-se os poderes do processo todos nas mãos do juiz; b) o instrumentalismo separa radicalmente Estado e indivíduo e reitera a relação de sujeição deste para com aquele; c) os sujeitos recebem apenas a sujeição dos deveres impostos ao Estado. De acordo com esse entendimento, a relação jurídica que deverá ser alçada ao centro da teoria geral do processo, já que "permite um acesso hermenêutico ao direito, porque possibilita uma visão da legislação até a decisão por meio de uma espiral hermenêutica em que a ideia do direito e a situação da vida são postos em correspondência". O dito e o não-dito sobre a instrumentalidade do processo: críticas e projeções a partir de uma explanação hermenêutica da teoria processual. In: *Revista de Processo*. vol.166, dez. 2008, pp.27-70.

> processo em si próprio, como conjunto de modelos de atos traz profunda e indisfarçável marca de formalismo. A ideia de procedimento é inseparável do conceito de processo. Colocar como polo principal do sistema esse instituto assim marcadamente formal e potencialmente instrumental conduziria aos extremos de incluir na teoria geral áreas jurídicas até onde não se chega a utilidade desta (e sem qualquer proveito para a boa compreensão das diversas espécies de direito processual): não fosse assim, chegaria a própria teoria geral do processo até à disciplina dos negócios jurídicos, o que não seria capaz de enriquecer conhecimentos ou aprimorar soluções.[197] *(grifado)*
>
> [...] A preponderância metodológica da *jurisdição*, ao contrário do que se passa com a preferência pela ação ou pelo processo, corresponde à preconizada visão publicista do sistema, como instrumento do Estado, que ele usa para o cumprimento de objetivos seus. Certamente, essa postura guarda relação com a maneira como é visto o próprio em que inserem, recebendo os influxos do regime político em vigor.[198]

Perceba-se que, ao se promover a inserção da jurisdição em posição central, concedendo ao Estado-juiz a função de *declarar* a norma jurídica pré-existente[199], restam poucos espaços de penetração das partes para que possam cooperar na construção do procedimento, cuja função, nessa perspectiva, seria exclusiva do Estado. Entendemos, todavia, que a função jurisdicional, "longe apenas de declarar o direito, opera verdadeira reconstrução da ordem jurídica mediante o processo, tendo por matéria prima as afirmações de seus participantes a respeito da situação litigiosa".[200]

A concepção de processo deve aliar dois fatores ao seu desenvolvimento adequado: (i): instrumento técnico; (ii) espaço democrático, simétrico e legitimador. Pensar em processo-instrumento é fundamental, pois processo também é forma, a qual, por sua vez, "é inimiga jurada do arbítrio e irmã gêmea da liberdade".[201] Não obstante, o processo não é somente forma direcionada à concretização do direito violado, mas contexto valorativo e dialógico, podendo ajustar a forma às circunstâncias apresentadas pelo direito material.

---

[197] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo.* 11. ed. rev., ampl. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 95.

[198] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo.* 6. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 97.

[199] " [...] antes de o produto condicionar o processo, é o processo que condiciona o produto. Em nível macro, a norma jurídica de caráter geral é algo determinado pelo processo de sua produção, um processo de natureza política. É esse processo que reclama rigorosa disciplina, em todos os seus aspectos, sob pena de se privilegiar o arbítrio dos decisores". PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Instrumentalidade do processo e devido processo legal.* In: Ensaios e Artigos, vol. I. Salvador: Juspodivm, 2014, pp. 33.

[200] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Teoria e prática da tutela jurisdicional.* Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 89-90.

[201] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo valorativo.* 4. ed, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 29.

Veja-se que o formalismo atual concede espaços de autodeterminação às partes, respeitados certos limites. Conforme será tratado adiante, afora os limites previstos em lei, parte da doutrina processual sustenta que há "um núcleo duro indispensável de formalismo que não pode ser desrespeitado",[202] o que Leonardo Greco denominou de "ordem pública processual"[203]. A verificação sobre a necessidade do critério da ordem pública processual para aferir a ilicitude do objeto das convenções processuais será vista no terceiro capítulo da dissertação. Em avanço, respeitados autores têm sustentado, com vários títulos, "*slogans"* ou nomenclaturas contundentes, como, "formalismo valorativo", "neoprocessualismo",[204]

[202] GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: *Processo Civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.* MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (org.). São Paulo: Atlas, 2012, p. 282.

[203] O estudo da ordem pública processual como filtro de validade das convenções processuais será tratado no capítulo 3.

[204] Eduardo Cambi encontra nas concepções metodológicas do neoconstitucionalismo e do neoprocessualismo – o estudo do direito processual sob a prisma do arsenal teórico daquele – suporte crítico para o aprimoramento da teoria e prática do direito, notadamente no sentido de tornar mais efetiva a prestação jurisdicional. Sob a perspectiva adotada pelo autor, a relação entre Constituição e Processo pode ser *direta* e *indireta*. Direta a partir do momento que a Constituição prevê determinadas garantias fundamentais essenciais à concretização dos valores de justiça, estabelecendo, ainda, mecanismos de controle constitucional. Por outro lado, a relação será indireta quando a norma constitucional determinar que o legislador infraconstitucional preveja regras processuais específicas para que o juiz concretize a norma jurídica no caso concreto. Para Cambi, as principais contribuições trazidas pelo que se denominou de "neoconstitucionalismo" podem ser sistematizadas em três planos distintos: a) aspecto histórico; b) aspecto filosófico e; c) aspecto teórico[204]. Sobre o *aspecto histórico*, a Constituição de 1988, que sofreu reflexos das transformações do direito constitucional após a 2. guerra mundial, superando o paradigma da validade apenas formal do direito, marca a transição para o Estado Democrático de Direito. O *aspecto filosófico* corresponde ao que se denomina de *força normativa dos princípios*, de forma que estes deixam de sustentar uma posição secundária em relação às regras. Por fim, o *aspecto teórico* liga-se ao reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional – simplificação do acesso ao poder judiciário – e ao desenvolvimento de uma dogmática de interpretação constitucional. Deve-se refletir sobre as seguintes palavras de Eduardo Cambi: "os fins públicos buscados pelo processo, como instrumento democrático do poder jurisdicional, transcendem os interesses individuais das partes na solução do litígio. Esta visão publicística, imposta pela constitucionalização dos direitos e garantias processuais (neoprocessualismo), não se esgota na sujeição das partes ao processo". Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira.* São Paulo: RT, p. 669. Acreditamos, todavia, que os escopos públicos do processo não transcendem os interesses individuais daqueles que são os maiores interessados na tutela jurisdicional, mas com eles convivem. Sobre o neoprocessualismo como a quarta fase metodológica do direito processual, Fredie Didier Jr. realça: "Parece mais adequado, porém, considerar a fase atual como uma quarta fase da evolução do direito processual. Não obstante mantidas as conquistas do processualismo e do instrumentalismo, a ciência teve que avançar, e avançou. Fala-se, então, de um Neoprocessualismo: o estudo e a aplicação do Direito Processual de acordo com esse novo modelo de repertório teórico". Teoria do Processo e Teoria do Direito. In: TELLINI, Denise Estrela; JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix (org.). *Tempestividade e Efetividade processual: novos rumos do processo civil brasileiro – estudos em homenagem à professora Elaine Harzheim Macedo.* Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 199. V também: DIDIER, JR, Fredie. Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessualismo. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial.* vol.2. Salvador: Juspodivm, 2010.

"processo constitucional democrático",[205] entre outros, a existência de uma *quarta fase metodológica* do processo civil para além da instrumentalidade ou fase teleológica.

Independentemente da corrente adotada, ou caso se sustente que a fase instrumental ainda persiste e seja suficiente para justificar a multiplicidade de institutos e técnicas jurídico-processuais aplicáveis atualmente – visão com a qual não concordamos –, continuar interpretando a função jurisdicional enquanto aquela que, *substituindo as partes*, destina-se a impor a vontade concreta da lei – ou do direito –, é, seguramente, "continuar tratando o tema de forma abstrata e descolada do contexto histórico cultural",[206] tendo em vista que, em função da preocupação de reafirmação da autoridade estatal, demonstra-se pouco permeável à participação de seus interessados imediatos.

No que se refere às convenções processuais, permanece a importância do redimensionamento democrático-teórico do *processo*, que deixa de ser compreendido enquanto simples meio de efetivação da regra processual/procedimental legislada (o instrumento propriamente dito), e sim "um cenário mais amplo de instrumento da vida democrática".[207] A fim de prosseguir no estudo em sintonia com premissas a ele coerentes, parece-nos ser inevitável avançar para além da instrumentalidade, ou seja, do entendimento de que a participação das partes é restrita à formação do convencimento do Estado-juiz.[208] As convenções processuais não têm voz nem vez em um cenário no qual a estruturação do procedimento seja indiferente às partes.

São incompatíveis no ambiente onde não seja estimulado o diálogo entre todos os interessados para o alcance do resultado esperado (gestão compartilhada do processo) e onde não seja possível disciplinar sobre suas situações jurídicas processuais titularizadas pelas próprias partes e, em última análise, no cenário no qual os escopos sociais e políticos da jurisdição suplantem os escopos jurídicos, enquanto inarredável manifestação da reverência

---

[205] NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais.* Curitiba: Juruá, 2012; BRÊTAS, Ronaldo. *Processo constitucional e Estado democrático de direito.* Belo Horizonte: Del Rey, 2010; NUNES, Dierle José Coelho. Processualismo constitucional democrático e padronização decisória. In: *Revista de Processo*, ano 36, vol. 199, 2011.

[206] OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo valorativo.* 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

[207] SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Da teoria geral do processo à teoria da tradução: um aporte da sociologia das ausências e das emergências. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Org.). *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial.* Salvador: Juspodivm, 2008, p. 420.

[208] No mesmo sentido, registraram Sergio Cruz Arenhart e Gustavo Osna: "a participação dos sujeitos seria majorada não apenas no que toca ao convencimento judicial sobre o objeto litigioso, mas também no que se refere à estruturação do rito processual a ser casuisticamente adotado". Os "acordos processuais" no projeto do novo CPC – aproximações preliminares. *Revista Eletrônica - Tribunal Regional do Trabalho do Paraná*, v. 39, 2015. Disponível em: http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/index.jsp?ipg=194778, acesso em: 20 abr. 2015.

cega à estatalidade e ao hiperpubliscismo estatal. Esta consiste, como dito, na principal marca do hiperpubliscismo, digna de hoje ser repensada: a compreensão de que a jurisdição não detém o objetivo primordial de atender aos interesses das partes, mas, em primeiro lugar, deve se voltar aos interesses públicos do Estado.

Nesse momento, cumpre tecer um breve comentário dos escopos jurídico, político e social da função jurisdional defendidos pelos instrumentalistas, conforme destacamos. Na realidade, compreendemos que a função precípua da jurisdição no Estado constitucional consiste em tutelar os interesses dos membros da sociedade que sejam agasalhados pela ordem jurídica,[209] ou seja, corresponde à tutela de direitos à luz das necessidades do direito material. Sustentar que a jurisdição possui como escopo principal a tutela dos direitos, não simboliza uma regressão ao privatismo, que via na função jurisdicional o simples meio de realização de direitos subjetivos.

De outro ponto, sequer significa refutar a natureza pública do direito processual e a existência de escopos públicos. Furtamo-nos das lúcidas palavras de Otávio Domit, que arremata: "a ideia de que a jurisdição se presta à tutela dos direitos revela tão somente uma proposta conceitual atenta para os fins do processo constitucional – centrados na pessoa, e não no Estado – e uma postura dogmática preocupada no resgate das ligações entre direito material e relação jurídica processual, proposta que é perfeitamente conciliável com a autonomia científica conquistada pelo direito processual".[210]

Dito isso, a pacificação social (escopo social) e a reafirmação da ordem jurídica (escopo político) são finalidades sucessivas, complementares, alcançadas por intermédio de decisões justas, que realmente concretizem os interesses de quem tem razão em consonância com o arsenal fático levado pelas partes,[211] em um procedimento compatível com as idiossincrasias do caso concreto. Ao magistrado incumbe, outrossim, o controle para a preservação de um procedimento de envergadura garantística, dialógica, democrática e que pressuponha

---

[209] GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil*, vol.01, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.58.

[210] DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia: o juiz e a qualificação jurídica da demanda no processo civil brasileiro.* Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013, p.194. v. versão comercial da dissertação: DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia e causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

[211] GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil*, vol.01, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 58; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *O Novo Processo Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 89.

pluriparticipação.[212] A tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva representa o somatório do processo de envergadura garantista[213] com o direito à decisão efetiva. A legitimação pelo procedimento[214] (*procedural justice*) ou a sobreposição do direito material ao procedimento justo, são realidades que se bem olhadas não sobrevivem isoladamente.[215] De acordo com a lição de Michele Taruffo[216], o processo será justo se além de observados os direitos fundamentais durante o processamento do feito, a decisão for adequada sob o ponto de vista da aplicação do direito material. Nesse sentido, o autor peninsular elabora uma espécie de algoritmo de comprovação dos elementos que são indispensáveis para a obtenção de uma decisão justa: (i) que a decisão seja proveniente de um processo justo, não sendo admissível reputar justa decisão que resulte de processo no qual direitos fundamentais foram violados (hermenêutica constitucional); (ii) que a norma utilizada como critério de decisão tenha sido aplicada conforme o direito vigente; (iii) que tenha sido fundada em fatos verdadeiros (adequada a valoração das provas).[217] Portanto, primeiro um meio justo, para um resultado justo.[218]

---

[212] "[...] é dever do magistrado a condução do processo para um palco de discussão e interação constantes. O magistrado deve criar as condições para o desenvolvimento de uma ampla discussão entre os demais sujeitos, velando por iguais oportunidades de manifestação [...]". CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp.234-235.

[213] Sobre a apuração precisa das garantias inerentes ao processo justo: COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul Processo Civile.* 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2011; GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo.* Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br. Acesso em: 14 set. 2015.

[214] *Cf.* LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento.* Trad. Maria da Conceição Corte Real. Brasília: UNB, 1980.

[215] FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal.* Tese de Doutoramento. Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, 2015, p. 92.

Nota-se que o próprio artigo 489, §1º do CPC, ao versar sobre as situações em que qualquer decisão, seja acórdão sentença ou decisão interlocutória não será considerada motivada, como, por exemplo, "empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso", "não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador", "deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento" etc., acaba por compatibilizar as concepções material e procedimental de legitimação da função jurisdicional. A legitimidade pelo conteúdo da decisão não seria alheia ao devido processo legal, mas a ele correlata.

[216] TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a reconstrução dos fatos.* São Paulo: Marcial Pons, 2012, pp. 140-141.

[217] Idem.

[218] O direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e tempestiva consubstancia-se, consoante as palavras de Leonardo Greco, em "um meio justo para um fim justo", tendo em vista que a eficácia concreta dos Direitos Fundamentais só é garantida se o direito material vier acompanhado do método adequado para efetivá-lo no caso

1.8. O fortalecimento do Estado democrático de direito e a constitucionalização do processo

No tópico 1.3 do presente capítulo, verificamos que o direito à obtenção da tutela jurisdicional efetiva sob o arrimo do *Code de Procédure Civile* de 1806 era quase que inexistente. Muito embora a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão tivesse enunciado a igualdade perante o direito (direito-legalidade),[219] o acesso à justiça era minimizado em razão de dois principais aspectos: i) o distanciamento das técnicas procedimentais formais e rígidas em relação à realidade das partes e; ii) o domínio do mais poderoso sob o ponto de vista social e econômico, saindo como vencedor aquele que fosse munido de melhor preparo e de provas preconstituídas.[220]

Tal situação decorria do completo afastamento havido entre Estado e indivíduo por uma série de razões, vindo a repercutir intensamente para a definição dos contornos da dinâmica do processo daquele momento. A postura indiferente do Estado-juiz "convidado de pedra" e *bouche de la loi*[221] não coincidia com as expectativas depositadas no Poder Judiciário, daí surgindo, em contraponto, a personificação do magistrado assistencialista em comprometimento com o bem comum. O Estado-juiz do *Welfare State* possuía o amplo domínio do tempo e dos atos processuais; atentava-se, sobretudo, para o viés substancial da igualdade e, com o fito de concretizá-la, desempenhava posturas autoritárias.[222]

---

de sua possível violação. GRECO, Leonardo. *Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo.* Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br, acesso em: 14 set. 2015. A inserção do inciso LXXVIII ao artigo 5º da Constituição pela EC 45, interpretado em consonância com o artigo 5º inciso XXXV, relativiza as concepções estanques de justiça material e justiça procedimental. Ambas devem ser compreendidas como complementares e interdependentes. Nesse sentido: DIAS, Maria Clara. *Justiça: procedimental ou substantiva?* Disponível em: <*ifcs.ufrj.br/cefm/publicacoes /justica.pdf*>, acesso em 20 jul. 2016.

[219] No artigo 1º da Declaração de direitos do Homem e do Cidadão, que veio a ser o preâmbulo da Constituição da França, promulgada em 26 de agosto de 1792, assim constava: "Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum". A igualdade perante a lei também constava nos artigos 4, 5, 6 e 16 do estatuto.

[220] GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal.* Tese de Doutorado: Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2013, p.94.

[221] MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado Contemporâneo. In: MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). *Estudos de Direito Processual Civil: Uma homenagem ao Professor Egas Moniz de Aragão.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.17.

[222] O filósofo e jurista belga, François Ost, apresentou no estudo denominado "Júpiter, Hércules e Hermes três modelos de juiz", uma tríade sistematizada dos modelos de intérpretes da norma - juízes Júpiter, Hércules e Hermes, relacionando-os às concepções distintas de jurisdição e Estado. Sobre o juiz Hércules, o juiz do Estado Social, assim registra: *"Hércules está presente en todos los frentes, decide e incluso aplica normas como lo hacia su predecessor, que se amparaba en la sombra del código; pero también lleva a cabo otros trabajos. Em el*

Acontece que o aparelhamento estatal se mostrou insuficiente à efetivação de planos sociais impraticáveis, sendo, inclusive, o exercício da jurisdição manejado como instrumento político nas mãos de governantes tirânicos, vindo a legitimar atrocidades vivenciadas pela humanidade, frente ao descompasso entre Estado de direito – equiparação do direito à lei – e legitimidade democrática.[223] Em reação, as percepções racionais do término da 2ª guerra mundial resgataram o viés humanizado do direito, retornando para si valores éticos e morais essenciais.[224]

Após a derrota dos regimes políticos totalitários, constatou-se a imprescindibilidade da positivação normativa de direitos fundamentais destinados à proteção dos cidadãos diante dos abusos e arbítrios que pudessem ser cometidos pelo Estado ou por qualquer instância de poder.[225] Caminhou-se rumo ao Estado democrático de direito: contexto adequado para a integração dos valores liberdade e igualdade.[226] A equalização desses direitos fundamentais decorreu dos movimentos de reconstitucionalização e de redemocratização da ordem jurídica, a partir da ascensão do direito constitucional nos países de tradição romano-germânica.[227]

---

precontencioso aconseja, orienta, previne; em el postcontencioso sigue la evolución del dossier, adapta sus decisiones al grado de circunstancias y necesidades, controla la aplicación de las penas. El juez jupiterino era un hombre de ley; respecto a él, Hércules se desdobla en ingeniero social". OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. In*: Doxa, Cuadernos de Filosofia del Derecho*, n. 14, Alicante, 1993, p. 177. O juiz Hermes seria aquele aplicador do Estado Democrático de Direito que equilibra as ilações do modelo liberal-legal (juiz-Júpiter) com as concepções do Estado Social representado (juiz-Hércules - monopolizador da jurisdição). Hermes respeita o caráter hermenêutico do raciocínio jurídico sem cometer arbitrariedades e posturas autoritárias. Em crítica à construção de François Ost: Lenio Luiz Streck, O (pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. In: *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 7, jan./jun. 2010.

[223] "Os regimes autoritários que, na impotência das democracias de realizar os projetos de bem-estar e de justiça social prometidos especialmente aos mais pobres, se tornaram os veículos das promessas demagógicas das tiranias, suprimiram, muitas vezes com amplo apoio popular, todas as liberdades e, contando com a solidariedade dos juízes, cometeram as piores atrocidades do século XX". GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. In: *Revista de Processo,* v. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.42.

[224] A obra de John Rawls é considerada a inauguração da visão pós-positivista, da aproximação entre direito, moral, filosofia e política. Sob a ótica de Rawls, uma sociedade democrática é configurada a partir de valores políticos, que para ele são: liberdade, igualdade e fraternidade. V. *Uma teoria da justiça.* 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

[225] CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira.* São Paulo: RT, p. 665.

[226] GOMES, Alexandre Travessoni. *O fundamento de validade do direito Kant e Kelsen*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p.81.

[227] BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, pp. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 09 Jul. 2017. Consoante leciona Luís Roberto Barroso, vigorava até aquele momento, um modelo identificado como "Estado legislativo de Direito", haja vista que a Constituição não detinha força normativa, sendo compreendida apenas como documento político. Assim, restava ao Poder Legislativo a tarefa de produção normativa.

No Brasil, surge a Constituição Federal de 1988 assentada na dignidade da pessoa humana – artigo 1º, inciso III – e nos direitos fundamentais nucleares do modelo denominado de neoconstitucionalismo.[228] A Constituição Federal alberga um "sentimento constitucional": *"*tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. O surgimento de um sentimento constitucional no país é algo que merece ser celebrado".

Nesse sentido, ela se reveste de um caráter compromissório: ao fundar o Estado democrático de direito, ela perfaz uma espécie de síntese entre diversas ideologias, e por isso, se compromete tanto com premissas advindas do Constitucionalismo liberal, no tocante, *v.g.*, ao liberalismo político e à liberdade do indivíduo, quanto do Constitucionalismo social, *v.g.*, os direitos sociais básicos (artigo 6º), não sendo fruto de paradigma ideológico solitário.[229] A

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política do Brasil contemporâneo.* p.4**.**
A consolidação do Estado constitucional de direito deu-se, na Europa Continental, após o término da 2ª guerra mundial, merecendo realce os seguintes diplomas: Lei Fundamental de Bonn – Constituição da Alemanha (1949), Constituições italiana (1947), portuguesa (1976) e espanhola (1978). CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Prof. José Carlos Barbosa Moreira.* São Paulo: RT, p. 665; PICÓ I JUNOY, Juan. *Las garantías constitucionales del proceso.* Barcelona: J. M. Bosch, 1997, pp.18-19.

[228] Sobre o neoconstitucionalismo e as principais observações decorrentes desta nova perspectiva constitucional: COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s).* Madrid: Trotta; 2003; BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 09 Jul. 2017; SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**.** *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, pp.95-133, jan./mar. 2009. Disponível em:http://dspace/xmlui/bitstream/item/6279/Biblioteca%20Digital%20%20Editora%20F%C3%B3rum.pdf?sequence=1, acesso em: 20 jun. 2015;
BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas.* Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf, acesso em: 10 set. 2015; "[...] o fenômeno da constitucionalização do direito reverberou em outros campos, o que permitiu que esses novos ares fossem, ainda que com considerável atraso, respirados pelos processualistas, que passaram a advogar, em certa medida, uma releitura de sua trilogia básica 'ação - jurisdição – processo', a fim de que surgisse um modelo constitucional de processo". FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal.* Tese de Doutoramento. Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, 2015, pp. 36-37.

[229] Surgiram os direitos de terceira dimensão, aqueles ligados a movimentos pela melhora da qualidade de vida, surgidos após a 2ª guerra mundial. Cuida-se de direitos coletivos em sentido amplo (e não individuais, como os direitos de 1ª e 2ª dimensão), isto é, são titularizados pela coletividade. Após, surgiram os direitos de 4ª dimensão (introduzidos pela globalização política) e, inclusive, já se sustenta a existência de uma 5ª dimensão: o direito à paz, abordados por Raquel Honesko, seguindo as lições de Paulo Bonavides, em: Discussão Histórico-Jurídica sobre as Gerações de Direitos Fundamentais: a Paz como Direito Fundamental de Quinta Geração. In: FACHIN, Zulmar (Coord.). *Direitos Fundamentais e Cidadania.* São Paulo: Método, 2008. Outrossim, existe discussão doutrinária envolvendo as expressões *gerações* e *dimensões* dos direitos fundamentais.

Paulo Bonavides afirma que o termo "gerações" não seria o mais adequado em razão de provocar uma interpretação de sucessividade e não de complementariedade. Nesse sentido, anota que: "os direitos fundamentais

concepção de Estado democrático de direito impõe ao ente estatal a estabilização dos conflitos existentes entre os cidadãos e a Constituição cumpre a importante função de delimitar o exercício dos poderes públicos do Estado, ao mesmo tempo que dispõe de mecanismos para coordenar as possíveis tensões entre os interesses agasalhados pelo próprio Estado constitucional e pelas normas infraconstitucionais.[230] Assim, os direitos fundamentais são alçados para o epicentro da ordem constitucional, a qual passa a contar com a força normativa de suas disposições como pressuposto estrutural.[231]

A interpretação constitucional rompe com dogmas de hermenêutica clássica. De Estado-legislação *(Gesetzgebungsstaat)*, onde o processo de aplicação normativa era meramente declaratório (hermenêutica subsuntiva), transforma-se em Estado de Constituição *(Verfassungsstaat)*[232], pautado na filtragem do conteúdo de todas as normas do sistema jurídico, de maneira que os institutos do processo, assim como todos os outros, devem ser sistematizados, interpretados, e aplicados à luz da Constituição.[233]

Consoante menciona Castanheira Neves, tratam-se de fundamentos de juridicidade (Estado de direito) e participação (Estado democrático) os quais a norma infraconstitucional terá que respeitar e cumprir.[234] Por isso, há um redimensionamento do princípio da

---

passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e quantitativo". *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 563. Na mesma vertente, SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional,* 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.50.

[230] NUNES, Dierle José Coelho; Bahia, Alexandre Gustavo Melo Franco. Processo Constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado Democrático de Direito. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 4, pp.223-249.

[231] RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil.* Rio de Janeiro: GZ, 2014, p.124.

[232] CASTANHEIRA NEVES. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema" – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXIV: Coimbra, 1998, p.11.

[233] Sobre o método hermenêutico constitucional, aponta Luís Roberto Barroso: "Com o avanço do direito constitucional, as premissas ideológicas sobre as quais se erigiu o sistema de interpretação tradicional deixaram de ser integralmente satisfatórias. Assim: (i) quanto ao papel da norma, verificou-se que a solução dos problemas jurídicos nem sempre se encontra no relato abstrato do texto normativo. Muitas vezes só é possível produzir a resposta constitucionalmente adequada à luz do problema, dos fatos relevantes, analisados topicamente; (ii) quanto ao papel do juiz, já não lhe caberá apenas uma função de conhecimento técnico, voltado para revelar a solução contida no enunciado normativo". Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 09 Jul. 2017.

[234] CASTANHEIRA NEVES. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema" – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. In: *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXIV: Coimbra, 1998, p.6.

legalidade:[235] antes ele tinha aspecto apenas formal e, com a Constituição, assume conotação substancial ao enunciar a subordinação da legislação aos direitos fundamentais. O processo civil sofre uma profunda remodelagem sob o novo paradigma constitucional.[236] A doutrina se refere ao modelo constitucional de processo[237] ou processo constitucional[238]. Insere-se a função jurisdicional como meio de concretização e de resguardo da intangibilidade dos direitos fundamentais a partir da observância do discurso racional e participativo.[239] Segundo José Alfredo Baracho,[240] jurista que muito contribui para o desenvolvimento da teorização do processo constitucional no Brasil, a tutela jurisdicional efetiva-se pelo reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição sobre as normas processuais e efetua-se pelo império das previsões constitucionais, que têm como suporte os direitos fundamentais.

No mesmo rumo, José Joaquim Calmon de Passos sustenta que a modificação da concepção de processo após a segunda metade do século XX refere-se à sua constitucionalização: "precisamente esta ótica constitucional do processo foi que fundamentou o passo adiante, dado nas últimas décadas, no sentido de se considerar como indissociáveis não só o enunciar o direito, como também o organizar democraticamente as funções vinculadas a

---

[235] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *O Novo Processo Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.90.

[236] MITIDIERO, Daniel. As relações entre o processo civil e a Constituição na primeira metade do século XX e sua breve evolução na doutrina processual civil brasileira. In: *Revista dos Tribunais*, v. 915. São Paulo: RT, 2012.

[237] Cássio Scarpinella Bueno aduz que o denominado "modelo constitucional do direito processual civil brasileiro" compreende quatro grupos bem delimitados: os "princípios constitucionais do direito processual civil", a "organização judiciária", as "funções essenciais à justiça" e os "procedimentos jurisdicionais constitucionalmente identificados" em: *O "modelo constitucional do Direito Processual Civil: um paradigma necessário de estudo do Direito Processual Civil e algumas de suas implicações*. p.3.

[238] Dhenis Cruz Madeira desvenda o surgimento do Processo Constitucional na América, apontando a *Couture* o início dos estudos sobre tema em: O nascimento do Processo Constitucional na América. In: *SOARES, Carlos Henrique; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho (Coord.). Processual Civil Latino-Americano.* Belo Horizonte: Arraes, 2013, p.17.

[239] "Com efeito, o irreversível influxo constitucional, permeado pela ideia de democracia participativa (e discursiva), conduz, portanto, que procedimentos comparticipativos (e não necessariamente judicializados) sejam o *locus* adequado para o exercício direto do poder pelo povo". CAVACO, Bruno de Sá Barcelos. *Negócios processuais - neoprivatismo ou democracia processual?* Artigo cedido pelo autor, via *e-mail*, em 16 de junho de 2015.

[240] BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria Geral do Processo Constitucional. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos.* vol. 90, 2004. Da mesma forma: ZANETI JR., Hermes, *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. Disponível em: http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/4/3, acesso em: 01 dez. 2015; SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. A influência da constitucionalização do direito no ramo processual: neoprocessualismo ou processo constitucional? Independentemente da nomenclatura adotada, uma realidade inquestionável. In: *Estudos de história do processo. ZAGANELLI, Margareth Vertis (Coord.).* Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2009, p.451.

sua produção e aplicação".[241] Em reforço às concepções destacadas, Mauro Cappelletti compreende que o processual precisa refletir as bases do Estado democrático de direito: liberdade, igualdade, contraditório e responsabilidade.[242]

1.8.1. O direito fundamental do amplo acesso à justiça e a função integrativa das convenções processuais

O direito fundamental ao acesso à justiça,[243] estampado no artigo 5º, inc. XXXV da Constituição vem a equacionar processo e justiça social.[244] Com o advento da Constituição de 1988, o acesso à justiça remete-nos ao teor substancial do fenômeno jurídico,[245] consoante abordado no tópico 1.7.

Na perspectiva mundial, a compreensão de acesso à justiça, enquanto um processo sobrecomunicativo[246] estabelecido entre o sistema jurídico e o sistema social, vivenciou seu

---

[241] PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Instrumentalidade do processo e devido processo legal.* In: Ensaios e Artigos, vol. I. Salvador: Juspodivm, 2014, p.35; *Direito, poder, justiça e processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. pp.69-70

[242] CAPPELLETTI, Mauro. *Instituições do Processo Civil.* vol.1. São Paulo: Classic Book, 2000, p.54.

[243] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *O Novo Processo Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 168-173.

[244] Nesse sentido: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. O Papel da Mediação no Século de Vocação da Jurisdição e no (Re)dimensionamento da Democratização do Processo Civil In: *Acesso à Justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação: a delimitação e a busca de outras estratégias na resolução de conflitos.* Curitiba: Multideia, 2013, p. 165.

[245] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. O Papel da Mediação no Século de Vocação da Jurisdição e no (Re)dimensionamento da Democratização do Processo Civil In: *Acesso à Justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação: a delimitação e a busca de outras estratégias na resolução de conflitos.* Curitiba: Multideia, 2013, p. 164.

[246] Explica-se: o acesso à justiça foi analisado no Projeto Florença como um fenômeno jurídico-social. A alusão retro ao "processo sobrecomunicativo" não significa a adoção das ideias de Niklas Luhmann por Cappelletti e Garth, mas sim uma associação realizada pela autora do presente estudo. Sob a ótica luhmanniana, o acesso à justiça consiste em um processo sobrecomunicativo entre o sistema do direito e da sociologia, uma vez que analisado sob a perspectiva das relações sociais. Na teoria dos sistemas de Luhmann, os suplementos do sistema jurídico, notadamente no que se refere a uma decisão jurídica adequada, são trabalhos a partir da metáfora do décimo segundo camelo, no sentido de introduzir uma referência externa para complementar o sistema interno. O acesso à justiça, sendo analisado como processo sobrecomunicativo oriundo de um acoplamento estrutural entre o sistema jurídico e sistema social, aproxima aquele da realidade dos indivíduos. La restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit. In: *Droit et société*, n.47, 2001, pp.15-73. Versão em português: A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do Direito. Trad. Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréa Manão e Flávio Riche. In: ARNAUD, André Jean; LOPES JR., Dalmir (org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

auge após os resultados apresentados pelas pesquisas coordenadas por Mauro Cappelletti e Bryant Gath no intitulado *"The Florence Access to Justice Project"*.[247] O principal objetivo consistiu na avaliação por meio dos *reporters* de alguns ordenamentos nacionais sobre o estágio de desenvolvimento do sistema jurisdicional de seus países, detectando pontos estranguladores e mecanismos de viabilização do acesso à justiça, por intermédio de um método de questionários – "*The Access-to-Justice Project Questionnaire"* –.[248]

Anteriormente ao "Projeto Florença", Marc Galanter já havia tratado do tema, relacionando-o com a complexidade do mundo moderno em expansão,[249] referindo-se, inicialmente, à ampliação do acesso às instituições governamentais e aos benefícios da assistência judiciária, meio de garantir paridade de armas entre os sujeitos da demanda (acessibilidade).[250] Nas pesquisas do *"Access to Justice"*, patrocinadas pela *Ford Foudation*, a percepção de acesso à justiça[251] foi ampliada, sendo propostas reformas sucessivas e auto complementares sob a metáfora de três ondas renovatórias: (i): acessibilidade e paridade de armas entre os litigantes; (ii): representatividade e concretização dos direitos coletivos e; (iii): adaptação do processo civil ao tipo de demanda, de acordo com suas próprias características. Sobre a repercussão das conclusões de Cappelletti e Garth no Brasil, é recomendável tecer breves considerações[252].

---

[247] V. a versão condensada: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, reimpresso em 2002.

[248] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Access to justice: a world survey*, part two, vol. I, Book I. Milano: Giuffrè, 1978, p.129 *et seq*.

[249] Marc Galanter cuidou do acesso à justiça ao analisar o comportamento e as posições dos sujeitos em importante pesquisa empírica: Why the waves comes out ahead: speculations on the limits og legal change. *Law and Society Review*, n. 9, 1974. V. também: GALANTER, Marc. Acesso à Justiça em um mundo de capacidade social em expansão. Trad. João Eberhardt Francisco, Maria Cecília de Araújo Asperti e Susana Henriques da Costa. In: *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, vol. 2, n. 1, 2015, p.37.

[250] Para José Carlos Barbosa Moreira, um dos grandes desafios do processo socialmente orientado é o "desequilíbrio de forças que logo de início se exibe entre as partes litigantes, a comprometer a regra da igualdade de oportunidades de êxito no pleito". Por um processo socialmente efetivo. In: *Temas de Direito Processual*, 9. série. São Paulo: Saraiva, 2004.

[251] O próprio termo acesso à justiça é alvo de discussão. Entende-se que este ultrapassa a possibilidade de ingresso ao órgão estatal (Poder Judiciário), mas também a outros métodos adequados de resolução de conflitos. Essa é a orientação do artigo 3º do CPC, o qual refere-se à jurisdição, não ao Poder Judiciário. Outrossim, o acesso à justiça deve se preocupar com a *fase pré-conflitual*, inibidora de conflitos sociais.

[252] Refletimos, inclusive, sobre o próprio método *"questionário"* utilizado na consecução das pesquisas do Projeto Florença. Por se tratar o acesso à justiça de um fenômeno jurídico e social, as pesquisas empíricas cumprem um papel importantíssimo, sendo essenciais para a averiguação da existência de correspondência estre os escopos dos institutos de incremento do acesso aos fins alcançados na prática. Importante pesquisa empírica sobre o tema, notadamente em relação aos Juizados Especiais Cíveis e à Ação Civil Pública, foi realizada por Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, que desenvolveu princípios que informam o real significado da expressão acesso à justiça.

O movimento gradativo de ondas renovatórias não foi aqui vivenciado plenamente, tendo em vista que o mais importante vinha ser a própria expansão de direitos individuais básicos à população brasileira, como direitos à saúde e à moradia, aos quais a maioria dos cidadãos não tinha acesso. Diferentemente do que sucedia na Europa dos anos 70, em que a discussão era provocada em razão principalmente da insuficiência do *Welfare State* e a deficiência de representatividade da sociedade frente ao surgimento de novos direitos, por outro lado, verificava-se, do lado de cá do atlântico, a exclusão de significativa parte da população em relação a direitos civis primários, tudo isso frente à marginalização socioeconômica da camada desfavorecida economicamente e em face da exclusão política do povo no período militar.

O Brasil não acompanhou, *pari passu*, todo percurso analisado por Cappelletti e Garth,[253] ainda que tais resultados tenham influído em muitas pesquisas jurídicas, sendo preponderante para reformas legislativas urgentes como a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei n. 9099/95), a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 7.347/85).[254]

No tocante ao tema das convenções processuais e sua relação com o acesso à justiça, compreendemos que, se bem examinados e aplicados com recomendável previsibilidade e coerência dos pressupostos previstos no *caput* e parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, a figura das convenções processuais pode ser assimilada como importante ferramenta de promoção do acesso à justiça, notadamente no âmbito da *terceira onda renovatória*, na qual é discutida a criação de instrumentos, dentro e fora do Poder Judiciário, com o fito de se aproximar o instrumento processual da situação fática apresentada pelo litígio, e por isso, mais aptos a propiciarem resultados eficientes. Essa questão adquirirá maior clareza quando as convenções processuais forem analisadas na condição de relevante técnica de tutela jurisdicional adequada, com vistas à adaptação da causa às necessidades das partes em litígio (tópico 2.3).

Acesso à justiça: juizados especiais e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

[253] JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. In: *Revista de Estudos Históricos*, vol. 9, n. 18, 1996, p.389.

[254] Paulo Cezar Pinheiro Carneiro aduz que o Direito Processual e os demais ramos do Direito, em especial o Direito Civil, permaneceu individualista, tecnicista, elitizado e conservador, mesmo após notável avanço científico trazido pelo CPC de 1973. *Acesso à justiça: juizados especiais e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.47.

Sob o paradigma da terceira onda renovatória,[255] as exigências sociais hodiernas demandam a instauração de um espaço primordialmente pacificador, que foi definido por Mauro Cappelletti de "justiça coexistencial"[256], em que os jurisdicionados possam compor e influenciar, prévia e eficazmente, a decisão final. Inclusive, devem participar ativamente do procedimento e sobre ele poder deliberar de modo a adaptá-lo às idiossincrasias do caso concreto, além de ser possível conformarem as suas situações jurídicas processuais (ônus, deveres, direitos e faculdades), propiciando uma *gestão compartilhada*, participativa e, sobretudo, legitimadora.

Ademais, as experiências vivenciadas pela arbitragem desvendam alternativas aos problemas enfrentados pelo Poder Judiciário, sobretudo em virtude da crise de efetividade de decisões solipsistas proferidas por um modelo de magistrado onisciente e onipresente. Nesse ponto, a potencialidade das convenções em matéria de processo e de procedimento é proeminente, pois a submissão do litígio à jurisdição estatal, com as adequações estabelecidas de maneira negociada,[257] denota a potencialidade para torná-la tão ou mais atrativa do que a própria arbitragem.[258]

A aderência significativa à instancia arbitral ocorre, entre outros fatores, em razão do sigilo do procedimento, da celeridade no processamento e no julgamento da causa, da boa qualidade das decisões (alto nível de especialização), bem como em decorrência da possibilidade de se convencionar sobre regras procedimentais, sendo possível, inclusive, o julgamento por equidade (artigo 2º da Lei n. 9.307/96).[259] Por outro lado, a escolha da via arbitral sugere notáveis desvantagens: os elevados custos dos serviços, a irrecorribilidade da

---

[255] *"[...] as we have noted, this approach encourages in forms of civil Procédure, changes in the structure of courts or the creation of new courts, the use of lay persons and paraprofessionals both on the bench and in the bar, modifications in the substantive law designed to avoid disputes or to facilitate their resolution, and the use of private of informal dispute resolution mechanisms."* CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Access to justice: a world survey*, general report, vol. I, Book I. Milano: Giuffrè, 1978, p.52.

[256] CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de Reforma do Processo Civil nas Sociedades Contemporâneas. In: *Revista de Processo*, ano 17, n. 65, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.129.

[257] "Goste ou não, você é um negociador. Negociação é um fato da vida". FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como se chegar ao sim: como negociar sem fazer concessões.* Tradução: VIEIRA, Ricardo Vasques, 3.ed, Rio de Janeiro: Solomon Editores, 2014, p.21.

[258] NOYES, Henry S. *If you (re)build it, they will come: contracts to remake the rules of litigation in arbitration's image.* Disponível em: http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlpp/Vol30_No2_Noyesonline.pdf, acesso em 15 jan. 2017, p.594 *et seq*.

[259] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo.* São Paulo: Malheiros, 2013, pp.41-44.

sentença arbitral, a inexistência do *ius imperium* e a inobservância do duplo grau de jurisdição.[260]

Analisando as vantagens e desvantagens da arbitragem, podemos perceber que os acordos processuais trazem a possibilidade de as partes demandarem perante o judiciário com adequações processuais mais vantajosas do que a jurisdição estatal "ordinária" e, ademais, despidas das desvantagens apresentadas pela arbitragem, particularmente no tocante ao alto custo despendido para a sua instauração.

Nesse sentido, a convenção processual, instituto com alicerces na ideia de consensualidade e de liberdade consubstanciar-se-ia numa *terceira via integrativa*, o que significa dizer que o acréscimo de regras que alteram o procedimento legal ou a estruturação (criação, modificação ou extinção)[261] das partes sobre suas situações processuais remontaria à possibilidade de se valerem da autonomia prestigiada pela arbitragem nos limites oferecidos pelo Estado, porém, não pautado no centralismo legal que, como aduziu Marc Galanter, perfaz um modelo eminentemente ultrapassado.[262]

Nesse rumo, os acordos processuais incrementam o amplo acesso à justiça, já que consistem, como já mencionado, em uma terceira via integrativa – nem arbitragem, nem jurisdição estatal –. Enfim, não se trata de uma tutela jurisdicional oferecida "prontamente" para "consumidores" do "serviço justiça", mas uma atividade jurisdicional atenta às reais necessidades humanas.[263]

Não é plausível que nesse ambiente hermético, controlado e gerenciado por um magistrado investido, as partes não possam convencionar acerca da disciplina de direção do feito que considerem a mais adequada. A propósito, é preciso ressaltar que, enquanto um método adequado, embora não seja seu objetivo dar uma solução final ao conflito, mas regulamentar as "regras da partida", os acordos processuais podem propiciar o resgate de credibilidade da sociedade perante o Poder Judiciário, na medida em que conflito se

---

[260] NAGAO, Paulo Issamu. Do controle judicial da sentença arbitral. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coord.). *Coleção MASC – Meios Alterativos de Solução de Conflitos.* Vol. II. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p.116.

[261] PALERMO, Antonio. *Contributo alla teoria degli atti processuali*. Napoli: Jovene, 1938, p.61.

[262] GALANTER, Marc. Justice in many rooms: courts, private ordering and indigenous law. *Journal of legal pluralism*, 1981, p.2.

[263] "O juiz profissional está muito longe de ter uma visão completa do mundo e dos problemas que afligem os cidadãos". GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: *Processo Civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.* MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (org.). São Paulo: Atlas, 2012.

desenvolverá em sintonia com os anseios dos cidadãos em litígio, elevando o grau de legitimação das decisões judiciais.

O CPC de 2015 se voltou para três palavras de ordem: adequação, flexibilização e eficiência.[264] Sob o ponto de vista dos graus da escala de aperfeiçoamento da atividade jurisdicional, a adequação pode ser compreendida como patamar mais elevado em relação ao degrau ocupado pela efetividade, mediante o auxílio dos indivíduos na escolha do caminho disponível que corresponda, satisfatoriamente, aos interesses da demanda.[265] Várias ferramentas são possíveis de utilização pelos cidadãos, porquanto são vias potencialmente efetivas, porém uma delas pode ser a mais adequada.[266]

A depender do conflito em concreto, a via mais adequada pode não ser a jurisdição estatal atrelada ao regramento do procedimento padrão, e tampouco os métodos adequados de solução de disputas (*ADRs*). Pode ser mais recomendável a via jurisdicional estatal com alterações processuais. Assim, as convenções processuais atuam como uma relevante ferramenta complementar e potencialmente salutar, trazendo maior previsibilidade ao instrumento que atual em prol da tutela de direitos, escopo principal da jurisdição. Especialmente nas convenções prévias, os riscos do processo potencial são geridos pelos convenentes, podendo ser reduzidos.[267] As convenções processuais incidentais também cumprem papel importante, inclusive, para lidar com as intercorrências do processo em curso.

---

[264] Sobre os atuais motes do direito processual civil brasileiro, na Exposição de Motivos do Anteprojeto do CPC/2015 foi concedido destaque à celeridade e à simplificação procedimental, perseguindo-se cinco principais orientações: i) alcançar a sintonia expressa e implícita com a Constituição Federal; ii) buscar a simplificação do procedimento; iii) criar melhores condições para que sejam proferidas decisões mais eficientes e compatíveis com a realidade fática subjacente à causa; iv) extrair de cada processo o melhor rendimento possível e; v) imprimir maior grau organizacional do sistema jurisdicional, atribuindo-lhe maior coesão.

[265] Por exemplo, nos termos do artigo 1º, parágrafo único da Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público, consiste em dever do membro do Ministério Público a orientação ao cidadão sobre os mecanismos disponíveis. A íntegra da Resolução n. 118, editada em 27 de janeiro de 2015, a qual estabelece a política nacional de incentivo à autocomposição no âmbito da instituição ministerial, poderá ser consultada em: http://www.cnmp.gov.br/portal/resolucoes/6871-resolucao-118.

[266] "Não obstante servir inadvertidamente como a pretensa cura para a tormentosa incapacidade jurisdicional numérica de solucionar os conflitos que lhe são submetidos (viés quantitativo, mas que macula a qualidade do resultado), estes mecanismos devem ser vistos na verdade, a partir de suas bases constitutivas e valorativas, o que assume expressiva importância quando é observado um caminhar na cena contemporânea em direção a institucionalização generalizada da mediação (como já faz com a conciliação) e sua agregação ao Poder Judiciário". PAUMGARTTEN, Michele. Os desafios para a integração das práticas conciliatórias no novo processo civil. In: *Revista de Processo*, n. 247. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.479.

[267] Antonio do Passo Cabral aponta como uma grande vantagem das convenções processuais a gestão do risco processual frente à incerteza e à imprevisão sobre os rumos do processo, nestes termos: "podendo alterar as regras do processo, as convenções processuais representam uma nova técnica de redução e incerteza e, com isso, os acordos processuais assumem importante função de gestão do risco. Para evitar a imprevisibilidade e melhor avaliar o risco processual, cada vez mais as partes recorrem às convenções prévias como mecanismo de antecipação convencional do regramento de suas controvérsias. Os acordos processuais, assim, não só servem para

1.8.2. As normas fundamentais do processo civil: alguns apontamentos necessários

O Código de Processo Civil de 2015 apresenta, mormente no primeiro capítulo, um pequeno elenco[268] de normas fundamentais do processo, que são previstas na Constituição Federal e que se irradiam por todo o sistema processual. Elas atuam como eixos normativos orientadores da aplicação, interpretação e estruturação do processo.[269] Obviamente que as normas fundamentais não inseridas na legislação de 2015 não perdem *status* normativo supralegal, como, *v.g.*, o princípio do juiz natural e o direito à prova.[270] Também por truísmo, ressalta-se que já era possível, anteriormente ao advento do novo Código, a exigência do cumprimento dos direitos fundamentais do processo, pois devidamente abarcados pela Constituição Federal. A intenção do legislador consistiu em atribuir-lhes enfoque a partir da *reafirmação* do texto constitucional. A norma fundamental que recebeu maior destaque refere-se ao princípio do contraditório (artigos 7º, 8º e 10, CPC e artigo 5º LV da Constituição Federal), e não com menos razão: ele consiste na viga mestra do processo civil como expressão do princípio político de participação democrática.[271]

Todos os direitos relacionados à cooperação ética, boa-fé processual e lealdade processual,[272] consistem em emanações genuínas do princípio do contraditório, princípio de

---

simplificar o procedimento, mas funcionam também como instrumentos de gestão do risco processual, uma ferramenta para que as partes possam ter maior previsibilidade sobre o resultado e também sobre as despesas que o litígio possa trazer". *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.212. Uma convenção processual atípica interessante sob o aspecto da gestão dos riscos processuais seria o pacto de disponibilização de documentação previamente à propositura da ação, uma espécie da *disclosure* do direito inglês e a correlata *discovery* do direito estadunidense.A diminuição de riscos é apontada como aspecto atrativo dos acordos processuais por Loïc Cadiet. L'économie des conventions relatives à la solution des litiges. In : *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil*, *sous la direction de Bruno Deffains*. Paris: Éditions CUJAS, 2000, p.313 *et seq*.

[268] DIDIER JR. Fredie. *Comentários ao novo código de processo civil.* In: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (org.). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.2.

[269] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *O Novo Processo Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 167.

[270] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *O Novo Processo Civil.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.167.

[271] GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil*, vol.01, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.513.

[272] Também na França, o princípio da lealdade – *loyauté* – é considerado um complemento do contraditório. Na jurisprudência, a lealdade restringe-se ao campo probatório. V. *Cour de cassation-Chambre commerciale-6*

imposição da dialética processual que, anteriormente, apresentava dois desdobramentos ortodoxos: (i) informação: deve-se tomar ciência de todos os atos do processo e (ii) reação: deve-se conceder a oportunidade de insurgir-se diante do ato processual conhecido.[273] No entanto, o Código de 2015 estende as possibilidades de concretização do contraditório, compreendido no viés reflexivo, participativo,[274] direito de influência, ou mecanismo de vedação a decisões não surpresas.

A norma fundamental em destaque reitera com pujança o dever do Estado-juiz de proporcionar a ampla participação dos litigantes na construção do processo, interferindo direta e previamente na dinâmica processual e no conteúdo da decisão proferida. Nessa linha de raciocínio, o artigo 10, CPC impõe ao magistrado um *dever de prevenção*, uma das decorrências do processo cooperativo[275]: face normativa dos valores "solidariedade" e "participação" no processo.[276] Desse modo, antes de o magistrado firmar posicionamento acerca de um determinado ponto não discutido pelas partes, deve alertá-las sobre possível decisão judicial a respeito da matéria não cogitada.

Outra decorrência do contraditório, e que demonstra o remodelamento das tarefas desempenhadas pelo Estado-juiz e pelas partes no processo de marca cooperativa, alude ao adágio latino *iuri novit curia* – "a corte conhece o direito" –. Conforme o artigo 10 do CPC, diante dos fatos relatados pelo autor, o Estado-juiz não pode aplicar o preceito normativo

---

*septembre 2011-n° 10-11.564.*Nesse sentido: MEKKI, Soraya Amrani; STRICKLER, Yves. Procédure Civile. In: *Thémis Droit.* Paris: Presses Universitaires de France, 2014, pp. 388-389; BOUSIER, M.E. *Le principe de loyauté en droit processuel.* Paris: Dalloz, 2003.

[273] RODRIGUES, Marco Antonio. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil.* Rio de Janeiro: GZ, 2014, p. 161; CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo civil moderno. Contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.111.

[274] "Instaura-se, na 2ª metade do Século XX, o que poderíamos chamar de *contraditório participativo*, ou seja, o contraditório que, não só alarga todas as faculdades de as partes atuarem no processo em favor dos seus interesses, mas que impõe ao juiz o dever de abandonar a postura burocrática e meramente receptícia, para ativamente envolver as partes num diálogo humano construtivo, em que o julgador não se limite a ouvir e as partes não se limitem a falar sem saber se estão sendo ouvidas, mas em que uns e outros, em comunicação de dupla via, construam juntos a solução da causa. Como aduz Picardi, o contraditório deixou de ser um simples instrumento de luta entre as partes para transformar-se num instrumento operacional do juiz, ou melhor, um pressuposto fundamental do próprio julgamento". GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: GRECO, Leonardo. *Estudos de direito processual.* Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

[275] Fredie Didier Jr. sustenta que os deveres de cooperação podem ser sistematizados em: dever de esclarecimento, lealdade e proteção. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: *Ativismo Judicial e Garantismo Processual.* Coord. DIDIER JR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. Salvador: Juspodivm, 2013, pp.213-217. Abordaremos sobre cada um dos padrões de conduta, tanto das partes, quanto do Estad-juiz, no capítulo 3.

[276] CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo civil moderno. Contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.219.

compreendido como cabível, desrespeitando a qualificação jurídica delineada pelo autor em função do embasamento fático da demanda, restando acentuada a relativização, pela impossibilidade de o juiz fundamentar a decisão com base em argumento não cogitado pelas partes, o antigo aforisma *iura novit curia*.[277] A fundamentação das decisões acentua o contraditório como *oportunidade de influência* na medida em que a motivação servirá, principalmente, para averiguar se os argumentos utilizados pelas partes foram considerados pelo Estado-juiz.

Além do princípio do contraditório-influência, outra norma fundamental do processo merecedora de realce para os fins do trabalho em questão consiste no princípio da boa-fé processual (artigo 5º, CPC). Embora não tenha sido contemplado pelo anterior Código de 1973, o legislador processual de 2015 a colocou evidência ao conferir-lhe caráter de norma fundamental em virtude de não constar expressamente – porém implicitamente – na Constituição Federal. Trata-se de boa-fé processual objetiva, pela qual todos os participantes do processo, como partes, Estado-juiz, Ministério Público, advogados etc., devem obedecer a padrões de comportamentos leais,[278] não se buscando avaliar a intenção do agente, mas sugerindo *standards* de conduta. No decorrer da pesquisa, serão realçadas as normas fundamentais do processo imprescindíveis ao tema das convenções processuais. *E.g.*, a boa-fé, a cooperação, o contraditório-influência e o princípio da igualdade constituem importantes filtros de controle das convenções das partes, sendo, pois, analisados em conjunto com os requisitos de validade, tratados no terceiro capítulo.

Relevante destacar que a ideia de posições processuais equilibradas não se restringe à harmonização da distribuição de funções simétricas entre partes e Estado-juiz; refere-se, em verdade, ao controle do Estado sobre os acordos dos convenentes com atenção à paridade de armas em grau satisfatório. A capacidade processual é somada à inexistência de manifesta situação de vulnerabilidade da parte.

Além disso, o respeito ao princípio da igualdade também impõe o importante papel à jurisprudência e a todo Poder Judiciário quando da prática do instituto convencional, de criação de padrões racionais decisórios sobre os pressupostos e as consequências veiculadas de modo

---

[277] V. sobre o *iura novit curia*: DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia: o juiz e a qualificação jurídica da demanda no processo civil brasileiro.* Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013. Resgataremos o tema ao abordarmos *en passant* o artigo 357, § 2º, CPC inspirado no artigo 12 alíneas 3 e 4 do CPC francês.

[278] CARPENA, Márcio Louzada. *Da (des)lealdade no processo civil.* Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/abdpc> Acesso em 16 ago 2016; FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal.* Tese de Doutoramento. Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2015.

impreciso pela cláusula geral de negociação processual. Com efeito, a igualdade deve ser no, para e pelo processo.[279]

O próximo tópico cuidará da discussão polarizada travada entre publicistas (ativismo judicial) e privatistas (garantismo processual). O debate resulta na conclusão de que, malgrado inexistam modelos processuais puros[280] (modelos-tipo), o processo civil não mais comporta a imposição de arquétipos processuais *assimétricos*, derivados de condicionantes históricas já superadas. O processo civil sob a égide do Estado democrático de direito clama pela perpetuação de um sistema fruto da participação de todos os interessados e de correspondentes deveres de conduta a todos eles, como uma legítima comunidade – dialética – de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft, comunione del lavoro*).[281]

1.9. Desvendando o "garantismo processual": crítica à polarização do debate publicismo *vs.* privatismo

Qualquer trabalho destinado a examinar os limites e possibilidades das convenções processuais encontrados no ordenamento deverá passar, inevitavelmente, pelos trilhos da enraizada discussão *publicismo v.s privatismo*. A depender da perspectiva – se um dos extremos, nuances aproximadas ou então o meio termo –, as inferências do debate são determinantes, pois implicam na compreensão da função jurisdicional e automaticamente a posição das convenções processuais em tal contexto. Ressalta-se que as raízes históricas ideologicamente contrapostas que convidam para essa discussão já foram objeto de

[279] Em momento oportuno, serão utilizadas as lições de Rafael Sirangelo de Abreu – Igualdade e Processo: posições processuais equilibradas e unidade do Direito. *Coleção: O Novo Processo Civil* - Diretor. MARINONI, Luiz Guilherme. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015 – sobre a abrangência do princípio da igualdade processual (artigo 7º, CPC).

[280] "Não constitui tarefa singela, quando se sai dos tipos, ideias puras e se entra na história, com suas mesclas e impurezas, fixar com exatidão o âmbito ideológico e cultural de um processo estatal, sobretudo porque inexistem compartimentos estanques que forneçam um exato modelo de processo em determinada quadra histórica recente, na medida em que componentes privatistas e publicistas convivem ao longo do tempo, ainda que em uma relação um tanto difícil". GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil.* Nota do Autor. Coleção Liebman/ Coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.47.

[281] A contextualização da expressão *Arbeitsgemeinschaft* é originária de Rudolf Wassermann. *Der Soziale Zivilprozess – Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat.* Neuwied uns Darmstadt: Hermann Luchterhand Verlag, 1978, p.97 *et seq*. Também a menciona: DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: *Ativismo Judicial e Garantismo Processual.* Coord. DIDIER JR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. Salvador: Juspodi*v*m, 2013, p.21

investigação no início do capítulo; contudo, não tratamos exclusivamente do resgate da controvérsia pela doutrina atual. No almejar de não se incorrer em enfadonho jornalismo doutrinário, e por não ser este o objetivo da presente pesquisa, serão destacadas apenas as principais tônicas do debate.

No texto "ativismo e garantismo no processo civil: apresentação do debate", Glauco Gumerato Ramos registra que a discussão acerca do ativismo judicial (publicismo) *vs.* garantismo processual (privatismo) não reverbera no Brasil do mesmo modo que em toda América Latina e também na Europa (Espanha, Itália e Portugal).

Sob a perspectiva do autor brasileiro, tal questão envolve diversos fatores, entre eles: i) os aspectos ideológicos do processo civil; ii) os sistemas de *enjuizamento*: inquisitivo ou dispositivo (adversarial); iii) a distribuição de papéis entre o juiz e as partes na relação processual; iv) a dimensão constitucional da jurisdição e o seu escopo; v) o conteúdo e o significado do devido processo legal (processo justo); vi) a garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório.[282]

Antes da "queda de bastilha" – apontada por Gumerato Ramos como a coletânea *"Proceso Civil e Ideologia – un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos"* publicada em 2006, reunindo artigos inéditos de processualistas de vários países sobre a temática – Franco Cipriani, autor privatista italiano, havia publicado uma série de ensaios polêmicos sobre o Código de Franz Klein (v. tópico 1.5), registrando que o *Codice de Procedura Civile de 1940*, baseado na legislação austríaca, ultradimensionou a natureza publicista do processo.[283] Na visão de Franco Cipriani, o diploma da Itália disponibilizava amplos poderes ao Estado-juiz, verdadeiro "capitão de todas as causas", o que implicava na "negação às partes", resultando, para ele, na marca política e ideológica prevalecente do *Codice* de 1940.[284]

Paralelamente, Juan Montero Aroca proferiu em São José da Costa Rica, no ano de 2000, uma polêmica conferência a respeito da Nova *Ley de Enjuciamiento Civil (LEC)*, legislação processual civil publicada naquele mesmo ano na Espanha. Ao se referir ao diploma

---

[282] RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício na perspectiva do garantismo processual. In: *Ativismo Judicial e Garantismo Processual.* Coord. DIDIER JR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. Salvador: Juspodivm, 2013, p.274.

[283] RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício na perspectiva do garantismo processual. In: *Ativismo Judicial e Garantismo Processual.* Coord. DIDIER JR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. Salvador: Juspodivm, 2013, p.278.

[284] CIPRIANI, Franco. *Storie di processualisti e di oligarchi.* Milano: Giuffrè, Milano, 1991*; Il Codice di Procedura Civile tra gerarchi e processualisti.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

recente, o Professor da Universidade de Valencia ressaltou que o legislador havia se voltado a uma nova diretriz, passando o direito processual pela reconstrução de paradigma ideológico, em virtude do esvaziamento do conteúdo publicístico. Passado um tempo, a convergência ideológica de Montero Aroca e Cipriani daria ensejo à coletânea mencionada,[285] que além de ter contado com ensaios desses autores, reuniu reflexões de Adolfo Alvarado Veloso, Giovanni Verde, Juan Picó i Junoy, Girolamo Monteleone, Eugenia Ariano, Ignácio Diéz-Picazo, Luís Correia de Mendonça, Federico G. Domínguez e José Carlos Barbosa Moreira,[286] dispondo de duas cartas trocadas por Augusto Mario Morello e Juan Montero Aroca. A importância do diálogo realçado pela obra corresponde ao precioso debate e à divergência crítica de ideias registradas por seus autores.

Sustentam os privatistas ou "garantístas", como se autointitularam, que no cenário de culto ao dogma do "bom juiz" não foi deixado qualquer espaço de atuação das partes. Sob esse prisma, compreende-se o Estado-juiz como o paladino da concretização da justiça, o qual assume a postura de protagonista no palco autoritário e antidemocrático do processo típico do *Welfare State*, fulminando direitos fundamentais constitucionais relacionados à imparcialidade e à liberdade das partes.

Pois bem. O debate é denso e instigante, porém, em razão de sua polarização, soa bastante exagerado.

Em outro giro, Leonardo Greco, em estudo intitulado de "Garantias Fundamentais do Processo: o processo justo", com arrimo nas classificações de Luigi Paolo Comoglio, Conrado Ferri e Michele Taruffo,[287] sistematiza as garantias inerentes ao processo justo em dois grupos: i) garantias individuais subjetivas; e ii) garantias estruturais.

Leonardo Greco classificou como garantias individuais – aquelas que aludem aos interesses subjetivos das partes –, as seguintes: amplo acesso à justiça, imparcialidade do juiz, ampla defesa, direitos do pobre, juiz natural, inércia da jurisdição, contraditório, oralidade, coisa julgada e renúncia à tutela jurisdicional.[288] Quanto às garantias estruturais, por assim dizer

---

[285] RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício na perspectiva do garantismo processual. In: *Ativismo Judicial e Garantismo Processual.* Coord. DIDIER JR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. Salvador: Juspodivm, 2013, p.273.

[286] José Carlos Barbosa Moreira denomina de *neoprivatistas* a linha ideológica que repudia o ativismo judicial. El Neoprivatismo no Proceso Civil. *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Coord. Juan Montero Aroca, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p.215.

[287] COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul Processo Civile.* 5. ed. Bologna: Il Mulino, 2011.

[288] GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. *Revista Jurídica*, ano 51, n. 305, São Paulo: Notadez, 2003.

as condições prévias perseguidas pela organização judiciária, elencou Leonardo Greco: impessoalidade da jurisdição, permanência da jurisdição, independência dos juízes, motivação das decisões, igualdade material, inexistência de obstáculos ilegítimos, efetividade qualitativa, procedimento legal e flexível, publicidade, legalidade estrita durante o exercício do poder de coerção, prazo razoável, duplo grau de jurisdição e respeito à dignidade humana.[289]

Nessa linha, cuida-se de uma visão do garantismo processual não coincidente com aquela; *são, em verdade, acepções dissemelhantes de "garantismos"*. Na realidade, os "neoprivatistas" não só defendem a obediência aos direitos fundamentais previstos na Constituição como, em contrapartida, rechaçam as conquistas advindas do publicismo processual, adotando postura diametralmente oposta a ele. Parece-nos pouco consistente o argumento privatista, uma vez que se olvida da situação de que o processo conserva natureza pública, possui escopos públicos e, inclusive, se esquece da participação do Estado-juiz enquanto inquestionável protetor dos direitos fundamentais e fomentador da dialética no cenário do necessário agir de boa-fé e de corresponsabilidade. Esse é o significado de garantismo processual aludido por Greco, compreensão que deverá embasar a análise das convenções processuais, servindo de fundamento e de parâmetro valorativo de controle (fiscalização).

Realmente, o respeito à autonomia das partes não implica em indiferença estatal ou na afirmação de uma concepção de "justiça" despreocupada em "dar ao titular do direito tudo aquilo a que tem direito de acordo com o ordenamento".[290] Nessa senda, não podemos compactuar com aqueles que narram o ambiente processual como uma disputa, um duelo, um jogo dos litigantes, ou, ainda, com os que remetem ao plano utópico a "fantasia do processo

---

[289] Idem.

[290] GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: *Processo Civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.* MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (org.). São Paulo: Atlas, 2012.
Importante, nesse aspecto, é a presente referência de Michele Taruffo: *"[...] sumamente discutible pero no por ello poco difundida, la fuerte llamada de atención de Ferrajoli sobre la función esencial de la jurisdicción como afirmación y aplicación de la ley sustancial, y por tanto sobre la correcta aplicación de la ley como condición esencial de justicia de las decisiones debe ser tomada en cuenta con seriedad. Cuando se trata de asegurar la actuación de derechos fundamentales, pero también cuando se trata de determinar cualquier situación jurídica, la idea de que se haga justicia llevando a cabo un procedimiento fair, pero sin asegurar la correcta aplicación de la ley debería resultar, por lo menos, curiosa […] si uno se encuentra en un sistema procesal orientado exclusivamente a la resolución de la controversia y demarcado exclusivamente por la actividad de las partes, la verdades de los hechos non constituye, ciertamente, un objetivo que pueda considerarse digno de perseguirse sino que, más bien, puede ser un obstáculo para a eficiente solución del conflicto". Páginas sobre Justicia Civil.* Barcelona: Marcial Pons, 2009, pp.23-25. (os grifos não constam no original).

cooperativo".[291] Vemos com olhos atentos à realidade atual, um cenário promissor de equilíbrio e colaboração.[292]

O *giusto processo* deverá nos remeter ao equilíbrio das funções realizadas pelas partes e pelo Estado-juiz. Sendo assim, parece-nos que os acordos processuais, se bem aplicados e controlados os pressupostos de validade pelo Estado-juiz e respeitados os limites gerais e específicos de negociação, representam uma das principais "peças-chave" ao alcance da maior eficiência e legitimidade do processo civil, atento às necessidades dos maiores interessados na tutela jurisdicional efetiva e adequada. A coexistência dos poderes públicos do Estado e as prerrogativas das partes em litígio não implica, de algum modo, a eliminação de uma postura cooperativa do magistrado; porém demonstra que a disciplina do processo e do procedimento não pode ser indiferente aos interesses legítimos dos indivíduos.

1.10. Escopos da jurisdição contemporânea: o ponto de partida para o estudo das convenções processuais

A crise da justiça e, por conseguinte, a busca por soluções para a reconquista de credibilidade pela sociedade no Poder Judiciário, desvenda um ambiente favorável para a discussão sobre os escopos da jurisdição contemporânea e, por decorrência, a função do

---

[291] STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 5.ed.São Paulo: Saraiva, 2014, p.535.

[292] Cf. GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*. vol. XX (II serie), 1966, p.580 *et seq*. Relevante destacar que um movimento contrário, de desempoderamento das partes e um consequente empoderamento do Estado-juiz, nasceu nos Estados Unidos e foi desenvolvido no Reino Unido, sobretudo na Inglaterra e no País de Gales, que são submetidos às *Civil Procédure Rules de 1999*. Devido aos altos custos do processo e seu controle pelos advogados das partes (sistema adversarial), criou-se o *court case management*, uma espécie de "gestão judicial" das etapas do procedimento, máxime durante a fase de instrução probatória. Nesse contexto, técnicas ativistas passaram a ser relidas a partir da mentalidade *managerial* (*judicial case management powers*), face à percepção de que a condução adversarial trazia malefícios ao acesso à justiça. Assim, o movimento cumpre introduzir o Estado-juiz na condução do processo justamente para evitar prejuízo para as partes. O empréstimo das bases teóricas e providências práticas do *court case management* não se adequa, contudo, ao cenário brasileiro. O *case management* ganhou força na Inglaterra e no País de Gales após a publicação do parecer do Lord Wolf, a época *Master of Rolls*. Wolf aponta especificamente o problema do alto custo dos processos e *o case management* surge um remédio também a essa questão: *Access to Justice - Final Report, Chapter 7*. Disponível em: <webarchive.nationalarchives.gov.uk> acessso em 10 mai 2016. Também sobre o tema: BERIZONCE, Roberto Omar. Bases para actualizar el Codigo Modelo Procesal Civil para Iberoamerica In: *Civil Procédure Review*, v.2, n.2, may/aug., 2011, p.119. Para compreender as técnicas judiciais de "gerenciamento do processo", v. Manual *"The elements of case management: a pocket guide for judges"*, redigido por William W. Schwarzer e Alan Hirsch, publicado pelo *Federal Judicial Center* em 2006. Disponível em: <heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.congcourts/ecmapou0001&div=1&src=home>

formalismo do processo atual (cooperativo, colaborativo)[293] sob o paradigma do Estado constitucional.[294] Segundo as lições de Leonardo Greco,[295] é na presente conjuntura de exaltação do contraditório forte como direito de influência, que os deveres de cooperação, lealdade processual e respeito à boa-fé são indispensáveis para o alcance da tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva, em consonância com as exigências do processo civil de envergadura garantista,[296] no qual se pressupõe o equilíbrio e a delimitação da atuação das partes e do Estado-juiz.

Nesse espectro, o arco processual nem pode ser "coisa das partes" – como na *litis contestatio*, como parecia no Estado-liberal e no modelo processual defendido pelos "neoprivatistas" –, tampouco existe sem a sua participação direta – como no Estado-social (hiperpubliscismo).[297] Em verdade, a jurisdição contemporânea deve ser permeável à

---

[293] *Cf.* Daniel Mitidiero. *Colaboração no processo civil – pressupostos sociais, lógicos e éticos*, 2. ed., São. Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

[294] E na linha do consignado por Fredie Didier Jr., "Não é mais possível utilizar a noção de jurisdição criada para um modelo de Estado que não mais existe, notadamente em razão de diversos fatores, tais como: i) a redistribuição das funções do Estado, com a criação de agências reguladoras (entes administrativos, com funções executiva, legislativa e judiciantes) e executivas; ii) a valorização e o reconhecimento da força normativa da Constituição, principalmente das normas-princípio, que exigem do órgão jurisdicional uma postura mais atrativa e criativa para a solução dos problemas, iii) desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais, que impõe a aplicação direta das normas que os consagram, independentemente de intermediação legislativa. iv) criação de instrumentos processuais como o mandado de injunção, que atribui ao Poder Judiciário a função de suprir, para o caso concreto, a omissão legislativa; v) a alteração da técnica legislativa: o legislador contemporâneo tem se valido da técnica de cláusulas gerais, deixando o sistema normativo mais aberto e transferindo expressamente ao órgão jurisdicional a tarefa de completar a criação da norma jurídica do caso concreto; vi) a evolução do controle de constitucionalidade difuso [...]" *Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento*, vol. I, 12. ed., Salvador: Juspodivm, 2010, pp.83-84.

[295] "Instaura-se, na segunda metade do Século XX, o que poderíamos chamar de contraditório participativo, ou seja, o contraditório que não só alarga todas as faculdades de as partes atuarem no processo em favor dos seus interesses, mas que impõe ao juiz o dever de abandonar a postura burocrática e meramente receptícia, para ativamente envolver as partes num diálogo humano construtivo, em que o julgador não se limite a ouvir e as partes não se limitem a falar sem saber se estão sendo ouvidas, mas em que uns e outros , em comunicação de dupla via, construam juntos a solução da causa. Como diz Picardi, o contraditório deixou de ser um simples instrumento de luta entre as partes para transformar-se num instrumento operacional do juiz, ou melhor, um pressuposto fundamental do próprio julgamento". GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 24, São Paulo: ed. Dialética, mar/2005, p.3.

[296] "Foram a constitucionalização e a internacionalização dos direitos fundamentais, particularmente desenvolvidas na jurisprudência dos tribunais constitucionais e das instâncias supranacionais de Direitos Humanos, como a Corte Europeia de Direitos Humanos, que revelaram o conteúdo da tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental, minudenciando uma série de regras mínimas a que se convencionou chamar de garantias fundamentais do processo [...] Na Constituição brasileira, esse processo humanizado e garantístico encontra suporte principalmente nos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5°, que consagram garantias da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa". GRECO, Leonardo. Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. *Revista Jurídica*, ano 51, n. 305, São Paulo: Notadez, 2003, p.61.

[297] "[...] o liberalismo pelo qual precisamos lutar não é mais o do Estado absenteísta do século XIX, mas o do Estado Democrático de Direito do 2° pós guerra, ou seja, o que não apenas respeite o livre arbítrio dos cidadãos na tomada de decisões relativas à sua esfera privada, mas que, no momento em que estes recorrem ao Estado para

autonomia privada das partes, mas a ela deve impor limites concretos. Nessa ótica, seria inadequado defender a existência de escopos exclusivamente privados[298] ou reconhecer somente objetivos públicos: são compreensões não condizentes com a jurisdição dentro do Estado democrático de direito. Deveras, conforme demonstrado, a função jurisdicional encontra-se interligada à interface Estado-indivíduo, bem como à distribuição de responsabilidades para ambos, tanto na condução e na conformação do processo, quanto na formação do *decisum*.

O mais correto é, portanto, compreendê-la sob a égide do Estado constitucional, em que partes e Estado-juiz deverão, juntos, contribuir para o adequado e eficiente desenvolvimento do feito, conforme os valores reinantes na sociedade.[299] Torna-se claro que a jurisdição não admite a imposição de rótulos da dicotomia *privatismo v.s publicismo*. O processo garantístico, em sua melhor compreensão, fincou as suas bases na coexistência entre liberdade das partes e os poderes diretivos do Estado-juiz. Ambos são essenciais ao processo e, em última análise, à concretização dos escopos públicos e privados da jurisdição contemporânea. O garantismo processual, em nossa visão, na verdade fomenta a participação dos sujeitos do processo ao mesmo tempo em que impõe balizas ou freios a essa atuação. Assim, parece-nos ser completamente inadequado que se conceba o processo enquanto um modelo estático, "puro", seja de preponderância dos litigantes ou de predominância das prerrogativas do Estado-juiz.[300]

---

a tutela dos seus direito, este, através de juízes, controla vigilantemente se aqueles estão em condições de se autotutelarem e, em caso negativo, supre moderada e parcimoniosamente as suas ineficiências para, sem comprometer a sua imparcialidade, assegurar-lhes o acesso efetivo ao gozo dos seus direitos". GRECO, Leonardo. Publicismo e Privatismo no Processo Civil. In: *Revista de Processo,* v. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.55

[298] "Não é preciso ir muito longe para perceber a inconsistência do pensamento que desvaloriza o elemento publicístico do processo civil. " BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Privatização do Processo? In: *Revista da EMERJ,* v.1, n.3, 1998, p.19. GRECO, Leonardo. Publicismo e *Privatismo* no Processo Civil. In: *Revista de Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, Outubro/2008, vol. 164.

[299] HÉRON, Jacques; LE BARS, THIERRY. *Droit judiciaire privé*. 6.ed. Paris: Montchrestien, 2015, p.213.
Sobre o equilibrio entre autonomía das partes e os poderes do Estado-juiz, destacamos: *"Piuttosto si deve riconoscere che il sistema normativo pro-cessuale, non è chiuso nella propria autoreferenzialità normativa, ma è disposto ad apprendere dall'ambiente circostante. E se si trat-ta di un ambiente ricco di buone ragioni potenzialmente universa-lizzabili, come quello che può scaturire da un esercizio equilibratodel potere di autonomia (individuale o collettiva), l'arricchimentodel sistema processuale non può essere che notevole".* Remo Caponi, autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Numero speciale: accordi di parte e processo.* Milano: Giuffrè, 2008.

[300] *Consoante Jacques Héron e Thierry Le Bars, " En réalité, ces deux conceptions n'offrent qu'un intérêt très limité en notre matière, parce qu'elles cont inadaptées auz données de la procédure civile. [...] Si l'on peut dire que telle prérogative reconnue aux parties relève plutôt d'un esprit accusatoire ou qu'à l'inverse, tel pouvoir du juge revêt un caractère inquisitoire, dans la plupart des cas, la recherche se révèle artificielle et inutile". Droit judiciaire privé*. 6. ed. Paris: Montchrestien, 2015, p.213.

A propósito, *não existe e nem nunca existiu sistema puro*;[301] as estruturas processuais possuem, em verdade, nuances publicistas (modelo inquisitivo) e privatistas (modelo adversarial), de modo que o resultado provém da coordenação, bem como do grau de intensidade dos influxos ideológicos em cada momento histórico.

É inegável que sempre penderam, como tratado durante o capítulo, mais para as extremidades do que ao meio do pêndulo por opções políticas e exigências institucionais desses contextos, distintamente do modelo processual revelado atualmente, cuja contraposição anterior lhe foi determinante.[302] Com efeito, sustentar uma postura maniqueísta seria o mesmo do que defender uma visão extremamente anacrônica e vendar os olhos para o contexto pluralístico e democrático decorrente do curso evolucional do processo civil até o cenário atual.[303]

Foi visto que a ascensão do viés humanizado do processo civil a partir do pós-guerra impactou na ponderação do interesse público em relação ao interesse das partes, redimensionando a importância da atuação do Estado-juiz como o protetor dos direitos fundamentais frente às atrocidades que sob a autorização da "legalidade" foram cometidas contra a humanidade.

No panorama atual, o juiz detém a função de conduzir o feito em conjunto com os litigantes e dar efetividade aos direitos fundamentais aplicados imparcialmente para a concretização de decisões condizentes com as necessidades *das partes*. Essa questão requer atenção.

O modelo processual típico do Estado democrático de direito impõe deveres de conduta tanto às partes quanto ao órgão judicial, assumindo dupla posição: (i) o modelo é paritário na condução do procedimento, ou seja, simétrico; (ii) o modelo é assimétrico na decisão, porquanto a função de decidir é de titularidade do Estado-juiz.[304] Portanto, não há simetria no momento da decisão, mas esta é clara durante a condução do processo.

---

[301] DAMASKA, Mirjan R. *The Faces of Justice and State Authority: a comparative approach to the legal process.* Yale University Press/New Haven and London, 1986, p.5.

[302] V. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Duelo e processo. In: *Temas de Direito Processual*. 8. série. São Paulo: Saraiva, 2014, p.214.

[303] No mesmo sentido: FARIA, Guilherme Henrique Laje. Negócios processuais no modelo constitucional de processo. In: *Coleção Eduardo Espínola*. Salvador, Juspodivm, 2016, p.19.

[304] DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. In: *Ativismo Judicial e Garantismo Processual.* Coord. DIDIER JR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. Salvador: Juspodivm, 2013, pp. 212-213; MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. In: *Revista de Processo*, n.194 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp.55-69.

Prosseguindo, a realidade brasileira exige atenção em virtude do alto índice de vulnerabilidade (*in concreto*) dos cidadãos. É patente que o Brasil, país de democracia tardiamente conquistada, que lida diariamente com a crise de representatividade fruto do resultado de um processo eleitoral elitizado, conservador que se aproveita do próprio déficit educacional e econômico da sociedade para sua manutenção, está bem distante do avanço civilizatório almejado. Por essa razão, o magistrado buscará a condução de uma dialética processual equilibrada. No entanto, o desempenho dessa função tem sido, não raras vezes, exagerado, a ponto de revelar um modelo de juiz-autoritário, o justo retrato daquele que sabe dos interesses da parte mais do que ela própria.

Porém, não desconhecendo que *"a liberdade não se concede, mas, se conquista"*[305], o Estado deve fornecer mecanismos de controle eficientes para compensar as disparidades, mas não pode se colocar acima delas. A isso se alia o fato de que as novas exigências sociais provocaram um giro do princípio democrático para o empoderamento do indivíduo em o todo campo do direito e, logicamente, no processo. Nesse ponto há de se destacar que o princípio democrático não tem o seu conteúdo restrito ao direito fundamental de liberdade; até porque sem paridade não há como exercer a liberdade. Deveras, o princípio democrático impõe a atuação vigilante do Estado-juiz a partir do momento em que restarem configuradas posições de vantagem que causem desequilíbrio e prejuízo ao exercício do direito de ação e de defesa dos litigantes.

Por esse motivo, torna-se importante posicionar adequadamente as convenções processuais em consonância com os objetivos da jurisdição contemporânea, entre eles, o estímulo à participação e ao incremento da autonomia dentro dos limites encontrados no ordenamento, preservando o núcleo essencial dos direitos fundamentais do processo[306] e os escopos públicos inerentes à jurisdição, não se encontrando voltado apenas aos interesses das partes, sem coincidir unicamente com objetivos públicos: os sujeitos devem ser inseridos em posições adequadas de diálogo, "mas sem fazer com que suas vozes sejam as únicas a soar".[307] Em paralelo, a jurisdição contemporânea passa a não ser função exclusivamente do Estado,

---

[305] GRECO, Leonardo. Publicismo e *Privatismo* no Processo Civil. In: *Revista de Processo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, Outubro/2008, vol. 164, p.37.

[306] GODINHO, Robson Renault. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil.* Coleção Liebman/ Coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.27.

[307]ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Os "acordos processuais" no projeto do Novo CPC – aproximações preliminares**.** *Revista Eletrônica - Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, v. 39, 2015.* Disponível em: http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/index.jsp?ipg=194778. Acesso em: 20. abr.2015.

consoante realçado por Nicola Picardi: "*In definitiva, il principio del monopólio statuale della giurisdizione si è vistosamente sgretolato: la girisdizione non è piú esclusiva funzione dello Stato".*[308] Na mesma dimensão, o artigo 3º do Código de Processo Civil de 2015 veicula o enunciado de que "não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito"; inclusive, elege como uma de suas vigas mestras a *política pública de fomento à autocomposição*, potencializando a importância do diálogo[309] ao dispor de uma série de previsões sobre o dever dos agentes jurisdicionais de priorizar o desfecho democrático e consensual dos conflitos[310], consoante preconizam, *v.g.*, os artigos 3º, § 3º; 165, *caput*, 139, inciso V; 221, parágrafo único.

Percebe-se que há uma sutileza entre a previsão do artigo 3º e o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição.[311] A concretização do acesso à justiça ocorre por meio de decisões efetivas e tempestivas, as quais resultam do processo de envergadura garantista – palco deliberativo de preservação dos direitos fundamentais –, não restrito ao Poder Judiciário e, se dentro dele, ao desenvolvimento do procedimento padrão previsto na lei, sem que seja possível, por manifestação da vontade das partes, que estas interfiram na conformação do processo e do procedimento.

Assim, desponta o estímulo a técnicas apropriadas à filtragem do conflito para a verificação do método jurisdicional adequado – jurisdição estatal, mediação, conciliação, arbitragem etc. - e técnicas de flexibilização processual,[312] proporcionando soluções aos conflitos nas situações em que a ferramenta disponível for a mais compatível com o litígio. Indubitavelmente, a marca da consensualidade[313] coincide com uma das principais manifestações da jurisdição contemporânea, coadunando-se com tentativa de superação da

---

[308] PICARDI, Nicola. *La giurisdizione all'alba del terzo millennio.* Milano: Giuffrè, p.213.

[309] CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (org.). *O novo Código de Processo Civil anotado e comparado*, Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp.99-100.

[310] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. Novos desafios da mediação judicial no Brasil: a preservação das garantias constitucionais e a implementação da advocacia colaborativa. In: MEIRELLES, Delton; MARQUES, Giselle. *Mediação: um panorama atual*, vol. I, Niterói: UFF/PPGSD, 2014, pp.06-20, p.08.

[311] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STANCATI, Maria Maria Martins Silva. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do artigo 3º do CPC/2015. In: *Revista de Processo*, vol. 254/2016, pp.17-44.

[312] Por todos: GAJARDONI, Fernando. *Flexibilização Procedimental: Um Novo Enfoque para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual.* Coleção Atlas de Processo Civil, Coord. Carlos Alberto Carmona, São Paulo: Atlas, 2008.

[313] CADIET, Loïc. Propos introductif; "faire lien". In: *La contractualisation de la production normative.* Sous la direction de Sandrine Chassagnard-Pinet, David Hiez. Paris: Dalloz, 2008, p.178.

verticalidade sócio-posicional entre Estado e indivíduo. Em completa dissonância em comparação aos modelos paradigmáticos liberal e social, em que os sujeitos do processo se mantinham completamente afastados, atualmente o Estado têm demonstrado menos preocupação em *impor* a decisão, a ordem ou o comando, e mais disposição em *dialogar, participar* e *estimular a composição* entre as partes[314], inclusive quando também for parte.

Essa nova mentalidade, promovida pelo redimensionamento hermenêutico constitucional irradiou os ramos do direito público, como o direito administrativo, o direito penal, o direito tributário etc.; não poderia ser diferente com o direito processual civil. Referimos, portanto a uma mentalidade de *equacionamento das relações de poder* entre jurisdição e jurisdicionado, entre administração e administrado, entre magistrado e partes.[315] As convenções processuais refletem essa ideia ao partirem de um novo paradigma processual. São pautadas na consensualidade somada à *convencionalidade*. No entanto, não se referem às negociações das partes com o fito de solucionar o conflito, ou seja, de colocar um ponto final, resolvendo a situação litigiosa. Sob essa ótica, as convenções processuais não aludem ao direito material propriamente dito, porquanto não dizem respeito ao acerto da questão substancial, vale dizer, ao fundo de direito.

Assim, não objetivam a superação da controvérsia mediante a adoção de ferramentas consensuais, *v.g.*, conciliação, mediação e arbitragem, em que, se for exitosa a prática, o processo não seria necessário em razão da resolução do conflito. Em verdade, as convenções processuais não se voltam a pôr fim ao conflito; destinam-se tão somente a regulamentar as "regras do jogo" conforme seja acordado pelas partes. Funcionam como o "instrumento do próprio instrumento"[316], ou de modo referido anteriormente, em via integrativa, metaprocessual, tendo em vista que representam acordos sobre os atos processuais das partes

---

[314] Sérgio Cruz Arenhart e Gustavo Osna reconhecem que há uma readequação do diálogo entre jurisdição e jurisdicionado, e em razão disso, o próprio Estado deverá passar por um realinhamento global das suas funções institucionais. Na visão dos autores, e com os quais concordamos, a readequação do diálogo repercute no direito público por meio de uma espécie de "recomposição geométrica" da relação entre administração e administrado, "fazendo com que a verticalidade estrita (a ordem, o comando ou a imposição) ceda espaço para uma construção mais horizontal (o diálogo, a participação ou a concertação)". Cf. Os "acordos processuais" no projeto do Novo CPC – aproximações preliminares. Revista Eletrônica - Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, v. 39, 2015. Disponível em: http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/index.jsp?ipg=194778. Acesso em: 20 abr. 2015.

[315] SERVERIN, Evelyne. La direction de l'instance civile, en tension entre principe dispositif et contraintes de gestion. Parte 1 : La maîtrise du procès par les parties au regard de la jurisprudence récente. In: *Le procès est-il encore la chose des parties? Collection : Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc.* Laurence Flise, Emmanuel Jeuland (Dir.). IRJS Editions, 2015, p.72; ROMÃO, Dalila. Arbitragem e Administração Pública em Portugal. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*. WALD, Arnoldo (Coord.). *Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Comparado*, 2009, pp.193-194.

[316] ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *Das Convenções Processuais no Processo Civil.* Tese de Doutorado. Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2014. p.110.

para a modificação do procedimento ou de suas situações jurídicas processuais, não com vistas à disposição do direito material, mas do direito processual.

Reside, neste ponto, um sério equívoco acerca dos acordos processuais: não necessariamente a existência do litígio representa óbice aos ajustes de pontos estratégicos na estruturação do processo.

Havendo a possibilidade de o ajuste processual ser pactuado pelas partes antes da inflamação ocasionada pelo conflito e dos dissabores da desavença, a chance poderá ser maior em relação àquelas incidentais, as quais, na maioria das vezes, aludem com maior frequência à disciplina do procedimento e menos sobre as posições jurídicas processuais das partes, geralmente estipuladas antes da configuração do litígio. Entretanto, nada impede que no processo, o desacordo em relação à *res in iudicium deducta*, não o seja sobre o procedimento ou o processo.

O Código de Processo Civil de 2015 vem a autenticar o sobredito cenário de prestígio do discurso consensual, democrático e cooperativo, catalisador do equilíbrio entre o princípio dispositivo material e processual, que consagra a liberdade das partes na esfera processual[317] e do exercício do poder jurisdicional não restrito ao Poder Judiciário. Consta previsão expressa sobre a cooperação como dever essencial observado por todos os sujeitos do processo, especialmente pelo Estado-juiz (lealdade processual e previsibilidade, por exemplo), de modo que todos cooperem entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (artigo 6°).

Destarte, a legislação de 2015 contempla vários dispositivos que possibilitam o exercício da autonomia das partes, sendo-lhes facultado estipularem o tracejo do procedimento e do processo de modo amplo e atípico (artigo 190) - desde que respeitadas certas limitações, que, diga-se de passagem, não são restritas ao disposto no artigo 190, *caput*, e parágrafo único. O próprio cenário de cooperação e de domínio do contraditório-influência é que nos permite tratar do instituto em consonância com sistema atual; as convenções processuais representam uma contribuição relevante de equalização dos vetores de liberdade das partes com os poderes do Estado-juiz, e é no sistema atual que encontra adequada delimitação. Veja-se que os acordos processuais obtêm lugar no sistema atual justamente porque nele é que se encontram balizas mais seguras de concretização. O Código atribui destaque às convenções processuais típicas

[317] Fredie Didier Jr. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. *Negócios Processuais - Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, Coord. Geral DIDIER JR., Fredie, Coord. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Salvador: Juspod*iv*m, 2015, p.21.

com a ampliação de suas hipóteses de incidência e inaugura uma *cláusula geral de negociação processual*, segundo a qual as partes podem dispor, além das regras de procedimento previstas em lei, sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

É necessário ter em mente que as convenções processuais impõem à doutrina e à jurisprudência a tarefa de estabelecer parâmetros à racionalização do âmbito de incidência do instituto à luz dos escopos perseguidos pela jurisdição contemporânea, principal objetivo desta pesquisa.

Certamente, as convenções atípicas, ainda que advindas de uma cláusula genérica, em que a maleabilidade constitui uma de suas principais características – e seu maior desafio – , serão exitosas se houver previsibilidade dos limites e possibilidades, sob pena de, colateralmente, se ver o Estado-juiz detentor de ainda maiores poderes, pois, pela falta de delimitação i. e., da fixação de *standards*[318] de comportamentos para concretizar a cláusula geral do artigo 190 do CPC, o magistrado possa se posicionar em desfavor dos acordos processuais com postura desleal, rompendo com a potencialidade que possui ao aprimoramento do sistema processual, às instâncias negociais e ao acesso à justiça.

No tocante a esse aspecto em particular, a decisão de inadmissibilidade da convenção processual não é, em tese,[319] impugnada pela via do agravo de instrumento, porquanto não está prevista no rol taxativo do artigo 1.015 do CPC, ainda que parte da doutrina sustente que deva estabelecer uma analogia com a irresignação sobre a inadmissibilidade da convenção de arbitragem.

No entanto, entende-se que a interpretação extensiva do artigo 1.015 poderia gerar flagrante insegurança jurídica frente às possíveis posturas adotadas pelos tribunais sobre a espécie recursal cabível, se agravo de instrumento ou apelação. Poderá o recorrente, por exemplo, aguardar a prolação da sentença para apresentar apelação, ou, em sede de

---

[318] Segundo Judith Martins-Costa, *standards* seriam arquétipos que exemplificam condutadas adequadas que não são predeterminadas pela lei, mas configuradas segundo os usos do tráfego jurídico, as normas jurídicas, das diretivas econômicas, sociais e políticas que compõe "universos metajurídicos". *O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro.* Disponível em: www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4, acesso em: 17 nov. 2016.

[319] Existe posicionamento no sentido de que o inciso III do artigo 1015, que prevê o cabimento do agravo de instrumento contra a decisão de rejeição da alegação de convenção de arbitragem, deverá ser aplicado por analogia ao juízo de validade negativo das convenções processuais. Por todos: DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista brasileira da advocacia*, *RBA1*, vol. I, Revista dos Tribunais, 2016, p.78. Na realidade, até que a questão seja fruto de entendimento consolidado pelos tribunais superiores, não seguiremos no mesmo sentido. Para nós, trata-se de um possível exemplo de silêncio eloquente do legislador, que ampliou o campo de incidência do instituto, contudo adotou postura conservadora e freios bruscos ao prever que, em face da decisão que não reconhecer a validade do negócio processual, não seja cabível o agravo de instrumento. A questão dependerá de interpretação pelas cortes superiores.

contrarrazões, impugnar a decisão interlocutória, e o tribunal *ad quem* compreender no sentido de que deveria ter sido interposto agravo de instrumento em virtude de interpretação extensiva do rol constado no artigo 1.015. Veja-se o transtorno que tal insegurança jurídica poderia causar.

Em face da inexistência de específica hipótese de cabimento de agravo de instrumento para eventual invalidação da convenção, não sendo internalizada no processo, é patente a necessidade de fixação precisa dos limites objetivos e subjetivos e das possibilidades do instituto averiguado; sem uma previsibilidade suficiente, estará fadado à inoperância, ou ao menos será utilizado para o ajuste de convenções processuais típicas, previstas em outros dispositivos que não o artigo 190.

A partir da superação dos modelos ideologicamente estanques, partindo-se da concepção contemporânea da função jurisdicional sob o paradigma do Estado constitucional e do modelo cooperativo de processo, é que será correto enxergar as convenções processuais como instituto relevantíssimo, pois, entre outras contribuições, encontram-se relacionadas diretamente ao realinhamento da dinâmica relacional de poder dos sujeitos processuais em contraditório.

Por certo, a construção da metodologia, para dela se extrair as premissas necessárias à sistematização do controle dos acordos processuais, obtém respaldo na compreensão de jurisdição, que alia consensualidade, divisão de tarefas e distribuição de responsabilidades. No início do presente capítulo, registramos que a concepção de jurisdição contemporânea seria o nosso ponto de chegada. Doravante, sob a perspectiva dos próximos capítulos, ela será o nosso ponto de partida.

2. CONFORMAÇÃO DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS NA TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS: TÉCNICA PROCESSUAL, DELIMITAÇÃO CONCEITUAL E POSSÍVEIS CLASSIFICAÇÕES

2.1. Delimitação do objeto do capítulo

A compreensão da teoria dos fatos jurídicos processuais *lato sensu* precede ao estudo teórico-dogmático das convenções processuais.[320] Estas são espécies de negócio jurídico processual bilateral ou plurilateral, cujos efeitos se produzem em processo pendente ou potencial a que se refira o acordo processual,[321] com o intuito de constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais, bem como promover alterações nas regras do procedimento previsto em lei.

Com o objetivo de alcançar uma definição mais precisa de convenção processual, de modo a verificar os seus critérios determinantes para então serem firmadas as premissas necessárias da presente dissertação, parece-nos inevitável conceder uma certa atenção, ainda que de forma sintética, à teoria dos fatos jurídicos *lato sensu*. À semelhança de tal sistematização torna-se possível traçar uma classificação dos fatos jurídicos processuais *lato sensu*,[322] pois, antes dos fatos jurídicos processuais se revestirem de qualquer "processualidade", são fatos jurídicos.[323]

Somente a partir do delineamento da tipologia das convenções processuais enquanto espécie de negócios jurídicos processuais bilaterais, espécie de ato jurídico processual *lato sensu,* é que será possível conceituá-las e apresentar algumas classificações relevantes para a operacionalização do instrumento. Obtidas as constatações necessárias, tentaremos precisar, mediante o reposicionamento das convenções processuais de acordo com os motes do direito

---

[320] NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais.* Salvador: Juspodivm, 2016; COSTA E SILVA, Paula. *Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo.* Coimbra: ed. Coimbra, 2003.

[321] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais.* Salvador: Juspodivm, 2016, p.48.

[322] Vale ressaltar que uma investigação mais aprofundada da matéria não corresponde aos objetivos desta dissertação, assunto digno de pesquisas acadêmicas de fôlego direcionadas ao propósito de formular uma teoria satisfatória e contemporânea dos fatos jurídicos processuais.

[323] CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano*. 5. ed. vol. II, Roma: Foro Italiano, 1956, p.265.

processual civil contemporâneo, seus limites e possibilidades conforme o ordenamento brasileiro. A ênfase atribuída será o modo de vinculação sobre a esfera de atuação do Estado-juiz, além de apurarmos o comportamento recomendável do magistrado no momento de concreção da cláusula geral de negociação processual (artigo 190, CPC, interpretada em conformidade com o artigo 200, CPC), fiscalizando, posteriormente, os requisitos de validade de aplicação[324] ali constados para a adequada utilização e o desempenho do mecanismo convencional.

2.2. Breve mirada sobre a teoria dos fatos jurídicos *lato sensu*: fato jurídico, ato jurídico e negócio jurídico

Sabemos que todos os acontecimentos da vida preexistem ao direito, e por isso, nem todas as situações têm relevância para o mundo jurídico, o que coincide com os fatos sobre os quais não se verifica a incidência normativa.[325] Por outro lado, existem determinados acontecimentos da vida – naturais e humanos –, que se tornam jurídicos[326] por contarem com previsão em enunciados normativos,[327] porque contemplam os elementos essenciais e abstratamente constados no suporte fático da norma jurídica.[328] Sendo assim, quando o suporte fático normativamente exigido (*fattispecie*)[329] for materialmente verificado,[330] deflagra-se a

[324] José Joaquim Calmon de Passos chama a atenção para a distinção entre a validade e eficácia da *norma posta* e da validade e eficácia do *ato de sua aplicação* – "dispor prático que nos transfere do plano do pensamento (validade) para o plano da facticidade" –. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.25. A validade e da eficácia da norma *posta* não será objeto de análise no presente estudo, restrito à validade e eficácia de sua *aplicação* (convenções processuais).

[325] AMARAL, Francisco. *Direito Civil - introdução.* 7. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.379.

[326] "Os fatos jurídicos *lato sensu* podem ser fatos da natureza ou atos humanos. Quando a hipótese de incidência ou o suporte fático tem como elemento um ato humano, pode entrar no mundo jurídico como ato jurídico, negócio jurídico ato ilícito ou ato-fato". CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: *Negócios Processuais - Coleção Grandes Temas do Novo CPC,* Coord. Geral DIDIER JR., Fredie, Coord. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Salvador: Juspodivm, 2015, p.28.

[327] CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.25.

[328] PONTES DE MIRANDA. *Tratados de Direito Privado* – negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova, tomo. III, Rio de Janeiro: Borsói,1954, p.184.
[329] CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. vol.I. Padova, Cedam, 1936, p.84.

[330] CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.27.

incidência do suposto normativo, constituindo um fato jurídico com a potencialidade de produzir efeitos jurídicos.[331]

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda estruturou conhecida classificação dos fatos jurídicos *lato sensu* ao se valer dos pressupostos contemplados no suporte fático, ou seja, os classificou de acordo com os elementos determinantes à incidência normativa pela concretização do suposto fático,[332] da seguinte forma: i) fatos jurídicos lícitos, subdivididos em: i.a) fatos jurídicos *stricto sensu* – manifestações da natureza sem qualquer interferência da vontade humana –; i.b) atos-fatos jurídicos;[333] i.c) atos jurídicos *lato sensu*, subdivididos em: i.c.1) atos jurídicos *stricto sensu*; i.c.2) negócios jurídicos; ii) fatos jurídicos ilícitos, subdivididos em: ii.a) atos-fatos ilícitos e; ii.b) atos ilícitos – atos contrários ao direito, acarretando consequência desvantajosa para aqueles que os praticam –.

Partindo desse raciocínio, Pontes de Miranda reconheceu que os fatos jurídicos devem ser examinados de acordo com três planos ou degraus lógicos e progressivos: i) plano da existência; ii) plano da validade e; iii) plano da eficácia.[334] Ao analisar os fatos jurídicos em sentido amplo na perspectiva do plano de existência, podemos observar que tal degrau é

---

[331] NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais.* Salvador: Juspodivm, 2016, p.28.

[332] MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.49.

[333] Nos termos do que escreveu Pontes de Miranda, "os atos reais, ditos, assim por serem mais do que os fatos, das coisas, que dos homens – ou atos naturais, se separarmos natureza e psique, ou atos meramente externos, se assim os distinguirmos, por abstraírem eles do que se passa no interior do agente – são os atos humanos a cujo suporte fático se dá entrada, como fato jurídico, no mundo jurídico, sem se atender, portanto, à vontade dos agentes: são os atos-fatos jurídicos. Nem é preciso que haja querido a judicialização deles, nem, *a fortiori*, a irradiação de efeitos. Nos atos reais, a vontade não é elemento do suporte fático (= o suporte fático seria suficiente, ainda sem ela)." *Tratados de Direito Privado* – negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova, vol. III, Rio de Janeiro: Borsói,1954, p.373. Nessa linha, Paula Sarno Braga conceitua o ato-fato jurídico como "aquele cujo suporte fático é integrado por ato humano (conduta humana), sendo juridicamente irrelevante a existência ou não da vontade em praticá-lo. Em outras palavras, trata-se de ato humano – que pode ser ou não volitivo, pouco importa –, que resulta em fato humano, sendo que é este último que goza de relevância jurídica. Há uma relação essencial entre o fato humano e o ato dele decorrente, mas se dá mais importância ao resultado fático decorrente da conduta humana do que ela mesma". Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual - plano da existência. In: Fredie Didier Jr,; Marcos Ehrhart Jr.(coord). *Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello.* São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 466-477. Vale destacar que Antonio do Passo Cabral se posiciona contrariamente à categoria do ato-fato jurídico, que parte da premissa de que a vontade não seria um elemento presente nos atos jurídicos, sendo assim descartada como como um elemento relevante, o que na visão do autor não coaduna com os novos motes do direito contemporâneo e do Código de Processo Civil de 2015. *Convenções Processuais.* Salvador: Juspodivm, 2016, pp.45-46 (nota de citação). Compreendemos que os fatos jurídicos abarcariam as situações que poderiam corresponder aos atos-fatos jurídicos, pois independente da voluntariedade do agente, ainda que ela exista.

[334] "Existir, valer e ser eficaz são conceitos tão inconfundíveis que o fato jurídico pode ser, valer e não ser eficaz, ou ser, não valer e ser eficaz. O que não pode dar é valer e ser eficaz, ou valer, ou ser eficaz, *sem ser;* porque não há validade ou eficácia do que não é". PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado* – validade, nulidade e anulabilidade –, tomo IV, Rio de Janeiro: Borsói, 1954, p.16.

composto pela sucessão de três diferentes momentos: i) momento abstrato, marcado pela descrição abstrata do preceito normativo; ii) momento de concreção, quando há concretização do suporte fático da norma jurídica, subsumindo o fato à hipótese de incidência normativa; iii) momento de nascimento do fato jurídico, em que ocorre a "judicialização" do fato em razão da suficiência dos elementos nucleares do suposto fático, no que ingressará no plano de existência.[335]

No plano de validade, é necessário apurar se o fato jurídico em sentido lato, internalizado no mundo jurídico, possui, como elemento de validade, a *voluntariedade* do sujeito que o desempenha e, considerando que o requisito essencial "vontade" importa unicamente aos atos jurídicos *lato sensu* – de que são espécies os atos jurídicos *stricto sensu*, bem como os negócios jurídicos –, é intuitivo perceber que o sistema de validades/invalidades é operado somente para os atos jurídicos *stricto sensu* e para os negócios jurídicos, sendo anulados aqueles atos que contiverem vícios na manifestação do "consentimento livre".[336] Já na perspectiva do plano ou degrau de eficácia, deverá ser verificada a aptidão da situação ocorrida para produzir os efeitos jurídicos em consonância com a legislação aplicável ou conforme a vontade dos sujeitos – para os negócios jurídicos, apenas –, desde que respeitados certos limites.[337]

Avançando na temática, é imprescindível empreender uma breve avaliação distintiva dos atos jurídicos *stricto sensu* e dos negócios jurídicos, sem desconsiderar a discussão doutrinária, em especial no âmbito do direito civil, em torno do limiar sutil entre ambas as

---

[335] O desdobramento do plano de existência em três momentos distintos foi tratado por Paula Sarno Braga em: Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual – plano de existência. In: Fredie Didier Jr,; Marcos Ehrhart Jr.(coord). *Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello.* São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 466-477.
Como seguidor da doutrina de Pontes de Miranda, Marcos Bernardes de Mello assim se refere à análise do fato no plano de existência: "Ao sofrer a incidência de norma jurídica juridicizante, a parte relevante do suporte fático é transportada para o mundo jurídico, ingressando no plano da existência. Neste plano, que é o plano do ser, entram todos os fatos jurídicos, lícitos e ilícitos. No plano da existência, não se cogita de invalidade ou eficácia do fato jurídico, importa, apenas, a realidade da existência. Tudo, aqui, fica circunscrito a se saber se o suporte fático suficiente se compôs, dando ensejo à incidência. Naturalmente, se há falta no suporte fático, de elemento nuclear, o fato não tem entrada no plano da existência, donde não haver fato jurídico". *Teoria do fato jurídico.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.80.

[336] "Tenhamos sempre presente que a validade e a invalidade (nulidade, anulabilidade) só diz respeito aos negócios jurídicos e aos atos jurídicos *stricto sensu*. Não há atos-fatos jurídicos válidos, ou não válidos. Nem atos ilícitos, ou fatos jurídicos *stricto sensu.*" PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado* – validade, nulidade e anulabilidade –, tomo IV, Rio de Janeiro: Borsói, 1954, p.4. No âmbito do direito processual, o ato deve acarretar algum prejuízo, como visto adiante.

[337] TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código civil interpretado*. vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.217.

espécies de atos jurídicos em sentido lato.[338] De modo geral, no que toca ao ato jurídico *stricto sensu*, o conteúdo eficacial e sua coordenação estará sempre previsto no ordenamento, porquanto a conformação dos efeitos não consiste em produto da vontade dos agentes que o realizam. O elemento "voluntariedade" é restrito apenas à decisão acerca da prática do ato jurídico *stricto sensu* – possibilidade somente de iniciativa –, e não sobre a estipulação de um fim específico à conduta.[339]

No que diz respeito ao negócio jurídico, forma por excelência de exercício da liberdade negocial e da autonomia privada do indivíduo,[340] afora a possibilidade de se escolher a categoria do ato – enquadramento jurídico –, é facultado aos sujeitos organizarem a estruturação do seu conteúdo eficacial – finalidade específica –, sendo válida, inclusive, a utilização de elementos acidentais (*accidentalia negotti*), como o modo, termo, condição e encargo. Com efeito, os sujeitos que celebram o negócio jurídico se manifestam tanto em relação à prática de determinado ato jurídico, quanto aos efeitos pretendidos, desde que assim desejado pelos agentes, sendo observados os limites encetados pelo direito. Portanto, na esfera do negócio jurídico, o sujeito detém a iniciativa de praticar a conduta, bem como a faculdade de a ela atribuir finalidade específica.

Tecidas essas considerações, o negócio jurídico é definido como o resultado do exercício do direito de liberdade titularizado pelo indivíduo, cuja manifestação se destina à produção de efeitos específicos e pretendidos pelos agentes, que são: a constituição, a modificação ou a extinção de situações jurídicas[341], desde que a eficácia, repita-se, seja

---

[338] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2011, pp.397-401.

[339] Segundo Francisco Amaral, o ato jurídico *stricto sensu* e o negócio jurídico diferem quanto à estrutura, à função e aos respectivos efeitos. No que se refere à estrutura, enquanto naquele verifica-se uma vontade simples, neste, a vontade é qualificada em razão da finalidade de produzir determinados efeitos jurídicos. Sobre a função, no ato jurídico, a lei estabelece os efeitos, ao passo que no negócio jurídico o agente dispõe de seus direitos, servido pois, a interesses privados. Sobre a eficácia, como dito, a vontade no ato jurídico não se faz importante, mas apenas para a constituição do ato. *Direito Civil - introdução.* 7. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp.384-385.

[340] AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio jurídico – existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp.16-17.

[341] As situações jurídicas processuais serão tratadas adiante. No entanto, registramos que, favoravelmente à insuficiência do conceito de relação jurídica, ainda que no âmbito do direito civil, Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes registram: "O conceito de relação jurídica, assim estudado do ponto de vista da estrutura dos direitos obrigacionais, vinculando o devedor e o credor, não se mostra suficiente para explicar inúmeras situações dinâmicas e complexas do direito contemporâneo, insuscetíveis de simples enquadramento na categoria dos direitos subjetivos obrigacionais [...] Percebe-se então que não há centro de interesse juridicamente relevante (mesmo no caso do credor ou do proprietário) que não seja acompanhado de deveres correlatos". *Código Civil interpretado.* vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.211.
Fredie Didier Jr. realça a universalidade do conceito de situação jurídica, da seguinte forma: "Situação jurídica é um conceito lógico-jurídico: trata-se de conceito com pretensão de universalidade, que perpassa todos os

reconhecida pelo sistema então vigente. São negócios jurídicos, *v.g.*, os contratos, as convenções, as declarações unilaterais de vontade direcionadas à produção de efeitos específicos, entre outros exemplos. Tomando por base tal conceituação, torna-se possível extrair dois elementos nucleares no tocante ao instituto em destaque: i) a voluntariedade do agente é direcionada à produção de efeitos específicos; ii) há o reconhecimento pelo ordenamento jurídico acerca do poder dos sujeitos pactuantes na regulamentação de seus próprios interesses.[342]

Partindo do pressuposto de que a estruturação dos fatos jurídicos *lato sensu* constitui uma noção lógico-jurídica pertencente à teoria geral do direito[343], e, portanto, não restrita ao campo do direito privado, parece ser possível sistematizar os fatos jurídicos processuais *lato sensu* à semelhança dos fatos jurídicos em geral, não desconhecendo que o contexto de publicização do processo implica na existência de componentes próprios do ato jurídico processual.[344] Deveras, a transposição da teoria dos fatos jurídicos ao âmbito do processo demanda acentuada cautela, até mesmo porque existe a necessidade da estruturação de uma teorização própria dos fatos jurídicos processuais. Todavia, o ponto de partida, ou o primeiro passo desta caminhada, parece-nos corresponder à adoção de conceitos lógico-jurídicos atinentes à teoria geral do direito.[345]

---

subdomínios da Ciência Jurídica. Por isso, há situações jurídicas no Direito Civil (capacidade de agir, personalidade etc.), no Direito Constitucional (competência, nacionalidade etc.), no Direito Processual (competência, legitimidade etc.) e em todos os demais subdomínios das Ciências dogmáticas do Direito". O direito de ação como complexo de situações jurídicas. In: *Revista de Processo*, n. 210, São Paulo: RT, 2012.

[342] AMARAL, Francisco. *Direito Civil - introdução.* 7. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 384.

[343] NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais.* Salvador: Juspodivm, 2016, p.35; BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual - plano da existência. In: Fredie Didier Jr,; Marcos Ehrhart Jr.(coord). *Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello.* São Paulo: Saraiva, 2010, pp.466-477.

[344] No mesmo sentido, manifestou-se Antonio do Passo Cabral: "Não obstante, ainda que se possa partir do formato do ato jurídico em geral, deve-se atentar para as peculiaridades do ato jurídico processual, continente de características próprias que podem apartar seu tratamento da teoria geral. Não poderia ser de outra maneira, vez que o processo, ramo do direito público, certamente deve conviver com especificidades normativas: as regras do direito privado, onde há muito maior autonomia individual, podem ser diferentes daquelas aplicáveis ao direito processual, que regula também relações entre particulares e o Estado-juiz. Mas esta diferença é, repita-se, apenas parcial". *Convenções processuais.* Salvador: Juspodivm, 2016, p.45.
O autor em referência, em outra oportunidade, assim registrou: "[...] ainda que possamos partir do formato do ato jurídico em geral, devemos atentar para as peculiaridades do ato jurídico processual, continente de características próprias que poderiam apartar ou particularizar seu tratamento da teoria geral. Não poderia ser de outra maneira, vez que o processo, ramo do direito público, certamente deve conviver com especificidades normativas". *Nulidades no processo civil moderno. Contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.24.

[345] Já mencionara Carnelutti: *"Gli strumenti fondamentali per questo lavoro sono i due concetti, elaborati dalla teoria generale del diritto, di atto e procedimento; tali concetti sono indispensabili per lo studio del diritto processuale come di qualunque altro ramo del diritto". Istituzioni del processo civile italiano.* 5. ed. vol. II, Roma:

Trata-se de um tema sensível, relevante, porém pouco enfrentado.[346] Por certo, a formulação de uma teoria própria dos fatos jurídicos processuais, a qual incorpore os influxos do processo civil contemporâneo, deve ser vista como uma tarefa imprescindível a ser desempenhada pelos processualistas dos tempos atuais.[347] No presente estudo, no entanto, iremos nos restringir à sistematização dos negócios processuais dentro da teoria dos fatos jurídicos processuais, no intuito de fixar premissas importantes, para delas o trabalho prosseguir.

2.3. Os fatos jurídicos processuais *lato sensu*: conceito e sistematização

Partimos da premissa de que é aplicada, embora com algumas adaptações necessárias, a teoria dos fatos jurídicos *lato sensu* ao direito processual civil.[348] Sobre esse ponto, há um segmento doutrinário, sendo José Joaquim Calmon de Passos um de seus precursores, que se posiciona desfavoravelmente ao reconhecimento dos fatos processuais *stricto sensu*, ao argumento de que no campo processual seriam possíveis tão somente atos jurídicos processuais,[349] tendo em vista que os acontecimentos naturais, ou seja, os eventos naturais avolitivos, sem a participação humana, seriam situações exteriores ao processo. E é por causa

Foro Italiano, 1956, p.261. Segundo Gérard Cornu – *Vocabulaire juridique de l'association H. Capitant*, 8. Ed, Paris: PUF, 2008, p.441 –, a teoria geral do direito consiste e conceitos e disposições gerais aplicáveis a diferentes objetos de diversos ramos do direito. Jean-Louis Bergel consigna que a teoria geral do direito tem por objeto tratar dos fenômenos jurídicos compreendidos enquanto conceitos fundamentais, métodos e modos de aplicação de mecanismos intertemporais e universais pensados para o direito como unidade. Théorie générale du droit, In: *Méthodes du droit – Collection dirigée par Philippe Jestaz*, 5. ed, Paris: Dalloz, 2012, p.6.

[346] No contexto atual, malgrado sejam escassos os trabalhos acadêmicos especificamente sobre o tema, são relevantes os estudos empreendidos por Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Nogueira na obra *Teoria dos fatos jurídicos processuais*, 2. ed. Salvador, Juspodivm, 2013.

[347] Nesta linha, Leonardo Greco entende que a teoria dos atos processuais consiste em um dos temas mais sensíveis e complexos do estudo do processo, e "a seu respeito ainda não se construiu, até os dias atuais, uma teoria satisfatória". *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil*, vol.01, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.266.

[348] Por todos, CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: *Negócios Processuais - Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, Coord. Geral DIDIER JR., Fredie, Coord. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Salvador: Juspodivm, 2015, p.28; DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*, 2. ed. Salvador, Juspodivm, 2013, p.27 *et seq*.

[349] CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.64.

do elemento "exterioridade", que estes fatos deveriam ser considerados objetos de atos processuais.[350]

No entanto, compreendemos de uma outra forma. Parece-nos ser possível identificar que determinados fatos jurídicos naturais, vale dizer, eventos naturais, sem interferência humana, mas com a aptidão de produzirem efeitos em um processo, sejam considerados fatos jurídicos processuais em sentido estrito. Por conseguinte, os fatos jurídicos processuais em uma acepção ampla não estariam adstritos à disciplina dos atos processuais, admitindo-se como "processualizáveis" fatos avolitivos ligados a um processo ou com a potencialidade de nele produzirem efeitos. Nessa linha, Fredie Didier Jr. elenca alguns exemplos de fatos jurídicos processuais em sentido estrito, *v.g.*, "a força maior, a morte, o parentesco, a confusão e a calamidade pública, de que pode servir de exemplo uma enchente de grandes proporções".[351]

Ocorre que, malgrado o acontecimento natural e exterior ao processo não careça, logicamente, da "sede" processual para configurar fato processual *stricto sensu*, deverá necessariamente a um processo se relacionar, podendo ser concomitante a ele ou ainda potencial.

Ao adotarmos esse posicionamento, nos resta conceituar os fatos jurídicos processuais *lato sensu* como: *os acontecimentos naturais (avolitivos) ou humanos (a partir da manifestação da vontade dos agentes), que sejam previstos no suporte fático da norma processual, e que a um processo se refiram, pouco importando se ocorreram dentro ou fora da sede processual.*[352]

---

[350] "Os fatos naturais, em verdade, podem ser apenas objeto de atos processuais e são a estes que se associam os efeitos jurídicos não àqueles. Redenti já se apercebera do fenômeno, advertindo que os fatos naturais não podem assumir significado e valor senão e enquanto se inserem na série dos atos processuais, pelo que é sempre o estudo dos atos que permanece, ainda sob esse aspecto, de importância preeminente". CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp.64-65. Entrementes, é importante acrescentar que a maioria da doutrina processual já reconhecia a existência dos fatos jurídicos processuais. Por todos: MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil.* vol. I, São Paulo: Saraiva, 1986-1990, pp.319-320.

[351] DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil – teoria geral do processo e processo de conhecimento.* vol. I, 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, pp.260-261.

Cândido Rangel Dinamarco reconhece a existência de fatos jurídicos processuais, somente lhes sendo indispensável para serem qualificados como tal, a *produção de efeitos sobre o processo*. "[...] reputam-se fatos jurídicos processuais, em primeiro lugar, os eventos da natureza que de algum modo criem, extingam ou modifiquem situações do processo – com é um raio que cause incêndio ao fórum e queime os autos do processo, uma inundação que torne impossível a realização da audiência etc. [...] São também fatos jurídico- processuais as condutas de terceiros estranhos ao processo, ali não figurando como juiz, auxiliar da Justiça, parte ou representante de parte (tais são os sujeitos processuais). Incluem nessa categoria os mesmos casos de incêndio nas dependências judiciárias, alagamento, morte de algum sujeito processual etc., ainda que quando provocados por ação humana; assim, também as convulsões sociais, como a guerra, greves, passeatas, sempre que tenham alguma consequência na vida do processo". *Instituições de direito processual civil*, 6. ed, vol. II. São Paulo: Malheiros, 2009, p.485.

[352] Nesse sentido, Robson Renault Godinho: "[...] os fatos jurídicos processuais *lato sensu* podem ser definidos como os eventos, abrangendo manifestações de vontade, condutas e fenômenos da natureza, contemporâneos a um

Cumpre demonstrar que Robson Renault Godinho alia a compreensão de fato jurídico processual à noção de contemporaneidade observada entre o acontecimento e o processo que a ele se relacione, advertindo que tal característica não é coincidente com a concepção de simultaneidade sob uma perspectiva temporal, vale dizer, linear. O autor considera que pode não haver uma correspondência cronológica entre o fato processual e o processo em determinado momento, como, por exemplo, seria o caso da cláusula compromissória (artigo 4º a artigo 8 da Lei 9.307/96 – lei de arbitragem –).

Na visão de Renault Godinho, e de modo adequado em nosso olhar, a contemporaneidade do fato processual deve representar a noção de *referibilidade a um processo* um dos elementos necessários do suporte fático *(fattispecie)* presente na norma jurídica processual. Sem referibilidade do fato ao processo ou unidade teleológica – direcionado ao exercício da jurisdição[353] –, o fato jurídico não encontrará suficiência no suposto normativo para adquirir "processualidade".

Acontece que o autor em referência acrescenta que os efeitos dos fatos jurídicos processuais ficariam condicionados à superveniência da apresentação da demanda, pois do contrário, seria pouco útil se falar em efeitos processuais.[354] Nesse ponto, não vemos de modo análogo. Um fato processual *nem sempre* dependerá do advento do processo para produzir efeitos, e os exemplos da cláusula compromissória de arbitragem e do pacto de mediação obrigatória corroboram com esse posicionamento,[355] tendo em vista que aquele prescinde da

---

procedimento a que se refiram, descritos em normas jurídicas processuais". Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil. In: *Coleção Liebman/* Coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.122.

[353] GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil,* vol.01, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.266.

[354] "Sem a pendência do procedimento, portanto, pode até haver fato jurídico, (*latu sensu*), mas não há fato jurídico processual. A processualidade fica condicionada ao surgimento (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) [...] antes disso, não há que se falar (ou seria pouco útil) de efeitos processuais. Uma vez ajuizada a demanda, o suporte processual se compõe. Surgindo como efeito em benefício do interessado o direito de arguir a incompetência relativa". GODINHO, Robson Renault. Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil. In: *Coleção Liebman*/ Coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.123. Na mesma linha: "A processualidade fica condicionada ao surgimento (que poderá ser anterior, concomitante ou posterior ao fato) de um procedimento a que se refira o fato (manifestação da vontade, conduta, ou simples evento). Assim, v.g., o negócio jurídico acerca da estipulação da competência territorial (CPC-2015, artigo 63) somente será adjetivado de processual quando a demanda judicial a que se refira o pacto vier a ser proposta (primeiro ato indutor do procedimento). Antes disso, não há que se falar (ou seria pouco útil) de efeitos processuais. Uma vez ajuizada a demanda, o suporte fático do ato jurídico se compõe, surgindo como efeito em benefício do interessado o direito de arguir a incompetência relativa". NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais.* Salvador: Juspodivm, 2016, p.52; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil – teoria geral do processo e processo de conhecimento.* vol. I, 12 ed. Salvador: Juspodivm, 2010, pp.259-260.

instauração de uma demanda para produzir efeitos processuais, referentes à renúncia da via jurisdicional do Estado para dirimir determinável contenda e este impõe a tentativa da mediação antes do ingresso no Poder Judiciário.[356]

A cláusula compromissória gera efeitos processuais, embora negativos, desde o momento em que os sujeitos manifestam a intenção de instituir a arbitragem.[357] Devemos esclarecer que de tal raciocínio não se depreende que a cláusula compromissória não possa produzir eficácia no e processo, o que fica bastante claro na instituição compulsória da arbitragem ou na ação anulatória da sentença arbitral–.[358] O presente apontamento tem objetivo mais amplo, e serve para demonstrar que haverá algumas situações nas quais a produção dos efeitos dos fatos jurídicos processuais não se subordinam à existência da relação jurídica processual.

Pelas considerações anteriores, é possível visualizar que, à semelhança dos fatos jurídicos *lato sensu*, os fatos jurídicos processuais em sentido amplo comportam a seguinte divisão: i) fatos jurídicos processuais *stricto sensu*[359] – eventos naturais, avolitivos, que se tornam jurídicos a partir da incidência da norma processual com a capacidade de produzir efeitos em um processo; ii) atos jurídicos processuais *lato sensu*, subdivididos em: ii.a) atos jurídicos processuais *stricto sensu* – em que o elemento essencial "vontade" se restringe à escolha da prática do ato processual – e; ii.b) negócios jurídicos processuais – em que a autonomia é necessária tanto à prática do ato, quanto à estruturação dos efeitos processuais pretendidos pelos agentes.

---

[356] Sobre o fato de o litígio ser determinado ou determinável como requisito de validade da cláusula compromissória, esclarece Carlos Alberto Carmona: "Para a validade da cláusula basta que as partes mencionem as relações jurídicas por ela abarcadas, ou seja, é suficiente reportar-se a determinado contrato, às relações societárias relativas aos integrantes de determinada empresa, a certos serviços, sem maior preocupação em especificar o litígio que poderão decorrer do relacionamento contratual mantido pelas partes. Daí dizer que o compromisso trata de litígio determinado, enquanto a cláusula refere-se à litígios determináveis". *Arbitragem e processo – Um comentário à Lei n. 9.307/1996*, 3. ed. São Paulo, Atlas, 2009, p.103

[357] "[...] o legislador brasileiro abandonou o modelo clássico francês – de resto até mesmo superado no país de origem – procurando dar a cláusula quanto ao compromisso os mesmos efeitos jurídicos. Pode-se hoje dizer, com tranquilidade, que a cláusula arbitral é um negócio jurídico processual, eis que a vontade manifestada pelas partes produz desde logo efeitos (negativos) em relação ao processo (estatal) e positivos, em relação ao processo arbitral (já que, com a cláusula, atribui-se jurisdição aos árbitros)". *Arbitragem e processo – Um comentário à Lei n. 9.307/1996*, 3. ed. São Paulo, Atlas, 2009, p.102. Em sentido contrário, Alexandre de Freitas Câmara compreende que a cláusula compromissória de arbitragem consiste em contrato preliminar de um compromisso e, por isso, não produz o mesmo efeito do que o compromisso arbitral. *Arbitragem – Lei n. 9.307/1996*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 1997.

[358] No mesmo sentido: GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. In: *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

[359] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais.* Salvador: Juspodivm, 2016, p.45.

2.4. Atos jurídicos processuais *lato sensu*: a busca por critérios definidores e principais vertentes doutrinárias

Em sede doutrinária, são adotados critérios distintos para qualificar o ato jurídico processual *lato sensu*, discussão que envolve significativa controvérsia no tocante aos elementos de sua configuração ou à busca por um critério suficiente para conceituá-lo adequadamente, em conformidade com a teoria dos fatos processuais. Na linha do que é apresentado por Pedro Henrique Nogueira,[360] as divergências doutrinárias podem ser organizadas em cinco agrupamentos:

I - alguns consideram que o ato é processual se possuir aptidão de gerar a constituição, a modificação ou a extinção da relação jurídica processual, sendo possível de ser praticado unicamente pelos sujeitos da relação processual (partes e Estado-juiz);

II - outros compreendem que a sede do processo seria suficiente, sem descartar o critério subjetivo (realização pelos sujeitos do processo), sendo irrelevante os efeitos que o ato produz;

III - há aqueles que atribuem a "processualidade" do ato ao ambiente em que praticado, ou seja, no processo em curso (sede processual – necessária litispendência);

IV - outros defendem o posicionamento de que o ato processual deve integrar a cadeia procedimental e, por fim;

V - atualmente, parte da doutrina tem sustentado que, embora alguns atos não integrem o processo de imediato, basta que este, para ser processual, possua aptidão ou capacidade de produzir efeitos em processo presente ou potencial, e que a ele o ato se refira *(referibilidade).*

Um primeiro segmento doutrinário, cujo entendimento adveio das lições de Giuseppe Chiovenda,[361] identifica na constituição, na modificação ou na extinção da relação processual a principal característica dos atos processuais, ou seja, a capacidade de a manifestação dos sujeitos, nos termos da lei, e de acordo com as consequências por ela previstas, produzirem efeitos na relação jurídica processual.[362] Conforme tal vertente, o ato processual consiste em um produto da atividade dos sujeitos da relação processual (restritamente: partes e Estado-juiz),

---

[360] NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais.* Salvador: Juspodivm, 2016, p.87 *et seq*.

[361] CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile.* 3. ed. Napoli, Editrice N. Jovene E C., 1923, p.766 *et seq*.

[362] *"Atto giuridico processuale – Diconsi atti giuridici processuale gli atti che hanno importanza giuridica rispetto al raporto processuale, cioè gli atti che hanno per imediata conseguenza la constituzione, la conservazione, lo svolgimento, la modificazione o la definizione di um rapporto processuale."* CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile.* 3. ed. Napoli, Editrice N. Jovene E C., 1923, pp.766-767.

sendo a litispendência uma condição necessária.[363] Percebe-se, pois, que sua configuração estaria atrelada à observância de dois critérios cumulativos, um subjetivo e outro objetivo: i) os atos processuais seriam praticados exclusivamente pelos sujeitos da relação processual – atos das partes *(atti di parte)* e atos do órgão jurisdicional *(atti degli organi giurisdizionali)* e; ii) desde que surtissem efeitos no processo em curso.

À luz do parâmetro subjetivo, Chiovenda não atribuía processualidade aos atos praticados pelos demais sujeitos do processo – *v.g.*, peritos, testemunhas, terceiros intervenientes –, acepção mais restrita do que "sujeitos do processo". Porém, ainda que se aponte as deficiências do critério subjetivo, reputando mais adequada a noção "sujeitos processuais" – porquanto envolve os demais sujeitos que do processo participam, exercendo direitos, deveres, faculdades, poderes, funções e designações a eles conferidas –, o parâmetro subjetivo seria, em verdade, irrelevante para a configuração do ato processual. Um dos argumentos mais contundentes consubstancia-se no reconhecimento do negócio jurídico processual como espécie de ato jurídico processual em sentido lato. Ao se admitir que um acordo processual possa ser realizado, inclusive, extrajudicialmente e previamente ao surgimento de uma demanda, como autorizado pelo artigo 190 do CPC, o parâmetro subjetivo restaria insatisfatório ou mesmo insuficiente para a constituição do ato jurídico processual *lato sensu*, tendo em vista que inexistem "sujeitos processuais" neste momento, e pode ser que nunca venham a existir.[364]

De modo similar a Chiovenda, encontramos o entendimento de Enrico Tullio Liebman, segundo o qual os atos processuais seriam distintos dos atos em geral por "pertencerem ao processo e por exercerem um efeito jurídico direto e imediato sobre a relação processual, constituindo-a, impulsionando-a ou extinguindo-a."[365] Disso depreende-se que Liebman também considerava processuais os atos formadores da sequência coesa e indissociável ao procedimento, conquanto praticados pelos sujeitos do processo. Sistematicamente, o autor cumulava dois requisitos basilares, sendo processuais os atos que: i) pertencessem a um processo (sede); e ii) fossem praticados pelos sujeitos do processo, vindo a produzir efeitos

[363] CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile.* 3. ed. Napoli, Editrice N. Jovene E C., 1923, p.767 *et seq*.

[364] Nesse sentido: CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais.* Salvador: Juspodivm, 2016, p.45.

[365] Enrico Tullio Liebman, *Manual de direito processual civil.* 3. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, p.285.

diretos e imediatos sobre a relação jurídica processual.[366] Nessa direção, o ato processual é conceituado como "uma declaração, ou manifestação de pensamento, feita voluntariamente por um dos *sujeitos do processo*, enquadrada em uma das categorias de atos previstos pela lei processual e pertencente a um procedimento, com eficácia constitutiva, modificativa ou extintiva sobre a correspondente relação processual".[367] O que diferencia as linhas de Chiovenda e Liebman são as distintas percepções sobre "sujeitos do processo" e "sujeitos da relação processual", consoante anteriormente apontado.

Para Liebman, o conceito "sujeitos processuais" seria mais extenso do que os "sujeitos da relação processual", noção adotada por Chiovenda. Sendo assim, Liebman menciona que os atos processuais não são praticados apenas pelas partes ou pelo órgão jurisdicional (Estado-juiz), mas também por outros agentes, tais como oficiais de justiça, peritos,[368] procuradores das partes, assistentes técnicos, testemunhas, Ministério Público etc.

Nessa vertente, não seriam atos processuais "aqueles atos realizados pelas partes fora do processo, embora possam ser destinados a este e sobre este produzir algum efeito: assim, p.ex., a eleição de domicilio por uma das partes [...] a celebração de uma transação entre as partes ou o cumprimento arbitral". A partir desse fragmento constatamos a manifesta oposição de Liebman à figura dos negócios jurídicos processuais,[369] resistência que perdurou durante tempos na doutrina majoritária, que só recentemente veio a acordar de um profundo adormecimento.[370] Acompanhando as lições de Enrico Tullio Liebman, Cândido Rangel

---

[366] Idem. A questão é referida por José Manoel de Arruda Alvim Netto. *Manual de direito processual civil*, 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, no prelo.

[367] Ibid, p.286.

[368] Ibid, p.287.

[369] *Cf*., a seguinte passagem: "E sua qualidade de atos jurídicos, os atos processuais são, indubitavelmente e por definição, *fatos voluntários;* eles não são sequer concebíveis senão como resultado da vontade da pessoa que os leva a efeito. Mas trata-se aqui de uma vontade extremamente genérica, ou seja, a *simples vontade e consciência de realizar o ato*; não se requer absolutamente que seja voltada à obtenção de dado efeito, não podendo ela tampouco determiná-lo ou moldá-lo conforme melhor lhe agrade, porque o efeito já está fixado e preestabelecido em lei. Nisso os atos processuais distinguem-se de outras categorias de atos jurídicos, e especialmente dos *negócios jurídicos*". Ibid, p.291.

[370] Em 1984, José Carlos Barbosa Moreira publicou um dos primeiros estudos sobre as convenções processuais em solo brasileiro e, logo de início, expôs a escassez de trabalhos relacionados ao tema, nas seguintes palavras: "entre os assuntos que no Brasil aguardam o interesse dos estudiosos figura sem dúvida o das convenções celebradas pelas partes sobre matéria processual. Ao contrário do que ocorre noutros países – sobretudo na Alemanha –, não só inexistem aqui trabalhos monográficos a tal respeito, mas também se mostra escassa a atenção que lhe dedicam os expositores do nosso ordenamento e os comentadores do Código de Processo Civil". Convenções das partes sobre matéria processual, In: *Temas de Direito Processual, 3. série.* São Paulo: Saraiva, 1984, p.87.

Dinamarco destaca que "cada um dos atos integrantes do procedimento é um ato processual, e para a caracterização deste é essencial a sede em que a conduta se realiza",[371] isto é, não seria processual o ato produzido senão no processo. Ne realidade, seriam atos processuais todos aqueles fatos jurídicos volitivos realizados por sujeitos do processo, com capacidade de surtir efeitos na relação processual, sendo necessário haver litispendência.

Da mesma forma que Liebman, Dinamarco compreende que o ato praticado em sede processual, entretanto, por um agente que do processo não participe – isto é, por um terceiro – não equivaleria ao padrão legítimo de ato processual. Por isso, exige a sede e a prática do ato unicamente pelos sujeitos do processo na condição de pressupostos cumulativos para, desse modo, atribuir "processualidade" ao ato jurídico praticado. Esta compreensão, resultante da mistura de parâmetros objetivo (sede processual e produção de efeitos no processo) e subjetivo (sujeitos do processo) foi incorporada por muitos autores no Brasil. Por todos, referenciamos José Frederico Marques e José Manoel de Arruda Alvim Netto.[372]

Prosseguindo, Salvatore Satta confere ao elemento sede (que é o processo), condição necessária à "processualidade" do ato. O autor entende que para ser tido como processual,[373] o ato jurídico não deve estar vinculado à eficácia que produz no processo (se referindo a Chiovenda) e tampouco à finalidade de estabelecer uma condição processual (se referindo a Carnelutti),[374] mas sim, e tão somente, à aptidão de integralizá-lo,[375] sendo irrelevante para sua definição o resultado ou o efeito produzido, bastando a sede enquanto característica

---

[371] V. Cândido Rangel Dinamarco. *Instituições de direito processual civil*, 6. Ed, vol. II. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 481-482.

[372] MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil.* vol. I, São Paulo: Saraiva, 1986-1990, pp.319-325; ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*, 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, no prelo.

[373] "Positivamente o ato processual contém em si mesmo a única definição possível, que é a de "ato do processo". Essa aparente tautologia exprime que o que concerne ao ato não está em relação ao seu efeito, mas à sua essência, que é precisamente aquela de constituir um elemento de realização da tutela jurisdicional. E uma vez que o processo é formado e está sujeito às regras (processuais), é para tais que precisa volver-se, para o fim de saber se é quando um determinado ato venha a constituir o elemento daquele processo". Salvatore Satta. *Direito Processual Civil*, vol. I. Trad.: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p.277.

[374] SATTA, Salvatore. *Direito Processual Civil*, vol. I. Trad.: Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003, p.276.

[375] "Existe, real e propriamente, na expressão dos atos processuais sutil equívoco que se revela na definição que lhe sói dar a doutrina: atos, que têm por ilação imediata a formação, o processamento, a conservação, a transformação, a definição de nexo processual (Chiovenda, Zanzucchi) ou atos que têm por finalidade a metamorfose de uma condição processual (Carnelutti). E claro que ora se empresta ao processo uma realidade distinta do ato que em absoluto não existe, porque o referido ato de identifica com o processo, do qual é um elemento indismembrável, (*processus est actus*, já o dissemos) e isso diversamente da meta jurídica substancial que é realmente bem diversa do ato jurídico que a constitui". Idem.

suficiente.[376] Além destas concepções, José Joaquim Calmon de Passos apresentou posicionamento diverso e rigoroso, resultante de uma espécie de síntese dos requisitos analisados. De acordo com o autor, seriam insatisfatórios os critérios aduzidos se apurados solitariamente, tendo em vista que o ato jurídico receptor do qualitativo "processual" não deve ser apenas integrante do conjunto de atos constitutivos do processo, isto é, da cadeia procedimental, ou somente nele produzir seus efeitos – isto é, no processo em curso –, como também *só no processo deverá ser praticado* (mais restrito do que o critério *sede*)[377] pelos sujeitos da relação processual (critério subjetivo).[378]

Assim, o autor baiano conceitua o ato processual como "aquele que é praticado no processo, pelos sujeitos da relação processual ou do processo, com eficácia no processo e que *somente no processo possa ser praticado*". Perceba-se o raciocínio desenvolvido por José Joaquim Calmon de Passos: não bastaria a prática do ato na sede do processo, mas que só nele possa o ato possa ser praticado.

Nessa perspectiva, o autor elabora um conceito restritivo de ato processual, em comparação aos critérios destacados pela doutrina referenciada até o momento. No que toca ao viés subjetivo, Calmon de Passos aduz que os atos processuais devem ser desempenhados pelos "sujeitos do processo", partindo de uma noção mais ampla, tal como defendido, *v.g.*, por Liebman e Dinamarco.

Já a autora lusitana Paula Costa e Silva compreende que os atos processuais constituem o próprio processo – atos processuais como *"acto-procedimento"* – com vistas à preparação da sentença: o ato final "ao qual aderem os efeitos a que se destina toda a sequência".[379] Em tese intitulada *"acto e processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*", a professora da Universidade de Lisboa objetivou adequar justamente o critério da integração dos atos processuais com o reconhecimento dos negócios jurídicos processuais. Fato é que, para reconhecê-los enquanto espécie de atos processuais, o parâmetro

---

[376] Ibid, p.277

[377] "Não percebemos, outrossim, como se considerar o ato processual o que se realiza fora do processo, antes dele o concomitantemente a sua constituição. Temos como impossível a processualidade do ato extraprocessual. [...] Antes da existência concreta, definida, precisa, de certo e determinado processo, não se pode falar de efeitos processuais [...] Não há atos praticados fora do processo". CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp.50-53.

[378] Ibid, p.43.

[379] COSTA E SILVA, Paula. *Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo.* Coimbra: ed. Coimbra, 2003, p.171.

da "cadeia procedimental integrativa" – *actos* processuais formadores do procedimento – demonstrava certa insuficiência, dado que os negócios processuais podem ser firmados, inclusive, exteriormente ao processo, isto é, à margem da marcha procedimental.[380]

Para resolver o impasse, a autora portuguesa defendeu que, ao trazê-los ao procedimento, o problema estaria superado, porquanto os negócios jurídicos processuais, espécie de atos processuais, integrariam o procedimento em sequência.

Todavia, não compreendemos que o negócio processual, ainda que não se trate de um ato processual postulativo, mas constitutivo,[381] podendo ser realizado dentro e fora do campo processual, só passe a produzir efeitos quando a ele integrar.

Na linha do sustentado anteriormente,[382] a eficácia dos negócios jurídicos processuais não deve ser condicionada à internalização em eventual contenda ou à formação da relação jurídica processual;[383] basta, na realidade, a potencialidade de produzir efeitos processuais como qualitativo principal.[384] Em suma, os múltiplos critérios demonstrados revelam insuficiências, sobretudo, em face da dificuldade de alocação do negócio jurídico processual enquanto ato jurídico processual em sentido amplo, podendo gerar efeitos em um processo pendente ou potencial, antes da propositura da demanda ou durante o seu curso,

---

[380] V. *"O verdadeiro ponto problemático de qualquer conceito de acto de processo que parta de uma visão meramente procedimental é, porém, representado pelos actos que, tendo repercussão sobre o processo, não são actos integrados na cadeia procedimental, tal como prevista pelo legislador. Esses actos podem ser genericamente qualificados como negócios processuais". E prossegue: "Não tendo existência necessária, os negócios não podem ser previstos enquanto actos regulares da cadeia paradigmática estabelecida pelo legislador, uma vez que esta apenas prevê a sequência que permitirá chegar à decisão final. Porém, se estes actos vierem a ter existência, eles passarão a integrar a sequência processual concreta, que permitiu e justifica um dado resultado final. Se estes actos, ao invés do que acontece com os actos postulativos, podem adquirir existência fora do processo (as partes podem celebrar uma transacção extrajudicialmente; as convenções sobre competência, com excepção da convenção de arbitragem, antecedem necessariamente a acção), no momento em que sejam feitos valer em processo têm de se vistos como actos integrados no acto procedimento, sob pena de o acto final não poder, em concreto, justificar-se. A concepção do processo enquanto acto procedimento permite, deste modo, incluir os negócios concretamente celebrados, entre os actos preparatórios do acto final, ao qual aderirão os efeitos típicos que o acto produz."* COSTA E SILVA, Paula. *Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo.* Coimbra: ed. Coimbra, 2003, p.172.

[381] GOLDSCHIMIDT, James. *Direito Processual Civil, tomo I.* Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003, p.269; V. tópico 2.7.

[382] V. tópico 2.3.

[383] *Cf.* MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo código de processo civil comentado. 2. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.314.

[384] Interpretação análoga foi realizada por: BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.127. Em posicionamento contrário: Eduardo Arruda Alvim e Angélica Arruda Alvim. Registram os autores que "o ato jurídico processual insere-se como modalidade de ato jurídico praticado no curso do processo. Em outros termos, para que o ato seja processual, necessariamente deve ser praticado no processo ou trazido a este". ASSIS, Araken de; el al. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p.279.

independentemente da litispendência, da sede processual, ou se realizado pelos sujeitos do processo.[385] Em razão do exposto, revela-se oportuno fixar uma das principais premissas da dissertação, segundo a qual o qualitativo do ato jurídico processual *lato sensu*, utilizado analogicamente para a configuração dos fatos processuais *lato sensu*, consiste na *capacidade (aptidão) de produzir efeitos no processo a que se refira*.[386] O ato processual caracteriza-se como tal por sua capacidade eficacial somada à referibilidade a um processo.

Trata-se de uma concepção que delimita satisfatoriamente a esfera dos fatos jurídicos processuais stricto sensu, sem comprometer a conformação do instituto das convenções processuais, que por ser uma espécie de negócio jurídico processual, pertence ao gênero ato processual lato sensu.[387]

Realmente, os autores que compartilham o entendimento de que só na sede do processo se possa praticar atos processuais, e não em outro contexto, partem de premissas carecedoras de superação.[388]

Novamente, a qualificação dos atos processuais deve assentar na potencialidade de produzir efeitos em um processo/procedimento a que se refira, critério suficiente para englobar os fatos processuais em sentido estrito e, outrossim, os fatos processuais volitivos internos ao procedimento ou aqueles praticados fora, porém internalizáveis ao processo atual ou potencial,

---

[385] *Cf.* Humberto Dalla Bernardina de Pinho: "[...] a processualidade do ato não decorre propriamente da circunstância de haver sido ele praticado dentro do processo, mas de sua relevância ou valor para o processo". *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p.451 (nota de citação).

[386] NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais.* Salvador: Juspodivm, 2016; GODINHO, Robson Renault. Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil. In: *Coleção Liebman/* Coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; Antonio do Passo Cabral: "O ato processual, portanto, é o ato jurídico que produz ou é apto a produzir efeitos no processo". *Convenções Processuais.* Salvador: Juspodivm, 2016, p.45; Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior; Rinaldo Mouzalas. Distribuição do ônus da prova por convenção processual. In: *Revista de Processo*, n. 240. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

[387] Nesse viés, vale transcrever lição importante de Pedro Henrique Nogueira: "[...] a existência de um procedimento a que se refira o fato jurídico – e nesse ponto nos aproximamos de Teixeira de Souza –, parece ser um dado imprescindível para caracterizá-lo como processual. Essa existência adicional limita razoavelmente o espectro dos fatos jurídicos a serem adjetivados de "processuais", sem restringir demasiadamente a sua abrangência àqueles atos integrantes de cadeia formadora do procedimento". *Negócios jurídicos processuais.* Salvador: Juspodivm, 2016, p.61.

[388] De acordo com Humberto Dalla Bernardina de Pinho, o próprio código de 2015 prevê situações de atos processuais *stricto sensu*, como a oitiva de testemunha que não tenha condições de se locomover até a sede do juízo. "Nesse caso, o juiz tomará o depoimento da testemunha no lugar em que se encontra, devendo, no entanto, avisar às partes com antecedência, para não ferir o princípio da ampla defesa e do contraditório". Outro exemplo refere-se à inspeção judicial (artigo 481 a 484, CPC/2015). *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p.469.

como é o caso das convenções processuais prévias, preparatórias, pré-processuais ou interlocutórias.

Finalmente, e muito importante, percebe-se como o fenômeno dos negócios jurídicos processuais atrai inescusável releitura relativamente à teoria dos atos jurídicos processuais.[389] Entre outras repercussões, o tema desperta o pensar para a necessidade de uma atual sistematização dos fatos processuais *lato sensu*, vez que, entre outros desdobramentos sensíveis, exige a reformulação dos próprios critérios determinantes do ato processual, sendo a nova mirada fruto do rompimento do velho dogma da irrelevância da vontade das partes no tocante à disciplina do processo.[390]

2.5. Negócio jurídico processual

Parte da doutrina, sobretudo precedentemente ao CPC/2015, considerava que os atos jurídicos processuais só poderiam corresponder a atos processuais *stricto sensu*, cujas consequências jurídicas são determinadas unicamente pela lei, e não provém da liberdade dos litigantes. Foi sempre firme o posicionamento, *v.g.*, de Cândido Rangel Dinamarco e Enrico Tullio Liebman em oposição direta e irrestrita aos negócios processuais, sob o argumento de que, no âmbito processual, inexistiria qualquer interferência da autonomia das partes, e por esse motivo, somente a regra legislada devesse permitir alterações de comandos jurídicos – e não por fontes convencionais –, e estes comandos normativos não autorizariam, portanto, o autorregramento dos efeitos dos atos jurídicos processuais, característica inerente aos negócios processuais.[391]

---

[389] *Cf.*, Giovanni Verde. *Profili del processo civile*, vol. I, 6. ed., Napoli: Jovene, 2002, p.286.

[390] GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. In: *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais:* Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

[391] "Negócio jurídico é ato de auto-regulação de interesses e tem assento na autonomia da vontade. Os atos processuais das partes não têm o efeito de livre auto-regulação, em consequência dessa imposição de efeitos pela lei. Os do juiz também não, porque ele não dispõe para si nem os realiza com fundamento na autonomia da vontade, mas no poder estatal de que é investido". DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 6. Ed, vol. II. São Paulo: Malheiros, 2009, p.484. Na doutrina italiana, Vittorio Denti rejeita os negócios jurídicos processuais, entendendo não ser possível a conformação dos efeitos pelas partes em: Negozio processuale. In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1978, p.145. De modo análogo, posiciona-se Laura Salvaneschi em: Riflessioni sulla conversione degli atti processuali di parte. In: *Rivista di diritto processuale*, vol. 39, 2. série. Padova: Cedam, 1984, p.128. O posicionamento de Liebman já foi destacado anteriormente (*Manual de direito processual civil.* 3. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, p.291). Na

Entretanto, anteriormente ao CPC/2015, o artigo 158 do CPC/1973 – equivalente ao artigo 200 do CPC – já previa a possibilidade de disposição pelas partes de seus direitos processuais mediante a fixação de declarações bilaterais ou unilaterais de vontade, sem a necessidade de homologação do juízo para que produzissem seus efeitos.[392] No mesmo diploma, além do artigo 158 do CPC/1973, facilmente se aponta uma série de dispositivos pertinentes a negócios jurídicos processuais típicos: distribuição do ônus da prova (artigo 333, parágrafo único, CPC/1973); cláusula de eleição do foro competente (artigo 111, CPC/1973); suspensão convencional do processo (artigo 265, inciso II, CPC/1973); adiamento da audiência (artigo 453, inciso I, CPC/1973); escolha do arbitramento para a liquidação da sentença (artigo 606, I, *in fine*, CPC/1973) etc.[393]

Embora houvesse disposições atinentes à negociação processual no Código anterior, podemos sustentar que o direito processual civil brasileiro testemunhou, durante longo período, uma acentuada indiferença – ou seria um temor ao privatismo processual? – a respeito da disciplina pelas partes sobre o processo e o procedimento. Não é justificável o temor ao privatismo processual; o tema não o resgata, e nem poderia fazê-lo no campo público do processo. Na realidade, os novos contornos adquiridos pela jurisdição hodierna atribuem margens mais palpáveis à figura dos negócios processuais, rompendo com o argumento absolutamente ultrapassado de que remontariam uma espécie de nostalgia do privatismo processual.[394]

---

mesma linha: MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil, tomo II. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, pp.15-16. Calmon de Passos, ao seu turno, não se posicionava favoravelmente ao instituto dos negócios processuais, no entanto, reconhecia que a literalidade do artigo 158 do CPC/1973 não dava margens para questionamentos sobre sua existência. Desse modo, sustentava que a eficácia dos atos unilaterais e plurilaterais estaria, necessariamente, condicionada ao pronunciamento do Estado-juiz, "que lhes emprestará o caráter de atos do processo". E assim prosseguia o autor, registrando que "sem esse dizer integrativo, consequências de natureza processual são indeduzíveis. Se consequência de natureza substancial podem ser retiradas, as de natureza processual condicionam-se à intermediação do juiz". *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp.69-70.

[392] GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil*, vol.01, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp.58-64.

[393] VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Convenções processuais: premissas operacionais e os escopos da jurisdição contemporânea. In: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Coord.) *Inovações do Código de Processo Civil de 2015.* Rio de Janeiro, GZ, 2016, pp.71-99.

[394] Em oposição, compreendendo que o instituto prestigia o sistema adversarial, privatista, se aproximando do modelo inglês anterior à introdução das *Civil Procedure Rules*: ONO, Taynara Tiemi. A flexibilização procedimental: uma comparação entre os sistemas jurídicos brasileiro, inglês e português. In: *Revista de Processo*, v. 254. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp.414-415. Não podemos concordar com a autora. O sistema jurídico brasileiro não possui traços jurídico-culturais que remontam ao sistema adversarial, tampouco a legislação processual civil prevê um procedimento guiado somente pelas partes. Há concessão de poderes para as partes e também poderes ao juiz, desvendando um modelo de participação de ambos no desenho processual.

De fato, os negócios processuais são previstos há tempos nas legislações processuais brasileiras, porém a retração em utilizá-los sempre foi evidente. Um apurado exame dos instrumentos normativos desde o Império brasileiro desvenda a presença de negócio jurídico processual previsto no artigo 160 da Constituição de 1824, capítulo único, título 6º referente ao Poder Judiciário, sobre a possibilidade de as partes nomearem juízes-árbitros para dirimir o conflito em questão, permitindo-se, inclusive, que decisão proferida pudesse ser executada sem recurso se assim convencionassem as partes.[395]

Entre outros fatores, a discussão publicismo *v.s.* privatismo, examinada no primeiro capítulo teve indiretamente o mérito de propiciar reflexões amadurecidas aos que viam na polarização desnecessária do discurso maniqueísta e no insucesso desses dois modelos de processo uma oportunidade aos caminhos do meio termo. Nesse rumo, foi a partir do surgimento de argumentos em defesa do equilíbrio entre partes e juiz, que as convenções processuais receberam um desenho novo, enxergada como um instituto de viabilização da redistribuição de forças no processo.[396]

Nesse panorama, o CPC/2015 não inaugura a previsão dos negócios jurídicos processuais típicos ou atípicos; contudo, outorga-lhes alto potencial de incidência ao detalhá-los e incentivá-los, no que amplia o rol dos negócios processuais típicos e dispõe de duas cláusulas gerais de negociação processual, que são o artigo 190 e o artigo 200, principalmente aquele, em razão da redação ser mais completa e por meio dela ser possível trabalhar com seus limites concretos.

Tipicamente são possíveis inúmeros negócios jurídicos processuais, entre os quais: eleição negocial de foro (artigo 63, CPC); renúncia de prazo processual (artigo 225, CPC); acordo para suspensão do processo (artigo 313, II, CPC); adiamento convencional da audiência (artigo 362, I, CPC); convenção sobre o ônus da prova (artigo 373, §§ 3º e 4º, CPC); desistência do recurso (artigo 999, CPC), convenção sobre a liquidação por arbitramento (artigo 509, I, CPC) etc.[397] Inclusive, são possíveis até mesmo negócios jurídicos processuais tácitos, como o consentimento tácito do cônjuge para a propositura de ação real imobiliária para a sucessão processual voluntária (artigo 109, §1º, CPC) e a renúncia tácita à convenção de arbitragem

[395] Sobre o histórico legislativo brasileiro, v. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2016, pp.108-110.

[396] José Manoel de Arruda Alvim Netto. *Manual de direito processual civil*, 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, no prelo.

[397] DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista brasileira da advocacia, RBA1*, vol. I, Revista dos Tribunais, 2016, p.60.

(artigo 337, §6º, CPC).[398]

Realmente, a possibilidade de se firmar negócios processuais atualmente é incontestável. Promover uma delongada discussão ao redor da existência do mecanismo equivaleria ao desperdício de tempo e de palavras lançadas sobre discussão atualmente já exaurida, em nosso entendimento. Por certo, a discussão não deve girar em torno do reconhecimento dos negócios jurídicos processuais enquanto uma ferramenta hoje disponível, mas sim na investigação com o fito de conformá-las com a realidade atual,[399] o que muito exigirá, da doutrina moderna, a confecção de pesquisas acadêmicas que desenvolvam de maneira clara e satisfatória o método apropriado de manejá-los sem maiores complicações pelos operadores do direito, devendo partir da identificação de uma teoria geral de negociação processual[400] no sistema jurídico brasileiro.

Mesmo para doutrinadores mais conservadores e resistentes ao mecanismo negocial, compreendemos ser necessário uma revisão desse tipo de leitura – em nosso olhar, leitura *contra legem* – frente a maturidade da disciplina atual autenticada pela previsão expressa encontrada na legislação processual civil vigente. Nesse panorama, é natural perceber que a visão do processo enquanto um duelo, um jogo, um embate, ou seja, um palco não cooperativo, no qual magistrado e partes são praticamente estranhos uns aos outros, legou ao modelo processual de outrora o dogma da irrelevância da vontade no tocante à prática dos atos processuais ou da disposição dos convenentes das posições jurídicas processuais por eles titularizadas.[401]

Na linha do demonstrado no final do capítulo anterior, o dogma da irrelevância da vontade[402] não obtém morada no processo civil pós-moderno e se distancia por completo dos motes que permeiam a jurisdição contemporânea.

---

[398] Guilherme Henrique Laje Faria elenca alguns exemplos de negócios processuais tácitos em: Negócios processuais no modelo constitucional de processo. In: *Coleção Eduardo Espínola.* Salvador, Juspodivm, 2016, p.72.

[399] DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual. In: *Revista de direito privado*, vol.63, ano 16, São Paulo: RT, 2015, p.126.

[400] GUINCHARD, Serge et al. *Droit processuel: droits fondamentaux du procès*, 8.ed. Paris: Dalloz, 2015, p.1.309.

[401] José Manoel de Arruda Alvim Netto. *Manual de direito processual civil*, 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, no prelo.

[402] COSTA E SILVA, Paula. *Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo.* Coimbra: Ed. Coimbra, 2003.

Prosseguindo, ainda que o CPC de 2015 não aprimorasse a cláusula geral de negociação processual, resultado da lapidação do artigo 158 do CPC de 1973, poderíamos sustentar posição aderente ao tema em averiguação.[403] O direito processual civil hodierno comporta a figura dos negócios processuais, contanto que observadas certas especificidades. No entanto, a matéria ainda carece de contribuições doutrinárias com o objetivo de ser construída, como apontado acima, uma teoria geral dos negócios jurídicos processuais, conjugando interesses particulares das partes com escopos públicos perseguidos pelo Estado. O desenho de uma metodologia apropriada da temática contribui com uma das missões mais complexas da função jurisdicional à luz da pós-modernidade[404]: a coordenação da liberdade ou da autonomia das partes com os poderes públicos do Estado-juiz, sem que uma dessas forças venha a anular a outra, mas que ambas se desloquem ao encontro das duas.

Em analogia à *ratio* dos negócios jurídicos em geral, a margem de disposição do processo e do procedimento no negócio processual caminha, portanto, para além das delimitações impostas aos atos processuais em sentido estrito, em que o componente "voluntariedade" do suporte fático se restringe à pratica do ato processual. Nos negócios processuais, as partes estruturam o conteúdo eficacial em conformidade com seus próprios interesses privados, desde que observados os limites impostos pelo ordenamento.

O negócio jurídico processual refere-se ao instrumento que organiza e estabelece efeitos processuais específicos a serem produzidos em processo pendente ou potencial; mas isso não significa que tais efeitos estejam condicionados à instauração da demanda se o ajuste for pré-

---

[403] Nesse sentido, posicionou-se, *v.g*., REDONDO, Bruno Garcia. *Flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes no Direito Processual Civil brasileiro*. Dissertação de Mestrado. São Paulo: PUC-SP, 2013; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: *Negócios Processuais - Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Coord. Geral DIDIER JR., Fredie, Coord. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique*. Salvador: Juspodivm, 2015, p.39.

[404] No tocante ao reconhecimento da pós-modernidade, Therry Shinn escreve sobre a insuficiência do debate restritamente léxico entre modernidade v.s. pós-modernidade e aponta que seguimos na direção desta nova forma de pensamento, que mais coaduna com os influxos sociais contemporâneos: Desencantamento da modernidade e da pós-modernidade: diferenciação, fragmentação e matriz de entrelaçamento. In: *Scientiae Studia*, vol. 6, n.1. São Paulo, 2008. Sobre o direito e as instituições atuais sob o signo da pós-modernidade: CUNHA, Paulo Ferreira da. *Pensar o direito - da modernidade à pós-modernidade*. Coimbra: Almedina, 1991; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados.* Belo Horizonte: Fórum, 2008; FREIRE, Ricardo Maurício. *Devido processo legal: uma visão pós-moderna.* Salvador: Juspodivm, 2008; "A pós-modernidade desaprova a não contradição, rejeitando, também, a tentativa (fracassada) de se criar um ethos (e uma razão) universal. O desamparo, a complexidade e o pluralismo são marcas indeléveis da pós-modernidade, porquanto os indivíduos já não são (deveriam ser) dirigidos por uma sofocracia (governo dos sábios) ou por um direito extra-sistêmico, tal como o é o direito natural. A contradição passa a ser aceita. Tal momento pode ser apreendido principalmente na pintura pós-moderna, a qual não guarda nenhum compromisso com a estética e com os modelos tradicionais de pintura, como a renascentista. Do mesmo modo, a pós-modernidade rejeita a tradição e a ideia de bem-comum". Dhennis Cruz Madeira. *Teoria do processo e discurso normativo – digressões democráticas.* Disponível em: www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176528/000842782.pdf?sequence=3, acesso em: 28 out. 2016.

processual; basta a capacidade de produzir efeitos no processo, sendo irrelevante, dessa forma, se foi praticado pelos sujeitos processuais, tampouco se a sede ou o local de sua realização foi o processo. *Portanto, negócio processual consubstancia-se em fato jurídico processual voluntário*[405]*, cujos efeitos são produzidos em processo pendente ou potencial ao qual se refira,*[406] *a fim de constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais, ou promover alterações no procedimento previsto em lei, dentro dos limites encetados pelo ordenamento jurídico vigente.*

Tratam-se de declarações unilaterais de vontade (atos constituídos por uma declaração de vontade) ou bilaterais – incluídas as plurilaterais – (atos constituídos por mais de uma declaração de vontade), em que a finalidade corresponda à manifestação dos sujeitos que o pactuam e não à imposição da lei.

Leonardo Greco adota como critério de definição dos negócios jurídicos processuais a sede ou a finalidade de produzir efeitos em determinado processo, presente ou futuro.[407] De acordo com a compreensão do presente trabalho e conforme as considerações expostas, o parâmetro da eficácia já seria suficiente, de forma a não ser necessário o contexto (sede) do processo – concomitante ou potencial – como requisito dos negócios processuais. Tal entendimento coaduna com o exposto pela cláusula geral de negociação processual do artigo 190 do CPC, além da previsão dos negócios processuais típicos, como, por exemplo, os a distribuição convencional do ônus probatório (artigo 373, §§ 3º e 4º do CPC), escolha do mediador ou conciliador (artigo 168 do CPC) e a escolha do perito (artigo 471 do CPC). Vale destacar, com assento no direito de liberdade (artigos 1º e 5º da Constituição Federal) ou no

[405] Fredie Didier Jr. conceitua o negócio jurídico processual como um "fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se confere ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento". Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista brasileira da advocacia*, *RBA1*, vol. I, Revista dos Tribunais, 2016, p.60;

Marco Paulo Denucci Di Spirito atribui ao instituto a seguinte conceituação: "Os negócios jurídicos processuais podem ser brevemente como pactos firmados com o escopo de regular aspectos ou módulos procedimentais que deverão ser observados no processo pelas partes e pelo julgador, tais como disposições legais. Significa dizer que por meio da cláusula geral em foco as partes são dotadas de poderes para promover adaptações no procedimento, de sorte a normatizar parcela da jurisdição". Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual. In: *Revista de direito privado*, vol.63, ano 16, São Paulo: RT, 2015, p.126. Não compreendemos no sendo sentido, sendo o principal motivo o fato de que a definição não abarca, como objeto dos negócios jurídicos processuais, as situações processuais titularizadas pelas partes.

[406] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais.* Salvador: Juspodivm, 2016, p.48.

[407] GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. In: *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais:* Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

princípio do respeito ao autorregramento da vontade dos indivíduos,[408] que os negócios jurídicos processuais constituem fontes da norma jurídica processual e, desde que sejam válidos, vinculam o Estado-juiz, o qual, por ser aplicador de normas jurídicas válidas, para as quais deve respeito, não poderá deixar de aplicá-las por simplesmente discordar do conteúdo versado, mas somente no caso de lhes faltar algum pressuposto de validade. Percebe-se que definir e desenvolver a temática e posicionar as convenções processuais dentro de uma metodologia própria é cuidar de questões intrínsecas à teoria geral do processo, de modo que "o estudo das fontes da norma processual não será completo, caso ignore o negócio jurídico processual".[409]

2.6. Convenção processual

No item anterior, o negócio jurídico processual recebeu definição à luz do critério da capacidade de produzir efeitos em um processo pendente ou potencial, para constituir, modificar ou extinguir situações processuais, bem como promover alterações de regras no procedimento previsto em lei. Eles representam manifestações unilaterais, bilaterais ou plurilaterais com finalidade processual ou procedimental específica. No que alude à classificação dos negócios jurídicos enquanto unilaterais ou bilaterais – incluídos os plurilaterais –, Antonio do Passo Cabral registra que existem dois critérios classificativos possíveis: o primeiro decorre da verificação dos elementos constitutivos (número de declarações de vontade) e o segundo se refere à consequência desencadeada pelo ajuste (negócio jurídico gratuito ou oneroso).[410] Dentro deste panorama, os negócios jurídicos processuais serão, portanto, unilaterais ou plurilaterais a depender dos parâmetros eleitos, podendo ser constitutivo (formação) ou consequencial (efeitos), consoante se passa a abordar.

No tocante à *constituição*, poderá ser formado por uma ou mais de uma manifestação de vontade, configurando um negócio jurídico processual unilateral, bilateral ou ainda

[408] Nessa linha está DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. Negócios Processuais, Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Coord. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira, Salvador: Juspodivm, 2015.

[409] DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista brasileira da advocacia, RBA1*, vol. I, Revista dos Tribunais, 2016, p.60.

[410] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais.* Salvador: Juspodivm, 2016, p.49

plurilateral[411], respectivamente. São alguns exemplos de negócio processual unilateral: desistência da ação, contanto que antes da citação do réu (artigo 485, inciso VIII, CPC), desistência do recurso (artigo 998 e artigo 999, CPC), reconhecimento da procedência do pedido pelo demandado (artigo 487, inciso III, "a", CPC), renúncia do direito sobre o qual se funda a ação (artigo 487, inciso III, "c", CPC), renúncia do direito de interpor recurso (artigo 999, CPC), desistência da execução ou das medidas executivas (artigo 775, CPC), desistência da penhora pelo exequente (artigo 851, inciso III, CPC).[412]

Por um outro lado, os negócios jurídicos bilaterais são formados por mais de uma declaração de vontade, sendo agrupados em duas categorias, a saber: i) contratos e ii) convenções. Nos contratos, o objeto da negociação realizada entre os contratantes se refere a interesses patrimoniais contrapostos, i. e., há uma relação de causalidade entre prestações correlatas – prestação e contraprestação, por exemplo, débito/crédito –, vale acrescentar, a presença do sinalagma jurídico.[413]

Ocorre que a correspectividade não consiste em característica essencial dos negócios processuais, porquanto na maioria deles não há interesses contrapostos, mas sim interesses convergentes por representarem um propósito comum.[414] Por exemplo: uma convenção processual prévia envolvendo a desistência de recurso em segunda instância corresponde à conjugação de interesses convergentes dos agentes, no sentido de abreviar o tempo de tramitação do processo, independentemente do resultado desvendado pela sentença. Por esse motivo, é de boa técnica utilizar as terminologias "convenções processuais" ou "acordos processuais", e não "contratos processuais", tendo em vista que "convenção" e "acordo", por

---

[411] Um exemplo de negócio jurídico processual plurilateral seria o plano de recuperação judicial, v. WAMBIER, Teresa, Arruda Alvim. A *vis attractiva* do juízo da vara empresarial, In: *Revista de Processo*, v. 32, n. 143, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp.289-306.

[412] Um amplo inventário é realizado por CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: *Negócios Processuais - Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, Coord. Geral DIDIER JR., Fredie, Coord. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Salvador: Juspodivm, 2015, pp.42-43; CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais.* Salvador: Juspodivm, 2016, p.50.

[413] Nas palavras de Orlando Gomes, o sinalagma seria "a dependência recíproca das obrigações, razões por que preferem chamá-las contratos sinalagmáticos ou de prestações correlatas. Realmente, nesses contratos, uma obrigação é a causa, a razão de ser, o pressuposto da outra, verificando-se interdependência essencial entre as prestações. A dependência pode ser genética ou funcional. Genética, se existe desde a formação do contrato. Funcional, se surge em sua execução o cumprimento da obrigação por uma parte acarretando o da outra" *Contratos*. Coord.: Edvaldo Brito; atualizadores: Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Marino. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.71

[414] Distinção realizada, entre outros autores, por Orlando Gomes. *Introdução ao direito civil*. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, pp.297-298. No estrangeiro: WEILLER, Laura. *La liberté procédurale du contractant.* Falculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, Institut de droit des affaires, 2004, p.19.

serem noções mais amplas, abarcam tanto os contratos – instrumentos que fixam prestações equivalentes e interdependentes –, como as situações em que a convenção que venha a concretizar interesses comuns das partes, sem que haja contraposição.[415] Dessa forma: os negócios processuais bilaterais ou plurilaterais se exteriorizam por meio das convenções processuais, o seu adequado instrumento.[416]

No entanto, cumpre o registro de que é plenamente possível haver convenções processuais que sejam legítimos contratos processuais, ainda que não coincidam com as situações das mais recorrentes atualmente, mas potencialmente crescentes. Exemplos nítidos são os contratos processuais que versam sobre repartição de custas e honorários de sucumbência, contratos processuais que determinam a parte que arcará com as despesas do processo[417] e os contratos processuais em que sejam negociados ajustes equivalentes e correspectivos no que se referem a vantagens entre aspectos do direito material e do direito processual, *v.g.*: um eventual abatimento sobre o preço do bem adquirido ou ainda a modificação do local da tradição do bem móvel em troca, por exemplo, de benefícios na execução, da instituição de mediação obrigatória, de renúncia a recurso, da nomeação de assistente técnico, do afastamento da possibilidade de execução provisória etc.

Prosseguindo, o segundo critério de classificação se refere às *consequências* ou às vantagens do negócio jurídico, isto é: este será unilateral ou bilateral (ou plurilateral) caso preveja obrigações em que sejam beneficiadas uma ou todas as partes, respectivamente. Com efeito, nos negócios jurídicos processuais à título oneroso se envolvem vantagens e também sacrifícios para as partes, já nos negócios jurídicos processuais gratuitos, os benefícios serão auferidos apenas por uma das partes, e para a outra, restam somente sacrifícios. Ademais, no

---

[415] Sobre a questão terminológica, José Carlos Barbosa Moreira registrou: "Na moderna doutrina alemã generalizou-se, para os atos de que estamos tratando, a denominação *Prozessverträge*, que se traduz literalmente por 'contratos processuais'. Se se deve ou não considerar apropriado o *nomen iuris* é questão que depende da maior ou menor extensão conceptual atribuída à palavra 'contrato' – ponto que notoriamente variam as atitudes doutrinárias. Não sofre dúvida que se está diante de atos constituídos por duas declarações de vontade. Têm ela aqui, todavia, conteúdo igual. Não caberá, pois, falar em contrato, caso se parta da premissa de que é essencial a esta figura serem diversas (embora correspondentes) as declarações de vontade. [...] A expressão 'contrato processual' não é encontradiça na literatura pátria. Tem-se antes falado de 'avenças' ou 'acordos processuais'. A essas maneiras de dizer, parece-nos preferível a locução 'convenções processuais', de cunho mais técnico e, sobretudo, mais aderente à linguagem do Código". Convenção das partes sobre matéria processual. In: *Temas de Direito Processual.* 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984, pp.88-89.

[416] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenção das partes sobre matéria processual. In: *Temas de Direito Processual*. 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984, pp.89.

[417] SERVERIN, Evelyne. La direction de l'instance civile, en tension entre principe dispositif et contraintes de gestion. Parte 1 : La maîtrise du procès par les parties au regard de la jurisprudence récente. In: *Le procès est-il encore la chose des parties? Collection : Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc*. Laurence Flise, Emmanuel Jeuland (Dir.). IRJS Editions, 2015, p.56.

negócio jurídico processual oneroso, se houver a correspondência dos benefícios e sacrifícios das partes, poderemos falar em negócios jurídicos bilaterais onerosos comutativos, correspectivos, sinalagmáticos. Em contrapartida, havendo algum desequilíbrio entre as obrigações a serem cumpridas pelos sujeitos pactuantes, o negócio jurídico processual bilateral oneroso será aleatório, uma vez que o risco ou a "álea" constitui elemento essencial, sendo incerto, no momento da celebração, quais os possíveis proveitos ou sacrifícios que poderão advir.

Em resumo, no tocante aos critérios de classificação dos negócios jurídicos processuais em bilaterais ou unilaterais, foi demonstrado que a convenção processual corresponde ao negócio jurídico bilateral ou plurilateral sob o *critério da constituição*, em virtude de ser formada por duas ou mais manifestações de vontade livres, conscientemente direcionadas e simultâneas.

Sobre esse aspecto, é importante que se atente para a seguinte questão: se adotado o critério da constituição, sendo bilateral a convenção processual formada por mais de uma manifestação de vontade, pode ser que esta mesma convenção processual seja unilateral *sob a ótica da consequência*, ou seja, pode ser que a bilateralidade sob a perspectiva da constituição corresponda à unilateralidade sob o ponto de vista dos efeitos, da consequência. Uma convenção processual nem sempre será onerosa, portanto. Mas qual seria a contribuição prática disso? Na realidade, desse raciocínio inferimos não ser aplicável a todas as convenções processuais, e sim somente àquelas onerosas,[418] a alegação de exceção de contrato não cumprido – *exceptio non adimpleti contractus* (artigo 476, CC) –, a teoria do risco, a aplicação da cláusula resolutiva tácita, o princípio da revisão por excessiva onerosidade (*cláusula rebus sic stantibus*) – (teoria da imprevisão, artigo 478, CC) –[419], a título de exemplo.

A limitação existe porque as convenções processuais podem ser unilaterais em consonância com as vantagens auferidas por uma ou ambas as partes, ainda que sejam bilaterais, porquanto formadas mediante concurso de vontades. De acordo com essa situação, o recomendável seria averiguar se determinada convenção processual é bilateral sob o critério dos seus efeitos, para só assim ser possível empregar os institutos dos contratos. À similitude do direito civil, para a bilateralidade sob o aspecto consequencial estar presente, não se faz essencial o nexo de reciprocidade entre todas as obrigações ou disposições dos convenentes,

[418] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*, vol. III, 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp.93-94.

[419] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.51.

sendo suficiente a alteração de posições subjetivas para ambos.[420]

Conforme demonstrado, as convenções processuais são a materialização dos negócios jurídicos processuais bilaterais ou plurilaterais, e por isso, o seu adequado instrumento. O consentimento dos sujeitos é suficiente para a estruturação dos efeitos específicos por eles pretendidos, que são a constituição, a modificação ou a extinção de situações jurídicas processuais, bem como alterações no procedimento (objeto dos acordos processuais).

Assim, os acordos processuais são, em regra geral, aptos a produzir eficácia imediatamente após a celebração,[421] portanto, é desnecessária a intermediação do Estado-juiz por meio de análise da conveniência e da oportunidade (juízo administrativo) ou por homologação (juízo de legalidade). Entretanto, não se pode inferir que o magistrado seja indiferente aos ajustes processuais estipulados pelas partes, muito pelo contrário: o Estado-juiz tem o dever fundamental de, após o requerimento dos litigantes ou de ofício[422], realizar a fiscalização dos pressupostos de validade das convenções processuais, atento ao núcleo intangível dos direitos fundamentais.

Há no Código de Processo Civil previsões sobre a necessária homologação de determinados negócios jurídicos processuais (unilaterais ou bilaterais), de modo que, somente após o juízo integrativo do Estado-juiz, o ato processual *lato sensu* produzirá os seus efeitos.[423] São exemplos a desistência da ação (artigo 200, parágrafo único, do CPC), o ajuste convencional pelos litigantes acerca da forma de administração e da escolha do depositário quando a penhora recair em estabelecimento comercial, industrial, agrícola, semoventes, plantações ou em edifícios em construção (artigo 862, *caput* e §2º, CPC). De maneira correta, a maior parte da doutrina processual enxerga que as convenções processuais sujeitas obrigatoriamente à homologação judicial representam situações específicas e pontuais e, por isso, o juízo integrativo exigido pela legislação em casos excepcionais não retiraria, por si só, a natureza convencional do ato.[424]

---

[420] GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*, vol. III, 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.94.

[421] *Cf.* o Enunciado 16 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): "Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do artigo 190 não dependem de homologação judicial".

[422] A questão sobre a análise de ofício pelo Estado-juiz está intrinsecamente relacionada com a classificação das convenções processuais em dispositivas e obrigacionais, vista adiante.

[423] *Cf.* o Enunciado 260 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): "A homologação, pelo juiz, da convenção processual, quando prevista em lei, corresponde a uma condição de eficácia do negócio".

[424] Diogo Assumpção Rezende de Almeida analisa o posicionamento doutrinário majoritário: "Entre nós, Leonardo Greco, Humberto Theodoro Jr. e Pontes de Miranda tratam o requisito da homologação judicial como exceção à

Também no que concerne à delimitação consensual da cognição pelas partes, conforme o artigo 357, incisos II e IV c/com §2º, CPC é prevista a homologação judicial, nos termos do §2º do artigo 357, segundo o qual, na situação de as partes optarem pelo saneamento convencional, o acordo processual poderá ser encaminhado ao juízo para homologá-lo, se vinculando ao ajuste. Especificamente sobre isso, mesmo com previsão obrigatória de homologação judicial para tanto, a norma jurídica subjacente ao artigo 357, §2º do CPC representa uma nova fronteira ao direito processual civil, repercutindo diretamente na divisão de trabalhos entre partes e Estado-juiz. Os litigantes poderão convencionar a respeito da organização do processo e ao magistrado caberá a fiscalização da legalidade e da validade do acordo processual, nos termos do § 2º do art. 357 do CPC. Para esse caso, a homologação encontra-se prescrita em lei, sendo que a sua inobservância enseja interpretação *contra legem* do texto normativo.[425]

Nessa linha, compreendemos que esta não equivale a uma hipótese em que a homologação judicial seria facultativa, como pode ocorrer quando os convenentes optem por prevê-la expressamente na convenção processual com o objetivo de gerar maior segurança à pactuação.

Vale lembrar que ao tratar dos negócios jurídicos de um modo geral, ainda no início do capítulo, foi visto que os sujeitos podem se valer de elementos acidentais para a conformação dos efeitos do ato negocial, que são: a condição, o termo e o encargo. Seria a homologação judicial, se facultativamente prevista no acordo processual, uma condição de eficácia imposta pelos próprios concordantes, isto é, as partes podem impor a homologação judicial para qualquer espécie de convenção processual, típica (nominada) ou atípica (inominada), ainda que a regra seja a eficácia imediata, com fulcro no artigo 200, CPC. Entretanto, não seria este o raciocínio aplicável ao artigo 357, §2º do CPC, dispositivo que, muito embora prescreva a homologação judicial, contribui, indubitavelmente, assim como o art. 10 do CPC, para o

regra de produção imediata de efeitos. Dinamarco, sem fazer distinção entre convenções processuais e a transação quanto ao direito material, os denomina "fatos jurídicos processuais de eficácia causativa" e, por conseguinte, o juiz não tem o poder de apreciar a conveniência do negócio". *A Contratualização do Processo – das convenções processuais no processo civil.* São Paulo: LTr, 2015, p.138. No estrangeiro, Yvonne Muller sustentou a necessidade de homologação judicial enquanto condição de eficácia as convenções processuais. *Le contrat judiciaire em droit privé.* These pour le Doctorat en Droit. Paris: Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, 1995. Na linha do anotado por José Manoel de Arruda Alvim Netto, a homologação judicial nessa situação não deve ser encarada como regra geral. *Manual de direito processual civil*, 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, no prelo.

[425] Sobre o tema, v. OLIVEIRA, Swarai Cervone. Apontamentos sobre saneamento e a organização do processo. In: *Revista do Advogado*, ano XXV, n.126, 2015, p.192 *et seq*.

redimensionamento do *iura novit curia*.[426]

O direito francês seria um exemplo nesse sentido. Nele, a limitação cognitiva está autorizada pelo artigo 12 do *Nouveau Code de Procédure Civile*, combinado com o artigo 7º do mesmo diploma, tratando-se de uma manifestação do princípio dispositivo em sentido material (princípio da demanda), visualizado como um dos princípios diretores do processo civil.[427]

Da mesma forma como já existia no sistema processual regido pelo CPC brasileiro anterior em virtude do artigo 282, inciso III, no CPC francês também é traçada uma linha divisória entre a compreensão tradicional sobre as funções das partes e do Estado-juiz, sidimentada no aforisma *da mihi factum, dabo tibi jus*, correspondente ao adágio *iura novit curia*, e a concepção contemporânea de gestão processual[428] no signo do processo civil cooperativo.[429] Isso porque além da adstrição do conteúdo da sentença ao libelo e à causa de

---

[426] No capítulo anterior, destacamos que a própria exigência de fundamentação analítica (motivação das decisões judiciais) redimensiona a máxima do *iura novit curia* e aproxima as ideias de legitimação da jurisdição pelo procedimento dialógico, em contraditório, e pelo conteúdo da decisão. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p.438).

Segundo Otávio Augusto Dal Molin Domit (*Iura novit curia: o juiz e a qualificação jurídica da demanda no processo civil brasileiro.* Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013, p.15) invocava-se o adágio latino como uma espécie de "salvo-conduto" para que o Estado-juiz pudesse apreciar livremente a demanda sob uma perspectiva jurídica diversa daquela que foi dada pelas partes. É natural que no estágio de desenvolvimento do processo civil atual viesse a ser coordenada a qualificação jurídica sob as óticas das partes e do Estado-juiz, remetendo a uma releitura do enunciado *iura novit curia*. Nesse sentido, Marco Antonio dos Santos Rodrigues já reconhecia o reformulação do adágio antes mesmo do advento do CPC/2015, ainda com arrimo no art. 282, III do CPC/1973: " [...] *o iura novit curia* e do da *mihi factum, dabo tibi ius* não conferem poderes ao juiz para que atue de forma livre e ilimitada, a fim de adotar qualificações jurídicas ou normas legais que entenda mais adequadas [...] 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*". A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil.* Rio de Janeiro: GZ, 2014, p.309.

[427] Anne Le Gallou, Le Juge et le Droit : présentation de l'article 12 NCPC. In: *Revue juridique de l'Ouest*, vol. 8, n. 4, 1995, pp.477-499. Sobre os "*principes directeurs des procès"*, por todos: Gérard Cornu; Jean Foyer. *Procédure civile*, 3. ed., Paris: Thémis, 1996 ; CADIET, Loïc. *Et lês príncipes directeurs des autres procès ? Jalons pour une théorie des principes directeurs du procès. In Justice et droits fundamentaux.* Études offertes à J. Normand. Paris: Litec, 2003.

[428] Humberto Dalla Bernardina de Pinho. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p.472.

[429] "*Les habibudes et les structures pensées anciennes sont cependant encore très ancrées et des auteurs continuent encore à évoquer si ce n'est à parler de principe accusatoire. Or, le mot de cóoperation a une vertu incontestable qui est d'annoncer ses déclinaisons dand le principes que sont la contradiction de l'organisation des débats ou, plus généralement, des rôles respectifs attribués à ces intervenants du procès civil. La recherche d'un équilibre entre le juge et les parties se manifeste dans ces principes 'fondamentaux et intangibles' que sont les principes d'initiative et le dispositif. Il apparaît cependant de nos jours, qu'au regard de l'instance, est dépassé le juge se voit décerner la première place dans la répartition des rôles, mais que le principe dispositif demeure quant à la matière litigieuse.*" MEKKI, Soraya Amrani; STRICKLER, Yves. *Procédure Civile*. In: Thémis Droit. Paris: Presses Universitaires de France, 2014, p.361; JEULAND, Emmanuel. La conception du procès civil dans

pedir, o artigo 12 do CPC francês parte dessa opção legislativa, que existe em outros ordenamentos, como o artigo 218 da *Ley de Enjunciamiento Civil* espanhola (LEC) e prevê na alínea 3[430], a limitação da norma de direito aplicável e a impossibilidade de alteração pelas partes, por convenção processual, da denominação ou do fundamento jurídico. Assim, principalmente quanto a possibilidade de limitação da cognição pela escolha da norma de direito, pode ter sido fonte de inspiração ao artigo 357, incisos II e IV c/com §2º do CPC brasileiro.

Retomando, o artigo 190, CPC contempla claramente a previsão de que o Estado-juiz controlará a validade das convenções processuais no tocante aos requisitos constados no *caput*, recusando-lhes aplicação se houver nulidade, "inserção abusiva em contrato de adesão" ou se a parte se encontrar em "manifesta situação de vulnerabilidade". O controle judicial é imprescindível e plenamente consonante com os ideários do Estado constitucional, o qual impõe que a cada poder exercido, haja uma responsabilidade a ele correspondente, ou seja, a cada poder concedido pelo ordenamento vigente, haverá, em contrapartida, um controle correlato (poder-responsabilidade-controle).[431] Tal questão é uma das peças principais para a compreensão do instituto em tela, ou melhor, o fator que pode possibilitar o desempenho adequado da prática das convenções processuais e justificar a vinculação do juiz enquanto

---

le code de procédure civile de 1975. In: De la commémoration d'un code à autre : 200 ans de procédure civile en France. Paris: LexisNexis/Litec, 2006, p.102 *et seq*.

[430] "*Le juge tranche le litige conformément aux régles de droit qui lui sont applicables.*
Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sas s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée.
Il peut a relever d'office les moyens de pur droit quel que soit le fondement juridique invoqué par les parties - (Al. Annulé par le Conseil d'État),
Toutefois , il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat.
Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé".
Pela decisão de 12 de outubro de 1979 (*V. JO 27 nov; D. 1979, note Bénabent; JCP 1980, II. 19288, concl. Franc., note Boré; Gaz. Pal. 1980. 1.6., note Julien*), o Conseil d'État anulou a alínea 3 do artigo 12 do CPC francês, tal como resulta do Décr. n. 75-1123 de 05 de dez. de 1975; "*Le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat.* " Sobre o reconhecimento pela jurisprudência no que se refere ao acordo pelas partes sobre a norma aplicável: *Cass. Civ. 1er, 19 avr. 1988: Bull civ. I, n. 104* (*parties s'accordant, malgré l'existence d'une convention internationale désignant la loi competente, sur l'application de la loi française à la responsabilité consécutive à um accident de la circulation*).

[431] ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. Tradução de Oreste Nestor de Souza Laspro. São Paulo: *Revista de Processo*, n. 87, 1997.
Dhenis Cruz Madeira, com base na doutrina de Friedrich Müller, traz a noção de "ciclo de atos de legitimação", que sob nenhum pretexto poderá romper-se em um modelo democrático. Trata-se da dinâmica estrutural da democracia. Prossegue o autor, ao mencionar que "no Estado Democrático de Direito, o poder de política liga-se ao poder das garantias, sendo inquebrantável o trinômio poder-responsabilidade-controle". *Teoria do processo e discurso normativo – digressões democráticas.* Disponível em: www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176528/000842782.pdf?sequence=3, acesso em: 28 out. 2016.

aplicador de normas jurídicas válidas (neste caso, a norma é de base convencional).[432] A possibilidade de celebração de convenções processuais confere aos litigantes o poder de negociação processual com esteio nas garantias fundamentais do processo – em especial no princípio democrático e no direito de liberdade dos cidadãos –, ao mesmo tempo em que institui um novo poder-dever, atinente ao controle pelo Estado-juiz, exercido com a finalidade de examinar, casuisticamente, a presença dos requisitos positivos de validade, a ausência dos negativos e o respeito ao núcleo essencial intangível dos direitos fundamentais.

Nesse panorama, os direitos fundamentais atribuem legitimidade ao instituto, e neles são encontradas as suas balizas de controle. Destarte, vale salientar que os pressupostos de validade contados no artigo 190, CPC serão tratados com pormenores em momento oportuno[433]; para o presente, basta aperceber que o artigo 190 e ao artigo 200 (muitas vezes esquecido) convergem com a definição adotada neste trabalho, pois conforme visto mais à frente, restará induvidosa a interpretação de que o magistrado não seria parte do acordo, porquanto desprovido de capacidade negocial sobre o processo, mas com poderes de controle e fiscalização.[434] Realmente, não se pode admitir, por incompatibilidade, que aquele que o celebra (participante) também possa exercer posteriormente o controle.

2.7. Convenção Processual como ato processual constitutivo ou determinante: a classificação de James Goldschmitd

Em detrimento da classificação dos atos processuais das partes em: atos postulatórios, atos dispositivos, atos instrutórios e atos reais,[435] trabalharemos com a sistematização de James

[432] Jaldemiro Rodrigues Ataíde Júnior. No acordo de procedimento qual é o papel do juiz (codeclarante, mero homologador ou outro?) In: *Revista Brasileira de Direito Processual* – RBDPro, n.91. Belo Horizonte, 2015, p.323.

[433] V. capítulo 3.

[434] Correto, Marco Paulo Denucci Di Spirito: "[...] a cláusula processual do artigo 190 autoriza a criação de pactos processuais independentemente de homologação judicial. Principalmente quando se considera a conjugação deste último com o artigo 200, segundo o qual as declarações unilaterais ou bilaterais de vontade das partes produzem imediatamente a constituição, modificação ou a extinção de direitos processuais". Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual. In: *Revista de direito privado*, vol.63, ano 16, São Paulo: RT, 2015, p.126.

[435] Por todos: GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil,* vol.01, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.277 *et seq.*

Goldschmitd, de fácil visualização relativamente ao tema proposto. Pelo fato de as convenções processuais produzirem os efeitos logo após a manifestação das partes, independentemente da participação de outro sujeito para tanto, estas se enquadram no conceito de atos processuais determinantes, ou ainda, atos processuais constitutivos ou causativos (*Bewirkungshandlungen*),[436] de acordo com a classificação proposta por Goldschmitd sobre os atos das partes.[437] Lecionara o autor germânico que os atos processuais dão vida à situação jurídica processual, porquanto criam, modificam e extinguem deveres, poderes, direitos, ônus e faculdades.

Goldschmitd classifica os atos processuais das partes, no que se refere aos seus efeitos, em: i) atos postulativos (*Erwirkungshandlungen*) e; ii) atos constitutivos (*Bewirkungshandlungen*). No primeiro tipo (ato postulativo, postulatório, indutivo ou estimulante[438]), as manifestações de vontade do sujeito não são, *per si*, suficientes para que o ato processual possa produzir efeitos,[439] pois os atos de postulação miram na "estimação judicial"[440] de determinadas questões, submetidas à necessária apreciação do Estado-juiz. Os efeitos desejados pela parte dependem de aprovação ou autorização do magistrado,[441] que examinará, nessas situações: i) se os atos processuais são ou não admissíveis para passar a investigar o seu conteúdo e; ii) se os atos estão devidamente fundamentados de modo apropriado ao fim proposto.

Estas características divergem da *ratio* do ato processual causativo (ou ato processual determinante), no qual basta a manifestação dos sujeitos para a produção dos efeitos

---

436 "*No considera el autor posible ni necesaria una enumeración exhaustiva de los mismos, y se contenta con señalar las especies principales, a saber: los convenios procesales (es decir, declaraciones de voluntad de las partes, a la vez bilaterales y concordes, destinadas a regular una situación jurídica procesal), las declaraciones unilaterales de voluntad, las participaciones de voluntad las participaciones de conocimiento e los actos reales".(os grifos não constam no original).* ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. *Estudios de Teoría General e Historia del Processo (1945-1972), Tomo II.* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p.71.

437 GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processual Civil, tomo I.* Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003, p.269

438 CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.170; TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição do venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro.* Salvador: Juspodivm, 2015, p.107

439 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, pp.452-453.

440 GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processual Civil, tomo I.* Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003, p.270.

441 Ibid, p.269.

pretendidos.[442] Desnecessária, dessa forma, a intermediação de outros sujeitos. São espécies de atos determinantes: a transação, as declarações unilaterais de vontade, as convenções processuais etc. Nas lições de James Goldschmitd: "assim, por exemplo, a *validade* e eficácia de um contrato de prorrogação do foro é um fator determinante da admissibilidade da demanda perante o tribunal ao que se prorroga a competência".[443] Percebe-se que nos atos constitutivos, causativos ou ainda determinantes,[444] o exame de validade é realizado pelo Estado-juiz posteriormente à produção dos efeitos do ato processual, situação contrária aos atos postulativos ou estimulantes,[445] em que, primeiramente, a validade é aferida pelo Poder Judiciário para só depois o ato produzir seus efeitos.

Por esse motivo, compreender as convenções processuais sob a ótica dos atos constitutivos sugere algumas implicações práticas. Entre elas reside a inadequação de referirmo-nos à "admissibilidade" das convenções processuais, haja vista que relacionada à ideia de que os efeitos processuais só serão produzidos após seu juízo positivo. Também repercute na conclusão de que o magistrado não atua enquanto parte das convenções processuais,[446] e, por isso, não desempenha aprovação ou autorização do ato processual *lato sensu* no que tange ao seu conteúdo, muito embora deva controlar os seus requisitos de validade.[447]

---

[442] Leonardo Greco se vale da classificação tradicional dos atos processuais das partes e aloca as convenções processuais como espécies de atos dispositivos: "Com o advento do Código de 2015 ganham novo impulso os atos dispositivos bilaterais ou multilaterais, em razão da expansão das hipóteses de convenções processuais". *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil,* vol.01, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.279.

[443] GOLDSCHMIDT, James. *Direito Processual Civil, tomo I.* Traduzido por Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003, p.269.

[444] São atos determinantes aqueles que "desencadeiam diretamente efeitos processuais ou atingem por si só uma situação jurídica processual, sem a intermediação de outros sujeitos". CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.140.

[445] CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp.170-171.

[446] Não no mesmo sentido do que defendemos anteriormente (VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Convenções processuais: premissas operacionais e os escopos da jurisdição contemporânea. In: *Inovações do Código de Processo Civil de 2015*. Coord. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, Rio de Janeiro, GZ, 2016, pp.90-117). Na verdade, como veremos adiante, convenções processuais e atos conjuntos são institutos diferentes. Os atos conjuntos não são espécies de negócios jurídicos processuais, e neles o Estado-juiz participa da negociação, a partir de uma análise administrativa.

[447] No Brasil, Antonio do Passo Cabral foi o primeiro a classificar as convenções processuais como atos determinantes, partindo das lições de Goldschimitd. *Convenções processuais.* Salvador: Juspodivm, 2016, p.63 *et seq.*

2.8. As situações (ou posições) jurídicas processuais como efeitos das convenções processuais

Em primeiro lugar, por situação jurídica devemos entender todo o efeito resultante do fato concreto sobre o qual incide uma norma jurídica. Existem situações jurídicas relacionais, envolvendo mais de uma pessoa mediante um vínculo jurídico, como existem, outrossim, situações jurídicas unilaterais, e por isso, a existência de uma relação jurídica não se faz necessária.

Em segundo lugar, e trazendo para o âmbito do processo civil, examinar as convenções processuais sob a perspectiva da eficácia causada em uma situação jurídica processual demanda proceder a uma abordagem, ainda que não exaustiva, do conceito de situação jurídica processual. Nesse viés, firma-se atualmente o entendimento de que as situações processuais se remetem a todo efeito causado por um fato jurídico processual *lato sensu* sobre o qual incida uma norma processual.[448] Expressiva parte da doutrina considera o processo um "conjunto das relações jurídicas que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais (partes, juiz, auxiliares da justiça, etc.). Essas relações jurídicas processuais são formadas a partir de diversas combinações",[449] sendo que o conjunto de relações jurídicas compõe uma relação jurídica principal, compreendida como complexa.[450] Entendemos de modo similar, porém, o mais adequado seria falar que a relação processual é constituída por situações jurídicas processuais,[451] ou posições jurídicas processuais (ativas e passivas)[452], sendo possível existir,

[448] Ibid, pp.66-67.

[449] DIDIER JR, Fredie. *Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida*. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p.82.

[450] "Nesse sentido, processo é o conjunto das relações jurídicas que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais (partes, juiz, auxiliares da justiça etc.). Essas relações jurídicas processuais formam-se em diversas combinações: autor-juiz, autor-réu, juiz-réu, autor, perito, juiz-órgão do Ministério Público etc. Por metonímia, pode-se afirmar que essas relações jurídicas formam uma única relação jurídica, que também se chamaria processo. Essa relação jurídica é composta por um conjunto de situações jurídicas (direitos, deveres, competências, capacidades, ônus etc.) de que são titulares todos os sujeitos do processo. É por isso que se costuma afirmar que o processo é uma relação jurídica complexa. Assim, talvez fosse mais adequado considerar o processo, sob esse prisma, um conjunto de relações jurídicas". DIDIER Jr., Fredie. O direito de ação como complexo de situações jurídicas. In: *Revista de Processo*, n. 210, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

[451] CARNELUTTI, Francesco. *Istituzioni del processo civile italiano.* 5. ed. vol. II, Roma: Foro Italiano, 1956, pp.263 *et seq*.

[452] "Os termos situações jurídicas subjetivas ou posições jurídicas subjetivas, que são praticamente sinônimos, traduzem com maior precisão as posições ocupadas pelos sujeitos processuais". ABDO, Helena Najjar. O abuso

desse modo, situações processuais uniposicionais – formadas por um único sujeito – ou situações jurídicas processuais compostas por mais de um agente, pressupondo intersubjetividade[453] ou correlação.

Sob essa ótica, a noção de situação jurídica processual é mais ampla do que a relação jurídica processual – espécie da qual é gênero –,[454] tendo em vista que, naquela, inexiste um correspondente (sujeito) contraposto, e não consiste em pressuposto que haja posições lineares, como ocorre nesta. Um dos principais exemplos hábeis à demonstração da insuficiência do conceito de relação jurídica processual,[455] sob esse prisma, circunda a figura do ônus processual, isto é, aquilo que seja lícito de se praticar e que não recai como consequência para a outra parte.[456] Diferentemente do dever processual, correspondente à realização de determinada conduta, como, *v.g.*, a atuação com lealdade processual, o ônus processual serve ao próprio titular, e por tal razão, não se verifica a presença de uma posição processual passiva correspondente.[457]

O conceito de relação processual não comporta, *v.g.*, os efeitos de declarações unilaterais dirigidas a uma finalidade específica, mas apenas os efeitos de declaração de todas as partes, situações em que os efeitos são produzidos propriamente na relação jurídica

---

do processo. In: *Coleção Estudos de Direito de Processo – Enrico Tullio Liebman, vol. 60*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.52.

[453] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais.* Salvador: Juspodivm, 2016, p.66.

[454] "Pode-se dizer que as situações jurídicas lato sensu abarcam todo o tipo de eficácia jurídica, inclusive a relação jurídica, que é a mais importante das categorias eficaciais; aqui, a relação jurídica aparece como espécie de situação jurídica". DIDIER Jr., Fredie. O direito de ação como complexo de situações jurídicas. In: *Revista de Processo*, n. 210, São Paulo: RT, 2012.

[455] Carnelutti apontara a insuficiência da teoria da relação jurídica para explicar as inúmeras situações processuais continentes. Vislumbra, desse modo, diversas posições jurídicas possíveis no decorrer do processo, como faculdades, ônus, deveres, direitos e sujeição. *Sistema di diritto processuale civile*. vol.I. Padova, Cedam, 1936, p.56.

[456] GODINHO, Robson Renault. Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil. *In: Coleção Liebman/* Coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.127; ABDO, Helena Najjar. O abuso do processo. In: *Coleção Estudos de Direito de Processo – Enrico Tullio Liebman, vol. 60*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.69; v. também: As situações jurídicas processuais e o processo civil contemporâneo. In: *Teoria do processo – panorama doutrinário mundial, 2. série.* DIDIER Jr, Fredie (Org.). Salvador: Juspodivm, 2010.

[457] Ao fazer referência a Carnelutti, José Miguel Garcia de Medina leciona: "Quando ao ônus processual. escreve o processualista que ele não é bilateral, o que torna mais fácil distingui-lo do direito subjetivo e poder jurídico. O ônus não é algo impositivo, imperativo. Muito pelo contrário, é uma espécie de faculdade. É um campo de liberdade que tem um determinado sujeito para atuar positivamente, a fim de que venha a alcançar algum benefício a seu favor. Assim, pode-se dizer que ônus processual é uma faculdade outorgada pela norma para que o sujeito de direito possa agir no sentido de alcançar uma situação favorável no processo". *Novo código de processo civil comentado*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.354

contraposta entre os litigantes.[458] Ocorre que, em razão de o negócio processual comportar tanto a figura das convenções processuais como aqueles atos de manifestação unilateral da parte, optamos por utilizar a noção de situação processual em relação aos efeitos dos negócios processuais, que são a criação, modificação ou extinção de situações jurídicas, e não somente de relações jurídicas.

Ao adotar o pressuposto de que as convenções processuais são espécie de ato jurídico bilateral ou plurilateral, poderíamos utilizar o conceito de relação jurídica; no entanto, pode ser que no acordo processual os agentes disponham de situações jurídicas processuais unilateralmente titularizadas, e não propriamente de relações jurídicas processuais, nas quais se reconhece[459] a correspondência entre direitos e deveres/estados de sujeição[460]; explica-se: existe a possibilidade de, entre as situações processuais dispostas pelas partes por meio da convenção processual, não haja a intersubjetividade. Tendo isso em mente, torna-se mais apropriado nos valermos da ideia de situação processual.

2.9. Convenções processuais prévias (pré-processuais) e incidentais (interlocutórias)

No que toca à classificação das convenções processuais sob o ponto de vista do momento de sua celebração, elas podem ser prévias (pré-processuais, antecedentes) ou incidentais (concomitantes, interlocutórias)[461], vale mencionar, realizadas quando há litispendência – ajustadas, por exemplo, no escritório do advogado de uma das partes –, ou

[458] "Para que o processo fosse realmente uma relação jurídica, pela necessária remissão à posição jurídica de um outro sujeito, todas as posições jurídicas processuais seriam bilaterais, reconduzidas a uma outra posição simétrica de outro sujeito. Assim, no processo, deveres e ônus deveriam ser necessariamente bilaterais, ou seja, aparecer aos pares". CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.169.

[459] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais.* Salvador: Juspodivm, 2016, p.67.

[460] "Fala-se aqui, em correspectividade entre situações jurídicas, e não apenas diretos e deveres. Isso porque são situações jurídicas ativas que estruturam as relações jurídicas tanto os direitos a uma prestação (aos quais são correspectivos os deveres), como os direitos potestativos (aos quais são correspectivos os estados se sujeição). Toda demanda pressupõe de uma situação jurídica em sentido lato, normalmente, uma relação jurídica". BONFIM, Daniela. A legitimidade extraordinária de origem negocial. *Negócios Processuais - Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, Coord. Geral DIDIER JR., Fredie, Coord. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Salvador: Juspodivm, 2015, pp.344-345.

[461] Loïc Cadiet reconhece que as convenções processuais relativas ao exercício do direito de ação podem ser prévias ou convenções incidentais (simultâneas ao processo). Les jeux du contrat et du procès: esquisse. Philosophie du droit et droit économique – quel dialogue? In: *Mélanges em l'honneur de Gérard Farjat*. Paris: Frosin-Roche, 1999, p.27.

ainda na expectativa de que, na hipótese de ser instaurado um litígio sobre determinável situação envolvendo a relação jurídica formada pela negociação, este será regido por um regramento diverso daquele previsto na legislação.

Certamente, o mais propenso é convencionar, em matéria processual, antes da inflamação do conflito de interesses e dos dissabores do desacordo.[462] Não obstante, nada impede que mesmo em ambiente de dissenso acerca da *res in iudicium deducta*, as partes consintam em disciplinar sobre os atos do procedimento ou a conformação de suas situações jurídicas processuais, em consonância com seus interesses particulares ou das próprias características reveladas pela desavença. De fato, a convenção processual prévia é a mais recomendada em detrimento da incidental, inclusive pelo espaço mais amplo de negociação e pelas múltiplas possibilidades que dela poderão decorrer.[463]

Naquele momento, as potenciais partes estão em pleno exercício da liberdade negocial, e os interesses cogitados são, até então, exclusivamente privados, haja vista serem particulares dos sujeitos da negociação em geral, de maneira que, sem a instauração da demanda, a autonomia individual se revela mais extensa porque não há, na ocasião, que se conjugar os interesses particulares com os escopos públicos buscados pelo processo.[464] Na realidade, o equilíbrio entre interesses público e privado será examinado quando da internalização ao

---

[462] *Cf.* Loïc Cadiet: *"Sans aucun doute, il est plus facile de se mettre d'accord sur la manière de régler le litige à naître que sur le règlement d'un litige né et déjà cristallisé. L'anticipation des parties peut les conduire à envisager carrément une solution extrajudiciaire de leur différend : la convention a alors pour objet d'eviter le procès judiciaire ; elle peut aussi les amener simplement à aménager la solution judiciaire de leur èventuelle querelle.* Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Numero speciale: accordi di parti e processo.* Milano: Giuffrè, 2008, pp.10-11; Les clauses contractuelles relatives a l'action en justice. Les Principales clauses descontrats conclus entre professionnels. Colloque de l'Institut de Droit des affaires d'Aix-en Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990, p.195; Les jeux du contrat et du procès : esquisse. In : *Philosophie du droit et droit économique – quel dialogue? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*. Paris: Frison-Roche, 1999, p.25. Em posição contrária, reconhecendo que o contexto revelado pelo conflito representa um entrave prático a celebração dos acordos processuais: ONO, Taynara Tiemi. A flexibilização procedimental: uma comparação entre os sistemas jurídicos brasileiro, inglês e português. In: *Revista de Processo*, v. 254. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.414.

[463] Antonio do Passo Cabral (*Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, pp.170-171) chama a atenção para o fato de que a utilização do método convencional deverá remeter tanto à fase da negociação ou à execução do contrato, como também à possibilidade de retomada do processo de negociação, isto é, sobre o processo de renegociação das convenções processuais celebradas, importante para, por exemplo, relações que englobam obrigações de trato sucessivo.

[464] *"En amont de la naissance du litige, le principe de la liberté contratuelle leur offre la possibilité de prévoir, dans leur convention, des clauses relatives à l'action en justice, plus simplement appelées clauses relatives au règlement des différends, clauses relatives aux litiges ou, de manière encore plus concise, clauses de différend.* Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Numero speciale: accordi di parti e processo.* Milano: Giuffrè, 2008. p.11.

processo mediante a fiscalização/controle realizado pelo Estado-juiz; entretanto, é patente que as margens de negociabilidade são bem abrangentes antes da ocorrência de um litígio.

Em tal contexto, podem ser estipuladas cláusulas materiais e processuais ou disposições envolvendo diretamente o direito substancial, mas que produzam tanto efeitos materiais quanto processuais (ainda que indiretamente). Trata-se, seguramente, de relevante fase de estratégia processual,[465] promovendo a abertura para caminhos promissores pela reformulação da concepção de litigância. Direciona-se a um cenário com possibilidades variáveis, sendo atribuído maior destaque para a fase pré-processual, i.e., ao momento de preparação de eventual contenda antes mesmo do surgimento do conflito de interesses. Nesse sentido, torna-se plenamente admissível que o direito processual possa ser conjugado com obrigações materiais fixadas pelas partes.

Passa a ser possível que a configuração do sinalagma jurídico (quando a prestação de uma das partes é a causa da prestação da outra) se estabeleça entre direito substancial e direito processual, e não somente no que se refere às possíveis variantes do direito material, como até então. Na ocasião do planejamento contratual, os agentes podem inclusive acordar a respeito da antecipação dos riscos da inexecução do contrato,[466] negociando acerca da repartição dos custos do processo – contanto que não ocasione excessiva onerosidade a uma das partes – ou do reembolso das despesas, além da redução do tempo do processo. Indubitavelmente, é uma revolução no mundo dos negócios jurídicos de uma forma geral, especificamente quanto a contratos complexos, representando possibilidades flexíveis e estratégicas de negociação pré-processual pelos sujeitos, possibilidades estas que podem – e devem – ser melhor exploradas pelas partes e por seus advogados.

Ademais, essencial atentarmo-nos à seguinte situação: para haver convenção processual, basta que o efeito seja também processual, não importando se este é direto ou reflexo à disposição fruto da negociação. Exemplificadamente: se for convencionado que a dívida será de natureza portável, ao invés de quesível, como é a regra (artigo 327, CC), o cumprimento da obrigação/prestação pelo devedor (geralmente o pagamento) deverá ser

---

[465] *"Les clauses relatives aux litiges sont une technique contractuelle de gestion des risques par le contrat, d'antecipation procédurale, anticipation au delà de celle que réalisent les autres clauses du contrat, anticipation au second degré. Cette anticipation est un exercice de sagesse contractuelle ; tant il est vrai que l'accord sur le désaccord et d'autant plus facile à organiser que le désacoord n'existe pas encore, n'est qu'une éventualité dont les parties n'espérant pas encore le réalisation".* MAHRAN, Riham Mansour. *Les clauses relatives aux litiges en droit français: aspects internes et internationaux*, vol.I, thèse pour le Douctorat en Droit Privé: Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2005, p.35.

[466] CADIET, Loïc. Les jeux du contrat et du procès : esquisse. In : *Philosophie du droit et droit économique – quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*. Paris : Frison-Roche, 1999, p.29.

realizado no local do domicílio do credor. Ocorre que, se o credor e o devedor possuírem domicílios em foros distintos, a disposição sobre o direito material altera a competência territorial para a propositura de eventual demanda, cuja causa de pedir estiver relacionada àquela relação contratual. Prosseguindo, em solo francês é utilizada de forma recorrente a expressão "cláusulas de diferendo"[467] ou "cláusulas de discrepância"[468] ("*clauses de différend"*),[469] para se referir às cláusulas pertinentes ao regramento do litígio. A expressão é empregada, entre autores, por Loïc Cadiet, ao identificá-las como cláusulas contratuais de disposição do processamento do conflito em potencial, ainda não instaurado, mas que daquela relação negocial possa emergir. Segundo Cadiet, as *"clauses de différend"* podem versar sobre o exercício do tempo e do espaço do processo, situação em que as eventuais partes podem escolher um regramento distinto do previsto em lei.[470]

O autor traça um paralelo entre as convenções processuais prévias e a cláusula compromissória de arbitragem, e os acordos processuais incidentais e o compromisso arbitral, haja vista que demandam raciocínio analógico. Para nós, tal comparação é lógica e deveras pertinente, já que a instauração da arbitragem sobrevém da realização de uma convenção processual. Vale salientar que tal interface ou "reciprocidade sistêmica" (cláusula arbitral – convenções processuais) deverá direcionar a adequada maturação da temática em questão, em

---

[467] Diogo Assumpção Rezende de Almeida fala em "clausulas de diferendo" como o instrumento que disciplina o conflito a partir da inexecução de determinado contrato, enquanto instrumento de formalização dos negócios processuais: "Quando inseridas em negócio jurídico que também regula outras questões – como contratos de compra e venda, de aluguel, de mútuo etc. –, recebem o formato de cláusulas de diferendo, que nada mais são do que as disposições contratuais inseridas para disciplinar a solução de eventual contenda que surja da execução do negócio". A Contratualização do Processo – das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p.112.

[468] Antonio do Passo Cabral compreende que a terminologia "diferendo" seria "pouco afeta à linguagem portuguesa", no que sugere a expressão "cláusulas de discrepância". *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.57 (nota de citação). O termo realmente não é bem claro, apesar de não ser incorreto, vez que transmite a ideia da doutrina francesa, ao empregar "*différend*" para se referir a uma cláusula de desacordo, divergência e desentendimento, aplicada no caso de surgir alguma demanda sobre a inexecução do negócio jurídico firmado. Loïc Cadiet explica: *"Traiter des clauses contractuelles relatives à l'action en justice relève en effet du paradoxe car le sujet paraît conjuger l'inconciliable en combinant l'accord des parties, q'exprime le contrat, avec leur désaccord, que traduit l'action en justice"*. Les clauses contractuelles relatives a l'action en justice. Les Principales clauses des contrats conclus entre professionnels. Colloque de l'Institut de Droit des affaires d'Aix-en Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990, p.195.

[469] Loïc Cadiet aduz que estas se referem às cláusulas relativas ao litígio potencial, mas ainda não existente, nos seguintes termos: *"Les clauses contractuelles relatives au litige à naître, parfois nommées clauses de différend dans la pratique contractuelle, se sont considérablement développées ces dernières décennies et, singulièrement, dans les contrats conclus entre professionnels. Tant que le litige n'est pas encore né, le droit d'action n'est qu'expectative. Son exercice peut cepedent faire l'objet d'une antecipation juridique"*. Les jeux du contrat et du procès: esquisse. Philosophie du droit et droit économique – quel dialogue? In: Mélanges em l'honneur de Gérard Farjat, p.27.

[470] CADIET, Loïc. Les jeux du contrat et du procès : esquisse. In : *Philosophie du droit et droit économique – quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*. Paris : Frison-Roche, 1999, pp.27-28.

constante diálogo com a arbitragem,[471] uma vez que esta poderá cumprir o papel de ferramenta de auxílio nas dificuldades que certamente surgirão com a prática mais recorrente do instituto convencional na vigência do CPC/2015.

A autonomia da convenção de arbitragem em relação ao contrato subjacente, reconhecida pelo STJ[472] e prevista no artigo 8º da Lei 9.307/96 9 (Lei de Arbitragem), consubstancia, por exemplo, uma das características que deve ser transposta para direcionar a aplicação das convenções em matéria processual em função do paralelo traçado com a arbitragem. Em um primeiro momento, a autonomia da convenção de arbitragem foi reconhecida pela jurisprudência francesa, sendo aplicada incialmente à arbitragem internacional e, posteriormente, à arbitragem doméstica, isto é, interna.[473] Atualmente na França, assim como acontece no Brasil (artigo 8º da Lei 9.307/96 - Lei de Arbitragem), a autonomia da convenção de arbitragem[474] é prevista na legislação, consoante se extrai da redação do artigo 1.447 do *Code de Procédure Civile*.[475] Na doutrina processual francesa, a independência da convenção de arbitragem é tratada enquanto paradigma analógico de aplicação para o *"contrat judiciaire"*, em importante tese sobre o tema dos "contratos processuais", desenvolvida por Yvonne Muller.[476]

---

[471] Nesse ponto: MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve diálogo entre os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. In: *Revista de Processo*, n. 237, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp.223-236.

[472] REsp 1569422, Relator (a): Ministro Marco Aurélio Bellizze. DJe 20/05/2016 Decisão: 26/04/2016; REsp 1015194 Relator (a): Ministro Humberto Gosmes de Barros. DJe 24/04/2009 Decisão: 17/03/2009; SEC 978. Relator (a): Ministro Hamilton Carvalhido. DJe 05/03/2009, Decisão: 17/12/2008.

[473] *Cf*. MAHRAN, Riham Mansour. *Les clauses relatives aux litiges en droit français: aspects internes et internationaux*, vol.I, thèse pour le Douctorat en Droit Privé: Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2005, p.39.

[474] *"C'est dans le droit de l'arbitrage international que s'est développé le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage par rapport au contrat principal dans lequel elle s'insère et dont elle est, le plus souvent, matériellement indissociable. Globalement, ce principe d'autonomie permet de dissocier le sort de la clause compromissoire du contrat principal dans lequel elle est insérée tant en ce qui concerne son rattachement jurique que l'effet d'une nullité éventuellement alléguée du contrat principal aux seuls fins de paralyser l'effet de la clause compromissoire."* MULLER, Ivone. *Le contrat judiciaire em droit privé.* These pour le Doctorat en Droit. Paris: Université de Paris I Pantheon-Sorbonne,1995, pp.249-250.

[475] O artigo 1.447 encontra-se previsto no título primeiro (arbitragem interna) do quarto livro do CPC francês, especificamente sobre a arbitragem. Assim dispõe: *"La convention d'arbitrage est indépendante du contrat auquel elle se rapporte. Elle n'est pas affectée par l'inefficacité de celui-ci. Lorsque'elle est nulle, la clause compromissoire est réputée non écrite".* No cenário francês, a autonomia da cláusula compromissória de arbitragem externa e interna em relação às disposições de direito material foi pacificada pela jurisprudência. Nesse rumo, sobre a autonomia da cláusula compromissória em arbitragem internacional, são os seguintes julgados: *Cass. 1re civ 7 mai 1963: JCP.G 1963, II, 13405*, posteriormente, sobre a aplicação na arbitragem interna: *Cass. Civ 2e 4 avril 2002 JGP.G 2002, II, 10154; Cass.com. 9 avril 2002.*

[476] Segundo a autora, *"contrat judiciaire"* são acordos das partes, realizados no curso de um processo, que se referem ao regramento convencional de parte ou de todo o litígio. *"Lato sensu, le contrat judiciaire désigne l'accord des parties visant à susprendre l'instance (radiation conventionnelle) ou à modifier les pouviors du juge*

Na mesma linha do que aduz Yvonne Muller, a lógica jurídica norteadora da autonomia da cláusula compromissória pode ser trazida para o estudo das convenções processuais, porquanto a liberdade negocial em relação ao processo e ao procedimento é independente das demais negociações sobre o direito material, uma vez que, naquela, seus efeitos se referem a uma demanda atual ou potencial; e não é esse o efeito das disposições materiais. A partir da ideia de autonomia das convenções processuais torna-se plenamente possível que sejam celebrados acordos processuais, ainda que prévios à instauração do processo, em oportunidade diversa da assinatura/formalização do contrato em geral, mas que àquela relação negocial se vinculem. Partindo da ideia de autonomia das convenções processuais quanto às demais disposições negociais, eventual invalidade ou ineficácia do negócio jurídico não implicará, automaticamente, a nulidade da convenção processual.

Outra discussão relevante refere-se à exteriorização dos negócios jurídicos processuais por meio de "cláusulas", como é tratado recorrentemente na doutrina francesa referenciada supra. No entanto, ponderamos que, nem sempre, o acordo sobre processo ou procedimento obtém sua formalização em única cláusula do instrumento negocial, dado que poderá ser tratado por várias delas. As convenções processuais podem ou não constar em cláusulas específicas. Além do mais, pode ser que determinada cláusula negocial contenha obrigações de natureza material com aptidão de produzir efeitos processuais (reflexos, indiretos). Ambas as situações afastam, portanto, a compreensão de que a "cláusula de discrepância" ou "cláusula de diferendo" abarcaria, em todas as situações, as convenções processuais em sua integralidade.

Um problema que daí emerge se relaciona com o regime jurídico que deverá ser aplicado, ou seja: pelo fato de o instrumento negocial contemplar, simultaneamente, disposições de direito material e processual, vem à tona a indagação pertinente ao regime adequado que deve regular a convenção processual.

Quais as normas jurídicas seriam observadas, se de direito material ou processual? Parece-nos que o regime jurídico seria processual e material,[477] até porque a convenção processual deverá seguir alinhada ao regime de validade dos negócios jurídicos de um modo geral, verificação que depende do exame conforme o regramento geral substancial, cumulado com o regime de invalidades processuais, notadamente os pressupostos da cláusula geral de negociação processual (artigo 190, CPC).

(artigo 12 al 3 et 4 du nouv.c.pr.civ)." MULLER, Ivone. *Le contrat judiciaire em droit privé.* These pour le Doctorat en Droit. Paris: Université de Paris I Pantheon-Sorbonne,1995, p.273.

[477] GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil,* vol.01, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.282.

Haverá situações pontuais que exigirão adaptações e um certo cuidado quando características do direito material repercutirem no controle de validade dos acordos processuais (artigo 190, parágrafo único, CPC). A convenção processual não pode desencadear efeitos vedados no plano material, da mesma forma, não poderá afastar regras procedimentais de proteção a direitos materiais irrenunciáveis, como a atuação do Ministério Público, artigo 176, e seguintes do CPC.

Uma questão que demanda atenção do intérprete se refere ao princípio da instrumentalidade das formas – *pas de nullité sans grief*.[478] Como se sabe, a nulidade do ato processual é operada apenas em caso de prejuízo (artigo 282, § 2º e artigo 283, parágrafo único, CPC). Tendo isso em vista, na hipótese de o ato cominado atingir a sua finalidade, a nulidade não poderá ser decretada, e, por isso, deve ser sanada.[479]

Entretanto, não da mesma forma se dá no direito substancial, porquanto a decretação de nulidade independe de prejuízo. Parece ser inadequado que o convenente se valha do regramento processual que contrarie as regras do direito material de regência enquanto mecanismo de escusa ou de camuflagem ao cumprimento do que for prescrito, obtendo vantagens não admitidas pelo direito material. Ademais, estas são ocasiões específicas e insuficientes para alterarem a regra geral sobre a autonomia das convenções processuais, mas que demandam análise apurada do Estado-juiz ao fiscalizá-las.

Prosseguindo, as convenções prévias ou pré-processuais, por representarem ampla manifestação da vontade acerca da disciplina do processo e do procedimento, de forma que as partes possam acordar conforme os seus interesses privados e inclusive, conjugar possíveis vantagens processuais com aquelas de direito material, a previsibilidade quanto ao objeto deverá ser observada no momento da celebração.

Sem previsibilidade, não haverá como o juiz examinar o conteúdo e a extensão da convenção processual, ou seja, restará impraticável o controle de validade dos pressupostos e requisitos específicos pelo magistrado dada a imprecisão e vagueza do objeto. Inclusive, a previsibilidade revelada pela conjugação dos elementos clareza, completude e

---

[478] *"L'article 114 du NCPC, à nouveau, prévu cette condition: l'inobservation d'une formalité par um acte de procédure émanant de l'une des parties est sanctionnée par la nullité lorsque celle-ci est expressément prévue par un texte ou lorsque la formalité est substantielle [...] sous la réserve générale que le plaideur demandant le prononcé e la nullité apporte la preuve d'un grief".* Marie-Caroline Vincent-Legoux. *L' ordre public : étude de droit comparé interne.* Texte remanié de: Thèse, droit public, Dijon, 1996, p.270. Acrescenta-se os artigos 115 e 119 do diploma em referência.

[479] *Cf.* o Enunciado 16 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): "O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo".

determinabilidade constitui um dos fatores principais de incentivo para a celebração de convenções; sua inobservância em nada favorece à utilidade do instrumento, muito pelo contrário, compromete a sua potencialidade.

Tratam-se de características imprescindíveis a qualquer negócio jurídico de um modo geral. Assim, somente se houver precisão, sendo vedado disposições genéricas, nas quais o objeto é indeterminado, impossível e ilícito, é que será possível ter o conhecimento se determinado ajuste ultrapassa ou não os limites objetivos daquilo que poderá ser convencionado. Sobre essa questão, Antonio do Passo Cabral, com arrimo na doutrina germânica, registra que o objeto/conteúdo deverá ser lícito, preciso e determinado (ou determinável). Entende o autor que os agentes que celebrarem a convenção processual devem se atentar ao princípio da determinação, uma vez que este une as exigências de precisão e de determinabilidade.[480]

Em primeiro, "a precisão exige que o acordo verse sobre uma situação jurídica individualizada e concreta"; em segundo lugar, "a determinabilidade é um requisito que se relaciona com o sentido mediato do objeto [...], mas o objeto não precisa ser sempre determinado, basta que seja determinável".[481] Prosseguindo, o autor assevera que estas características são extraídas da disciplina de prorrogação do foro e do compromisso arbitral.[482] Realmente, ambas podem trazer importantes balizas para a regulação das convenções processuais prévias, principalmente as interpretações relativas à cláusula compromissória,[483] já trabalhadas em sede doutrinária e examinadas, sob vários aspectos, pelos tribunais de sobreposição.[484]

---

[480] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, pp.78-79.

[481] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.79.

[482] Ibid, p.80.

[483] Sobre esse ponto, Carlos Alberto Carmona – *Arbitragem e processo – Um comentário à Lei n. 9.307/1996*, 3. ed. São Paulo, Atlas, 2009, p.104 – menciona que a cláusula arbitral não poderá ser demasiadamente ampla, a ponto de os sujeitos pactuantes terem que submeter todo e qualquer conflito que os envolverem ao regramento estipulado. Sendo assim, a limitação da convenção de arbitragem estaria firmada na relação jurídica determinada. Assim ocorre nos acordos processuais, a referibilidade consubstancia-se no liame entre a relação jurídica estabelecida pelo negócio e o processo que a envolva.

[484] Por exemplo, no Recurso Especial n. 1569422, já citado, reconheceu-se que, no caso em questão, a cláusula compromissória cumpria os requisitos formais necessários à instauração da arbitragem. Firmou-se o posicionamento de que o artigo 4º da Lei n. 9.307/96 não especifica qual seria este documento idôneo a veicular a convenção de arbitragem, não se afigurando possível ao intérprete restringir o meio eleito pelas partes, basta que seja evidenciada a natureza contratual da cláusula compromissória (autônoma em relação ao contrato subjacente) e com ela as partes conscitam, de modo a ser instaurada a arbitragem para solver eventuais conflitos de interesses, determinados ou determináveis, advindos de uma relação contratual subjacente. Recurso Especial 2015/0177694-9 / Relator (a) Min. Marco Aurélio Bellizze / Órgão Julgador: 3. turma / Data do Julgamento:

Compreendemos que a previsibilidade e determinação do objeto da convenção processual devem ser observadas obrigatoriamente, tanto sob uma perspectiva micro, quanto macro. Micro porque o acordo processual deve ser preciso, cujo objeto deve ser lícito e determinado, não gerando dúvidas para a sua aplicação, bem como às consequências pretendidas pelos agentes. Disposições patológicas[485] ou "*midnight clauses",* como cláusulas imprecisas, incompletas ou contraditórias, são nulas. Em uma visão macro, a previsibilidade é essencial para aferir se a convenção processual em concreto atende às limitações objetivas e subjetivas impostas pelo ordenamento vigente, que além dos pressupostos gerais, precisa da fixação dos padrões adiante examinados, cuja previsibilidade também se faz determinante.

Avançando, as convenções processuais podem ser concomitantes, incidentais ou interlocutórias. Nestas situações, é mais comum que elas tenham por objeto a disciplina dos atos processuais em detrimento da conformação, pelas partes, de suas situações jurídicas processuais. Pode ser complicado traçar uma linha divisória entre as duas espécies, pois em muitas situações uma tocará na outra. Porém, algumas derivações dessa classificação são importantes.

Para fins didáticos, as convenções incidentais tendem, com maior frequência, a disciplinar a estrutura procedimental em função das intercorrências do processo ou às especificidades reveladas pelo conflito ao ser deflagrado e ao ser instaurado o processo. Sendo

---

26/04/2016 / Data da Publicação / Fonte: DJe 20/05/2016. O STF, em requerimento de homologação de sentença arbitral estrangeira, entendeu que o contrato de compra e venda, além de não ter sido devidamente assinado pelas partes, consta cláusula compromissória obscura, no que indeferiu a homologação. – SEC 6753 / UK – Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte. Sentença Estrangeira Contestada Relator (a): Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 13/06/2002. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

[485] Em analogia à cláusula arbitral "patológica" mencionada por Carlos Alberto Carmona: "a doutrina acostumou-se a utilizar a expressão cláusula arbitral patológica, provavelmente de origem francesa, para designar aquelas avenças inseridas em um contrato que submetem eventuais litígios à solução de árbitros mas que, por conta de redação incompleta esdrúxula ou contraditória, não permitem aos litigantes a constituição do órgão arbitral, provocando dúvida que leva as partes ao Poder Judiciário para a instituição forçada da arbitragem". *Arbitragem e processo – Um comentário à Lei n. 9.307/1996*, 3. ed. São Paulo, Atlas, 2009, p.112.
No âmbito da jurisprudência, o STJ reconhece a nulidade da cláusula arbitral patológica, conforme o recente julgado: Reconhecimento *prima facie* da cláusula compromissória "patológica". Atuação do Poder Judiciário. Possibilidade. Nulidade reconhecida. Recurso provido.1. Recurso especial interposto em 07/04/2015 e redistribuído a este gabinete em 25/08/2016. 2. O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito às regras protetivas previstas no CDC, pois não há relação de consumo, mas de fomento econômico.3. Todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não consubstanciam relações de consumo, como os contratos de franquia, devem observar o disposto no artigo 4º, § 2º, da Lei 9.307/96. 4. O Poder Judiciário pode, nos casos em que *prima facie* for identificado compromisso arbitral "patológico", i.e., claramente ilegal, declarar a nulidade dessa cláusula, independentemente do estado em que se encontre o procedimento arbitral. 5. Recurso especial conhecido e provido. REsp 1602076 / Recurso Especial SP2016/0134010-1 / Relator (a): Min. Nancy Andrighi / Órgão julgador: 3. turma / Data do julgamento: 15/09/2016 / Data da publicação: DJe 30/09/2016.

assim, a estruturação do procedimento, fato já denominado de procedimento customizado,[486] compreende um notável mecanismo de gestão compartilhada[487] – ou cogestão processual – enquanto um meio de efetivação procedimental pela iniciativa das partes. A participação no desenho do processo ocorrerá pela celebração de acordos processuais incidentais pelos convenentes, e não de modo imposto pelo órgão jurisdicional ou ainda com respaldo na prefixação normativa. Observa-se que o conflito já nasceu e, portanto, pode ser que seja necessário conciliá-lo com as intercorrências do processo em tramitação. A questão será abordada especificamente no tópico em sequência.

2.9.1. Convenções processuais como técnica de tutela jurisdicional adequada: adaptação processual pelas partes

O acesso à justiça possui como corolário o direito à utilização de técnicas processuais adequadas, de acordo com as necessidades apresentadas pelo direito material discutido. Com efeito, a tutela jurisdicional justa, efetiva e tempestiva deve refletir uma sequência de atos processuais atrelados a técnicas processuais que sejam apropriadas ao tratamento do caso.[488] Mediante breve regresso na evolução do processo civil, vimos no primeiro capítulo que a primeira fase metodológica do processo civil, o sincretismo ou "praxismo", se caracterizava em função da indiferença do processo no que diz respeito à existência da relação jurídica processual.

Na segunda metade do século XIX, a visão do processo civil enquanto mero apêndice do direito material foi redimensionada para outro extremo, surgindo o que se denominou de processualismo científico, no que restou, em contrapartida, inviabilizada a aproximação do instrumento processual em relação à natureza material do litígio. Nesse momento, a técnica processual demonstrava-se fechada e indiferente ao mundo exterior dos fatos; um grave

---

[486] V. Moffitt, Michael L., Customized Litigation: The Case for Making Civil Procedure Negotiable. In: *George Washington Law Review*, vol. 75, 2007; ABREU, Rafael Sirangelo de. Customização processual compartilhada: o sistema de adaptabilidade no novo CPC. In: *Revista de Processo*. vol. 257, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp.51-76.

[487] CADIET, Loïc. L'économie des conventions relatives à la solution des litiges. In : *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, sous la direction de Bruno Deffains*. Paris: Éditions CUJAS, 2000, p.314.

[488] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil: teoria do processo civil, vol. I, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.124-p.280.

equívoco responsável pela falta de efetividade dos institutos processuais, alheios aos acontecimentos da vida.

Deveras, "houve uma lamentável confusão entre a autonomia científica, a instrumentalidade e a neutralidade do processo em relação ao direito material".[489] Percebeu-se mais à frente que, em razão de o direito processual civil consistir em disciplina cientificamente autônoma e instrumento de afirmação do direito substancial, por óbvio que não deveria ser neutro à realidade dos conflitos.[490]Sendo assim, as formas de tutela jurisdicional devem ser plenamente capazes de atender o direito material e a estrutura dos conflitos em consonância com as suas especificidades, servindo de condutor para que o processo atinja os fins aos quais foi criado.[491]

Também no capítulo primeiro, as convenções processuais foram examinadas no prisma do acesso à justiça sob a ótica da terceira onda renovatória desenvolvida por Mauro Cappelletti e Bryant Garth no intitulado "Projeto Florença", no que tangencia o emprego de técnicas jurisdicionais adequadas, internas ou exteriores ao processo estatal, para resolução adequada dos conflitos, de acordo com as características reveladas pelo caso concreto.

Paralelamente ao incremento dos métodos adequados de resolução de conflitos (ADRs[492] ou MASC), sendo os mais recorrentes a arbitragem, a mediação e a conciliação, também foi constatada a necessidade de serem criadas ou aperfeiçoadas novas técnicas de "tutelas jurisdicionais adequadas",[493] previstas pela legislação, implementadas pelo Estado-juiz ou mediante o consenso *das partes*.

---

[489] MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil: teoria do processo civil, vol. I, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.287.

[490] "Ora, os institutos do processo dependem das estruturas não apenas das normas que instituem direitos, mas também das formas de proteção ou de tutela que o próprio direito substancial lhe confere. No Estado Constitucional, pretender que o processo seja neutro em relação ao direito material é o mesmo que lhe negar qualquer significado. Isso porque ser indiferente ao que ocorre no plano do direito material é ser incapaz de atender às necessidades de proteção ou de tutela reveladas pelos novos direitos e, especialmente, pelos direitos fundamentais". MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil: teoria do processo civil, vol. I, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp.287-288.

[491] 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: 15 nov. 2016.

[492] Um breve inventário do avanço dos ADRs no final do século XX foi realizado por Oscar G. Chase, *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*, Trad. Sergio Arenhart e Gustavo Osna, São Paulo: Marcial Pons, 2014, pp.137-155.

[493] Fredie Didier Jr. menciona que o princípio da adequação do procedimento consiste em um subproduto do princípio da adequação da tutela jurisdicional. Nessa ótica, para que se obtenha aquilo que realmente é de direito, faz-se necessário uma série de medidas, e entre elas está a criação de um procedimento adequado às idiossincrasias do direito. O autor relaciona os princípios da adequação e da adaptabilidade da seguinte forma: a adequação ocorre

As duas últimas obtêm respaldo no princípio da adaptabilidade,[494] a segunda denota maior grau previsibilidade na aplicação de regras do procedimento, e contém acentuado viés colaborativo. Em verdade, foi com o decurso do tempo e do surgimento de problemas que careciam de técnicas apropriadas à realidade do caso concreto, não contempladas pela legislação processual, que se começou a aperceber a insuficiência do procedimento padrão em função de seu excessivo rigor formal, porquanto incompatível com todas as espécies de demanda. Por outro lado, o procedimento especial, em razão de sua pulverização, se restringe a situações muito específicas.

Na prática, foi a partir da constatação de que os procedimentos especiais e comum demonstravam uma série insuficiências frente às características do litígio deflagrado, que passaram os juízes a empreender técnicas de flexibilização[495] voltadas à adaptação do procedimento ao caso concreto a ser resolvido[496] (adaptação subjetiva e adaptação objetiva).

---

tanto no plano pré-jurídico, abstrato, (legislativo), a partir da construção de procedimentos compatíveis com o direito material – o que para Proto Pisani seriam as tutelas diferenciadas – quanto no plano concreto, pelo poder de adaptação, permitindo-se a alteração do procedimento conforme as exigências da causa. *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: 15 nov. 2016.

494 O princípio da adaptabilidade era visto por Piero Calamandrei como necessário mecanismo de tempero da excessiva rigidez do procedimento ordinário, único e invariável, para um procedimento adaptável às circunstâncias do caso a ser julgado. *Direito Processual Civil*, vol. I. Campinas: Bookseller, 1999, pp. 299-300.

495 Com relação à alteração da ordem probatória e sua viabilidade por iniciativa do juiz, por exemplo, o STJ já em 1994 firmava entendimento favorável:
Prova. Inversão na ordem prevista no artigo 452 do CPC. Ausência de prejuízo. Além de não ser peremptória a ordem estabelecida no artigo 452 do CPC, há parte de evidenciar o prejuízo que lhe adviria com a inversão ocorrida. Aplicação ao caso, ademais, da Súmula n. 283-STF. Recurso Especial não conhecido. (STJ - REsp 35786 SP 1993/0016147-4. 4ª Turma. Pub. em: 12/12/1994, DJ p. 34350, RSTJ vol. 79 p. 238).
O referido entendimento prevalece em vários julgados de outros tribunais:
Agravo de Instrumento. Pedido de Falência. Prova. Inversão na ordem prevista no artigo 452 do CPC. Ausência de prejuízo não demonstrado. A ordem estabelecida no artigo 452 do CPC para a produção da prova oral não é peremptória, podendo ser invertida se ausente prejuízo às partes. Para que o ato seja invalidado são necessários alegações e demonstrações de que a inversão da ordem causou prejuízo, o que não resta caracterizado. Recurso provido. (AI 00392127720138260000 - SP 0039212-77.2013.8.26.0000. 2ª Câmara de Direito Empresarial. Pub. em: 15.07.2013. Agravo de Instrumento. Decisão monocrática. Ensino particular. Ação de indenização. Colheita de prova testemunhal e pericial. Cabimento do Agravo de Instrumento. Fundamentado no artigo 527, II, do CPC, 2ª parte, admissível o recebimento do recurso como Agravo de Instrumento. Possibilidade de decisão monocrática. Com base no artigo 557, caput, é possível negar seguimento ao recurso, por decisão monocrática do Relator. Mérito. A ordem do artigo 452 do CPC não é peremptória. Assim, nada impede que primeiro seja produzida a prova testemunhal e depois a pericial. (AI 70043293117 - RS. Relator: Gelson Rolim Stocker. 5ª Câmara Cível. Pub. em: 15/06/2011).

496 "Adaptar é dar a solução adequada ao caso. É o processo sob medida. Assim, para certos casos, o procedimento escrito melhor atenderá à lealdade e ao contraditório, ao passo que, em outros casos, o procedimento oral se mostrará mais eficiente". COSTA, Thais Mendonça Aleluia da. *A contratualização do processo civil francês: um novo horizonte para a adequação processual.* Dissertação de Mestrado. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012, p.154.

Percebe-se que a aproximação do *binômio processo-direito material*[497] não se dava por iniciativa das partes, mas sim pelas mãos do Estado-juiz.

De fato, o poder de flexibilização pertencente ao órgão julgador, porquanto vedado às partes, representava irrefutável deformidade da visão publicista do processo civil, o qual repelia a concepção de que o princípio dispositivo estaria ligado à derrogação de regras do procedimento também pela vontade das partes. A possibilidade de modulação do procedimento permanecia amalgamada às prerrogativas do magistrado,[498] não havendo a possibilidade de as partes, por meio de um diálogo profícuo, convencionarem sobre o modo adequado deste ser processado.

Ocorre que, se ao Estado-juiz devem ser atribuídos poderes de flexibilização processual,[499] não é razoável que a mesma iniciativa seja negada às partes, as maiores conhecedoras do contexto que compõe a situação litigiosa e as principais interessadas no desenvolvimento e no desfecho da demanda.[500]

Assim, é nessa ótica que as convenções processuais, principalmente as atípicas, devem ser compreendidas: como um instrumento de tutela jurisdicional adequada pela adaptação procedimental por iniciativa das partes, com arrimo no princípio dispositivo em sentido processual ou princípio do debate *(Verhandlungsgrundsatz)*, manifestação do direito fundamental de liberdade no processo (autonomia) e corolário do princípio da dignidade humana. Ademais, partindo-se do entendimento de que o procedimento perfaz um dos fatores de legitimação da função jurisdicional, sua aproximação ao contexto do direito material e aos reais anseios das partes contribuiria para a melhor aceitação da decisão após realizado o procedimento adequado.[501]

---

[497] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo. 6. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011.

[498] Insta ressaltar que, conquanto não existisse no Código de Processo Civil de 1973 previsão expressa do poder de adaptação do procedimento pelo Estado-juiz, poderiam ser extraídos pela interpretação de alguns dispositivos, entre eles, do artigo 330 (julgamento antecipado da lide), artigo 331 (audiência preliminar caso o direito material admitisse a figura da transação, outras providências preliminares e o despacho saneador), artigo 452 (ordem de produção de prova não peremptória – v. nota de rodapé n. 424 –) e artigo 461, § 5º (o rol exemplificativo das medidas executivas adotadas pelo juiz).

[499] GAJARDONI, Fernando. Flexibilização procedimental. São Paulo: Atlas, 2008; LACERDA, Galeno. O Código como Sistema legal de Adequação do Processo. In: *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul:* Comemorativa do Cinquentenário. Porto Alegre, 1976. Guilherme Peres de Oliveira. *Adaptabilidade judicial: a modificação do procedimento pelo juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

[500] CHIZZINI, Augusto. Konventionalprozess e poteri delle parti. In: *Rivista di Diritto Processuale, vol. LXX (II Serie), anno 2015*. Milano: Cedam, 2015, p.53.

[501] MACEDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. In: *Revista de Processo*, n. 241. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.464.

Sendo a demanda instaurada mediante a provocação das partes com a limitação do objeto litigioso, nos termos do artigo 2º, CPC – *nemo iudex sine actore*; *ne procedat ex officio* –, as quais possuem a iniciativa sobre os fatos e sobre as provas[502] é razoável sustentar a participação destas sobre a condução do processo,[503] desde que, obviamente, respeitados os limites impostos pelo ordenamento vigente. O próprio artigo 2º do CPC, correspondente ao anterior artigo 262 do CPC, dispõe que, por iniciativa da parte, o processo seguirá pelo impulso oficial com a condução realizada pelo Estado-juiz. No entanto, veja-se que o dispositivo não proíbe que os litigantes possam sobre ele disciplinar, com base no que podemos chamar de *impulso processual*. Foi com suporte nesse argumento que José Carlos Barbosa Moreira afirmou que, ainda que o legislador de 1973 não tivesse previsto a possibilidade de as partes celebrarem convenções processuais atípicas no artigo 158, "soaria exagerada a ilação de que no processo, ramo do direito público, devesse considerar-se proibido tudo que não fosse permitido".[504]

O Código de 2015 não deixa margens para dúvidas de que a flexibilização processual se dará por três formas: i) pela técnica legislativa pré-conflitual;[505] ii) pelas prerrogativas do Estado-juiz;[506] iii) por meio das convenções processuais, principalmente aquelas atípicas, pelas

---

[502] RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A fazenda pública no processo civil*, 2. Ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016, p.377.

[503] RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil.* Rio de Janeiro: GZ, 2014, pp.194-195.

[504] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual, In: Temas de Direito Processual, 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984, p.91.

[505] "A flexibilização por imposição legal ocorre quando o próprio legislador identifica, de antemão, as hipóteses passíveis de alteração do procedimento para melhor atender às especificidades da causa, de acordo com as peculiaridades do direito material controvertido, como ocorre no artigo 654 do CPC, que prevê a conversão do arresto em penhora". CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Convenções em matéria processual. In: Revista de Processo, n.241. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.503; V. ainda, LACERDA, Galeno. O código como sistema legal e adequação do processo. In: *Meios de Impugnação ao Julgado Civil: Estudos em Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira.* Coord.: Aroldo Furtado Fabrício. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.258.

[506] No que alude aos poderes de flexibilização processual pelo magistrado no CPC, estes encontram-se expressamente previstos nos arts 139, 536 e 773, reconhecidos como "poderes atípicos do juiz de máxima efetivação da tutela jurisdicional", sejam aqueles genéricos, para qualquer momento processual, consoante as hipóteses do artigo 139, ou específicos para uma fase processual específica, v.g.: no cumprimento de sentença (artigo 536), ou na execução (artigo 773).
Umas das inspirações ao legislador de 2015 adveio pela reforma do Código de Processo Civil de Portugal, Lei n. 41*f*2013, admitindo a adequação formal pelo juiz desde que observadas algumas condicionantes. V. DUARTE, Antonio Aurélio Abi Ramia. *O novo código de processo civil, os negócios processuais e a adaptação procedimental.* Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/30191/novo-codigo-proc-civil-procedimental.pdf, acesso em: 17 nov 2016.

partes.[507] Indubitavelmente, a flexibilização por iniciativa das partes consiste em um dos principais desafios postos à doutrina e ao Poder Judiciário nos próximos anos,[508] vez que a prática é que revelará se o instituto cumpre a finalidade para a qual foi idealizado. Além disso, devemos nos atentar para a situação de que a base das técnicas de flexibilização processual reside na compreensão sobre a técnica da tutela jurisdicional diferenciada.[509]

Entretanto, a ideia inicial de Andrea Proto Pisani não se confunde com a adaptação processual promovida pelas convenções processuais. De acordo com o autor peninsular, a tutela diferenciada decorre de previsões legislativas sobre procedimentos especiais, de cognição exauriente ou sumária,[510] *v.g.*, o procedimento sumário, o procedimento sumaríssimo dos juizados especiais, o procedimento monitório, a tutela inibitória, o procedimento do mandado de segurança etc.[511]

No caso do tema em estudo, a norma produzida obtém esteio na negociação processual. A partir disso, compreendemos que as convenções processuais são, na realidade, *complementares* à técnica da tutela diferenciada existentes na legislação, a qual, em virtude de ser muito fragmentada, não consegue abarcar todos os tipos de conflito que necessitam de adaptações no procedimento. Todavia, vale reafirmar, novamente, que a técnica de conformação dos atos processuais por iniciativa das partes, malgrado possua alguma ligação com a lógica da tutela diferenciada, não foi abarcada pelos estudos do peninsular Andrea Proto Pisani e, aliás, seria complicado que assim o fosse em virtude da identificação deste autor com dogmas questionáveis de publicismo processual.

Uma análise dos poderes do juiz de acordo com o CPC/2015 é realizada por Bianca Oliveira de Farias. Os poderes do juiz no novo CPC. In: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Coord.) *Inovações do Código de Processo Civil de 2015.* Rio de Janeiro, GZ, 2016, pp.65-87.

[507] Rafael Sirangelo de Abreu atribuiu ao sistema de flexibilização processual do CPC/2015 o signo de "customização compartilhada" à luz da divisão de trabalho entre partes e Estado-juiz. Customização processual compartilhada: o sistema de adaptabilidade no novo CPC. In: *Revista de Processo*. vol. 257, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp.51-76.

[508] BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público.* Salvador: Juspodivm, 2016, p.113.

[509] Expressão tutela jurisdicional diferenciada (*tutela giurisdizionali differenziata*) foi tratada por Andrea Proto Pisani originalmente em agosto de 1973 para se referir aos procedimentos direferenciado frente à crise do procedimento ordinarizado padrão, relacionados às necessidades apresentadas pelo direito material. Tutela giurisdizionali differenziata e nuovo processo del lavoro (premesse ala legge 11 agosto 1973 n. 533). In: *Il foro italiano*, vol. 96, n.9, 1973, p.206.

[510] PROTO PISANI, Andrea. *Lezione di diritto processuale civile.* 6. ed., Jovene, 2014, pp.543-545.

[511] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização), 4. ed., São Paulo, Malheiros, 2006, p.26.

Avançando, as convenções processuais equivalem a uma ferramenta virtuosa de incremento do acesso à justiça, vale reafirmar, um mecanismo de promoção de uma tutela jurisdicional efetiva e tempestiva, por dois motivos notáveis. O primeiro é que, ao representarem uma *terceira via integrativa* ou híbrida – nem arbitragem, tampouco o procedimento estatal previsto pela lei –, atraem para si as desavenças que poderiam ser solucionadas pela arbitragem e, aliás, os acordos processuais adquirem espaço ainda mais abrangente.[512] Nesse panorama, a existência de certas desvantagens inerentes à arbitragem, como, por exemplo, o custo elevado, a inexistência de duplo grau de jurisdição, a falta de coercibilidade da decisão arbitral etc., podem acabar desmotivando os sujeitos em resolver o conflito perante uma instância arbitral. Os acordos processuais desvendam maiores possibilidades, vez que combinam as vantagens representas pela arbitragem com aquelas inerentes à jurisdição estatal.[513]

O segundo motivo é que as convenções processuais remontam, como visto, a possibilidade de flexibilização por meio da adaptação do procedimento conforme às especificidades do litígio, sendo essa aproximação entre processo e direito substancial é efetuada justamente pela iniciativa das partes.[514] A adaptação processual mediante o empoderamento dos litigantes perfaz uma das funções mais importantes das convenções processuais, cujo objeto são, afora a regulação das situações jurídicas processuais (ônus, poderes, deveres e faculdades), reitera-se, a disciplina dos atos processuais, vale dizer, o desenho do próprio procedimento. Por essa visão, eleva-se o mecanismo à condição de agente catalizador da tutela jurisdicional efetiva, adequada e tempestiva[515] e, em última análise, o

[512] Na arbitragem, o objeto são os direitos patrimoniais indisponíveis. Conforme será visto, o espectro das convenções processuais é mais amplo, e engloba, inclusive, os direitos indisponíveis, porém passíveis de autocomposição.

[513] HÈRON, Jacques; LE BARS, Thierry. *Droit judiciaire privé,* 6. ed., Montchrestien: lextenso, 2015, pp.289-290.

[514] Na realidade, essa não se refere a única técnica de conformação do direito processual e do direito material. Muito embora se trate de um modo diferente de aproximação, é possível nas convenções processuais prévias haver concessões materiais e processuais recíprocas. A partir disso, cumpre perceber a capacidade de o instituto aprimorar a performance jurisdicional, mais afinada com o direito material, por duas técnicas distintas e complementares, seja nos acordos pré-processuais, nos quais a margem de negociabilidade é inegavelmente mais ampla, realçando a técnica de planejamento negocial, ou nos acordos processuais incidentais para alterar as regras do procedimento legal pela utilização da técnica da adaptação por iniciativa das partes.

[515] "As normas processuais contemporâneas, partindo do pressuposto de que o direito de ação não pode ficar na dependência de técnicas processuais ditadas de maneira uniforme para todos os casos ou para algumas hipóteses específicas, incorporam conceitos abertos, voltadas para a realidade, deixando claro que pode ser construída conforme as necessidades do caso conflitivo. O artigo 5º, XXXV da CF, ao garantir o direito à preordenação de técnicas processuais adequadas ao alcance da tutela do direito, não pode ficar à distância destas espécies de normas processuais e, além disso, da compreensão judicial da técnica processual à luz das necessidades carentes de tutela

reconhecimento de um grande aliado do Estado constitucional e da concretização do princípio democrático na esfera do processo cooperativo. Como visto, a participação democrática no campo processual civil não se resume ao princípio da demanda, à iniciativa fática e probatória ou ao contraditório-participativo cujo controle do procedimento dialógico é aferido pela fundamentação analítica (regra de motivação) das decisões judiciais (artigo 10 e artigo 489, §1º, CPC). Na realidade, o princípio democrático, em coordenação com esses fatores e, principalmente, em consonância com o princípio dispositivo em sentido processual ou princípio do debate, desvenda a possibilidade sobre a estruturação dos atos processuais para as partes adequarem o procedimento de acordo com suas reais necessidades ou conformarem as suas posições jurídicas processuais. No processo, a autonomia se revela pelo princípio dispositivo, e desconsiderá-la representa violação ao núcleo essencial deste.[516]

No que diz respeito ao momento adequado para celebrar e/ou introduzir as convenções no processo em tramitação, é importante ressaltar que aos ajustes cujo objeto se refere à derrogação de regras do procedimento legal antes da decisão final, ou a constituição, modificação e extinção de situações jurídicas processuais durante a fase cognitiva, o recomendável é que sejam trazidos ao conhecimento do Estado-juiz até o saneamento. Trata-se do momento de organização do processo, com a delimitação das questões controvertidas, admissão dos meios de prova, e das questões pendentes a serem resolvidas para o prosseguimento do feito.[517] Nesse contexto, o adequado seria, por exemplo, que a organização convencional do processo (artigo 357, §2º, CPC) fosse homologada em audiência de saneamento, sendo possível às partes alterarem ou ampliarem a causa de pedir e o pedido.[518] Portanto, as convenções processuais de cogestão processual ou que envolvam algum ponto do procedimento precedentemente à prolação da sentença devem ser internalizadas até a fase saneadora, no intuito de que a técnica convencional imprima, satisfatoriamente, a eficácia para a qual foi concebida.

---

e do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva". MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria do processo civil*, vol. I, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.331.

[516] Assim também se posicionou Marco Antonio do Santos Rodrigues ao tratar da modificação da causa de pedir e do pedido como objeto de convenção processual celebrada pelas partes da demanda. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil.* Rio de Janeiro: GZ, 2014, p.190.

[517] GRECO, Leonardo. O saneamento do processo e o projeto de novo código de processo civil. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, vol. VIII, pp.568-600.

[518] Para um estudo completo: RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil.* Rio de Janeiro: GZ, 2014, p.187 *et seq*.

2.10. Convenções processuais dispositivas e obrigacionais

São conhecidos os estudos de Peter Schlosser e Gerhard Wagner, os quais contribuem vivamente para o tracejo de uma metodologia no campo das convenções processuais. Peter Schlosser desenvolve premissas imperiosas, como a de que o desenvolvimento do processo deve se orientar pela asserção *in dubio pro libertate*[519] no prestígio dos princípios do dispositivo *(Dispositionsgrundsatz)* e do debate *(Verhandlungsgrundsatz)*.[520] Entende Gerhard Wagner que a autonomia da privada no campo processual exige que se estabeleça uma distinção fundamental entre duas classes de acordos processuais. A primeira, denominada de acordos obrigacionais (*Verpflichtungsverträge*), alude às convenções processuais a fim de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais titularizadas pelas partes.

Por isso, é direcionada à estipulação de uma obrigação (*Befugnisdisposition*), não esbarrando no âmbito de validade e vigência das normas do procedimento, vale dizer, não haveria nesse caso, a princípio, a derrogação de regras procedimentais previstas em lei.[521] Constituem alguns exemplos de acordos processuais obrigacionais: o *pactum de non petendo, o pactum de non exequendo*, a renúncia ao direito material que embasa a pretensão,[522] renúncia a recurso, a convenção de arbitragem, o pacto de mediação obrigatória etc. Tratam-se, na realidade, de convenções processuais em que o objeto são as situações jurídicas processuais das partes, baseadas no princípio do respeito ao autorregramento da vontade dos indivíduos e no direito de liberdade do agir conforme os interesses privados dos sujeitos que firmarem o acordo processual.

Já a segunda espécie concerne aos "acordos processuais dispositivos" *(Verfügungsverträge)*, em que os agentes objetivam a *derrogação consensual* da norma

---

[519] *Cfr.* SCHLOSSER, Peter. *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess*. J. C. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1968, pp.9-11.

[520] Nesse sentido, Remo Caponi, autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Numero speciale: accordi di parte e processo.* Milano: Giuffrè, 2008, pp.102-104.

[521] V. Christoph A. Kern: *"Such contracts are not procedural contracts in a strict sense, but contracts with a procedural object: they create obligations with respect to proceedings, but they do not immediately modify the applicable procedural rules.* Procedural contracts in Germany. In: *Negócios Processuais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, Coord. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira, Salvador: Juspodivm, 2015, p.184.

[522] Em verdade, existem atos das partes que produzem efeitos puramente processuais e atos que, além de efeitos processuais, geram efeitos materiais. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil*, vol.01, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp.267-268.

processual aplicável (disposição da norma - *Normdisposition).*[523] De acordo com a presente classificação, uma convenção processual obrigacional, em teoria, não interferiria no procedimento e, por outro lado, a convenção processual dispositiva não regularia as situações jurídicas processuais das partes, ou seja, não firmariam obrigações ou padrões de conduta a serem respeitados, no sentido de criar, modificar ou extinguir deveres, poderes, ônus e faculdade processuais. Conforme veremos adiante, a diferenciação entre convenções processuais obrigacionais e dispositivas acarreta implicações relevantes. Uma delas refere-se ao conhecimento de ofício da convenção processual pelo Estado-juiz, sem que as partes se manifestem a respeito da pactuação. Ao levarmos como premissa inafastável o vetor interpretativo "*in dubio pro libertate*" – a ser examinado no terceiro capítulo –, o permissivo genérico de convencionalidade processual do artigo 190 do CPC seria uma "norma de habilitação" ou "norma de competência",[524] de forma que a norma jurídica de base convencional seria prioritária em relação à regra legal. Isso porque, conforme já restou sedimentado, a norma de base convencional, desde que válida, derroga as normas do procedimento. Por este motivo, o magistrado deverá conhecer de ofício as convenções processuais que disciplinarem sobre a marcha dos atos processuais. Se não conhecer dos ajustes cujo objetivo é a derrogação das normas do procedimento, o Estado-juiz se afasta da asserção *in dubio pro libertate*, que pressupõe prioridade sistêmica a favor da regra convencionada. Não obstante, o mesmo raciocínio não deve ser empregado aos ajustes relativos às situações processuais por elas titularizadas. Esse tipo de convenção deve ser levado ao conhecimento do Estado-juiz mediante a *provocação* da parte, tendo em vista que, em regra geral, não derrogam a regra procedimental legislada. Mais uma vez, cabe analogia à convenção de arbitragem, que não poderá ser conhecida de ofício pelo Estado-juiz caso não seja arguida em preliminar de contestação, sendo o silêncio considerado a aceitação da jurisdição estatal e, por conseguinte, renúncia tácita à instância arbitral.[525]

---

[523] Remo Caponi, autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Numero speciale: accordi di parte e processo*. Milano: Giuffrè, 2008, pp.102-104.

[524] As normas de habilitação, na visão de Antonio do Passo Cabral, obtêm primazia sobre a regras legisladas, as quais terão aplicação subsidiária. "O artigo 190 é norma de habilitação que atua empoderando as partes, i.e. autorizando que sua vontade convencional seja fonte de juridicidade". *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.147.

[525] " Se fosse dado ao juiz conhecer a questão de ofício, isso significaria que, mesmo com as partes não desejando mais a arbitragem, seriam forçadas a se submeter a ela, pelo tão-só fato de que, no passado, manifestaram a intenção de adotá-la. Vale dizer: nessa hipótese – descartada – a convenção arbitral seria irrevogável pelo comum acordo entre as partes. Ainda, em outra perspectiva: se fosse assim, ao Judiciário seria dado o poder de recusar a tutela jurisdicional, a despeito de nenhuma das partes mais desejar a via arbitral. Então, a cognoscibilidade de ofício da convenção arbitral, em qualquer de suas duas modalidades, implicaria afronta ao direito fundamental de

Parece que o legislador do CPC de 2015 buscou inspiração na classificação ora apresentada, sendo bem nítida pela leitura do *caput* do artigo 190, CPC. Consta no dispositivo ser lícito às partes promoverem alterações no procedimento previsto em lei conforme as especificidades da causa, além de poderem convencionar sobre situações processuais. Todavia, existe uma limitação bastante tênue entre acordos processuais dispositivos e obrigacionais, visto que, em determinadas situações, a derrogação de regras do procedimento pelas partes implicará, outrossim, na imposição de condutas que deverão ser observadas pelos convenentes, aproximando a eficácia de um acordo dispositivo daquele de natureza obrigacional.[526]

2.11. Convenções processuais de disposição e de administração processual

Foi elaborada por Loïc Cadiet outra importante classificação das convenções processuais, *a priori* semelhante à sistematização alemã, todavia, com consequências dissemelhantes. Ele as divide em dois grupos: i) convenções processuais dispositivas – ou convenções de disposição processual – *(convention de disposition processuelle)* e; ii) convenções de administração processual *(convention d'administration processuelle).*[527] Segundo o autor francês, o traço distintivo entre ambas as espécies reside no *objeto* da convenção processual,[528] fato que determina se haverá vinculação imediata do Estado-juiz ao ajuste das partes.[529] Assim como adverte o professor francês, as espécies de acordos

liberdade e à autonomia da vontade (CF, artigo 3º, I, e 5º, II), de um lado, e à inafastabilidade da tutela jurisdicional (CF, Artigo 5º, XXXV), de outro." TALAMINI, Eduardo. *Convenção arbitral: necessidade de arguição pelo interessado diante do judiciário.* Disponível em: http://www.justen.com.br/pdfs/IE69/IE69_not_eduardo.pdf, acesso em 6 dez 2016.

[526] Antonio do Passo Cabral se vale, a título de exemplo, de uma convenção sobre a competência, porquanto não só modifica o procedimento, como impõe às partes a obrigação de se dirigirem ao foro convencionado e não ao foro legal. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.75.

[527] A classificação foi esboçada, originalmente, em: Les clauses contractuelles relatives a l'action em justice. In: *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels.* Aix-en-Provence: Universitaires d'Aix Marseille, 1990, pp.293-223. V. publicação nacional: CADIET, Loïc. La qualification juridique des accords processuels. In: *Negócios Processuais, Coleção Grandes Temas do Novo CPC,* Coord. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira, Salvador: Juspodivm, 2015, p.93 *et seq*.

[528] A eficácia do acordo processual será atrelada ou não ao consentimento do Estado-juiz a depender da interferência de seu objeto nas prerrogativas conferidas ao magistrado pela lei. V. CADIET, Loïc. La qualification juridique des accords processuels. In: *Negócios Processuais, Coleção Grandes Temas do Novo CPC,* Coord. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira, Salvador: Juspodivm, 2015, p.96.

[529] "*Les actes processuels conventionnels sont em effet de deus sortes selon que leur efficacité est soumise ou non à une décision du juge. Le crìtere de distinction tient à l'objet de l'accord*." CADIET, Loïc. La qualification

processuais, cujo limite se encontra na ordem pública[530], recebem um regime diferenciado de eficácia, a depender do juízo integrativo do magistrado para que a pactuação produza seus efeitos. Nesse sentido, as convenções dispositivas são aquelas em que as partes podem livremente dispor de suas situações processuais – seriam as convenções obrigacionais nos termos da classificação alemã analisada supra –, contanto que o direito invocado seja disponível. Destarte, pelo fato de se relacionarem com o direito de ação,[531] em que há livre disposição das partes, o acordo dispositivo se impõe ao Estado-juiz, vinculando-o aos termos da negociação processual, de maneira que o consentimento dos sujeitos e a licitude do objeto são suficientes à conformação dos efeitos pretendidos. A doutrina processual francesa reconhece que estes seriam espécies de "contratos judiciais" (*contrat judiciaire*),[532] por exemplo, o artigo 12, alíneas 3 (convenção processual do direito aplicável) e 4 (convenção sobre julgamento por equidade)[533] e artigo 41, alínea 2 (renúncia à jurisdição competente em função do valor da causa e convenção processual de instância única)[534] do *Code de Procédure Civile*.

---

juridique des accords processuels. In: *Negócios Processuais, Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, Coord. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira, Salvador: Juspodivm, 2015, p.96.

[530] Sobre a ordem pública processual, remetemos o leitor ao item 3.5.9.

[531] Nesse ponto, destaca: *"Selon la définition de l'article 30 du nouveau Code de Procédure Civile, 'l'action est le droit pour l'auteur d'une prétention d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée ; pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cete prétention'. Tant que le litige n'est pa né, le droit d'action n'est qu'éventuel. Son exercice peut cependant faire l'objet d'une anticipation juridique soit que les contractants veuillent l'aménager dans le temps, par une clause de prescription (1º), et qu'ils souhaitent l'aménager dans l'espace, au moyen d'une clause de compétence (2º)".* Loïc Cadiet, Les clauses contractuelles relatives a l'action em justice. In: *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels.* Aix-en-Provence: Universitaires d'Aix Marseille, 1990, p.211. V. também: CADIET, Loïc. La qualification juridique des accords processuels. In: *Negócios Processuais, Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, Coord. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira, Salvador: Juspodivm, 2015, p.102.

[532] Por todos, MULLER, Ivone. *Le contrat judiciaire em droit privé.* These pour le Doctorat en Droit. Paris: Université de Paris I Pantheon-Sorbonne,1995; WEILLER, Laura. *La liberté procédurale du contractant.* Falculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, Institut de droit des affaires, 2004.

[533] *"Les alinéas 3 et 4 de l'article 12 du Code de Procédure civile, permettent aux parties de modifier les pouvoirs du juge de deux façons différentes et pour ainsi dire opposées. L'alinéa 3 confere aux parties le pouvoir de lier le juge « par les qualifications et points de droit auxquelles elles entendent limiter le débat », ce qui lui interdit toute initiative juridique. Cette possibilité est subordonné à deux conditions qui sont, d'une part, qu'il s'agisse de droits dont les parties ont a libre disposition, donc qui ne soient pas d'ordre publique dance des conclusions des parties sur la règle de droit applicable ne suffit pas. L'alinéa 4 prévoit que les parties peuvent aussi conférer au juge « mission de statuer comme amiable compositeur », c'est-à-dire en équité. Il faut, comme pour l'alinéa 3, qu'il s'agisse de droits dont les parties ont la libre disposition et que la convention résulte d'un accord exprès. En outre, l'accord ne peut intervenir qu'une fois le litige né. Ces textes, manifestement insipirés de l'arbitrage, ne présentent qu'un très faible intérêt pratique et, dans le faits, il y ets rarement recouru.*" HÈRON, Jacques; LE BARS, Thierry. *Droit judiciaire privé*, 6. ed., Montchrestien: lextenso, 2015, p.289.

[534] *"Le litige né, les paties peuvent toujours convenir que leur différend sera jugé par une juridiction bien que celle-ci soit incompétente en raison du montant de la demande. Elles peuvent également, sous la même réserve et*

Em contrapartida, as convenções de administração processual estariam condicionadas ao consentimento do Estado-juiz em função de seu objeto, qual seja, a disciplina do procedimento.[535] Tratam-se de convenções processuais com o fito de "redesenhar" o procedimento previsto conforme os interesses particulares das partes. Para Cadiet, a anuência do magistrado é essencial, porquanto encontra-se direcionada à organização e ao "bom desenvolvimento do processo",[536] "*la manière ordinaire d'administrer la justice*"[537]. Para que se possa compreender o contexto do processo civil francês, é conveniente destacar que o *Nouveau Code de Procédure Civile (1975)* detém, como missão precípua, o equilíbrio de participação do juiz e das partes no desenvolvimento do processo,[538] atribuindo maiores

pour les droits dont elles ont la libre disposition, convenir e vertu d'un accord exprès que leur différend sera jugé sand appel même si le montant de la demande est supérieur au taux du dernier ressort".

[535] "*Clauses relatives a l'instance: C'est ici que se manifeste le plus l'ordre public et que s'exerce le moins la liberté des conventions. Les clauses contractuelles relatives à une instance à naître ne sont en effet exceptionnellement valables que si elles ne portent pas atteinte au principe de direction du procès par le juge. En pratique, deux sortes de clauses sont fréquemment stipulées relativement à l'instance, soit por imposer une coopération judiciaire entre les parties (1º), soit pour imputer la dette judiciaire à l'une ou l'autre des parties (2º)*". Loïc Cadiet, Les clauses contractuelles relatives a l'action em justice. In: *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels.* Aix-en-Provence: Universitaires d'Aix Marseille, 1990, p.220.

[536] De acordo com o artigo 3º, "*Le juge veille au bon déroulement de l'instance ; il a le pouvoir d'impartir les délais et d'ordonner les mesures nécessaires".* (grifado).

[537] CADIET, Loïc. La qualification juridique des accords processuels. In: *Negócios Processuais, Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, Coord. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira, Salvador: Juspodivm, 2015, p.94. Em dissertação sobre o sistema francês e a importância do procedimento de "*mise en état"*, Thais Mendonça Aleluia da Costa destaca: "o procedimento de *mise en état* surge com o Decreto de 13 de outubro de 1965. Entretanto, desde o código de processo dos anos 30 do século XX, já se tinha uma cisão do processo em duas partes: aquela destinada ao mérito e outra reservada aos incidentes de procedimento. [...] A sua criação decorre, então, da necessidade de cooperação entre partes e o juiz no processo. Por isso, quando se alude à criação da figura do JME, atende-se a clamor de cooperação e atividade efetiva do juiz no feito. Trata-se de um juiz processualmente ativo, que não está mais à mercê das partes, donas do processo, encarado apenas em seu aspecto privado. Mas não bastava a instituição de um magistrado com este dever – esta racionalidade das reformas implementadas, a repartição das fases de julgamento e de *mise en état* deveriam ser, ambas, regidas por juízes fortes. Destarte, a instrução e organização do feito para o julgamento não se exaurem em uma fase meramente administrativa em que o juiz simplesmente verifica a troca das peças pelas partes e a sua pontualidade. Ele se tornou o juiz intelectual da instrução do feito, na medida em que passou a dispor de poderes de efetivamente controlar a fase instrutória, impondo o seu ritmo. Ao juiz da *mise en état*, foram conferidos maiores poderes em decorrência direta da cisão entre estas fases: porque há uma instrução autônoma em relação ao julgamento de fundo ou de mérito, ele é responsável pela primeira fase autônoma do processo". A contratualização do processo civil francês: um novo horizonte para a adequação processual. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012, p.86 *et seq*.

[538] Vale consignar as lições de Loïc Cadiet: *"le procès civil est sorti rénové, non seulement dans son inspiration, grâce à l'équilibre recherché, et réussi, entre les prérogatives des parties et les pouvoirs du juge dans la marche de l'instance et la maîtrise du litige".* Case management judiciaire et déformalisation de la procédure. In: *Revue Française d'Administration Publique*, n.125. Ecole nationale d'administration (ENA), 2008, p.15; CADIET, Loic; JEULAND, Emmanuel. *Droit judiciaire privé*, Les principes directeurs de l'instance, section 2. 8. ed. Paris: LexisNexis, 2013.

prerrogativas de direção e de gestão àquele,[539] em virtude do império durante tempos da ideologia individual-liberalista da codificação de 1806, apelidada pela doutrina francesa de "*code du laisser-faire*".[540]

No cenário de transição ideológica, culminando na edição do *Nouveau Code de Procédure Civile (1975)*, cumpriu um papel significativo a reforma legislativa que instituiu a fase de *mise en état* – ou instrutória – em que a instrução processual é realizada por um juiz singular designado entre um dos membros do órgão colegiado ao qual distribuído o feito. A criação do procedimento cindido de "*mise en état"* representou um incremento aos poderes do Estado-juiz na condução do procedimento, sendo possível, inclusive, a elaboração de um calendário prevendo datas e prazos a serem cumpridos pelas partes, seus procuradores e pelo Estado-juiz.

O *calendrier de la mise en état*, ferramenta eficiente de combate aos "tempos mortos do processo" – quando não há movimentação, esperando alguma providência burocrática, como intimações, publicações etc. – , pode ser firmado nos processos em tramitação perante o Tribunal de Grande Instância e a Corte de Apelação, elaborado pelo Estado-juiz em conjunto com os litigantes e seus advogados, situação que, segundo a visão de Loïc Cadiet, se enquadraria como uma espécie de convenção de administração processual, com fulcro no artigo 764 do *Code de Procédure Civile*, redação dada pela reforma de 2005 (Decreto. n. 2005-1678).[541] Entrementes, compreendemos que a divisão das convenções processuais em "convenção de disposição processual" e "convenção de administração processual" não coaduna com a definição adotada neste trabalho e, aliás, não reflete a realidade do processo civil

---

[539] Ao analisar o *case management*, a desformalização e o fenômeno da desjudicialização, Loïc Cadiet sustenta que o fenômeno de origem norte-americana não seria aplicado no sistema jurídico francês, ainda que se viva hoje a desformalização do procedimento e a desjudicialização. Nesse sentido, realça: *"La déformalisation s'est en effet enrichie de nouveaux sens, dans la période contemporaine, avec la dématérialisation et à la déjudiciarisation, qui ne sont pas sans rapport avec le développement du case management judiciaire. Il faut donc également rendre compte de ces articulations contemporaines de la déformalisation et du case management. "* Case management judiciaire et déformalisation de la procédure. In: *Revue Française d'Administration Publique*, n.125. Ecole nationale d'administration (ENA), 2008, p.3.

[540] CHAINAIS, Cécile. Le principe dispositif: origines historique et droit comparé. In: L*e procès est-il encore la chose des parties? E. Jeuland et L. Flise (dir.)*, tome 65. Collection Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc, 2015, p.3.

[541] *"Le juge de la mise en état fixe, au fur et à mesure, les délais nécessaires à l'instruction de l'affaire, eu égard à la nature, à l'urgence et à la complexité de celle-ci, et après avoir ptovoqué l'avis des avocats.Il peut accorder des prorogations de délai.Il peut, après avoir recuelli l'accord des avocats, fixer un calendrier de la mise en état. Le calendrier comporte le nombre prévisible et la date des échanges des conclusions, la date de la clôture, celle des débats et, par dérogation aux premier et deuxième alinéas de l'article 450, celle du prononcé de la décision. Les délais fixés dans le calendrier de la mise en état ne peuvent être prorogés qu'en cas de cause grave et dûment justifiée. Le juge peut également renvoyer l'affaire à une conférence ultérieure en vue de faciliter le reglèment du litige."*

brasileiro pelos seguintes argumentos. Em primeiro lugar, algumas premissas já foram fixadas para sustentarmos que o Estado-juiz não participa como parte da convenção processual, vez que esta produz os seus efeitos imediatamente após a negociação das partes, cabendo ao magistrado estimulá-las[542] e exercer o controle de regularidade (artigo 190, parágrafo único, CPC), conforme os limites impostos pelo ordenamento jurídico vigente.

Em segundo lugar, na hipótese de o magistrado atuar conjuntamente com os sujeitos, diga-se, quando externar o seu juízo de conveniência sobre o requerimento conjunto das partes[543] a ele endereçado, o resultado será a formação de um ato processual integrativo ou ato processual conjunto[544], no entanto, não propriamente uma convenção processual, de acordo com a definição que orienta o presente trabalho. Um exemplo refere-se ao próprio calendário processual do artigo 191 e artigo 357, § 8º, CPC[545] instituído pelo Estado-juiz a partir do

[542] Ao estimular à consensualidade, CPC de 2015 contém uma série de previsões sobre o dever dos agentes jurisdicionais em priorizar o desfecho democrático e consensual dos conflitos, consoante preconizam, v.g., os artigos 3º, § 3º; 165, caput, 139, inciso V; 221, parágrafo único. Por certo, tais disposições são aplicáveis às convenções processuais.

[543] CORNU, Gérard; FOYER, Jean. *Procédure civile.* 3.ed. Paris: Universitaires de France, 1996, pp.400-401.

[544] A expressão "ato processual conjunto" é firmada por Antonio do Passo Cabral com arrimo na doutrina de Gerhard Wagner, que compreende o ato conjunto (*Gesamtakt*) como "uma declaração consensual de ambas as partes direcionadas ao juiz em um processo judicial". *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, pp. 68-72.

[545] VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Convenções processuais: premissas operacionais e os escopos da jurisdição contemporânea. In: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Coord.) *Inovações do Código de Processo Civil de 2015*. Rio de Janeiro, GZ, 2016, pp.110-115: "O processo calendário consiste em importante técnica de gestão compreendida como modelo de governança judicial, e reverbera na dispensa dos atos processuais extremamente morosos e burocratizados, como as publicações e intimações das partes para as providências cabíveis ou para o comparecimento em audiências, cujas datas já tiverem sido designadas no calendário. Além de técnica vantajosa tanto ao juízo quanto às partes, a calendarização é revelada como notável instrumento de melhoria da qualidade do relacionamento entre o advogado e seu assistido, sendo aquele muitas vezes responsabilizado em razão da morosidade do aparelho jurisdicional. A previsão de datas nas quais serão praticados os atos pode trazer benefícios à prestação do serviço técnico de postulação, haja vista que atribui maior operosidade aos misteres dos procuradores. Por fim, e não menos importante, o parágrafo segundo do artigo 191 dispõe sobre a desnecessidade de intimação das partes para a prática de ato processual ou para comparecimento em audiência, cujas datas estão designadas no plano do calendário". V. CABRAL, Trícia Navarro. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: *Negócios Processuais - Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Coord. Geral DIDIER JR., Fredie, Coord. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique*. Salvador: Juspodivm, 2015 A principal consequência de gestão da ferramenta sob comento se consubstancia na prescindibilidade de intimações e publicações, consoante mencionado supra. (artigo 191, §2º, CPC). V. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual civil*, vol. I, 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pp.485-486. Já se mencionou que a presente dissertação não objetiva empreender uma análise pormenorizada do fenômeno do calendário processual. Em verdade, por se tratar de ato subjetivamente complexo, onde diretamente se negocia sobre as prerrogativas de gestão outorgadas ao Estado-juiz (*court management*), parece-nos mais correto não o considerar, como logo será demonstrado, espécie de convenção processual, já que exige necessariamente a presença e a *conveniência* do Estado-juiz para sua formação. Trata-se de tema igualmente interessante, porém, as discussões dele decorrentes ultrapassariam os limites metodológicos do trabalho.

requerimento das partes, ou ainda, de sua própria iniciativa.[546] Tratam-se de práticas consensuais, entretanto, não convencionais, posto que as manifestações das partes não seriam capazes de produzir, imediatamente, os efeitos por elas pretendidos, necessitando da anuência do magistrado.

São, em regra, situações não submetidas à livre negociação processual, em que podem estar em jogo esferas jurídicas de terceiros que não sejam signatários do ajuste processual ou poderes de gestão administrativa do órgão jurisdicional, sendo possível de os acordos processuais esbarrarem, por exemplo, em uma eventual fixação ou monitoramento de metas dos processos em tramitação em determinada vara judiciária, a fim de equilibrar o número de demandas ajuizadas com os autos findos e arquivados. Finalmente, vale destacar que os atos processuais integrativos (ou atos conjuntos),[547] por motivos claros, serão formalizados na sede do juízo no qual tramitar a demanda, em virtude de exigirem a participação das partes em conjunto com o Estado-juiz.

2.12. Convenções processuais típicas e atípicas e a *mobilidade* da cláusula geral de negociação processual

Já se pôde observar que a temática em foco traduz uma técnica relevante, porém timidamente utilizada no âmbito da prática jurídica brasileira. Mesmo na fase do início de vigência do Código de Processo Civil de 2015, se faz perceptível uma certa retração dos

[546] Há de se observar que o legislador não indicou a quem cabe a iniciativa de estipular o calendário processual; apenas há o registro de que este poderá ser fixado por ato conjunto das partes e do juiz. Medida acertada, e digna de um modelo técnico que parte da premissa consensual de estímulo ao debate entre os sujeitos da demanda. O brasil segue em direção análoga ao sistema francês, anglo-saxônico (*timing of procedural steps*) e italiano. No último, por exemplo, consta previsão acerca da instituição do calendário processual por iniciativa do Estado-juiz, sendo ouvidas as partes, segundo o artigo 81-*bis* do *Codice de Procedura Civile*, inserido pela Lei n. 69/2009 e alterado pela Lei n.130/2011 e Lei 148/2011: *"Il giudice, quando provvede sulle richieste istruttorie, sentite le parti e tenuto conto della natura, dell'urgenza e della complessità della causa, fissa, nel rispetto del principio di ragionevole durata del processo, il calendario delle udienze successive, indicando gli incombenti che verranno in ciascuna di esse espletati, compresi quelli di cui all'articolo 189, primo comma. I termini fissati nel calendario possono essere prorogati, anche d'ufficio, quando sussistono gravi motivi sopravvenuti. La proroga deve essere richiesta dalle parti prima della scadenza dei termini. Il mancato rispetto dei termini fissati nel calendario di cui al comma precedente da parte del giudice, del difensore o del consulente tecnico d'ufficio può costituire violazione disciplinare, e può essere considerato ai fini della valutazione di professionalità e della nomina o conferma agli uffici direttivi e semidirettivi."* (os grifos não constam no original). COMOGLIO, Luigi Paolo; CONSOLO, Claudio; SASSANI, Bruno; VACCARELLA, Romano. *Commentario del Codice di Procedura Civile, Articoli 1-98.* Torino: Utet Giuridica, 2012, p.1069 *et seq*.

[547] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais.* Salvador: Juspodivm, 2016, p.68.

contratantes ou das partes em litígio em se valerem do permissivo legal e negociarem em matéria processual. Como mencionado, uma breve análise da legislação precedente revela que, além das convenções processuais típicas,[548] a norma do artigo 158, CPC/1973 – equivalente ao artigo 200, CPC – autorizava, ainda que por meio de um enunciado pouco trabalhado em técnica legislativa e não raras as vezes esquecido na prática forense, a possibilidade de os litigantes disporem sobre os seus direitos processuais mediante a fixação de declarações bilaterais ou unilaterais de vontade sem necessidade de homologação judicial. Tratava o artigo 158 do CPC/1973 de uma cláusula geral de negociação processual, em nosso sentir. Entretanto, o dispositivo em referência não conseguiu proporcionar um espaço devido para o desenvolvimento dos ajustes processuais atípicos das partes, a fim de que a técnica fosse aprimorada pela doutrina e pela jurisprudência, que fixariam parâmetros racionais de concretude da cláusula aberta.

Um dos principais motivos consistia (e ainda consiste) na insegurança de se celebrar acordos processuais que ultrapassem os limites do ordenamento. Contudo, a pouca prática reflete muito mais um sentimento de intimidação face à figura do Estado, fruto da herança jurídica brasileira pautada no paternalismo estatal, no culto ao dogma da suficiência da lei – *legicentrismo* – e no "mito sagrado" do Estado-juiz como o único capaz de resolver todos os problemas, e menos a inexistência de previsibilidade dos limites da convencionalidade processual. Desse modo, em razão, sobretudo, do apego da nossa cultura jurídica aos ditames da lei enquanto a única fonte da norma processual, inibindo os cidadãos pelo receio de que as convenções processuais não poderiam ser consideradas válidas, eficazes e reconhecidas pelo Poder Judiciário – vez que as partes não participariam da regulação dos efeitos dos atos processuais –, a temática não teve acolhida significativa durante a vigência da legislação de 1973. Limitava-se às convenções típicas, entre elas, o foro convencional de eleição (artigo 111, CPC) e a suspensão convencional do processo (artigo 265, inciso II e artigo 792, CPC), as mais recorrentes.

Já em vigor, o CPC de 2015, no artigo 190, desvenda uma atmosfera de negociação processual ampla e flexível para que a doutrina e a jurisprudência possam, com o tempo e a

[548] "Não tão raras, entretanto, as disposições legais que aludem a atos dessa natureza; e pelo menos a algumas delas é impossível deixar de reconhecer importância prática. Vejam-se, por exemplo, o artigo 111 que trata da eleição convencional de foro; os artigos 265, n. II e 792, referentes a convenções de suspensão do processo; o artigo 333, parágrafo único relativo à convenção sobre distribuição do ônus da prova; o artigo 453, n. I que prevê o adiamento da audiência por convenção das partes; o artigo 606, n. I, in fine, atinente à escolha convencional do arbitramento como forma de liquidação de sentença. Mas há outros casos: sem pretensão de exaustividade [...]"Convenção das partes sobre matéria processual. In: *Temas de direito processual*. 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984, pp.87-88.

evolução da prática, firmar padrões de concretização da cláusula geral de negociação processual, estabelecendo os seus limites e possibilidade em consonância com a pauta carecedora de preenchimento valorativo em determinado momento.[549] É bem verdade que havendo maior previsibilidade dessa margem, cuja necessidade se faz urgente, será menos custosa a superação do sentimento de dependência do Estado. Todavia, para que o instituto convencional seja assimilado como ferramenta promissora, é imprescindível haver uma mudança de mentalidade e verdadeiro redimensionamento da cultura jurídica a respeito do modelo de litigância e a sua gama de variações; a existência de uma cláusula geral de negociação processual, mesmo com a potencialidade que ostenta, não definirá o êxito dos acordos processuais.

Deveras, "a história da norma não acaba no momento em que se impõe em vigor: ao contrário, desse momento em diante é que ela verdadeiramente começa a viver. O asserto soa acaciano; surpreendente é que de noção tão banal nem sempre deem mostra de estar advertidos os promotores de reformas legislativas".[550] A lição de José Carlos Barbosa Moreira se faz oportuna não somente por demonstrar que um preceito normativo de nada vale se desacompanhado da mudança de postura social a ele relacionada, mas também por ser necessário que a doutrina se debruce sobre o enunciado do artigo 190, de tessitura larga por corresponder à técnica legislativa de cláusula geral, que veicula imprecisão semântica no antecedente (hipótese fática) e no consequente (efeito jurídico).[551]

Apesar de imprecisa, a técnica de cláusula geral atua como linha de orientação e harmonização de um sistema jurídico flexível, com a capacidade de adequar-se às novas contingências de uma sociedade em constante transformação, deixando para trás o antigo dogma do direito-lei,[552] peculiar ao sistema jurídico fechado, autossuficiente e autoreferenciado.

Em verdade, caminha-se rumo a um sistema jurídico no qual se faz necessário coordenar cada situação com uma solução ou com os instrumentos que lhe sejam mais apropriados e, com

---

[549] Karl Larenz se refere a "pautas carecidas de preenchimento" ao fazer alusão às cláusulas gerais. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed., Trad.: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp.310-311.

[550] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A importação de modelos jurídicos. In: *Temas de Direito Processual, 8. série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p.266.

[551] MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.324 *et seq*. Também adere, nesse sentido: DIDIER JR., Fredie. *Cláusulas gerais processuais*. Disponível em: http://www.frediedidier.com.br/artigos/clausulas-gerais-processuais/ acesso em: 17 nov. 2016.

[552] AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *O Poder Judiciário e a concretização das cláusulas gerais.* Disponível em: http://www.bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/470, acesso em: 17 nov. 2016.

isso, o operador do direito não se satisfez com a tipificação legal,[553] sendo primordial, à luz do paradigma do Estado constitucional,[554] a existência de cláusulas gerais para oxigenarem o ordenamento. Nessa linha, uma das vantagens evidentes do artigo 190, CPC é justamente confirmar o novo modelo teórico do direito processual civil hodierno de marca cooperativa e democrática. A convenção processual, contanto que seja válida, também será fonte da norma processual, não podendo o Estado-juiz, como aplicador de normas jurídicas válidas, deixar de observá-la.

A partir do advento do CPC/2015, qualquer dúvida que pudesse pairar sobre a possibilidade de ser celebrada convenção processual atípica, não mais subsiste: o artigo 190, CPC é claro nesse sentido, ainda que demande interpretação integrativa, ampla e intersistemática. Não mais persiste o questionamento no tocante à imprecisão normativa; esse é um permissivo geral que, a partir dele, deve-se prosseguir rumo consolidação de uma teoria geral da convencionalidade processual.[555]

Outro papel importante do dispositivo alude à acentuação das partes na condução do feito, haja vista que o instrumento propicia o controle aos poderes oficiosos do Estado-juiz utilizados em excessiva medida, ao mesmo passo que prevê pressupostos de validade a serem fiscalizados pelo magistrado. Seria um caminho mais seguro e promissor para delimitar a medida de atuação das partes e do Estado-juiz? Sem dúvidas, o permissivo genérico é compatível e reforça o modelo constitucional. Relaciona-se intrinsecamente com parâmetros de participação e colaboração na condução do feito, notadamente na ordenação do processo e do procedimento, com a possibilidade de as partes desfrutarem de poderes de adaptação procedimental e autorregularem os efeitos dos atos processuais.

Parece que o desequilíbrio da relação sempre complexa entre os sujeitos do processo restará reajustado com o amadurecimento da prática do mecanismo em averiguação, o qual resulta de nova metodologia lógico-dogmática do processo civil. Para o alinhamento dos institutos processuais à luz dos princípios constitucionais do processo, a utilização da técnica de cláusulas gerais cumpre relevante papel sob uma perspectiva de *construção* e de

---

[553] MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro.* Disponível em: www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4, acesso em: 17 nov. 2016.

[554] SLAIBI FILHO, Nagib. *Texto, norma e valor: a evolução na Constituição de 1988*. Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=c693bfd0-05c0-45e7-b86c aac27bf80880&groupId=10136, acesso em 27 nov. 2016.

[555] Veremos no capítulo terceiro que o artigo 190 constitui o ponto nuclear do microssistema de negociabilidade processual, sendo a análise de seus pressupostos e efeitos imprescindíveis ao exame de qualquer espécie de convenção processual, inclusive às convenções processuais típicas.

reconstrução[556] do direito processual civil, porquanto deixa a cargo da jurisprudência e da doutrina a lapidação progressiva dos *standards* de concretização dos elementos genéricos e consequências jurídicas veiculados no texto normativo.[557] Na verdade, a nova linguagem do enunciado não se restringe à descrição de *fattispecies* fechadas, uma vez que contempla uma técnica de metanormas, que por nada regulamentarem exaustivamente, comportam variáveis sociais que capturam uma gama de hipóteses para atender aos acontecimentos da vida em sua maior extensão.[558]

Judith Martins-Costa assevera que uma codificação de viés democrático possui "janelas abertas para a mobilidade da vida, pontes que a ligam a outros corpos normativos – mesmo os extrajurídicos –, e avenidas, bem trilhadas, que o vinculam, dialeticamente, aos princípios e regras constitucionais". A mencionada "plasticidade" é responsável pela conformação da legislação com maior permeabilidade aos princípios constitucionais, aos padrões de comportamento no momento decisório, aos direitos e deveres configurados em consonância com a utilização do tráfego jurídico, ao direcionamento econômico, social e político etc. Intentam viabilizar permanente ressistematização no ordenamento jurídico vigente e, por isso,

---

[556] A razão de visualizar o novo texto legislativo à luz das suas cláusulas gerais responde à questão de saber se o sistema tem aptidão para recolher os casos que a experiência social contínua e inovadoramente propõe a uma adequada regulação, de modo a ensejar a formação de modelos jurídicos inovadores, abertos e flexíveis. MARTINS-COSTA, Judith. *O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro.* Disponível em: www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4, acesso em: 17 nov. 2016.

[557] Nesse ponto, importa perceber que cláusula geral não é o mesmo que conceitos jurídicos indeterminados, ainda que, por ser mais ampla, possa apresentá-los. Na prática, isso quer dizer que, a trabalhar com uma cláusula geral, não basta a apuração do grau de extensão de seus conceitos, mas o modo de concretizá-los, lidando com os efeitos que decorrem dessa interpretação. No caso dos conceitos jurídicos indeterminados, os efeitos encontram-se predeterminados pela lei que com base neles o magistrado irá julgar. BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.* Tese de Doutorado. Salvador, Universidade Federal da Bahia, 2015, p.34. Raquel de Moraes Laudanna também realça a importância de diferenciar cláusula geral e conceitos jurídicos indeterminados: "[...] enquanto nos conceitos jurídicos indeterminados o juiz se limita a reportar ao fato concreto o elemento (vago) indicado na fattispecie, (devendo, pois, individualizar os confins da hipótese abstratamente posta, cujos efeitos já foram predeterminados legislativamente, na cláusula geral a operação intelectiva do juiz é mais complexa". Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual: implicações com a utilização de valores constitucionais. In: *Revista da Faculdade do Sul de Minas*, v. 28, 2012, p.58. Nessa linha, Lorena Miranda: "os conceitos indeterminados sempre estarão relacionados com a *fattispecie*, com a descrição fática, exigindo do julgador a individualização desse conceito no caso concreto. Ultimada essa atividade, a consequência jurídica a ser aplicada é precisamente aquela posta na lei, não cabendo ao juiz definir qual a sanção atribuível àquela hipótese fática. Já quando se está diante de uma cláusula geral, caberá ao magistrado, além de individualizar a hipótese fática (já que tais cláusulas são construídas com base em conceitos jurídicos indeterminados), estabelecer a consequência jurídica a ser a ela aplicada, uma vez que o legislador não a fixa aprioristicamente". *Convenções processuais e poder público.* Salvador: Juspodivm, 2016, p.174.

[558] DIDIER JR., Fredie. *Cláusulas gerais processuais*. Disponível em: http://www.frediedidier.com.br/artigos/clausulas-gerais-processuais/ acesso em: 17 nov 2016.

é formada por termos intencionalmente abertos.[559] Cuida-se de um movimento de retroalimentação entre a cláusula geral e o sistema jurídico.

A cláusula geral de negociação processual promove maiores possibilidades de alcance ao formato processual específico à configuração das idiossincrasias do caso, frente à impossibilidade de o legislador antever todas as situações nas quais a convencionalidade em matéria processual e procedimental pudesse ser interessante para as partes.[560] O processo, similarmente à ciência do direito em geral, pois instrumento de concretização do direito material, não se encontra pautado em situações hermeticamente previsíveis; aliás, trata-se de uma tendência – a técnica de enunciados normativos abertos – que vem sendo trabalhada diuturnamente, cujo início se deu no campo do direito privado.[561] Todavia, é certo que faltava uma abertura semântica relativa ao ângulo de participação das partes na condução dos atos processuais ou sobre a possibilidade de disporem de suas situações jurídicas processuais em prestígio à autonomia.

Pois bem. Afora as citadas vantagens do artigo 190, reconhecemos que podem haver desvantagens e, no momento presente, de vigência recente do CPC, os percalços são mais evidentes face à insegurança gerada pela abertura interpretativa do texto, o que pode vir a acentuar em demasia o poder criativo do Estado-juiz pela inexistência, até o momento, de parâmetros mais seguros para concretizá-la.[562] Boa dose de desconforto prudente é recomendada à doutrina processual e às cortes formadoras de precedentes judiciais,

---

[559] MARTINS COSTA, Judith. *O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro.* Disponível em: www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4, acesso em: 17 nov 2016. No mesmo sentido: "a mencionada vagueza ou abertura, ínsita à noção da cláusula geral, não significa (é bom que se esclareça) que haja um defeito de linguagem ou alguma obscuridade, como pode parecer, num primeiro momento. Ao contrário, tal vagueza é considerada como socialmente típica, intencional, de programática, justamente para possibilitar o amoldamento da fattispecie normativa a novas situações, as quais, no mais das vezes, sequer podem ser previstas quando da criação daquele texto normativo pelo legislador". Raquel de Moraes Laudanna. Cláusulas gerais e conceitos vagos no direito contratual: implicações com a utilização de valores constitucionais. In: *Revista da Faculdade do Sul de Minas*, v. 28, 2012, p.52.

[560] A título de exemplo, seguem alguns acordos processuais atípicos previsto como possíveis pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC), enunciado 490: "São admissíveis os seguintes negócios processuais, entre outros: pacto de inexecução parcial ou total de multa coercitiva; pacto de alteração de ordem de penhora; pré-indicação de bem penhorável preferencial (artigo 848, II); pré- fixação de indenização por dano processual prevista nos artigos 81, §3º, 520, inc. I, 297, parágrafo único (cláusula penal processual); negócio de anuência prévia para aditamento ou alteração do pedido ou da causa de pedir até o saneamento (artigo 329, inc. II)".

[561] MARTINS COSTA, Judith. *A boa fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.304.

[562] Um exemplo trazido por Paula Sarno Braga seria a invalidade da arrematação, que é o efeito previsto pela lei quando preenchido o conceito indeterminado de "preço vil" (artigo 903, c/com artigo 891, CPC/2015). O exemplo era didático e correto na vigência do CPC/1973, pois não havia qualquer parâmetro normativo para se aferir a extensão de "preço vil", o que hoje é fornecido pelo artigo 891, parágrafo único, CPC.

consolidando as interpretações aceitáveis que possam advir dos elementos constados na cláusula geral de negociação processual, atribuindo uma maior previsibilidade sobre os pressupostos e efeitos do enquadramento fático à hipótese normativa. A inexistência de parâmetros a serem observados pelo Estado-juiz pode representar uma marcha a ré à potencialidade do instituto convencional e às conquistas por ele simbolizadas.

Notamos que as vantagens da cláusula geral de negociação processual veiculada pelo artigo 190 do CPC só serão concretizadas na prática – trazendo benefícios ao sistema jurisdicional brasileiro, plural, cooperativo, em que o autoritarismo estatal cede espaço às instâncias de consenso buscadas pelas partes e estimuladas pelo Estado –, se a doutrina, a jurisprudência e, principalmente, os advogados, souberem manejá-la adequadamente. Do contrário, o diploma normativo em comento não contribuirá o quanto poderia, a fim de promover o realinhamento da dinâmica relacional de poderes no processo ao colaborar vivamente para a revisão dos limites de atuação dos participantes no decorrer do arco processual.

2.13. Convenções processuais no marco do processo cooperativo: por uma identificação da posição do Estado-juiz e sua vinculação ao ajuste processual das partes. Rumo à redefinição das estruturas relacionais de poder no processo civil

O principal problema a ser enfrentado pelo tema das convenções processuais e as dificuldades que possam ser encontradas para concretizá-las refere-se, seguramente, à inevitável interferência no âmbito das prerrogativas do Estado-juiz.[563] Ainda no tocante ao magistrado, emerge a indagação: o Estado-juiz possui capacidade negocial para celebrar convenções processuais? O que significa dizer: o magistrado pode ocupar a posição de sujeito do negócio jurídico processual? Ou atuará na condição de terceiro? E se realmente for um terceiro, qual o fundamento hábil a justificar a sua vinculação aos termos pactuados pelas partes?

Em verdade, cuidam-se de questionamentos importantes cujas possíveis respostas já vinham sendo sinalizadas e antecipadas ao longo do presente capítulo, contudo, este consiste no momento oportuno para esmiuçá-las. Em primeiro lugar, adotaremos o posicionamento de

[563] Em estudo antigo sobre o tema, a dificuldade de delimitação entre ambos já havia sido reconhecida por VOLLAUD, Paul. *Les contrats judiciaires*. Thèse pour le doctorat. Université de Bordeaux, 1913, p.255.

que o magistrado não possui capacidade para convencionar sobre o processo ou sobre o procedimento, visto que a sua atuação estaria restrita ao fomento à consensualidade para celebração das convenções processuais e ao controle de regularidade delas, vinculando-se quando válidas.[564]

Parece ser essa a leitura adequada do artigo 190, *caput* e parágrafo primeiro do CPC. Acontece que a situação não é simples, pois, inevitavelmente, os acordos processuais interferirão, principalmente aqueles referentes ao procedimento, na esfera de atuação do Estado-juiz na condução do processo, ao menos no impulso oficial. Por outro lado, nela enxergamos uma virtude: se atendidos os seus pressupostos de validade e suas balizas interpretativas de controle, consistirá em uma peça-chave para compatibilizar os poderes públicos do Estado-juiz com a liberdade das partes; vale dizer, as convenções processuais possuem a potencialidade de funcionar como um instrumento de coordenação dos escopos públicos e privados no processo. Relevante reafirmar que a convenção processual vincula as partes aos termos pactuados, sendo a fonte do vínculo a autonomia individual em celebrar o acordo processual. Desse modo, a capacidade e a manifestação do consentimento livre consubstanciam-se nos fatores que fundamentam a autolimitação e autovinculação dos convenentes. A *capacidade de consentir* é pedra de toque.

A liberdade de se submeter ao acordo processual é o elemento legitimador da vinculatividade dos agentes ao conteúdo da convenção. Na mesma orientação, Antonio do Passo Cabral compreende, com respaldo na relatividade dos contratos – afinado ao reconhecimento de sua função social, do equilíbrio econômico e dos deveres de conduta oriundos da boa-fé objetiva –,[565] que a convenção processual só produz os seus efeitos em relação às partes que a celebram, não sendo possível negociar sobre interesses daqueles não participaram do ajuste (terceiros).[566] Apesar dos recortes metodológicos selecionados no

---

[564] "[...] o negócio jurídico processual, sendo fruto da autonomia da vontade das partes, não se sujeita a um juízo de conveniência pelo juiz. Limita-se este a um exame de validade do acordo, justificando pela sua vinculação à eficácia do negócio jurídico praticado pelas partes. A avaliação judicial se dá depois de consumado o negócio processual, não se apresentando como um requisito de seu aperfeiçoamento, mas tão somente de verificação de sua legalidade". THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. I, 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.484. No mesmo rumo: "o juiz se vincula diretamente aos negócios jurídicos processuais, seja quando relacionados ao procedimento, seja quando relacionados a ônus, poderes e deveres processuais, devendo promover a implementação dos meios necessários ao cumprimento do que foi avençado entre as partes". NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais.* Salvador: Juspodivm, 2016, p.229.

[565] O princípio da relatividade dos contratos – *res inter alios acta* – recebeu filtros constitucionais pelo fenômeno do dirigismo contratual, bem como o da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. *Cf.* ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. A função social dos contratos do novo Código Civil. In: Revista dos Tribunais, v. 815, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp.19-20.

[566] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.220.

trabalho não englobarem a discussão da posição do terceiro frente à convenção processual, mormente porque existem situações em que ela repercutirá, mesmo indiretamente, na esfera daqueles que não a constituíram,[567] há um terceiro que deverá ser necessariamente analisado: o Estado-juiz.

Ab initio, o magistrado é terceiro, vez que não possui capacidade processual negocial, pois não titulariza algum interesse *particular* a ser negociado, sendo, portanto, a sua vinculação não fundamentada pela liberdade convencional. Assim, "ainda que haja escopos estatais no exercício da jurisdição, os interesses públicos não são titularizados pelo Estado-juiz".[568] Percebe-se que pelo fato de o juiz não titularizar os interesses públicos do processo, não poderá a respeito deles negociar e, em razão disso, ao acordo processual não se autovinculará frente à impossibilidade de externar manifestação de vontade na condição de parte.

Na realidade, o fundamento da vinculação do Estado-juiz está na livre prerrogativa negocial das partes nos limites autorizados pelo ordenamento vigente, contanto que aferida a validade do acordo, casuisticamente. Sob essa perspectiva, o Estado-juiz possui o *dever* tanto de aplicar a norma jurídica processual válida de gênese convencional no que se refere à alteração do procedimento, derrogando a regra legislada e inserindo a norma convencionada, quanto de respeitar e fazer valer a conformação pelas partes sobre as suas situações jurídicas processuais. Não obstante, observa-se que a compreensão do Estado-juiz como terceiro,[569] mas não como parte da convenção processual, não corresponde ao posicionamento dominante na doutrina processual. Em verdade, existe respeitável corrente que o enxerga como um provável

---

[567] Nesse sentido: "É a constatação de que o acordo entre as partes, que vale apenas entre elas, passa a compor a base fática sobre a qual a relação jurídica do terceiro terá que ser apreciada. Assim, a esfera jurídica do terceiro é atingida, porque sofre interferência das regras definidas pelas partes. Trata-se, de um lado, da inevitabilidade de que os atos praticados por outras pessoas possam atingi-los, ainda que não haja vínculo convencional (o acordo entre A e B vale contra todos como um acordo celebrado entre A e B) e, de outro lado, decorre da impossibilidade dos terceiros ignorarem o acordo celebrado entre as partes, o qual, como singularidade fenomênica e jurídica, é existente e válido". Idem. Para visualizar algumas situações, devemos partir da premissa de que partes da convenção nem sempre corresponderão a todos os sujeitos da lide, e mesmo assim, aqueles que não participaram do acordo processual podem ser atingidos por seus efeitos. Um bom exemplo é o assistente que ingressa após a homologação da convenção processual de organização do processo, sendo excluídos, por exemplo, alguns fatos da atividade cognitiva.

[568] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais.* Salvador: Juspodivm, 2016, p.68 *et seq*.

[569] "Em regra, contudo, o negócio jurídico processual, sendo fruto da autonomia da vontade das partes, não se sujeita a um juízo de conveniência pelo juiz. Limita-se este a um exame de validade do acordo, justificado pela sua vinculação à eficácia do negócio praticado pelas partes". Mais adiante, na página 485, autor reconhece que o Estado-juiz será sujeito do negócio processual se, de alguma forma, este restringir ou condicionar suas posições jurídico-processuais. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito processual civil*, vol. I, 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.484.

sujeito do negócio jurídico processual, e entre eles estão: Leonardo Greco,[570] Fredie Didier Jr.[571], Leonardo Carneiro da Cunha,[572] José Miguel Garcia Medina,[573] Pedro Henrique Nogueira,[574] Diogo de Assumpção Rezende de Almeida[575] e Jaldemiro Ataíde Jr..[576] Observa-se que considerá-lo ou não como parte das convenções processuais dependerá das premissas teóricas de cada estudo. Pelos limites do trabalho, a ênfase será dada à sistematização proposta por Leonardo Greco, que apresenta justificativas concretas e aponta para as situações nas quais o magistrado seria considerado parte.[577]

A partir desse momento, passa-se à análise da referida classificação, relacionando os efeitos dos ajustes e o modo de vinculação do Estado-juiz a depender dos impactos nas suas prerrogativas. Registra-se que, malgrado não se possa concordar com o fato de o Estado-juiz ser parte, é possível enxergar, em relação ao entendimento de Greco, alguma correspondência sob o ponto de vista dos resultados práticos, embora parta de premissas diferentes. Antes de mais nada, devemos lembrar que o objeto de uma convenção processual não pode versar acerca

---

[570] GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil - Introdução ao direito processual civil* vol. 1, 5. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp.63-64.

[571] DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista brasileira da advocacia, RBA1*, vol. I, Revista dos Tribunais, 2016, pp.68-69.

[572] CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: *Negócios Processuais - Coleção Grandes Temas do Novo CPC,* Coord. Geral DIDIER JR., Fredie, Coord. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Salvador: Juspodi*v*m, 2015, p.53.

[573] MEDINA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.337.

[574] NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais.* Salvador: Juspodi*v*m, 2016, p.230.

[575] "Em resumo, três posturas são esperadas do julgador quando da comunicação pelas partes da celebração de convenção processual: (i) homologação do pactuado, quando exigida por lei; (ii) fiscalização do acordo, com a finalidade de aferição de licitude do objeto, do respeito à forma e da capacidade dos contratantes; (iii) concordância (ou discordância) quanto ao conteúdo da convenção, se esta versar sobre poderes do juiz ou sobre atos que também devam ser praticados pelo magistrado (v.g., a fixação de calendário pelas partes e a convenção que limita poderes instrutórios do juiz)". ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. A Contratualização do Processo – das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p.135 *et seq*.

[576] ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. In: Revista de Processo, n.244. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.393-423; no acordo de procedimento qual é o papel do juiz (codeclarante, mero homologador ou outro?) In: *Revista Brasileira de Direito Processual* – RBDPro, n.91. Belo Horizonte, 2015.

[577] GRECO, Leonardo. O juiz pode ser sujeito de um negócio processual? Palestra proferida no Seminário "Negócios Processuais no Novo CPC" promovida pela Associação dos Advogados de São Paulo/SP - AASP, em 06 de março de 2015. GRECO; Leonardo. *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil,* vol.1, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.277 *et seq*.

dos poderes autônomos do Estado-juiz, sob pena de nulidade.[578] Vale reiterar: é inaceitável a fixação de acordos processuais que prevejam a disposição ou a eliminação das prerrogativas do órgão jurisdicional, sob pena de nos desviarmos da premissa firmadas pelo princípio da relatividade, contextualizado com o movimento de constitucionalização do direito.[579] A propósito, o modelo cooperativo de processo se fundamenta justamente na ampla participação dos sujeitos do processo, promovendo a distribuição dos papéis dos litigantes e do Estado-juiz não para a exclusão de um deles, e sim com a intenção de propiciar a convivência harmônica de um com o outro.

No tocante à interferência das convenções processuais nos poderes do Estado-juiz, Leonardo Greco[580] construiu uma sistematização interessante – da qual nos valemos em outro estudo[581] –, ao reconhecer a existência de três espécies:

(i) Convenções processuais que afetam apenas os *direitos* processuais das partes;

(ii) Convenções processuais que afetam os poderes do juiz, que por força de lei podem ser limitados pela conjugação da vontade das partes;

(iii) Convenções processuais que limitam os poderes do juiz, nas quais a conjugação da vontade das partes deve ser somada à concordância daquele, que fará uma análise da conveniência e oportunidade para que o acordo passe a surtir efeitos, haja vista a inexistência de autorização legal para a limitação desses poderes pela conjugação da vontade dos litigantes.[582]

---

[578] MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo código de processo civil comentado.* 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.337.

[579] A premissa também é adotada em: MAHRAN, Riham Mansour. *Les clauses relatives aux litiges en droit français: aspects internes et internationaux, vol.I*, thèse pour le Douctorat en Droit Privé: Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2005, p.50.

[580] O juiz pode ser sujeito de um negócio processual? Palestra proferida no Seminário "Negócios Processuais no Novo CPC" promovida pela Associação dos Advogados de São Paulo/SP - AASP, em 06 de março de 2015. GRECO; Leonardo. *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil,* vol.1, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.279.

[581] VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Convenções processuais: premissas operacionais e os escopos da jurisdição contemporânea. In: CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Coord.) *Inovações do Código de Processo Civil de 2015.* Rio de Janeiro, GZ, 2016, pp.71-99.

[582] GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil,* vol.01, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.279.De maneira aproximada, Humberto Theodoro Júnior aponta três modalidades de participação do juiz no negócio processual: "a) aquelas em que o negócio produz sua plena eficácia por força da própria convenção entre os litigantes, sem depender de qualquer autorização judicial, como se dá na eleição de foro ou na renúncia ao direito de recorrer; b) aquelas em que o ato independe de autorização ou aprovação judicial, mas só produz eficácia no processo depois de homologado pelo juiz (v.g., desistência da ação em curso); c) aquelas, enfim, em que o próprio negócio processual só se aperfeiçoa com a participação do juiz na sua formulação, como ocorre no saneamento consensual (artigo 357, §§ 2º e 3º) e no estabelecimento do calendário processual (artigo 191, *caput*)." *Curso de Direito processual civil*, vol. I, 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.485.

Em primeiro lugar, há possibilidade de as convenções serem estipuladas sem que interfiram indiretamente nas prerrogativas do Estado-juiz, pois aludem apenas a *direitos* processuais das partes, *e.g.*, a redução de prazos e a dispensa de intimações. Nesse ponto, o autor pondera que, embora o *caput* do artigo 190 do CPC preveja um tipo de disposição mais ampla, porquanto extensiva aos ônus, poderes, deveres e faculdades, essas convenções processuais não poderiam se enquadrar na primeira categoria ora declinada, visto que repercutem nas prerrogativas do Estado-juiz.[583] Não seriam, portanto, apenas atos de regulação dos interesses exclusivamente privados pertencentes às próprias partes, mas atos que, independente do resultado atingido, podem definir os *rumos do processo*. Porém, cabe questionar: não seria esse um objetivo imanente às convenções processuais?

Em segundo lugar, Greco acrescenta que a norma subjacente ao dispositivo em destaque sugere, como já tratado, a aptidão de os acordos processuais gerarem repercussões indiretas no exercício dos poderes do Estado-juiz, que seriam, por exemplo, os poderes de direção, o impulso oficial, o exercício dos poderes instrutórios e a modificação de regras que interfiram na admissibilidade e na valoração das provas para a formação do livre convencimento motivado.[584]

Com base nessas possibilidades, Leonardo Greco organizou os ajustes que representarem alguma interferência na atividade do Estado-juiz em dois principais grupos. Nessas primeiras hipóteses, os acordos impõem ao Estado-juiz a limitação de seus poderes mediante respaldo em previsão legal específica ou por analogia com outros diplomas legais; ou então, conforme a terceira e última espécie, a limitação dos poderes do magistrado ocasionada pela convenção processual não seria lastreada em autorização de lei, o que demandaria, além da manifestação de vontade das partes, a anuência do Estado-juiz na qualidade de sujeito do acordo processual.[585] Nessa perspectiva, seriam de segunda espécie, *e.g.*, as convenções processuais sobre a distribuição do ônus da prova, artigo 373, §§ 3º e 4º, CPC; suspensão convencional do processo, artigo 313, inc. II, CPC; a delimitação das questões de fato e de direito no saneamento convencional do processo artigo 357, § 2º, CPC; a escolha convencional do perito, artigo 471, CPC.[586] Tratam-se de hipóteses que obtém respaldo em previsão legal

[583] O juiz pode ser sujeito de um negócio processual? Palestra proferida no Seminário "Negócios Processuais no Novo CPC" promovida pela Associação dos Advogados de São Paulo/SP - AASP, em 06 de março de 2015.

[584] GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil,* vol.01, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.279.

[585] Idem.

[586] O juiz pode ser sujeito de um negócio processual? Palestra proferida no Seminário "Negócios Processuais no Novo CPC" promovida pela Associação dos Advogados de São Paulo/SP - AASP, em 06 de março de 2015.

autorizadora das limitações aos poderes, sendo o controle do Estado-juiz restrito à legalidade do acordo processual.

Nesses casos prescritos pela lei, na ótica de Greco, a pactuação vincularia o magistrado, sendo o ajuste das partes suficientes para a produção dos efeitos pretendidos.[587] Ademais, não vê óbice na possibilidade de o conteúdo ser fruto de analogia com a Lei de Arbitragem, listando exemplos: a convenção que autorize o juiz a decidir por equidade,[588] convenção de *electio juris* – escolha da lei de direito material aplicável –, a renúncia ao duplo grau de jurisdição, a convenção sobre o custeio ou o reembolso das despesas do processo, bem como a escolha convencional do juiz, desde que respeitadas as regras de competência absoluta. Por outro lado, não admite, por afrontar a ordem pública processual, a convenção que pretender impor o segredo de justiça fora das hipóteses legais, visto que a publicidade consiste em direito fundamental indisponível.[589]

Ao se voltar para as convenções processuais de terceira ordem, enfatiza que a concorrência de vontade entre Estado-juiz e partes consiste em condição de eficácia, visto que esse tipo de acordo processual, por ser um ato complexo, somente se aperfeiçoaria dentro dos limites do processo, não surtindo efeitos imediatos, como ocorre nas duas primeiras espécies apontadas retro. No presente contexto, o Estado-juiz, na concepção de Leonardo Greco, atuaria como parte do acordo processual, detendo plena capacidade negocial, e juntamente com a fiscalização da legalidade da convenção processual, deveria analisar a sua conveniência e oportunidade.[590] Em suma, nessa terceira possibilidade não se falaria simplesmente em controle de validade, a ela somada a conveniência do magistrado em praticar ou não o ato. Já nas duas primeiras espécies, a partir do momento em que são estabelecidos os pontos de consenso, a convenção processual é apta a produzir os seus efeitos de imediato e vinculará o magistrado. Eventual previsão de homologação reflete mero ato de controle da legalidade, de sorte a não

---

[587] GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil,* vol.01, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.280.

[588] O autor sustenta essa possibilidade sob o argumento de que "se o juiz cumpre a sentença arbitral adotada em juízo de eqüidade, deve ter a possibilidade de receber das partes, ele próprio, a confiança para a formulação de juízos alheios a critérios de estrita legalidade". GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

[589] GRECO, Leonardo. O juiz pode ser sujeito de um negócio processual? Palestra proferida no Seminário "Negócios Processuais no Novo CPC" promovida pela Associação dos Advogados de São Paulo/SP - AASP, em 06 de março de 2015.

[590] GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil,* vol.01, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp.279-280.

interferir no objeto.[591] No sustento da presente sistematização, o autor pondera que a autonomia privada não pode ser visualizada como diminuição da autoridade do Estado, porquanto reflete o exercício do dever de colaboração e cooperação essencial ao alcance da finalidade direta da função jurisdicional: tutelar os interesses de quem tem razão.[592] Sob essa ótica, respeitados os limites gerais dos acordos em matéria processual[593] e se houver interferência nos poderes do juiz, podendo essa limitação constar ou não em lei – ou resultar de interpretação analógica –, o magistrado se portará de maneira diversa.[594]

Sobre a classificação adotada por Leonardo Greco, devemos realizar algumas ponderações. A compreensão de que as partes, autônoma e atipicamente só poderiam dispor de seus *direitos* processuais, não se aceitando, na primeira categoria, a regulação das situações jurídicas dos acordantes ao argumento de que estariam interferindo na atividade-meio e, automaticamente, nas prerrogativas do Estado-juiz, como o impulso oficial e os poderes de gestão, vai de encontro à leitura que nos parece mais apropriada do artigo 190 do CPC, em conformidade com o artigo 200 do CPC. A partir da interpretação de ambos dispositivos, se compreende que a conformação pelas partes das suas situações processuais possui eficácia imediata, independentemente de juízo integrativo, não se perdendo de vista que eventual homologação judicial será em casos excepcionais previstos em lei – nesse aspecto, consoante ressaltado pelo autor –. Na realidade, nessas situações tratadas por Greco, correspondentes aos acordos obrigacionais, não há propriamente a criação de uma regra procedimental convencional ocasionada pela derrogação da regra de base legal, mas sim imposição de uma conduta (obrigação) pelos sujeitos do consentimento. A ocorrência de alguma interferência nas prerrogativas do juiz seria reflexa, isso porque, nas convenções a respeito das situações

---

[591] GRECO, Leonardo. O juiz pode ser sujeito de um negócio processual? Palestra proferida no Seminário "Negócios Processuais no Novo CPC" promovida pela Associação dos Advogados de São Paulo/SP - AASP, em 06 de março de 2015. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil,* vol.01, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp.62-63.

[592] O juiz pode ser sujeito de um negócio processual? Palestra proferida no Seminário "Negócios Processuais no Novo CPC" promovida pela Associação dos Advogados de São Paulo/SP - AASP, em 06 de março de 2015.

[593] "[...] (a) a possibilidade de autocomposição a respeito do próprio direito material posto em juízo, ou a impossibilidade de que a convenção prejudique o direito material indisponível ou a sua tutela; (b) a celebração por partes plenamente capazes; (c) o equilíbrio entre as partes e à paridade de armas, para que uma delas, em razão de atos de disposição seus ou de seus adversários, não se beneficie de sua particular posição e vantagem em relação à outra quanto de acesso aos meio de ação e de defesa; e (d)a preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo e da ordem pública processual." GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil,* vol.01, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp.61-62.

[594] O juiz pode ser sujeito de um negócio processual? Palestra proferida no Seminário "Negócios Processuais no Novo CPC" promovida pela Associação dos Advogados de São Paulo/SP - AASP, em 06 de março de 2015. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil,* vol.01, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp.279-280.

processuais, as partes autorregulam a sua autonomia de agir, não havendo, a princípio, a derrogação de regra do procedimento. Seriam alguns exemplos: *o pactum de non petendo*, *o pactum de non exequendo*, a renúncia ao recuso, a cláusula *solve et repete*. No segundo grupo da classificação examinada, a interferência na esfera dos poderes Estado-juiz é permitida em virtude de lei ou proveniente de interpretação analógica.

Possivelmente, o sustento desse posicionamento poderia abrir um caminho para refutar a incidência das convenções processuais atípicas, representando amarras concretas à própria potencialidade da cláusula genérica do artigo 190. Por outro lado, em convergência com tal posicionamento, compreendemos que a aplicação analógica pode ser realizada e, inclusive, contribui no auxílio do controle de validade das convenções processuais em função do maior amadurecimento dessa prática no campo da arbitragem, fator que vem a reforçar o diálogo entre a disciplina arbitral e o instituto das convenções processuais. Porém, é necessário passar pelo controle de validade aplicado a todo e qualquer caso, como tratado no próximo capítulo, bem como atender às especificidades constadas no CPC; por exemplo, a convenção de *electio juris,* i. e., a escolha da lei aplicável, encontra-se abarcada pela previsão do artigo 357, IV c/com o §2º do mesmo diploma, o qual exige homologação nas hipóteses dos incisos II e IV; além do ao artigo 192, o qual versa sobre a utilização da língua portuguesa para todos os atos e termos do processo.

Prosseguindo, conforme a definição de convenção processual adotada na dissertação, deve-se reconhecer que a última hipótese não seria propriamente uma de suas espécies. O principal motivo é que os acordos processuais não necessitam da intermediação de nenhum terceiro para produzir efeitos, tão somente a manifestação dos convenentes, pois são atos constitutivos ou atos determinantes. A inexistência de capacidade negocial do Estado-juiz é justificada em função da impossibilidade de praticar atos dispositivos em nome de algum interesse próprio ou de dispor dos poderes públicos do processo, os quais não são de sua titularidade, e sim inerentes à função desempenhada na qualidade de órgão do Poder Judiciário. Nesse sentido, as situações enquadradas no terceiro grupo seriam, em verdade, atos integrativos ou atos conjuntos[595] e não genuínas convenções processuais. Como já se apontou, existem atos em que a manifestação das partes não seria suficiente para produzir a eficácia pretendida, justamente porque versam sobre esferas de terceiros, situação bastante clara no calendário

[595] Nos atos conjuntos não há vinculo convencional, mas o exercício de situações processuais unilaterais. O Estado-juiz não atua como convenente. Sobre a possibilidade de um agir discricionário com base na conveniência da iniciativa e estipulação de conteúdo e efeitos, o autor defende que não seria fruto do exercício da autonomia ou liberdade negocial, não havendo para o juiz a liberdade ou a autonomia como é concedida para as partes. *Convenções processuais.* Salvador: Juspodivm, 2016, p.69; pp.224-225.

processual do artigo 191, CPC. Tendo em vista o necessário consentimento do Estado-juiz – que, por outro lado, nada "concorda" sobre a viabilidade dos acordos processuais –, este integrará o *ato de consensual* em *conjunto* com as partes. Em que pese atuar com poder discricionário, o magistrado não se pauta em sua liberdade ou autonomia negocial, mas em poderes relacionados ao interesse no exercício da jurisdição, poderes de gestão do processo. Dessa forma, o fenômeno da calendarização, à luz da classificação engendrada por James Goldschimitd, consiste em ato postulativo (indutivo ou estimulante), e não ato constitutivo (determinante), do qual a convenção processual é espécie.

Deveras, as convenções processuais não podem dispor ou suprimir prerrogativas do Estado-juiz ou esferas jurídicas de terceiros, até porque não seria razoável transformá-las em instrumentos de inobservância dos interesses públicos perseguidos pelo processo e, ainda que o Estado-juiz não os titularize, por eles sempre deverá zelar. Demonstrou-se que o modelo cooperativo de processo civil é fulcrado na repartição de responsabilidade entre ambos, sem a exclusão ou protagonismo de um ou de outro.[596] Contudo, há de se reconhecer que a autonomia das partes, poderá acabar interferindo, ainda que indiretamente, mais ou menos, na atuação do juiz. Essa limitação é consequente da divisão de tarefas e de forças na estrutura do processo, não sendo suficiente para acarretar a invalidade da convenção processual pela ilicitude do seu objeto, desde que atendidos os demais requisitos, examinados no capítulo 3, e o respeito ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais do processo.

Outra hipótese distinta seria quando o Estado-juiz julgar um requerimento conjunto, o qual promove a realização de um ato *consensual*.[597] Ademais, essa iniciativa pode partir do próprio juiz; o ato conjunto ou integrativo é fruto de um consenso, mas não possui natureza convencional – como a fixação do calendário processual, artigo 191, a diminuição de prazo peremptório, artigo 222, § 1º, e o saneamento *compartilhado*, artigo 357, § 3º, *v.g.* –. Nestas situações exemplificativas, haveria um ato integrativo onde há consenso, mas não incide convencionalidade. O Estado-juiz deve participar pelo fato de o ato integrativo envolver atribuições do juízo que representa ou esferas jurídicas de terceiros, e não somente o interesse

[596] "O novo Código de Processo Civil efetivou uma escolha política a respeito do tema da adaptabilidade procedimental, ao permitir a todos os sujeitos processuais a construção compartilhada de suas posições ao longo do procedimento". ABREU, Rafael Sirangelo de. Customização processual compartilhada: o sistema de adaptabilidade no novo CPC. In: *Revista de Processo*. v. 257, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp.51-76.

[597] O ato integrativo demanda o reconhecimento de em algumas situações existir a concessão de poderes discricionários ao Estado-juiz, obviamente que dentro de certos limites de razoabilidade e, ademais, dentro do contexto do processo cooperativo. Ato discricionário não significa ato negocial, pois os poderes não seriam do interesse particular do juiz, eis que relacionados à gestão do processo. Sobre a margem de discrição do juiz, v. SILVA, Ovídio Baptista da. Verdade e significado. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil*, vol. I, 2005, pp.76-97.

particular das partes.[598] Tendo isso em mente, o Estado-juiz não fiscaliza a validade do ato consensual, agindo conforme a conveniência e oportunidade do ato. Aqui, a participação do magistrado se dá de maneira diversa do controle de regularidade dos negócios processuais.

Por isso, seria possível dizer que, apesar de a terceira hipótese demonstrada por Leonardo Greco não coadunar com as premissas teóricas adotadas na dissertação sobre a definição dos acordos processuais, as implicações, se bem observadas podem ser consideradas similares, já que remetem a situações em que o consentimento do juiz integra a própria formação do ato complexo. No entanto os critérios para se chegar a esses resultados não foram os mesmos, dado que, em nossa visão, a interferência nos poderes do Estado-juiz quando não previstas em lei, desde que todos os requisitos de validade das convenções processuais sejam verificados, não configura de um ato conjunto. Percebe-se que os pressupostos metodológicos são diversos. Finalmente, é incompatível com o controle imparcial *a posteriori* a participação do juiz na convenção processual. Firmar nas prerrogativas do Estado-juiz uma limitação operacional dos acordos processuais não seria o mais adequado e útil para o desenvolvimento do instituto, até mesmo porque não há consenso em relação ao "o quê", "quais" e "qual a extensão" dos poderes "inerentes" ao órgão judicial. O espaço de atuação do Estado-juiz é conservado nos limites do agir das partes; se o exercício da autonomia privada, por meio da celebração de convenções processuais, tocar nesses poderes, haverá uma limitação legítima. Aliás, isso é admitido pelo legislador de 2015 ao conceder poderes de adaptação do processo a fim de ajustá-lo às especificidades do caso concreto por iniciativa do convenentes. Nesse caso, o artigo 190, CPC

[598] Na Câmara dos Deputados, o PL 8.046/2010, aprovado em novembro de 2013 atribuía a seguinte redação ao artigo 191: "Versando a causa sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. § 1.º De comum acordo, o juiz e as partes podem estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa, fixando calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. § 2.º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. § 3.º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário. § 4.º De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou inserção abusiva em contrato de adesão ou no qual qualquer parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade". Percebe-se que antes de enviada a versão final, o legislador de 2015 alterou a redação do anterior artigo 191, desmembrando-o em dois dispositivos, artigo 190 e artigo 191. Três importantes questões: 1. As "convenções processuais" – com fulcro no § 4.º –, a depender de seu objeto, deveria, necessariamente, ser celebrada entre Estado-juiz e as partes, técnica que diverge das premissas adotadas na dissertação, dado que o Estado-juiz não ostenta capacidade negocial. 2. As mudanças no procedimento pelas partes não adquiririam eficácia imediata, dependendo do consentimento do juiz. Vemos que não seriam tecnicamente "convenções processuais", mas atos integrativos (atos conjuntos), realizados em conjunto por Estado-juiz e partes, situação análoga à previsão do calendário consensual (artigo190, CPC). Restaria inviabilizada a adaptação procedimental por manifestação de vontade das partes, em virtude de o ato não vincular o magistrado. Mais uma vez, realçariam seus poderes em detrimento dos interesses das partes no tocante à disciplina dos atos jurídicos processuais *lato sensu*; 3. As convenções processuais, consoante as premissas ora adotadas, só teriam por objeto as situações jurídicas processuais – ônus, poderes, faculdades e deveres processuais – titularizadas pelas partes.

reconhece possibilidade e a licitude da limitação do impulso oficial e de poderes diretivos do Estado-juiz.

Por outro lado, a conformação das situações jurídicas processuais não interfere diretamente no tracejo do procedimento, não objetivando derrogar a regra legislada, no entanto, podem atuar na definição dos rumos do processo e automaticamente atingir os poderes do juiz. Na realidade, a doutrina aponta ser problemático enxergar "até que medida" podem as partes convencionar sem que a autonomia esbarre ou comprometa frontalmente legítima atuação do Estado. Esta é uma questão complicada, e que fica bastante evidente em sede dos acordos processuais na esfera probatória, porquanto interferem reflexamente na aplicação do direito material, já que intervém no suporte fático que incide a norma e, consequentemente, na noção de decisão justa.[599]

Pelas considerações anteriores, os limites das convenções processuais não estão nos poderes do Estado-juiz.[600] Residem, pois, nos seus pressupostos e requisitos de existência, validade e eficácia, além do núcleo intangível dos direitos fundamentais. Aí está toda a importância de se investigar os parâmetros para o preenchimento da cláusula geral de negocial processual, rumo à construção de modelos ou *standards* de comportamentos, que cumprem o papel de nortear o Estado-juiz na atividade de *concreção*[601] – e não *subsunção* (encaixe de conceitos fático e normativo) – ao realizar o controle das convenções processuais. As balizas do artigo 190 devem ser conjugadas com os requisitos específicos das convenções processuais típicas quando houver similitude entre os objetos e os efeitos pretendidos. Estas, por outro lado, também se submetem ao regramento genérico do artigo 190. Desse modo, o microssistema de negociação processual se interage dinamicamente, com coerência e fluxo sistêmico. A concretização da cláusula geral e a identificação de seus pressupostos operacionais e, por conseguinte, dos limites dos acordos processuais, são os principais desafios do próximo capítulo.

---

[599] Sobre as convenções processuais no campo probatório: V. GODINHO, Robson Renault. Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil. *Coleção Liebman/ Coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; CHATEAUBRIAND FILHO. *Negócio de acertamento: uma abordagem histórico-dogmática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004; Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior; Rinaldo Mouzalas. Distribuição do ônus da prova por convenção processual. In: *Revista de Processo*, n. 240. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015; MACEDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. In: *Revista de Processo*, n. 241. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

[600] Em sentido contrário: MULLER, Ivone. *Le contrat judiciaire en droit privé.* These pour le Doctorat en Droit. Paris: Université de Paris I Panthéon-Sorbonne,1995, p.300.

[601] ÁVILA, Humberto Bergmman. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In *Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século.* Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros (org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, p.435.

3. CONTROLE DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS: UMA PROPOSTA DE CONCRETIZAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DE NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL

3.1. Delimitação do objeto do capítulo

Nesse capítulo, será buscado o preenchimento da cláusula geral de negociação processual do artigo 190, CPC.[602] Por tratar-se de uma proposta de *concreção* (*Konkretisierung),* método interpretativo adequado para lidar com a técnica legislativa de enunciados na forma de cláusulas gerais,[603] o presente capítulo foi dividido em duas partes principais: i) o tratamento das diretrizes de interpretação do artigo 190, CPC; ii) a análise da extensão de seus pressupostos e consequências imprecisas (efeitos) do enquadramento da situação fática à hipótese normativa, sugerindo padrões de controle a serem adotados pelo Estado-juiz (artigo 190, parágrafo único, CPC).

Em decorrência, serão enfrentadas ao longo do estudo proposto as três questões sensíveis já suscitadas por José Joaquim Calmon de Passos em outrora: i) o consentimento livre e a declaração autorregrada de vontade das partes, ii) o exercício da autonomia dos litigantes para estipularem convenções processuais dentro dos limites traçados pelo ordenamento e quais seriam realmente esses limites; iii) a correspondência entre os efeitos pretendidos e a consequências alcançadas.[604] As balizas de controle apreciadas no capítulo convergem, outrossim, com a proposta de Leonardo Greco, ao identificar barreiras de contenção à autonomia das partes na celebração de acordos em matéria *processual*: (i) a possibilidade de autocomposição a respeito do próprio direito material posto em juízo ou a impossibilidade de que a convenção processual prejudique direito material indisponível ou a sua tutela; (ii) a

---

[602] Em que pese o legislador ter se valido do verbo "convencionar", o referido dispositivo comporta interpretação lógico-sistemática e deve ser interpretado em conjunto com a cláusula geral do artigo 200, sendo expressamente prevista a figura dos negócios jurídicos processuais bilaterais (e multilaterais) como aqueles unilaterais. Limitaremo-nos às convenções processuais, ainda que se reconheça a aplicação da cláusula aos negócios processuais decorrentes de apenas uma manifestação de vontade.

[603] MARTINS COSTA, Judith. *O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro.* Disponível em: www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4, acesso em: 17 nov. 2016.

[604] Partimos do raciocínio desenvolvido por J.J Calmon de Passos ao enfatizar que o tratamento dos negócios jurídicos deve pressupor o enfrentamento dessas três questões. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.31.

celebração por partes capazes – falaremos especificamente em capacidade processual somada à capacidade negocial sobre o processo –; (iii) o respeito ao equilíbrio entre as partes e a igualdade de oportunidades, para que uma delas, em razão da sua disposição ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem frente à outra quanto ao direito de acesso aos meios de ação e de defesa – prática dos atos processuais –; e (iv) a preservação dos princípios e garantias fundamentais do processo em seu núcleo essencial intangível.[605]

Serão examinados outros limites, visto que a margem de disposição de situações jurídicas processuais (faculdades, ônus, poderes, deveres e direitos) tende a ser mais ampla em relação à derrogação das regras do procedimento, onde há que se coordenar efetivamente interesses públicos e privados dentro do espaço público que é o processo. Sob essa ótica, parece-nos que os critérios acima servem, sobretudo, à primeira espécie (acordos processuais obrigacionais); todavia, podem ser incrementados por outros parâmetros de controle, os quais, embora devam ser aplicados às duas espécies, acrescentam mais aos acordos processuais dispositivos.[606]

A técnica do instituto está intrinsecamente relacionada com as teorias gerais dos negócios jurídicos e dos contratos do direito civil; no entanto, em razão da publicização do processo civil, ostentam características próprias. A fiscalização pautada em compreensões adequadas – que serão amadurecidas paulatinamente pela doutrina processual e pela jurisprudência a partir da acentuação da prática do mecanismo convencional – cumpre papel primordial no sentido de evitar o predomínio desmedido das partes no processo e no procedimento ou, a revés, o convite ao arbítrio do juiz ao se deparar com a pactuação e deixar de internalizá-la sem atender a regra da fundamentação analítica, se valendo dos critérios imprecisos da cláusula genérica como joguetes da argumentação jurídica, sem respeitar a coerência metodológica que orienta o instituto das convenções processuais. Estabelecer esse equilíbrio a partir da presente proposta de concretização da cláusula geral de negociação processual atípica (artigo 190, CPC), sugerindo padrões de controle (artigo 190, parágrafo

[605] No último tópico, Leonardo Greco também acrescenta os direitos e garantias da ordem pública processual. O tema será tratado no final do presente capítulo. *Instituições de processo civil - Introdução ao direito processual civil* vol. 1, 5. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp.61-62.

[606] A classificação *acordos processuais dispositivos* e *acordos processuais obrigacionais* não possui margem de adesão pela doutrina brasileira ou estrangeira. Não se verificou, durante a pesquisa, alguma proposta de classificação com adesão doutrinária significativa. Essa consiste em uma sistematização propostas por estudos realizados na Alemanha (Peter Schlosser) e na Suíça (Gerhard Wagner), sendo no Brasil trabalhada por Antonio do Passo Cabral na obra "Convenções processuais", referenciada na dissertação. Há de se notar, inclusive, que o artigo 190, CPC pode ter nela se inspirado, porquanto alude às convenções sobre situações processuais titularizadas pelas partes ou sobre o ajuste do procedimento às especificidades da causa.

único, CPC), consiste no principal objetivo do capítulo, afinado com a necessidade de previsibilidade e precisão dos limites e possibilidades do permitido no campo da convencionalidade processual.[607]

3.2. Diretrizes gerais de interpretação e controle

A interpretação das convenções processuais é orientada por diretrizes indispensáveis. Optou-se por primeiro tratar especificamente destas balizas interpretativas justamente porque são elas inicialmente observadas pelo Estado-juiz antes de adentrar na fiscalização de regularidade, sendo certo que nem todos os requisitos encontram-se abarcados no artigo 190 do CPC. Em contrapartida, algumas condicionantes do artigo 190, parágrafo único, ou mesmo simples elementos textuais, resultam da obrigatoriedade de certos vetores adiante referenciados, *e.g*., a "*manifesta situação de vulnerabilidade*", limite que materializa o princípio da igualdade e do equilíbrio contratual, bem como a colocação do advérbio de exclusão no trecho "recusando-lhes aplicação *somente* nos casos de [...]", o qual indica associação à pressuposição *in dubio pro libertate*. A diretrizes apresentadas servem para orientar todo percurso das convenções processuais e não somente ao exame de regularidade, mas sua efetivação concreta, além da averiguação sobre a correspondência das circunstâncias em que formulada com a realidade posterior, conservando as expectativas legítimas do momento da pactuação.

3.2.1. *In dubio pro libertate*: harmonização do princípio dispositivo e princípio do debate para a influência no processo. A prioridade da norma de base convencional

A primeira baliza se refere à asserção in *dubio pro libertate*. Para melhor compreendê-la, é necessário desvendar, ainda que rapidamente, seus fundamentos atuais de sustento e justificação. As conhecidas máximas *nemo iudex sine actore* e *iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet* deram origem ao princípio dispositivo, composto pela

[607] GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil - Introdução ao direito processual civil* vol. 1, 5a. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp.61-62.

propositura da ação e delimitação do objeto litigioso pelas partes *(Dispositionsmaxime)*[608] somado à condução do próprio procedimento, narrando os fatos simples e jurígenos e apresentando as provas capazes de confirmá-los, de forma a comporem o debate (*Verhandlungsmaxime),* permitindo-se, inclusive, a desistência da ação ou a renuncia à interposição de recurso, por exemplo. Disso se infere que o princípio dispositivo não se restringe ao ato da propositura da demanda, porquanto diz respeito à disciplina e às consequências obtidas no instrumento processual.[609]

Os modelos estanques, inquisitorial e adversarial ou publicista e privatista, obtiveram os seus contornos ideológicos, primordialmente, com base no segundo viés do princípio dispositivo (*Verhandlungsmaxime),* ora concedendo apenas às partes a onipresença na definição do tempo e nos rumos do processo, ora sendo atribuídos poderes instrutórios amplos e irrestritos ao Estado-juiz, o qual, sob a pecha de ser ativo, virou autoritário.

O princípio dispositivo em sentido processual ou *princípio do debate*[610] *(Verhandlungsgrundsatz)* é apontado como uma espécie de linha diretiva[611] de natureza preponderantemente técnico-política, que se amolda de acordo com os influxos ideológicos e interesses sócio-políticos em determinado momento histórico, em consonância com a herança cultural que permeia o sistema jurídico.

---

[608] Registramos que alguns autores se referem ao *princípio da demanda* ou *princípio da inércia da jurisdição* em detrimento do *princípio dispositivo*, este relacionado à iniciativa das partes sobre fatos e provas. Por todos: GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil*, vol.01, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp.511-513.

[609] As facetas do princípio dispositivo – *Dispositionsmaxime* e *Verhandlungsmaxime* – foram cunhadas pela doutrina alemã da segunda metade do século XIX, e podem ser traduzidas para o nosso contexto em *princípio da iniciativa das partes* e *princípio do debate*. Veja-se na literatura estrangeira: *"Pour s'en convaincre, il faut revenir à la source de l'expression « principe dispositif », qui se développe dans la doctrine allemande de la seconde moitié du XIX siècle, sous le terme « Dispositionsmaxime » - « principe de libre disposition ». L'expression désigne l'idée selon laquelle les parties sont libres de traduire en justice les droits dont elles ont la libre disposition. [...] En outre, la maxime de la libre disposition renvoie avant tout, en droit allemand, à l'idée selon laquelle il incombe aux parties et à elles seules de délimiter l'objet du litige. [...] En outre, un important courant doctrinal allemand distingue, à la suite du juriste allemand Gönner, d'un côté, le principe de disposition, la « Dispositionsmaxime », ainsi limitée à l'objet du litige et au déclenchement de la protection juridictionnelle et, d'un autre, côté, la Verhandlungsmaxime, principe de l'allégation et de l'apport des faits et des preuves par les parties. Ce second principe n'est plus directement substantiel ; il ne porte plus sur les charges des parties quant à la définition de l'objet du litige ; on met l'accent sur sa connotation procédurale et technique."* CHAINAIS, Cécile. Le principe dispositif: origines historique et droit comparé. In: L*e procès est-il encore la chose des parties? E. Jeuland et L. Flise (dir.)*, tome 65. Collection Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc, 2015, pp.10-11.

[610] A tradução não é literal. O *princípio do debate* foi introduzido por José Carlos Barbosa Moreira. O problema da "divisão do trabalho" entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: *Temas de Direito Processual Civil, 4. Série.* São Paulo: Saraiva, 1989, p.39.

[611] CHAINAIS, Cécile. Le principe dispositif: origines historique et droit comparé. In: L*e procès est-il encore la chose des parties? E. Jeuland et L. Flise (dir.)*, tome 65. Collection Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc, 2015, p.17.

Atualmente, em consequência da renovação dos escopos da jurisdição contemporânea e do prestígio aos preceitos éticos patrocinados pelo processo no paradigma do Estado constitucional, o princípio do debate assume nova configuração. O formalismo processual, cuja função é conter, e consequentemente, distribuir o poder no processo, encontra-se centrado na dignidade da pessoa humana, de que é corolário o direito fundamental de liberdade. Tendo em vista a necessidade dessa redistribuição de forças, promove-se a abertura de toda uma atmosfera de consagração da autonomia dos indivíduos, respeitando-se certos limites; até porque se não houvessem fronteiras para tanto, não seria equilíbrio de poder, mas resgate à moda antiga do privatismo.

São concedidos e fomentados outros novos espaços de autodeterminação das partes, tanto na iniciativa e na delimitação da demanda, quanto nas possíveis consequências (efeitos) produzidas pelos atos processuais, influenciando a definição da marcha e do desenho do instrumento propriamente dito. Mais uma vez, reitera-se que isso não remonta qualquer tipo de exclusão do Estado-juiz na gestão processual, muito pelo contrário, acentua o convite agregador aos litigantes para a cogestão e à comparticipação processual.[612] Trata-se de um contexto de divisão de forças, pressupondo simetria subjetiva durante o desenvolvimento do feito, conservando a assimetria necessária no momento da decisão.

No espaço pluriparticipativo, o magistrado desempenha a função fundamental de engajar e direcionar o debate rumo à construção da decisão justa, efetiva e tempestiva, em um ambiente controlado e de preservação dos direitos fundamentais.[613] A propósito, o Estado-juiz detém poderes suplementares de iniciativa, inclusive no campo probatório, sempre com objetivo de assegurar a adequada tutela de direitos dos cidadãos que batem nas portas do judiciário a fim de obterem provimento compatível com as suas necessidades. O CPC/2015, seguindo essa linha, concede tais poderes – típicos e atípicos – ao Estado-juiz em vários de seus dispositivos, entre eles, os artigos 139; 282; 283; 370; 380; 400 etc.

---

[612] NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais.* Curitiba: Juruá, 2012, p.202 *et seq*.

[613] A Corte Europeia de Direitos Humanos ratificou em 16 de outubro de 2007 o entendimento de que o princípio do dispositivo consiste no princípio de *iniciativa* e de *condução*, o que não retira do Estado a organização de um sistema jurisdicional apto a garantir a decisão justa e definitiva em processo de duração razoável, nos seguintes termos: ”*La Cour rappelle que même lorsqu'une procédure est régie par le principe dispositif, qui consiste à donner aux parties des pouvoirs d'initiative et d'impulsion, il incombe aux Etats contractants d'organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs juridictions puissent garantir à chacun le droit d'obtenir une décision définitive sur les contestations relatives à ses droits et obligations de caractère civil dans un délai raisonnable (arrêts Entreprises Robert Delbrassine S.A. et autres c. Belgique du 1er juillet 2004,§ 27, et Vocaturo c. Italie du 24 mai 1991)*”. Disponível em: http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-82716&filename=CEDH.pdf, acesso em 17 nov. 2016.

Dito isso, o princípio da iniciativa das partes – ou princípio da demanda –, quando conjugado com o princípio do debate *(Verhandlungsgrundsatz),* permite nos valermos da asserção *in dubio pro libertate*,[614] pressuposição que conta a favor do respeito à autodeterminação das partes,[615] possível de ser aplicada ao presente estudo dos acordos processuais no que alude à prioridade sistêmica favorável aos litigantes na disciplina procedimental[616]. De modo mais amplo, servirá de reforço hermenêutico,[617] em função da elevada carga axiológica albergada, pela validez dos acordos processuais dispositivos e obrigacionais.

Em virtude da premissa colocada, acentua-se o *ônus argumentativo* arcado pelo Estado-juiz a fim de inverter a lógica sistêmica[618] ao constatar a invalidade *in concreto* da convenção processual celebrada e trazida ao processo, não exercendo qualquer juízo de conveniência em relação ao ajuste processual. O *in dubio pro libertate* sugere que a norma jurídica convencionada obtenha preferência[619] em relação à regra legislada ou à inciativa do Estado-

---

[614] Edoardo Garbagnati, citado por Augusto Chizzini, compreendia que a asserção *in dubio pro libertate* atuava a favor do cidadão no processo, viabilizando o equilíbrio entre interesse público e privado. *"Un 'primo movimento' sul quale vorrei richiamare l'attenzione è dato dalla centrale questione circa il rapporto tra pubblico e privato nel processo civile, in altre parole dalla individuazione degli eventuali spazi di autonomia che elle parti se deve riconoscere nel processo. Se uma formula può representare con efficacia la proposta di Edoardo Garbagnati si potrà dire: in dubio pro libertate." Pensiero e azione nella storia del processo civile - Studi*. Seconda Edizione. UTET GIURIDICA, 2014, p.290 *et seq*.

[615] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.144.

[616] *"[...] in linea generale può affermarsi il canone ermeneutico per il quale nel dubbio la norma deva essere ritenuta non cogente, ma operi come canone residuale in mancanza di um diverso accordo delle parti. Potestà pubbliche, mediante norme cogenti, e potestà private, mediante accordi, concorrono nel definir ele regole processuali".* Augusto Chizzini, Konventionalprozess e poteri delle parti. In: *Rivista di Diritto Processuale, vol. LXX (II Serie), anno 2015.* Milano: Cedam, 2015, p.54.

[617] "Ressalvada alguma regra que imponha uma interpretação restritiva (artigo 114, CC/2002, p. ex.), na dúvida deve-se admitir o negócio processual." DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista brasileira da advocacia, RBA1*, vol. I, Revista dos Tribunais, 2016, p.74; na Alemanha: SCHLOSSER, Peter. *"[...] die Existenz einer les generalis zugunsten der individuellen Freiheit, verlangt für ihre Beschränkung eine lex specialis und zwingt zu deren restriktiver Interpretation." Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess*. J. C. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1968, p.2.

[618] "Seguindo a concepção do CPC/2015 de respeitar o autorregramento da vontade, em especial quando o tema são negócios processuais, o espaço para que o juiz recuse sua aplicação é consideravelmente estreito". GRECO. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

[619] Ao lecionar sobre os acordos das partes no processo civil, Peter Schlosser defende a "sentença" *in dubio pro libertate* em contraposição ao *in dubio pro autoritate*. No Estado democrático, cada ato do Estado deve ser examinado em sua cadeia de legitimação democrática. *Cf.:"Man kann auch nicht, wie Bettermann meint, in unserem Staat im dem jeder Akt der Staatsgewalt in eine demokratische Legitimationskette eingefugt sein muss ebensogut den Grundsatz in dubio pro autoritate vertreten. Auch die demokratisch legitimierte Staatsautoritat kann in einer unter dem Grundgesetz stehenden Rechtsordnung in die Freiheitssphäre der einzelnen nur eingreifen, wo ein nachweisbares öffentliches Interesse an dem Eingriff besteht. Der Satz in dubio pro libertate ist*

Juiz, o qual possui prerrogativas *suplementares*. Ao magistrado, enquanto um aplicador de normas jurídicas válidas, não cabe manifestar recusa de aplicar a norma jurídica de base negocial, a menos que arque com o ônus argumentativo e demonstre a irregularidade da convenção processual ou a violação às *posições subjetivas*[620] *de direito fundamental do processo em seu núcleo essencial*.

3.2.2. Contraditório-influência

O contraditório-influência perfaz outra baliza importante, sendo observado pelo Estado-juiz quando interpretar, controlar e internalizar as convenções processuais. O magistrado, ao perceber algum vício de validade, concederá em primeiro lugar espaço à manifestação prévia dos litigantes acerca da eventual irregularidade do acordo processual. Mesmo nas situações que for possível o conhecimento de ofício pelo juiz, situação das convenções processuais referentes à adaptação do procedimento a fim de atribuir maior efetividade à dinâmica do processo, a fiscalização pelo magistrado se submete ao dever de prevenção enquanto emanação do contraditório participativo[621] e da boa-fé processual, com fulcro no artigo 7º e artigo 10, CPC. O contraditório deve ser assimilado em sua dimensão democrática[622] e influenciadora,[623] cumprindo o papel essencial de vedar o protagonismo ao viabilizar o espaço de diálogo

aber nichts anders als eben diese Einsicht aus der Perspektive des Betroffenen." Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess. J. C. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1968, p.10.

620 "[...] se, grosso modo, dispor de um direito fundamental significa que um titular dele abre mão, é fácil concluir que ele apenas pode fazê-lo em relação às posições subjetivas que titulariza. Não se pode abrir mão de algo cuja titularidade não se possui. Em assim sendo, o conceito de disposição de direitos fundamentais refere-se à parcela subjetiva de um direito fundamental". MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis – os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida.* Tese de Doutorado em Direito Público, premiada pela CAPES no ano de 2011. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2010, p.60.

621 GRECO, Leonardo. Contraditório efetivo (artigo 7º). In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 15, 2015, pp.299-310. Disponível em: http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16874, acesso em 04 dez. 2016.

622 GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro, Aide, 2001, p.119.

623 PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p.98.

cooperativo no processo.[624] Ademais, encontra-se voltado à vedação de "decisões surpresas", não sendo possível que o Estado-juiz decida, em qualquer grau de jurisdição, respaldado em fundamento a respeito do qual não se tenha concedido a oportunidade de as partes se manifestarem, ainda que versada alguma matéria cognoscível de ofício.[625] A norma subjacente ao artigo 10, CPC é combinada com a regra do artigo 489, § 1º, CPC sobre a fundamentação das decisões judiciais – filtro de verificação do contraditório como potencialidade de influência –. Ao elencar as situações em que a decisão judicial não será considerada motivada, é exigido que o magistrado respeite o dever de fundamentação, correlato ao princípio do contraditório.[626]

No tocante às convenções processuais, percebe-se que o magistrado deve levar em consideração todo o arsenal argumentativo apresentado pelas partes no sustento da validade do ajuste processual, sendo desmotivada e, por conseguinte, alvo de embargos declaratórios (artigo 1.022, parágrafo único, inciso II, CPC), a decisão judicial que declarar a irregularidade das convenções processuais caso não enfrente diretamente os argumentos postos pelas partes. Postura colaborativa do magistrado implica na situação de quando reconhecer alguma invalidade do acordo processual, de sorte a resultar em prejuízo à defesa de qualquer parte (artigo 282, § 1º e artigo 283, parágrafo único, CPC), seja concedido o prazo de 15 dias, em analogia ao artigo 321, CPC a fim de oportunizar a regularização dos termos pelos convenentes, para só assim, caso não seja sanado o vício, proferir decisão que negue a internalização à relação processual.

3.2.3. Igualdade: para além da paridade de armas e a importância da atividade jurisprudencial na consolidação de padrões decisórios

Também a igualdade em seu viés substancial – artigo 7º, CPC, artigo 5º, *caput* e inciso I, CF – constitui premissa inarredável à verificação da margem de negociabilidade processual e o efetivo controle das convenções processuais pelo Estado-juiz. Para afinar o instituto em destaque com o direito fundamental de igualdade em um grau satisfatório, é importante entender

[624] CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.216.

[625] *Cf.* o Enunciado 259 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): "A decisão referida no parágrafo único do artigo 190 depende de contraditório prévio".

[626] CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2016, pp.17-18.

que sua dimensão vai além da paridade de armas, porquanto abarca: i) a análise *concreta* de alguma situação externa que possa representar desequilíbrio ao exercício do direito de ação e de defesa no processo, ii) a igualdade de oportunidades durante o desempenho das posições jurídicas processuais equilibradas (concepção dinâmica); iii) bem como a compreensão institucional do direito como unidade, refletido pela coerência das decisões judiciais. Nos valemos das lições de Rafael Sirangelo de Abreu,[627] nas quais o autor sistematiza o princípio da igualdade em três dimensões complementares de efetivação: i) igualdade para o processo – situações externas à relação processual, mas que possam vir a influenciá-la –; ii) igualdade no processo – equivalente ao princípio da paridade de armas –; iii) igualdade pelo processo (*intra caso*) – interligada à função institucional do processo civil de conferir unidade ao direito pela coerência das decisões judiciais –.[628]

A previsão específica da proteção ao vulnerável, conforme consta no artigo 190, parágrafo único, CPC consiste em manifestação da proteção da igualdade no e para o processo, seja na análise dos acordos processuais prévios ou interlocutórios. A questão da vulnerabilidade, âmbito de extensão e possíveis consequências serão analisadas em tópico específico. Realmente, a igualdade cumpre papel de filtro limitador das convenções processuais, questão que exige do Estado-juiz uma postura vigilante[629] para constatar se as partes se colocam e manifesta situação de desvantagem no processo ou fora dele, mas com possíveis repercussões, seja situações de dependência, inferioridade econômica ou qualquer circunstância que possa criar uma desigualdade concreta hábil a ensejar a intervenção do Estado-juiz no sentido de negar validade ao ajuste processual.

Outro aspecto relevante é incidência da igualdade em sua faceta viabilizadora da formação de padrões decisórios pelo Poder Judiciário. Esse terceiro viés do princípio da igualdade (igualdade pelo processo) diz respeito à imprescindibilidade de uniformização das decisões judiciais acerca de matéria específica e o respeito pelos demais órgãos judiciais ao entendimento firmado. No âmbito das convenções processuais, principalmente aquelas atípicas, a necessidade de padronização interpretativa fruto de um debate maduro e participativo se faz

---

[627] Igualdade e Processo: posições processuais equilibradas e unidade do Direito. *Coleção: O Novo Processo Civil* - Diretor. MARINONI, Luiz Guilherme. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, pp.248-249.

[628] Igualdade e os negócios processuais. *Negócios Processuais - Coleção Grandes Temas do Novo CPC,* Coord. Geral DIDIER JR., Fredie, Coord. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Salvador: Juspod*iv*m, 2015, p.21.195.

[629]GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

fundamental, porquanto em razão de esta prática ser pautada em permissivo legal genérico, isto é, em cláusula geral, a construção de posicionamentos consolidadas pela jurisprudência no tocante ao alcance semântico dos elementos que veicula se faz determinante ao adequado desempenho do instituto, devendo servir de balizas às situações que apresentarem características similares.[630] Concede-se à jurisprudência, com respaldo nos estudos doutrinários, a tarefa de criar parâmetros hermenêuticos que possam viabilizar o desenvolvimento do mecanismo convencional, atribuindo segurança jurídica e maior previsibilidade à pauta de negociabilidade processual atípica e a sua medida.[631]

Nessa perspectiva, os órgãos judiciais devem se preocupar com a *coerência das decisões*, e no que toca ao tema em foco, com a construção de parâmetros interpretativos racionais para a concreção da cláusula geral de negociação processual, artigo 190, CPC. Obviamente, isso levará algum tempo, tendo em vista que requer maior amadurecimento da sociedade em relação ao mecanismo e certa transformação cultural, que aliás já vem sendo operada no campo dos métodos consensuais voltados a dirimir o próprio conflito, como é notório o estímulo e a aderência à utilização de técnicas de mediação e conciliação, por exemplo.[632]

Tornou-se acentuada a tônica da consensualidade, e é nesse cenário que se inserem as convenções processuais, importante ferramenta que agrega novos e diferentes espaços de *consensualidade* somados à *convencionalidade*, contribuindo no resgate pelos cidadãos da autonomia individual entregue nas mãos do Estado. Opiniões precipitadas, sem reflexões aprofundadas sobre as conquistas simbolizadas pelo instituto e o seu papel crucial ao incremento do acesso à justiça, não são suficientes para que se sustente a impossibilidade de concretizá-lo na medida de sua potencialidade. Sendo assim, a *construção* de padrões decisórios, que servirão para orientar os juízes quando analisar, interpretar e controlar as

---

[630] Lucas Buril de Macêdo analisa a concretização da cláusula geral do devido processo legal e o papel importante do preenchimento pela jurisprudência consolidada em "A concretização direta da cláusula geral no devido processo legal processual no supremo tribunal e no superior tribunal de justiça. In: *Revista de Processo*, vol. 216, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 377-398", chegando a conclusões que servem de alertas ao operador da cláusula geral do artigo 190.

[631] Sobre a importância da jurisprudência consolidada para moldar as condutas humanas: CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. *In: Revista de Processo*, vol. 221, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp.14-17.

[632] Por exemplo, além do próprio artigo 3º, §§ 2º e 3º do CPC, nos termos do artigo 1º, parágrafo único da Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público, consiste em dever o membro do Ministério Público a orientação ao cidadão sobre os mecanismos disponíveis. Insta esclarecer que a Resolução n. 118, editada em 27 de janeiro de 2015 estabelece a política nacional de incentivo à autocomposição no âmbito da instituição ministerial.

convenções processuais, devem resultar de discussões amadurecidas, fruto de argumentos coerentes e debates já estabilizados. Nessa linha, o preenchimento da cláusula geral de negociação processual em concreto deve seguir um procedimento racional, em que sejam consideradas as situações anteriores semelhantes, de forma que o Estado-juiz permaneça sempre atento à congruência sistêmica e o papel de direcionar comportamentos *pro futuro*. A boa prática exige coerência jurisprudencial, mas antes disso, será influenciada pela boa formação de padrões interpretativos, evitando os riscos à insegurança jurídica, decorrentes da proliferação de posicionamentos isolados e eivados de subjetivismos.[633]

3.2.4. Boa-fé e cooperação processual: previsibilidade, clareza e certeza do conteúdo convencionado e dos efeitos produzidos. O respeito à confiança e às expectativas legítimas geradas pela convenção processual

Os princípios da boa-fé processual (artigo 5º, CPC) e da cooperação (artigo 6º, CPC) são normas estruturantes do processo civil contemporâneo. Correspondem a emanações do contraditório-influência e, por decorrência, ao mesmo tempo que atuam como fontes de direitos processuais, instituem certos *padrões leais de conduta* aos sujeitos do processo.[634] A consagração do princípio da boa-fé processual traduz o resultado da irradiação da boa-fé objetiva originalmente do direito privado, invadindo todos os ramos da ciência jurídica. Não poderia ser diferente no campo do processo civil, onde a confiança do jurisdicionado não é depositada apenas nos fins a serem alcançados pelo instrumento, mas, outrossim, nos meios

[633] Com arrimo nas lições de Larissa Gaspar Tunala ao tratar da boa-fé objetiva como técnica de cláusula geral em: *Comportamento processual contraditório: a proibição do venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro.* Salvador: Juspodivm, 2015, pp.69-70

[634] É conhecida a discussão provocada por Juan Montero Aroca em "Sobre El mito autoritario de la buena fe procesal. In: *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Coord. Juan Montero Aroca, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp.294-336", onde visualiza a correspondência entre boa-fé processual e processo autoritário, tendo em vista que o instituto elevaria a figura do Estado-juiz acima das partes, vez que somente a elas seriam impostos deveres de conduta. O autoritarismo, segundo essa visão, estaria no fato que de a parte deveria atentar-se aos deveres de colaboração esquecendo dos interesses particulares no conflito. Também argumentam que a inserção da boa-fé processual se deu em legislações promulgadas durante regimes autoritários. Compreendemos que as premissas são incorretas, e da mesma maneira o conceito de boa-fé, que impõe deveres de conduta a todos os partícipes do processo. José Carlos Barbosa Moreira já afirmara que a promulgação de lei em regimes autoritários não é suficiente para considerá-la autoritária. Como exemplo, faz menção à Lei da Ação Popular (LAC) - Lei n. 4.717/65-, promulgada no período da ditadura militar brasileira. El Neoprivatismo no Proceso Civil. *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos,* Coord. Juan Montero Aroca, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp.199-216.

leais e legítimos que permitem se chegar a resultados justos. A boa-fé promove a estabilização do vínculo jurídico estabelecido entre as partes, protegendo as expectativas legítimas criadas pelos sujeitos, sem que estas sejam quebradas por comportamentos contraditórios posteriores.[635] É responsável por atribuir retidão ao desenvolvimento do processo, de modo a conduzi-lo ao resultado satisfatório e eticamente orientado. Como dito, os padrões leais de conduta são impostos para todos os sujeitos processuais. Quanto à participação das partes, são identificados em sede doutrinária os seguintes: i) dever de lealdade; ii) dever de proteção; iii) dever de esclarecimento.[636]

Conforme o primeiro, não se pode litigar de má-fé, sob pena de sanção (artigo 79 a 81, CPC), devendo respeitar a ética processual, atuando com sinceridade e destemor.[637] O segundo dever relaciona-se com a vedação de condutas temerárias acarretando danos injustificados à parte contrária, *e.g.*, o manejo de execução injusta, onde haverá responsabilidade objetiva do exequente (artigo 776, CPC).

No tocante ao terceiro, a parte deve atuar no processo por meio de manifestações claras e precisas, notadamente em sede de petição inicial, momento de delimitação do objeto litigioso *(res in iudicium deducta)*, sob pena de inépcia (artigo 330, §1º incisos II e IV, CPC). Do mesmo modo, o objeto das convenções processuais também deve ser claro, preciso e determinado, imprimindo previsibilidade ao vínculo formado e segurança no tocante ao conteúdo e consequências produzidas.

A *proibição do venire contra factum proprium* e a *vedação ao abuso de situações jurídicas processuais* perfazem dois vetores interpretativos essenciais das convenções processuais, ambos decorrentes da boa-fé. Vale destacar que o primeiro (*venire*) se refere à

---

635 CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.241.

636 DIDIER, JR., Fredie. Das normas processuais civis. In: *Comentários ao Novo Código de Processo Civil.* Coord.: Antonio do Passo Cabral; Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.20.

637 Ibid, p.17. Nas palavras de Judith Martins-Costa, "Na proibição do *venire* incorre quem exerce posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente, verificando-se a ocorrência de dois comportamentos de uma mesma pessoa, diferidos no tempo, sendo o primeiro (*factum proprium*) contrariado pelo segundo. Consiste, pois, numa vedação genérica à deslealdade [...]" Prosseguindo, a autora enumera as suas condicionantes obrigatórias: a) identidade de partes, ainda que por vínculo de sucesso ou representação; b) a situação contraditória se produza em uma mesma situação jurídica ou entre situações jurídica estreitamente coligadas; c) a primeira conduta (*factum proprium*) tenha um significado social minimamente unívoco; d) que o *factum proprium* seja suscetível de criar fundada confiança na parte que alega o prejuízo, confiança essa a ser averiguada segundo as circunstâncias, os usos aceitos pelo comércio jurídico, a boa-fé, os bons costumes ou o fim econômico social do negócio; e)o caráter vinculante da primeira conduta no sentido de ser um comportamento ocorrido no âmbito de uma situação jurídica que afete uma esfera de interesses alheia, de tal modo que tenha induzido a outra parte a confiar em que tal conduta fosse índice ou definição de uma certa atitude do seu parceiro frente a essa mesma situação jurídica. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In: Revista Forense, vol. 376, 2004, p.110; p.121.

proibição do exercício de uma situação jurídica incompatível em relação ao comportamento anterior (*factum proprium*), responsável por incutir na parte a expectativa legítima de sua manutenção.[638] No direito processual, converge com a noção de preclusão lógica.

Nas "tratativas preliminares",[639] por exemplo, ainda não houve a celebração da convenção processual, os sujeitos, até momento, não externaram o consentimento hábil a ensejá-la. No entanto, em que pese não se autovinculem pela inexistência da vontade emitida quanto à formalização das tratativas, a situação pode ocasionar expectativas legítimas, e por isso, pode ser possível, *in casu*, recorrer à proibição do *venire contra factum proprium* se alguma das partes – em negociação – adotar, no processo referenciado nas tratativas preliminares, comportamento a elas contraditório.

Uma observação: a concepção de boa-fé objetiva, que atua na estabilização das relações e o resguardo da confiança legítima, deve ser analisada à luz do processo enquanto relação complexa e dinâmica, continuamente influenciado por circunstâncias que possam modificar o cenário das tratativas iniciais. Agir de boa-fé não significa que as declarações posteriores estejam presas ao passado, até mesmo porque no momento de aproximações negociais ainda não existe a previsibilidade e a clareza fruto da formalização do ajuste processual. Sendo assim, a aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* é casuística e requer exame apurado. A vedação do *venire* incidirá com mais força quando o acordo processual existir e for descumprido pela parte, porém, permanece a necessária investigação concreta.

No *abuso de posições (ou situações) jurídicas processuais*, uma situação relacionada seria o fato de os convenentes firmarem acordo visando a prorrogação excessivamente ampla de algum prazo, vindo a ocasionar violação do direito fundamental à duração razoável, configurando um desvio de finalidade com relação ao instrumento processual, i. e., a tutela tempestiva de direitos. Ademais, deturpa as funções precípuas das convenções processuais, que alia a autonomia das partes no autorregramento dos atos processuais para a cogestão processual, a fim de fornecer maior qualidade ao meio e aos resultados.

Certamente que o enquadramento de eventual abuso de posições jurídicas processuais demandará, assim como na hipótese acima, análise casuística e atenta do magistrado. Helena

---

[639] Não nos referimos às convenções preliminares, que possuem vinculatividade. Nesse sentido, Antonio do Passo Cabral: "Não se pode confundir convenção preliminar com as tratativas preliminares. As tratativas negociais não contêm vontade negocial direcionada a conformar situações processuais ou alterar o procedimento; são apenas uma etapa da deliberação sobre a possibilidade de celebração de um negócio jurídico. " Sobre a incidência dos deveres laterais de cooperação e boa-fé nas tratativas preliminares: "No entanto, embora sem consentimento negocial, as tratativas preliminares representam uma atividade convencional, mostrando que os acordos podem-se formar em caráter progressivo. Por isso, atraem certos deveres laterais de boa-fé e cooperação, podendo gerar responsabilidade". *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.266; p.264.

Najjar Abdo fornece alguns parâmetros de aferição: a) desvio de finalidade com relação aos objetivos do sistema jurídico, ao mecanismo utilizado e efetivamente os fins almejados pelo agente; b) falta de seriedade da conduta, ilicitude e ilegitimidade do escopo almejado; c) lesividade à administração da justiça; d) presença do elemento subjetivo.[640] Além de orientar a atuação das partes, a boa-fé processual impõe deveres ao magistrado para estimular a manutenção do ambiente processual dialético, participativo e cooperativo, o qual pressuponha divisão de tarefas e distribuição de *responsabilidades*. O Estado-juiz observará, nesse sentido, *padrões leais de conduta*.[641] Cuidam-se de deveres inerentes ao modelo de "juiz leal", alçados pelo princípio do contraditório-influência. São eles: i) dever de esclarecimento; ii) dever de prevenção; iii) dever de consulta e; iv) dever de auxílio.[642]

Analisar-se-á brevemente cada um deles tentando trazê-los ao contexto das convenções processuais. O dever de esclarecimento consubstancia-se no esclarecimento do Estado-juiz perante as partes. Trata-se de uma via de mão dupla, estabelecendo um canal comunicativo entre partes e Estado-juiz. No campo dos acordos processuais, o magistrado deverá exercê-lo quando um ponto do ajuste não tenha ficado claro ou se verificar a falta de preenchimento de algum requisito de validade. Em qualquer caso que surgir dúvida, o magistrado deverá providenciar o esclarecimento junto às partes, para só depois definir a questão, evitando a tomada de decisões precipitadas e solipsistas. Já o dever de prevenção é operado de mão única pelo juiz para com as partes, que deve enviar "alertas" com o fito de sinalizar a necessidade de adequação das manifestações pelo uso inadequado do processo. Assegura o direito de o litigante ser ouvido e poder influir na decisão judicial posterior. Similarmente ao dever de esclarecimento, efetiva-se quando apontada eventual irregularidade da convenção processual ou a cessação de seus efeitos.

O dever de consulta encampa a atuação do magistrado sobretudo para evitar a prolação de decisões surpresas, mesmo quando a matéria for cognoscível de ofício. Constitui a base da fundamentação analítica; é principalmente do dever de consulta que se extrai o necessário enfrentamento do arsenal argumentativo dos litigantes, não podendo a decisão se respaldar em fundamento sem prévia manifestação das partes. Por fim, o *dever de auxílio* relaciona-se com

---

[640] ABDO, Helena Najjar. O abuso do processo. In: *Coleção Estudos de Direito de Processo – Enrico Tullio Liebman, vol. 60*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp.253-254.

[641] FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal*. Tese de Doutoramento. Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, 2015.

[642] SOUSA, Miguel Teixeira. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2. ed. Lisboa: LEX, 1997, pp.65-68; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual.* Salvador: Juspodivm, 2013, p.215.

a promoção da igualdade substancial no processo, voltado a reajuste de eventuais as posições desequilibradas. Como restará demonstrado, a capacidade processual negocial impõe a inexistência de manifesta situação de vulnerabilidade, de modo que o magistrando não poderá conhecer de qualquer acordo processual, que, no caso concreto, coloque uma das partes em posição desproporcionalmente desvantajosa. O dever de auxílio determina o exercício dos poderes do Estado-juiz para reequilibrar posições processuais assimétricas.

Vale destacar que não há como se exigir situações de igualdade plena entre os litigantes em razão da própria diversidade entre as pessoas inseridas no debate processual, seja de natureza cultural, econômica, técnica etc. Todavia, caberá ao Estado-juiz garantir e zelar pela *igualdade de oportunidades* para o exercício da influência argumentativa. Para viabilizá-la é primordial identificar as condições desvantajosas no debate. A igualdade processual pressupõe condutas ativas do juiz e do legislador na promoção e na manutenção do equilíbrio dos sujeitos no processo.[643]

3.2.5. Respeito à coerência e ao fluxo sistêmico: o microssistema de negociação processual e a interpenetração simbiótica de convenções processuais típicas e atípicas

Prosseguindo, é possível visualizar a existência de um microssistema de negociação processual, cujo núcleo é composto pelo artigo 190, CPC e pelo artigo 200, CPC. Pelo fato de ambos veicularem cláusulas abertas passíveis de concretização, encontram no próprio sistema em que figuram, auxílio hermenêutico para aferir a validade e eficácia dos acordos processuais atípicos, com base nos limites concedidos pela legislação de 2015 aos acordos processuais típicos.[644] Nesse passo, o *microssistema de negociação processual* adquire coerência e movimentação cadenciada em função de também os pressupostos e requisitos do artigo 190, *caput* e parágrafo único, CPC não se aplicarem restritamente às convenções processuais atípicas, como pode parecer após a leitura do dispositivo, mas também às convenções processuais típicas. Da mesma forma, os acordos processuais típicos contribuem para o controle dos acordos processuais atípicos em razão de representarem certos modelos legalmente

[643] Sirangelo de. Igualdade e Processo: posições processuais equilibradas e unidade do Direito. *Coleção O Novo Processo Civil*. MARINONI, Luiz Guilherme (dir.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.85.

[644] DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista brasileira da advocacia, RBA1*, vol. I, Revista dos Tribunais, 2016, p.68.

tipificados[645] que, se pertencentes ao mesmo subsistema dos acordos atípicos, podem suplantar os requisitos comuns da cláusula geral quando a convenção atípica obedecer a mesma lógica funcional e consequencial. Antonio do Passo Cabral denomina a presente compatibilidade de uma convenção processual atípica em relação ao "grupo convencional" que possa pertencer de "índices dos tipos"[646] (método tipológico).

Essa interação sistêmica é fundamental, inclusive acentua a legitimação da convenção processual atípica pelo próprio sistema normativo, haja vista que, em virtude de pertencer ao mesmo setor tipológico, pode ser necessária a utilização de novos filtros de fiscalização pelo Estado-juiz. É uma lógica que traz vantagens para as partes por dar mais previsibilidade sobre a possibilidade de ser internalizada ao processo uma convenção processual atípica pertencente a agrupamentos ou setores específicos (exigindo os mesmos requisitos de formação e controle).[647] Nesse passo o microssistema opera com coerência, buscando aperfeiçoamento racional e antevisão desde o momento da celebração pelas partes. Portanto, são duas as conclusões: i) os pressupostos e requisitos do artigo 190 e artigo 200 são aplicáveis a quaisquer acordos processuais, sejam típicos ou atípicos; ii) as convenções processuais atípicas devem ser formuladas e controladas à luz dos critérios especiais dos ajustes típicos se compartilharem a mesma lógica e finalidade, impedindo-se que por meio daquelas se possa fraudar os limites legalmente tipificados.[648]

Ao ter a possibilidade de acrescentar ao controle da validade das convenções processuais atípicas os filtros subjetivos e objetivos específicos do grupo setorial ao qual entenda o magistrado a elas atrair, este deverá naturalmente motivar especificamente sua decisão de regularidade (colabora na formação de padrões de conduta) ou irregularidade (agravamento do ônus argumentativo em função da prioridade operacional *in dubio pro libertate*), confrontando as semelhanças e as dissemelhanças entre ambos e justificando o posicionamento adotado. O Estado-juiz detém o ônus argumentativo de demonstrar que a

---

[645] A expressão é de Antonio do Passo Cabral. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.333.

[646] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais.* Salvador: Juspodivm, 2016, pp.333-335, com esteiro na doutrina de Pedro Pais de Vasconcelos, autor lusitano que escreveu importante tese sobre as formas de integração e interpretação dos contratos atípicos. (*Contratos atípicos*. 2. ed., Coimbra: Almedina, 2009). A contribuição do direito civil é significativa. O CC/2015 contém autorização expressa sobre contratos atípicos, no artigo 425.

[647] Análise curiosa sobre os requisitos de formação e conteúdo dos negócios jurídicos processuais foi feita por Marco Paulo Denucci Di Spirito. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual. In: *Revista de direito privado*, vol.63, ano 16, São Paulo: RT, 2015.

[648] No mesmo sentido: BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.198.

desconsideração do requisito legalmente tipificado poderia macular a interação e a lógica sistêmica, dando espaço para burlas sobre espécies de convenções processuais atípicas direcionadas à finalidade próxima e que desvendam características similares aos acordos tipificados. As partes devem se manifestar a respeito da questão levantada pelo Estado-juiz, exercendo a dialética inerente ao contraditório.

3.3. Planos de existência, validade e eficácia

Conforme exposto no segundo capítulo, os fatos jurídicos em sentido amplo comportam avaliação em três planos consecutivos: i) plano da existência, ii) plano da validade e; iii) plano da eficácia.[649] Para que o fato jurídico *lato sensu* exista no mundo jurídico, basta que haja o preenchimento dos elementos constitutivos do suporte fático e a incidência do preceito normativo concretamente.[650] Já no plano da validade, dependem da manifestação de vontade livremente direcionada pelo sujeito: situação que alude aos atos jurídicos em sentido lato: os atos jurídicos em sentido estrito e os negócios jurídicos.

No plano eficacial, será verificada a aptidão de produzirem efeitos, isto é, se existe algum obstáculo extrínseco que detenha o condão de impedir a completude do ciclo de perfeição do ato jurídico.[651] Nos negócios jurídicos em geral, a vontade – analisada sob o prisma da validade – é externada para a realização do ato – escolha da categoria jurídica –, quanto para a conformação dos efeitos pretendidos nos limites autorizados pelo ordenamento jurídico, submetendo-se, de modo semelhante aos atos jurídicos *stricto sensu*, ao sistema de invalidades,

[649] O exame dos fatos jurídicos demanda avaliação nesses três planos, sendo possível apontarmos a existência de: i) fatos jurídicos válidos e eficazes; ii) fatos jurídicos inválidos e eficazes; iii) fatos jurídicos inválidos e ineficazes; e, obviamente, iv) fatos jurídicos válidos e eficazes. É importante destacar as combinações entres os planos da existência, validade e eficácia só são possíveis, porquanto a norma jurídica contém em seu suporte fático elementos que determinam o enquadramento de cada componente do suporte fático em cada um dos três degraus. Esse é o principal motivo que, ao escrever acerca do assunto, Pedro Henrique Nogueira registrou ser "imprescindível identificar na norma jurídica cada elemento do seu suporte fático para assim, ser possível: a) examinar quais os elementos determinantes para que o fato jurídico exista juridicamente; e b) quais os elementos determinantes da sua perfeição, capazes de torna-los válidos e eficazes. *Negócios jurídicos processuais.* Salvador: Juspodivm, 2016, p.34.

[650] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado,* parte geral, tomo IV. Rio de Janeiro, Borsói, 1954, p.2.

[651] PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil,* vol. III. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, p.32.

sendo anulados se apresentarem irregularidades.[652] Avançando, demonstramos ser possível nos valer, com adequações necessárias, da sistematização dos fatos jurídicos em geral, porquanto são conceitos lógico-jurídicos pertencentes à teoria geral do direito; sem retirar, certamente, a imprescindibilidade de se dedicar estudos aprofundados especificamente sobre o tema no processo.[653] No que toca o objeto do trabalho, a principal conclusão é a possibilidade de se conceber e sistematizar os negócios jurídicos processuais, sendo a manifestação da vontade daqueles que os celebram determinantes para a prática do ato processual em si, como também para a determinação ordenada de seus efeitos processuais imediatos.

Partindo da concepção de que a convenção processual seria espécie de negócio jurídico processual bilateral ou multilateral, comportariam o exame à luz dos planos da existência, da validade e da eficácia, investigação que deve ser realizada pelo Estado-juiz ao efetuar o controle previsto no artigo 190, parágrafo único, CPC. Abordaremos em sequência quais seriam tais pressupostos e requisitos, trazendo-os, com determinadas adaptações, ao âmbito do direito processual civil.

3.4. Consentimento e referibilidade ao processo

São pressupostos de existência a *manifestação de vontade autorregrada* (consentimento) e o *objeto* (referibilidade da convenção processual ao processo).[654] Por se tratar de espécie de negócio jurídico processual que pressupõe bilateralidade, exige-se a presença de dois ou mais sujeitos atuando como partes que manifestam vontades *convergentes,* externando o consentimento autorregrado com relação à prática da conduta e à ordenação dos efeitos. Percebe-se, como dito, que o consentimento dos sujeitos não se encerra na liberdade de inciativa, vale esclarecer, na escolha sobre praticar ou não o ato processual em si, posto que

[652] "Tenhamos sempre presente que a validade e a invalidade (nulidade, anulabilidade) só diz respeito aos negócios jurídicos e aos atos jurídicos *stricto sensu*. Não há atos-fatos jurídicos válidos, ou não válidos. Nem atos ilícitos, ou fatos jurídicos *stricto sensu*". PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado,* parte geral, tomo IV. Rio de Janeiro, Borsói, 1954, p.4.

[653] Já demonstramos não ser este o objeto do trabalho. A abordagem é introdutória e cumpre tão somente a função de inserir as convenções processuais como espécies de negócios jurídicos processuais, suscetíveis ao controle de validade.

[654] Com base na doutrina de Robson Renault Godinho. Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil. *Coleção Liebman/ Coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.127.

envolve a liberdade de regulação, isto é, a estruturação dos efeitos processuais a serem produzidos consoante a vontade das partes da convenção processual.[655]

As premissas operacionais do instituto decorrem do rompimento do dogma da irrelevância da vontade relativamente à disciplina dos atos processuais, de modo que a própria definição de ato processual *lato sensu* adotada como uma das principais proposições teóricas desse estudo, admite que o consentimento, revelado pela vontade declarada[656] das partes – no caso dos negócios processuais bilaterais e multilaterais (convenções processuais) – seja suficiente para se ajustar os efeitos dos atos processuais.

Geralmente as partes do acordo processual correspondem aos polos da relação processual, no entanto, nem sempre isso acontecerá. Há uma diferença entre partes da convenção processual e partes da demanda. Dentro dessa ótica, pode ser que, exemplificadamente, o acordo pré-processual seja realizado por apenas alguns dos litisconsortes com a parte adversária no processo, ou o acordo processual incidental seja praticado por sujeitos pertencentes aos mesmo polo da demanda para, por exemplo, convencionarem a respeito da forma de rateio das custas processuais, de honorários advocatícios ou de honorários do perito em caso de sucumbência parcial ou total. Sob tal perspectiva, basta que a parte da convenção processual apresente *capacidade processual negocial* (vista adiante) para então celebrá-la,[657] sendo irrelevante se elas corresponderão exatamente às partes da relação processual presente ou potencial.

Em resumo, as partes dos acordos processuais podem corresponder às partes do processo – hipótese mais comum –, podem ser apenas alguns dos sujeitos da lide – em caso de litisconsórcio –, e ainda há possibilidade de pertencerem ao mesmo polo da demanda (ativo ou passivo), conforme mencionado anteriormente.

Além de tais variações colocadas como exemplo, as partes do ajuste processual podem

---

[655] TALAMINI, Eduardo. *Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais.* Disponível em: http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+osnegocios+juridicos, acesso em 22 nov 2016.

[656] São reconhecidos pela doutrina os acordos processuais tácitos. Os recortes deste trabalho não englobam o tratamento dos acordos processuais tácitos, sejam por omissão ou por algum tipo de manifestação de comportamento contraditório. Sobre o tema: CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais.* Salvador: Juspodivm, 2016, pp.259-262. Na nota 372 nos referimos sobre o tema à doutrina de Guilherme Laje Faria (*Negócios processuais no modelo constitucional de processo. In: Coleção Eduardo Espínola*. Salvador, Juspodivm, 2016, p.72.).

[657] "Deduz-se, assim, que o termo "parte", para fins do artigo 190 do CPC, possui conotação própria, que não se confunde com os conceitos de parte material e parte processual, aproximando-se ao sujeito processual". BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.203.

nunca vir a ser "partes do processo" a que se refira a convenção processual, caso seja prévia e não haja conflito.

A capacidade processual negocial será vista com detalhes logo adiante ao adentrarmos no plano da validade. No que se refere ao plano de existência, em que se afere apenas a presença dos elementos constitutivos do suposto fático normativo ou "elementos essenciais", basta a manifestação da vontade (consentimento) autorregrada direcionada à estruturação dos efeitos processuais específicos (vontade de resultado),[658] somada à referibilidade ao processo, para que assim a convenção possa "existir".

No que se refere ao objeto – alteração do procedimento legal e disposição de situações jurídicas processuais titularizadas pelas próprias partes do ajuste –, de maneira similar à capacidade processual negocial e à vontade validamente manifestada (sem vícios, não defeituosa), sua licitude, possibilidade e determinabilidade serão examinadas no plano da validade.

3.5. Requisitos de aferição da validade e da eficácia das convenções processuais

Preliminarmente, é relevante tecer algumas considerações gerais que precedem ao tratamento dos requisitos de validade. Merece lembrança o fato de que as convenções processuais ostentam *autonomia* em relação ao instrumento negocial em geral, raciocínio análogo à convenção de arbitragem (artigo 8º, Lei n. 9.307/1996), a qual é independente do contrato subjacente.[659] Desse modo, eventual invalidade do negócio de direito material não macula, necessariamente, a convenção processual.[660] Também é possível sua *invalidação parcial* caso a irregularidade constatada seja autônoma, de parte do acordo processual e não acarrete vício à pactuação processual por inteiro. Podemos afirmar, desse modo, que o vício de

[658] TEIXEIRA DE SOUSA, Miguel. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997, p.193.

[659] *Cf.* o Enunciado 409 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): "A convenção processual é autônoma em relação ao negócio em que estiver inserta, de tal sorte que a invalidade deste não implica necessariamente a invalidade da convenção processual".

[660] Corretamente, acrescenta Diogo Assumpção Rezende de Almeida: "A autonomia das cláusulas é um incentivo para se buscar a regularização da parte viciada do negócio jurídico, haja vista não intimidar o contratante lesado por uma cláusula específica, que poderá vê-la invalidada sem o risco de que todo o contrato vá pelo mesmo caminho". *A Contratualização do Processo – das convenções processuais no processo civil.* São Paulo: LTr, 2015, pp.118-119.

parte do ajuste não é capaz, *per si*, de provocar a invalidação total do instrumento convencional.[661]

Ademais, outra questão que orienta o exame de validade das convenções processuais corresponde à aplicação do sistema de invalidades processuais. Isso porque o negócio processual é celebrado com o objetivo de produzir efeitos processuais, que se veem, em regra, concretizados quando proposta a demanda, sendo formada a relação jurídica processual. Dentro desse contexto, as invalidades processuais devem ser aplicadas adequadamente, assim como as invalidades de direito material.

Em algumas situações, será preciso realizar adaptações quanto aos requisitos de validade do direito processual e do direito material. Uma das principais repercussões, mencionada no segundo capítulo, refere-se ao princípio da instrumentalidade das formas. O instituto das convenções processuais seguirá a lógica do sistema de invalidades dos atos processuais, não havendo decretação de nulidade (invalidação do ato) sem prejuízo (artigo 282, § 2º e artigo 283, CPC), regra não incidente no campo material.[662]

Feitas as considerações necessárias, passaremos à análise dos requisitos que atribuem validade ao mecanismo, sendo eles de três ordens distintas, com esteio na teoria dos negócios jurídicos e seguindo a lógica da teoria dos contratos, com adequações para o direito processual: (i) requisito subjetivo; (ii) requisito objetivo; (iii) requisito formal. Destarte, constitui requisito subjetivo a capacidade processual negocial necessária para que os convenentes possam emitir as suas vontades validamente.

Tendo em mente que o acordo processual nasce do encontro de vontades das partes que o celebram, a capacidade processual negocial seria a "aptidão para consentir".[663] Assim, analisaremos o consentimento dentro desse primeiro grupo, juntamente com a capacidade para realizar convenções processuais. Objetivamente, o acordo processual será considerado como

---

[661] DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista brasileira da advocacia, RBA1*, vol. I, Revista dos Tribunais, 2016, p.68. *Cf.* o Enunciado 134 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): "Negócio jurídico processual pode ser invalidado parcialmente".

[662] "Cuidando-se, porém, de um negócio jurídico de natureza processual, há que se atentar para o regime jurídico que este ramo do direito estabelece para as nulidades, especialmente para a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas. Deste modo, ainda que descumprido um determinado requisito de validade da convenção processual, não há que se decretar a sua nulidade se não houver prejuízo ao interesse a ser protegido por aquela específica formalidade. Imagine-se, por exemplo, um acordo processual firmado por menor não representado ou assistido, que redistribui o ônus da prova de modo favorável ao incapaz; nesta hipótese, fica claro que a convenção não trouxe qualquer prejuízo aos interesses do incapaz, não havendo razão para a sua invalidação". ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, no prelo.

[663] PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*, vol. III. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, p.28.

válido quando seu objeto for lícito, possível, determinado ou determinável. Por fim, o terceiro e último requisito alude à forma a ser observada pelos acordos processuais que, a princípio, são estabelecidos livremente.

3.5.1. Capacidade processual negocial

Primeiramente, iremos tratar da *capacidade das partes* para após examinar a capacidade exigida à celebração de convenções processuais. É cediço que a *capacidade das partes* consiste na possibilidade de participar da relação processual, seja em nome próprio ou alheio. Trata-se de um pressuposto processual, sem o qual o processo não poderá se desenvolver validamente, porquanto não há, como regra, um processo sem autor e réu.

A *capacidade das partes* comporta a seguinte divisão: *capacidade de ser parte, capacidade de estar em juízo e capacidade postulatória*.[664] Em regra geral, a capacidade das partes – ou capacidade processual *lato sensu* – segue o mesmo raciocínio da capacidade no direito civil (capacidade civil), podendo ser parte do processo todos aqueles que tiverem capacidade jurídica, e atuar em juízo, titularizando de forma autônoma situações jurídico-processuais, aqueles que possuem capacidade de fato, também conhecida por capacidade de exercício. Contudo, não é essa uma premissa sempre exata.

A *capacidade de ser parte* corresponde à possibilidade de uma pessoa física ou jurídica ou ente despersonalizado figurar como autor ou réu no processo. Note-se que a capacidade de ser parte não é idêntica à capacidade civil. Por isso, dizemos que, muito embora os entes despersonalizados não possuam personalidade jurídica, ostentam *personalidade judiciária* para ser parte processual.

Prosseguindo, a *capacidade de estar em juízo* se traduz na possibilidade de a parte titularizar situações jurídicas processuais, seja autonomamente ou mediante representação, visto que relacionada com a prática dos atos processuais. A capacidade de atuar em juízo é conhecida por *capacidade processual stricto sensu* ou "legitimidade processual" (*legitimatio ad processum*),[665] e exige a capacidade civil.

---

[664] THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, vol. I. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.274.

[665] LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil.* 3. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005, p.127.

Já a *capacidade postulatória* diz respeito à necessidade de os litigantes serem assistidos por advogado devidamente habilitado. Corresponde a uma determinação constitucional (artigo 133, CF) e legal (artigos 1º, inciso I, e artigo 3º da Lei n. 8.906/96 e artigos 103 a 107, CPC).

Na perspectiva do direito civil, a incapacidade de fato (absoluta ou relativa), é suprida pelos institutos da assistência e representação (artigos 3º e 4º do CC), assim como no direito processual, em que um absolutamente ou relativamente incapaz, ainda que genericamente possua a aptidão de titularizar direitos processuais (capacidade de ser parte), deve ser regularmente assistido ou representado para figurar em juízo (*legitimatio ad processum, capacidade processual stricto sensu*).

Nessa ordem de ideias, a pessoa (física ou jurídica, regularmente constituída) que se encontrar no exercício de seus direitos, possui capacidade de atuar como parte e estar em juízo (artigo 70, CPC), vez que apresenta capacidade judiciária, de forma que o incapaz, contanto que devidamente representado ou assistido por seus pais, tutor ou curador na forma da lei, possui capacidade processual (artigo 71, CPC).

Já se notou que a *capacidade judiciária* não se restringe às pessoas físicas ou jurídicas, pois abarca os entes despersonalizados, podendo ingressar em juízo desde que legalmente representados (artigo 75 incisos V, VI, VII, IX, CPC): o condomínio (representado pelo administrador ou síndico), o espólio (representado pelo inventariante), a massa falida (representado pelo administrador judicial), a herança jacente ou vacante (representada pelo curador), sociedades e associações irregulares e outros entes organizados sem personalidade jurídica (representado pelo administrador de seus bens) e a massa do insolvente civil (representado pelo administrador judicial), com fulcro na previsão do CPC/1973, mantida pela regra transitória do artigo 1.052, CPC.[666]

No que se refere à capacidade de celebrar convenções processuais, o *caput* do artigo 190, CPC prescreve que os convenentes devem ser *partes plenamente capazes*. No entanto, não esclarece qual seria o tipo de capacidade em referência, se a capacidade de exercício do direito civil, a capacidade processual *stricto sensu* (pressuposto processual de validade), uma conjugação de ambas, ou se à capacidade processual deveria se somar à capacidade postulatória. Na doutrina processual tradicional e atual são encontrados posicionamentos variados.

---

[666] Também é o caso, *v.g*., do eleitor maior de 16 anos que, apesar de não ser plenamente capaz, poderá ajuizar a ação popular sem ser representado, logo, dispõe de capacidade processual autonomamente. Nesse sentido: DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. I, 18 ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p.310; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público.* Salvador: Juspodivm, 2016, p.223. Ressalta-se que, por outro lado, pode haver capacidade civil, sem que haja capacidade processual *stricto sensu*, como o réu preso revel, bem como ao réu revel citado por edital ou com hora certa, enquanto não for constituído advogado (artigo 72, inciso II, CPC).

Primeiramente, José Carlos Barbosa Moreira afirmou que a capacidade para realizar convenções processuais seria civil quando prévias, não sendo necessário capacidade postulatória, uma vez que o instituto convencional deveria seguir os mesmos requisitos do negócio jurídico a ela subjacente. Caso sejam interlocutórias, a capacidade exigida é a processual.[667] Dessa maneira se posicionou Diogo Assumpção Rezende de Almeida, ao argumento de que a capacidade depende do momento em que for celebrado o acordo processual: se for pré-processual, será regida pelo direito material; se houver litispendência, a capacidade passa a ser processual (partes plenamente capazes).[668]

Pedro Henrique Nogueira chega a uma conclusão análoga, malgrado não compreenda haver negócio processual antes da litispendência, e sim negócios jurídicos sobre o processo. Por isso, a capacidade para negociar sobre processo ou procedimento futuro seguiria o direito material.[669] Jaldemiro Ataíde Júnior e Rinaldo Mouzalas[670] entendem que a capacidade seria processual, na linha de Marcelo Pacheco Machado.[671] Já Fredie Didier Jr.[672] e Lorena Miranda Santos Barreiros[673] sustentam que a aptidão em referência é especial, porquanto alia-se à inexistência de *manifesta situação de vulnerabilidade*, posicionamento o qual se corrobora. A

---

[667] "Para a celebração válida de convenção sobre matéria processual será necessária a capacidade civil ou bastará a capacidade para ser parte? Ao nosso ver, em princípio deve optar-se pelo segundo termo da alterativa, salvo restrição que decorra de alguma regra jurídica especial. Não parece haver razão, por exemplo, para que se negue ao espólio, ou ao condomínio, que seja parte num processo, a possibilidade de convencionar com o litigante adverso a suspensão do feito, ou o aditamento da audiência de instrução e julgamento. Doutrina autorizada sugere uma ressalva para as convenções que se celebram em contemplação de processo futuro, geralmente embutidas em negócio jurídico de direito material: essas se subordinariam aos mesmos requisitos atinentes ao negócio a que aderem. " BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual, In: *Temas de Direito Processual, 3. série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p.94.

[668] ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A Contratualização do Processo – das convenções processuais no processo civil.* São Paulo: LTr, 2015, p.130.

[669] "Aos *negócios jurídicos sobre o processo*, aplica-se apenas o regime de direito material. Até o momento da litispendência, conforme as premissas já expostas anteriormente, não há propriamente negócios processuais. Eventual invalidade, por nulidade ou anulabilidade, há de ser arguida segundo as regras de direito material. A partir do momento em que o procedimento tem início, aplica-se ao negócio o regime jurídico processual". NIGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.235.

[670] MOUZALAS, Rinaldo; ATAÍDE JÚNIO, Jaldemiro Rodrigues. Distribuição do ônus da prova por convenção processual. In: *Revista de Processo*, v. 240. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.408.

[671] MACHADO, Marcelo Pacheco. A privatização da técnica processual no projeto do novo Código de Processo Civil. In: *Novas tendências do processo civil: Estudos sobre o projeto do novo código de processo civil*, vol. 4, Salvador: Juspodivm, 2014, p.346.

[672] DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista brasileira da advocacia, RBA1*, vol. I, Revista dos Tribunais, 2016, pp.70-73.

[673] BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público.* Salvador: Juspodivm, 2016, pp.233-240.

vulnerabilidade indicada pelo dispositivo será tratada adiante.

Com efeito, parece-nos que o qualitativo subjetivo exigido no artigo 190, *caput*, CPC não seria a capacidade civil, que é mais restrita em relação à *legitimatio ad processum*. As convenções processuais se referem a um processo (referibilidade) e nele produzem seus os efeitos, sendo suscetíveis ao regime de invalidades processuais e interpretadas de acordo com princípios e institutos próprios. Portanto, é mais coerente relacionar o requisito subjetivo de validade à capacidade processual ou *legitimatio ad processum*. Tal constatação é de ordem prática, pois vimos que entes despersonalizados possuem capacidade processual e, por essa razão, podem, se adequadamente representados, atuar na condição de parte de acordos processuais, ainda que a eles seja vedada a prática negocial na esfera do direito material.[674] Ocorre que, para a realização de ajustes processuais, não basta o agente possuir capacidade processual, mas, outrossim, de não se encontrar em situação de *manifesta vulnerabilidade*. Desse modo, a *capacidade negocial processual* se afina com a capacidade processual, porém é mais rigorosa.

Uma situação que requer atenção envolve a aptidão das pessoas casadas para pactuarem acordos processuais na hipótese do artigo 73, CPC e artigo 1.647, inciso II, CC. No especificamente, o cônjuge precisa do consentimento do outro para propor ação real imobiliária, salvo se casados sob o regime de separação total de bens. Disso se deflui que a *capacidade negocial processual* do cônjuge para celebrar acordo processual na presente hipótese é específica, pois condicionada ao *consentimento integrativo* do outro cônjuge (outorga conjugal). Caso seja inobservada a exigência legal, o magistrado deve determinar prazo razoável para o demandante sanar o vício sobre a capacidade negocial processual especial, sob pena de invalidação.

Sobre a *assistência de advogado* devidamente habilitado, parece-nos que a capacidade processual negocial seja suficiente, de modo a não a englobar. Seria bastante complicado condicionar a validade de um acordo processual prévio à supervisão de um advogado, até mesmo porque este geralmente é celebrado em conjunto com disposições materiais, e se as partes do negócio podem dispor do direito material, podem convencionar relativamente ao instrumento.[675] Além disso, os ajustes processuais típicos prévios mais recorrentes na prática,

---

[674] YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *Negócios Processuais, Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, Coord. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira, Salvador: Juspodivm, 2015, p.75

[675] Na mesma vertente, Trícia Navarro Cabral: "Não se ignora o receio que a falta de capacidade postulatória possa comprometer de forma fulminante a produção dos efeitos desejados pelas partes. No entanto, se o sujeito pode dispor sobre o próprio direito material sem advogado, não seria razoável exigir a presença do referido profissional

entre eles a cláusula de eleição de foro e o pacto de arbitragem, não necessitam de advogado, ainda que seja extremamente recomendado o auxílio técnico profissional. Até o momento, algumas ponderações: a capacidade postulatória não se faz necessária às convenções processuais prévias, que geralmente seguem outras obrigações contratuais de cunho material;[676] já as convenções processuais incidentais demandariam a assistência técnica de advogado,[677] principalmente pelo fato de a relação processual ter sido formada e o procurador ter sido devidamente constituído pelas partes.

Destarte, vimos no capítulo anterior ser mais comum durante a litispendência a pactuação de convenções processuais com objeto atinente a alterações do procedimento para melhor ajustá-lo às idiossincrasias da demanda. Mas não só por esse motivo é que nos parece necessária a assistência por advogado, vez que também contribui para esclarecer as consequências do acordo, consegue trazer maior equilíbrio, gerando segurança e estabilidade. O auxílio do profissional da advocacia é fundamental; além do mais, não seria plausível a constituição de advogado para atuar no processo e este não participar de negociações envolvendo o próprio processo em tramitação.[678]

Quando a parte tiver o *jus postulandi* – patrocínio em causa própria, *v.g.*, Justiça do Trabalho (v. súmula 425/TST) e Juizados Especiais nos casos previstos em lei – não será obrigatória a presença do advogado, ainda que altamente recomendada. Parece-nos que nas hipóteses de dispensa de advogado – convenções processuais prévias e dispensas legais –, o Estado-juiz deve agir com maior rigor, porquanto a falta de assistência técnico-jurídica pode

---

para a disposição sobre atos de natureza processual, de caráter instrumental ao próprio bem da vida em questão, embora assuma, sem dúvida, o risco e a responsabilidade pela produção de efeitos dentro do processo". *Convenções em matéria processual*. In: *Revista de Processo*, n.241. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

[676] José Carlos Barbosa Moreira também compreende que, em relação aos acordos processuais prévios, a capacidade postulatória não se faz necessária; "É indubitável que, para as convenções celebradas extrajudicialmente, não se exige a capacidade postulacional, de modo que as partes podem agir por si mesmas, sem mediação de advogado". Convenções das partes sobre matéria processual, In: *Temas de Direito Processual, 3. série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p.94. Antonio do Passo Cabral registra que a assistência de advogado é imprescindível quando o próprio negócio de direito material a exigir, como é o caso da realização de inventário, partilha ou divórcio por escritura pública lavrada em cartório (Lei n. 11.441/2007). Antonio do Passo Cabral. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.279.

[677] Em posicionamento contrário, Lorena Miranda Santos Barreiros entende não ser necessária a participação de advogado nas convenções processuais interlocutórias, tampouco nas de cunho preparatório, ainda que seja recomendável sob o ponto de vista da efetividade do negócio processual. *Convenções processuais e poder público.* Salvador: Juspodivm, 2016, p.228, nota de citação n.115.

[678] Nesse sentido: José Carlos Barbosa Moreira. Convenções das partes sobre matéria processual, In: *Temas de Direito Processual, 3. série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p.94; Antonio do Passo Cabral. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.279.

ser um indício de vulnerabilidade.[679] Trata-se de fator determinante à prática salutar do mecanismo convencional. Impende destacar que o advogado deve contar com a outorga de poderes especiais para a celebração de convenções processuais no nome daqueles aos quais presta a assistência jurídica. Este não é um poder inerente à cláusula *ad judicia* (artigo 105, CPC).

3.5.1.1. Capacidade processual negocial: a posição do incapaz assistido ou representado

A previsão sobre a capacidade plena do artigo 190, CPC sugere uma outra indagação relevante referente à possibilidade de celebração da convenção processual pelo civilmente incapaz (artigo 3º e 4º, CPC), ainda que regularmente representado ou assistido.[680] A maior parte da doutrina processual se posiciona contrariamente à atuação do incapaz como parte, mesmo nas situações de regular suprimento da incapacidade pela assistência ou pela representação.[681] Por outro lado, existem autores que entendem ser possível.[682] Este trabalho

[679] Conforme o Enunciado n. 18 do FPPC "Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica". Perceba-se que mesmo nos casos em que a lei não determinada a presença de advogado, há uma tendência de ser constatada a vulnerabilidade técnica da parte desprovida de assistência jurídica – o que não se recomenda em nenhum dos casos –. O indício também existirá não só nas convenções que alterarem o procedimento, como naquelas em que as partes regulam as situações jurídicas processuais por elas titularizadas.

[680] ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, no prelo.

[681] Por todos: CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2016, p.124 ("Fica claro, pela leitura do dispositivo, que apenas partes capazes podem celebrar negócios processuais, não sendo válida sua celebração por incapazes, ainda que representados ou assistidos"); CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Negócios jurídicos processuais: uma nova fronteira? In: Revista do Advogado, ano XXV, n.126, 2015, p.81: "O dispositivo em comento também prevê que os negócios jurídicos processuais podem ser estipulados por "partes plenamente capazes", excluindo, por conseguinte, do âmbito do artigo 190 os negócios jurídicos processuais que necessitem da atuação do Ministério Público como fiscal da lei, em razão de nele figurarem partes absoluta ou relativamente incapazes".

[682] "Merece especial atenção a alusão, feita no artigo 190 do CPC/15, à necessidade de que sejam tais negócios celebrados por pessoas plenamente capazes. Tal previsão conduz à indagação sobre as consequências de acordo processual celebrado por incapaz, mesmo estando regularmente representado ou assistido. Parece-nos ponderável o raciocínio de que a disposição do artigo 190 do CPC/15 estabelece hipótese de nulidade processual, que pelo direito processual – e à luz de seus princípios – deve ser interpretada. Logo, o negócio celebrado por – absolutamente ou relativamente – incapaz, devidamente representado ou assistido, existe e será reputado válido. A nulidade do negócio apenas será decretada, no caso específico, se houver prejuízo ao incapaz. " ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Manual de direito processual civil.* 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, no prelo.No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, vol. I, 18 ed., Salvador: Juspodivm, 2016, p.390; CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais. Salvador: Juspodivm, 2016, pp.276-266; Leonardo Carneiro da Cunha. Comentário ao artigo 190. In: *Comentários ao novo Código de Processo*

segue a segunda posição, tendo em vista que os institutos da assistência e da representação valem justamente para alçar o incapaz em equiparação aos sujeitos plenamente capazes. Vale lembrar que os processos que versarem sobre interesse de incapaz exigem a presença do Ministério Público, nos termos do artigo 178, inciso II do CPC. O *parquet* atua no resguardo do incapaz e, se a convenção processual lhe for desvantajosa e desproporcional apontará o defeito (invalidade) de ordem objetiva. Nessa circunstância, o problema será a ilicitude do objeto do ajuste processual em prejuízo ao incapaz,[683] mas não a invalidade por inobservância de requisito subjetivo.

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015) – conhecida por Estatuto da Pessoa com Deficiência[684] – promoveu modificações em vários segmentos normativos, notadamente no Código Civil no que concerne ao instituto da capacidade civil e ao regime da curatela (artigo 1.767, CC).

Antes da reforma, o artigo 3° do Código Civil prescrevia que seriam considerados absolutamente incapazes para exercer autonomamente os atos inerentes à vida civil: i) os menores de 16 anos; ii) as pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem discernimento suficiente para a prática desses atos e; iii) as pessoas que não puderem exprimir a sua vontade, mesmo que por circunstância provisória. Depois da alteração implementada pela Lei n. 13.146/2015, o artigo 3º, CC passou a reputar somente ao menor de 16 anos (critério etário) a condição de absolutamente incapaz, de modo que a deficiência (física, metal e sensorial) não mais acarreta a incapacidade plena do agente com deficiência. Nesse passo, foi acrescentado o inciso III ao rol dos sujeitos relativamente incapazes (artigo 4º, CC), sendo assim consideradas as pessoas que, por causa de ordem transitória ou permanente, não puderem exprimir a sua vontade. Nessa ótica, a regra vigente é a de que a pessoa com deficiência possui capacidade para a prática dos atos da vida civil; a curatela será constituída apenas excepcionalmente, verificada as necessidades e circunstâncias apresentadas por cada situação (artigo 84, §3º c/com artigo 85, *caput* e §2º da Lei n.

Civil, Antonio do Passo Cabral; Ronaldo Cramer (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.326.

[683] Tanto que Leonardo Greco assim assevera: "Isso não significa que os titulares de direitos indisponíveis não possam praticar atos de disposição, tanto no sentido de atos prejudiciais quanto de atos decisórios, mas apenas que não podem praticar os que, direta ou indiretamente, possam prejudicar ou dificultar a tutela desses direitos". GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

[684] O artigo 2º definiu o deficiente físico ou mental como aquele que, "por impedimento de *longo prazo* de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação *plena e efetiva* na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas".

13.146/2015). Em função de a legislação estabelecer que a deficiência não afeta, em regra, a capacidade da pessoa, é plenamente possível de atuarem na posição de celebrantes de convenções processuais, inclusive, pode ser um meio de conquista de maior espaço e oportunidades quanto aos resultados do processo e o modo de condução do procedimento. Imperioso que se perceba a mudança de postura do Estado em relação aos portadores de deficiência, despindo-se da vestimenta "Estado-paternalista" e reducionista, para volver a importância do estímulo de posições equiparadas, com igualdade de condições às demais pessoas (artigo 84 da Lei n. 13.146/2015).[685]

Com efeito, o artigo 116 da Lei n. 13.146/2015 implementa o instituto da *tomada de decisão apoiada (TDA)*, partindo de um paradigma diverso da curatela, pois incrementa o respeito à autodeterminação da pessoa apoiada – beneficiário do apoio –, não representando restrição da capacidade civil, mas a ela um suporte louvável. A *tomada de decisão apoiada (TDA)* não se encontra restrita ao deficiente mental, envolvendo todos: deficientes físicos, mentais e sensoriais, sendo adequada nas situações em que se depararem com limitações para a execução de atos negociais ou qualquer dificuldade na manifestação de vontade. Para a obtenção do termo de TDA, os sujeitos com deficiência indicam em juízo ao menos duas pessoas idôneas com as quais mantenham vínculos e gozem de sua confiança, no intuito poderem apoiá-los na tomada de decisões em certos atos da vida civil, fornecendo-lhes elementos e informações necessárias para exercerem a capacidade (artigo 1.783-A, CC). A TDA obtém respaldo em termo homologado judicialmente – sendo averbado em Cartório de Pessoas Naturais –, o qual delimita o apoio, define os apoiadores, determina a forma de participação dos auxiliares nos negócios, além de firmar o prazo de vigência do suporte prestado. O termo será constituído após o devido requerimento da pessoa a ser apoiada (artigo 1.783-A, §2º, CC).

Oportuno reiterar que a tomada de decisão apoiada não é o mesmo que a representação. Em verdade, traduz um acompanhamento para decisões que versam sobre contratos, negócios jurídicos, compromissos, declarações e decisões envolvendo questões econômicas e patrimoniais. O procedimento de constituição do termo de TDA exige a oitiva prévia do Ministério Público (§3º do artigo 1.783-A do CC); outrossim, contará com a assistência de equipe multidisciplinar, de modo que o magistrado deverá se atentar às manifestações de

[685] RIBEIRO, Iara Pereira. *A capacidade civil da pessoa com deficiência intelectual. Direito civil contemporâneo II* [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza, Orlando Celso Da Silva Neto, Otavio Luiz Rodrigues Junior – Florianópolis: CONPEDI, 2015, p.122.

vontade do requerente, tal como das pessoas que possivelmente lhe prestarão o apoio. Quanto à produção dos efeitos da decisão apoiada, deverá se condicionar, por imposição do § 4º do artigo 1.783-A do CC, à obediência dos limites impostos no termo constituído.

Também o deficiente apoiado poderá realizar acordos processuais, desde que o objeto do ajuste esteja compreendido dentro dos limites do termo do apoio concedido. Recomenda-se, com arrimo na redação do artigo 1.783-A, § 5º do Código Civil, que os convenentes solicitem que os apoiadores contra-assinem a convenção e especifiquem, por escrito, sua função e limites em relação ao auxiliado. Prescreve o parágrafo 6º do mesmo dispositivo que se o negócio jurídico – entenda-se também o processual – trouxer risco ou prejuízo relevante, havendo divergência de opiniões entre a pessoa apoiada e um dos apoiadores, deverá o Estado-juiz, ouvido previamente o Ministério Público, decidir a questão.

3.5.2. Capacidade processual negocial: a manifesta situação de vulnerabilidade como requisito subjetivo negativo

Como mencionado, a capacidade processual não é suficiente para a aferição da capacidade processual *negocial*. À *capacidade processual* (leia-se: capacidade de estar em juízo autonomamente, representado ou assistido) soma-se um requisito negativo de validade de ordem subjetiva, que concretiza o direito fundamental de igualdade enquanto paridade de armas[686] especificamente no plano das convenções processuais: a manifesta situação de vulnerabilidade.[687] Dessa maneira, a aptidão para a celebração de convenção processual é específica, pois exige a capacidade *processual*, vista no tópico anterior, como também a capacidade *negocial processual, ou seja, a aptidão subjetiva de conformação do conteúdo e dos efeitos dos atos processuais.*

Ao controlar a convenção processual, o Estado-juiz deve aferir se os celebrantes possuem capacidade processual (pressuposto subjetivo positivo) e não se encontram em manifesta situação de vulnerabilidade (pressuposto subjetivo negativo), de sorte a poderem

[686] FOSSIER, Thierry. La procédure civile et les personnes vulnérables. In: *Vulnérabilité et droit: le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit. COHET-CORDEY, Frédérique (Dir.).* Grenoble: Presses Universitaires de Grenoble, 2000, pp.272-273.

[687] Na mesma linha: Lorena Miranda Santos Barreiros. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.233 e seguintes; Fredie Didier Jr. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista brasileira da advocacia*, RBA1, vol. I, Revista dos Tribunais, 2016, p.70.

firmar o acordo. A validade dependerá da existência de equilíbrio entre as partes, sendo um *dever* do Estado-juiz zelar pela igualdade processual, como consta nos artigos 7º e 139, inciso I, CPC.[688]

Por uma noção ampla, a vulnerabilidade demonstra uma fragilidade humana em circunstâncias especiais, ou seja, um estado provisório ou permanente que enfraquece os sujeitos onde há configuração de desequilíbrio relacional. Para tutelar as relações jurídicas envolvendo tal característica, digna de atenção pelo Estado, foram criados, com base, outrossim, na Constituição, diplomas normativos esparsos regulamentando as possíveis situações do vulnerável frente às demais pessoas, *v.g.*, o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) – Lei n. 8.069/90) –, a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006), o Código de Defesa do Consumidor (CDC) – Lei n. 8.078/91 –, o referido Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei n. 13.146/15 –.

Ressalta-se que o artigo 4º, inciso I, CDC, dispõe sobre o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado como pilar da política nacional das relações de consumo. O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor serviu de fundamento ao legislador para criar normas protetivas,[689] que materializaram essa condição a partir do desenvolvimento de técnicas de regulação das relações de consumo.[690] Segundo as lições de Claudia Lima Marques, reconhecer a vulnerabilidade do consumidor é adotar uma noção instrumental para guiar e iluminar a formulação e a aplicação de normas protetivas de reequilíbrio com fundamento na igualdade.[691] São algumas delas, *v.g.*: a previsão da responsabilidade objetiva do fornecedor (artigo 14, CDC), a responsabilidade solidária dos fornecedores por vícios – de qualidade e quantidade – do produto (artigo 18, CDC), a interpretação das cláusulas contratuais favoravelmente ao consumidor (artigo 47, CDC), a inversão do ônus da prova se no caso concreto for observada a hipossuficiência e a verossimilhança das alegações (artigo 6º, inciso VIII, CDC), a previsão de um rol não taxativo das cláusulas abusivas (artigo 51, CDC), entre outras.

---

[688] Fredie Didier Jr. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista brasileira da advocacia*, RBA1, vol. I, Revista dos Tribunais, 2016, p.73.

[689] MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.120.

[690] MARQUES, Claudia Lima. *Observaciones y propuestas sobre las reglas generales y el campo de aplicación del proyecto de convención interamericana de derecho internacional privado sobre la ley aplicable a algunos contratos de consumo de Brasil Parte I*. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/art1consideracionesgenerales4-env_lima_marques.pdf, acesso em: 05 jan. 2017.

[691] Idem.

Vale registrar que a vulnerabilidade não retira a capacidade negocial do consumidor, apenas acarreta certas consequências que regem essa relação. A propósito, o artigo 18 § 2º demonstra, por exemplo, que o próprio Código de Defesa do Consumidor incentiva a negociação ao prever que as partes podem convencionar quanto ao prazo para que o vício do produto seja sanado, no que indica certas limitações temporais. Inclusive, a norma também é aplicável aos contratos de adesão, devendo ser convencionada em separado e por meio de manifestação clara e expressa do consumidor aderente.

Prosseguindo, cabe questionar se a vulnerabilidade no plano material impede a realização de acordos em matéria de processo e de procedimento. É cediço que a vulnerabilidade a qual norteia a aplicação das normas do CDC não influencia na marcha do processo.[692] Isso se comprova pelos critérios ensejadores da inversão do ônus da prova, mencionados acima, porquanto somente repercutem no processo contanto que constatados *in casu*.

No âmbito das convenções processuais, a *manifesta situação de vulnerabilidade* do artigo 190 aponta mais para o sentido técnico-jurídico, considerada nas situações em que o celebrante não possui o conhecimento suficiente sobre o conteúdo e as consequências ocasionadas pelo acordo processual[693], ou ainda, se após o acordo processual, tornar-se impossibilitado de praticar os atos processuais nas mesmas condições em que quando assumidos, prejudicando o direito de ação e de defesa da parte. Percebe-se que nem a vulnerabilidade material é suficiente para ensejar o reconhecimento sobre a incapacidade processual negocial, e nem sempre a parte que se encontrar em manifesta situação de vulnerabilidade no plano processual corresponderá a um vulnerável considerado pela lei material. Para identificar a capacidade processual negocial, o mais correto é examinar o contexto do ajuste processual e o nível de informação das partes,[694] capazes de emitir o consentimento livre e informado.

---

[692] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: *Temas de direito processual*, 1. série. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988, p.64; TARUFFO, Michele. Considerazioni sulle prove per induzione. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 64, 2010, p.1.167.

[693] No mesmo sentido: "a vulnerabilidade a que se refere o dispositivo ocorre em situações de manifesto desequilíbrio entre as partes, sobretudo do ponto de vista técnico. Nestes casos, é possível que uma das partes aceite dada convenção processual sem ter a exata noção dos prejuízos que podem ser causados à defesa de seus interesses em juízo". ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*, 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, no prelo.

[694] TARTUCE, Fernanda. *Vulnerabilidade processual no novo CPC*. Disponível em: http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/01/Vulnerabilidade-no-NCPC.pdf, acesso em 12 dez 2016.

O dispositivo legal (artigo 190, CPC) deixa claro a necessidade de apuração de fatos suficientes para infirmar o desequilíbrio das partes ao determinar que a vulnerabilidade será *manifesta*. Assim, sugere que o vulnerável no plano material poderá celebrar convenções processuais, a menos que não detenha o conhecimento do que o ato possa representar na disciplina do processo.[695] Ao empregar a palavra "manifesta", o legislador de 2015 elimina as chances de o dispositivo normativo legitimar o posicionamento, que poderia ser adotado principalmente pelos mais refratários ao instituto convencional, de que a vulnerabilidade considerada para o desenvolvimento e aplicação de regramento específico de proteção pelo Estado no campo material, impeça a negociação processual.

Como consequência do reconhecimento de que a manifesta vulnerabilidade do artigo 190 do CPC é direcionada ao aspecto técnico-jurídico, a falta de auxílio de advogado no momento da celebração pode ser considerada um indício da incapacidade processual negocial.[696] Mesmo naquelas situações em que a assistência técnico-jurídica não se faça obrigatória – no caso das convenções processuais prévias ou incidentais referentes demandas nas quais a dispensa é autorizada por lei –, são consideráveis as chances de disposição de direitos, ônus, poderes, deveres e faculdades processuais ou de regras do procedimento legal sem a completa noção das consequências desses atos, inclusive podendo ser atingida indiretamente a própria tutela do direito material.

Os acordos processuais envolvem questões absolutamente técnicas e que podem significar a renúncia a direitos processuais que torne excessivamente difícil o exercício ou a defesa dos direitos materiais, de sorte que renúncias no direito material poderiam ser

---

695 "[...] a vulnerabilidade precisa ser constatada *in concreto*: será preciso demonstrar que a vulnerabilidade atingiu a formação do negócio jurídico, desequilibrando-o." DIDIER, JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista brasileira da advocacia, RBA1*, vol. I, Revista dos Tribunais, 2016, p.12.

696 "[...] enquanto na relação de Direito material, o fato de ser consumidor é suficiente para a presunção da vulnerabilidade, isso não basta para presumi-la no Direito processual e especificamente no âmbito do negócio jurídico. Ora, o fato de ser consumidor não torna, necessariamente, alguém vulnerável para negociar processualmente, porque não implica ausência de informação sobre o ato a ser praticado no processo. Pode, evidentemente, ser fator indicativo da vulnerabilidade, mas, em nenhuma hipótese, fator conclusivo". SOARES, Lara Rafaelle Pinho. *A vulnerabilidade na negociação processual atípica.* Universidade Federal da Bahia – UFBA, Salvador, 2016, p.157 e 169. Versando sobre indício ao distingui-lo de presunção simples, Gioconda Fianco Pitt esclarece: "Entendemos, portanto, que há diferença entre presunções e indícios, muito embora algumas vezes tênue. O Indício indica algo, enquanto que a presunção representa o resultado da avaliação da prova. Pode-se afirmar que a presunção é o resultado de um raciocínio e os indícios constituem os pressupostos lógicos da presunção. Como bem destacado por Walter Pereira Acosta, indício é a circunstância ou antecedente que autoriza a fundar uma opinião acerca de existência de determinado fato, ao passo que a presunção é o efeito que essa circunstância ou antecedente produz no ânimo do julgador, quanto à existência do mesmo fato". *Prova indiciária e convencimento judicial no processo civil.* Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre, 2008, p.58.

"transvestidas" de acordos processuais.[697] Por isso, a presença do advogado legalmente habilitado é bastante recomendada quando não for obrigatória. Tendo isso em vista, além da lembrança de que não há invalidade processual sem prejuízo às partes, a vulnerabilidade no âmbito do direito material representará um indício de incapacidade processual negocial.[698] Nota-se que a incompreensão é sobre o processo ou sobre ou procedimento, não se revelando como fenômeno do direito material. O consumidor não será necessariamente considerado vulnerável para convencionar acerca de suas situações processuais ou para alterar o procedimento previsto em lei.[699] Contudo, as convenções processuais que se referirem a processo que versar sobre relação de consumo comportarão especificidades, principalmente em relação às formalidades necessárias (forma *ad solemnitatem*). Isso reforça a identificação da manifestação do sentimento livre e autorregrado do consumidor.

Ademais, questão importante é estabelecer o momento da verificação de eventual vulnerabilidade da parte. Naturalmente, por se tratar de requisito subjetivo de validade, será observado quando do controle judicial para internalização da convenção ao processo, remetendo à análise segundo as condições da formação do ajuste. No entanto, no caso de aparecer alguma condição superveniente, extraordinária e imprevisível, que coloque uma das partes em situação de desequilíbrio e desvantagem perante a outra, dificultando a prática dos atos processuais da maneira como fora combinado, ainda que seja válida a convenção processual, são cessados os seus efeitos. Caberá a revisão da convenção (artigo 479, CC), ou se assim não for possível, aplica-se a cláusula de resolução tácita por excessiva onerosidade, incidindo a *cláusula rebus sic stantibus* (teoria da imprevisão, artigo 478, CC). A vulnerabilidade manifesta pode surgir tanto após a formação do acordo processual,[700] quanto

---

[697] V. o Enunciado n. 18 do FPPC, transcrito na página 195, nota de rodapé n. 670. Assim também: DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista brasileira da advocacia, RBA1*, vol. I, Revista dos Tribunais, 2016; Lara Rafaelle Pinho. *A vulnerabilidade na negociação processual atípica*. Universidade Federal da Bahia – UFBA, Salvador, 2016.

[698] "Nesse sentido, no que se refere ao negócio jurídico processual, a presunção da vulnerabilidade levaria à negativa de aplicação do ato jurídico pelo magistrado. Por outro lado, o indício da vulnerabilidade deve alertar o magistrado sobre a possibilidade de sua configuração no caso concreto [...] Se a vulnerabilidade material não impede a realização de convenção processual, ela jamais poderá ser considerada como uma presunção de vulnerabilidade negocial, uma vez que não se configura como impedimento de celebração do negócio jurídico processual, nem gera a sua consequente negativa de aplicação". Lara Rafaelle Pinho. *A vulnerabilidade na negociação processual atípica.* Universidade Federal da Bahia – UFBA, Salvador, 2016, pp.157-159.

[699] "Além disso, o parágrafo único do artigo 190 do CPC/2015 utilizou-se da expressão 'manifesta situação de vulnerabilidade', tornando extreme de dúvidas que o desequilíbrio subjetivo que justifique a decretação da invalidade do negócio jurídico há de ser claro, evidente, de tamanha desproporcionalidade a ponto de colidir gravemente com a exigência de equivalência. " NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais.* Salvador: Juspodivm, 2016, p.236.

[700] Nesse ponto, cabe um esclarecimento. Em regra, não é cabível a revogação unilateral das convenções processuais, diferentemente dos atos integrativos ou conjuntos, que envolvem mais de uma manifestação

após o exame de regularidade pelo juiz. Todavia, mesmo que válida, não continuará a produzir os seus efeitos. A diferença, portanto, está no plano em análise.

A configuração de uma situação de vulnerabilidade posterior não invalida o ajuste processual, mas atinge seu ciclo eficacial. Um exemplo é fornecido por Lorena Miranda Santos Barreiros,[701] em que um dos acordantes, servidor público, é removido por "necessidade do serviço", passando a residir em localidade de difícil acesso e locomoção por transporte, configurando uma situação de vulnerabilidade geográfica.[702] Ocorre que antes de ter tomado conhecimento da remoção imprevista e extraordinária, celebrou convenção processual cujo objeto seria a redução pela metade dos prazos processuais. Nesse caso, é cabível a revisão ou a resolução do acordo processual, porquanto o convenente encontra-se em situação de desvantagem que teve como causa acontecimento imprevisível,[703] podendo prejudicá-lo no exercício do contraditório-influência, da ampla defesa e em última análise, do acesso à justiça.

Impende destacar que a extinção contratual pela condição resolutiva tácita em virtude de excessiva onerosidade só se opera aos contratos onerosos e comutativos, ou seja, não aleatórios. Do mesmo modo, só poderá ser invocada pela parte prejudicada se a convenção processual for bilateral sob o ponto de vista das consequências produzidas, i. e., quando acarretar oneração a todos os convenentes, a partir de concessões sinalagmáticas, correspectivas.[704]

---

unilateral. No entanto, é possível que os convenentes estipulem cláusula que permita a revogação unilateral do acordo processual antes de sua internalização no processo, como, por exemplo, em caso de vulnerabilidade superveniente. Caso seja expressa a previsão de homologação como condição de eficácia, a revogação dependerá da análise integrativa do Estado-juiz.

[701] BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.240.

[702] Tartuce, Fernanda. *Vulnerabilidade processual no novo CPC*. Disponível em: http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/01/Vulnerabilidade-no-NCPC.pdf, acesso em 12 dez. 2016.

[703] Registramos o comentário de Carlos Roberto Gonçalves sobre o artigo 478, CC: "Além de exigir que o acontecimento seja extraordinário, imprevisível e excessivamente oneroso para uma das partes, o dispositivo em apreço insere mais um requisito: o da extrema vantagem para a outra – o que limita ainda mais o âmbito de incidência da cláusula –. Críticas tem sido feitas a essa redação, bem como ao fato de não priorizar a conservação do contrato pela sua revisão. A teoria da imprevisão deveria representar, em princípio, pressuposto necessário da revisão contratual e não de resolução do contrato, ficando esta última como exceção". *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*, vol. III, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, pp.197-199. O autor elenca os requisitos para a resolução do contrato por excessiva onerosidade: a) vigência de um contrato comutativo de execução diferida ou trato sucessivo; b) ocorrência de fato extraordinário e imprevisível; c) considerável alteração da situação de fato existente no momento da execução do contrato, em confronto como que existia por ocasião da celebração; d) nexo causal entre o evento superveniente e a consequente excessiva onerosidade.

[704] Interessante que nesse aspecto a doutrina brasileira caminha a passos largos em relação à doutrina francesa, berço do direito contratual. A Corte de Cassação francesa sempre foi refratária às teses que relativizassem a força obrigatória dos contratos (*pacto sunt servanda*), cujo julgado paradigmático ocorreu em 1987 (*Civ. 3è 14 oct.*

3.5.3. Vontade livre e conscientemente manifestada. Vícios do consentimento e vícios sociais

Tratamos da manifestação da vontade autorregrada apta ao preenchimento do suporte fático como pressuposto de existência. O objetivo desse tópico é investigar as declarações convergentes e alguns vícios hábeis ao comprometimento da regularidade da convenção processual. O elemento vontade não mais consiste em dogma intransponível ao processo civil e à teoria dos atos processuais. Em razão de tal quebra de paradigma, passou a ser possível examinar a temática à luz da inexistência de requisitos negativos de validade relacionados à formação da vontade – vícios do consentimento – e sua manifestação – vícios sociais.

A vontade deve ser livre e conscientemente *direcionada* à prática e à autoregulação eficacial, com respeito aos deveres de conduta leal, advindos da boa-fé processual, da cooperação e do contraditório-influência.[705] Os defeitos da manifestação da vontade, atinentes aos vícios do consentimento livre, além dos vícios sociais, são regulamentados pela legislação material (artigos 138 a 144, CC), e podem servir de filtros de análise da regularidade dos atos processuais. Essa ideia converge com o artigo 966, § 4º, CPC dispondo, em sede de ação rescisória, que os atos de disposição de direitos praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo Estado-juiz e os atos homologatórios realizados na execução, estarão sujeitos à anulação nos termos da lei.

Na mesma linha, o artigo 966, inciso III, CPC contém autorização de que a decisão meritória poderá ser rescindida se resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, caso configurada simulação ou colusão entre as partes no intento de fraudar a lei (c/com artigo 142, CPC).

Portanto, o legislador de 2015 deixou clara a possibilidade de aplicação dos vícios da

---

1987), apesar de o *Conseil d'État* aceitar a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* aos contratos públicos, no âmbito administrativo (julgado "*Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*" de 1916).
No ano de 2016, houve uma reforma conhecida por *"la réforme du droit des contrats et des obligations"* – em vigor a partir de 01 out 2016 – a fim de alterar algumas disposições do Código Civil – *Ordonnance n.. 2016-131 du 10 février 2016* – introduzindo, na linha do previsto no Código do Consumidor para a cláusulas abusivas (artigo L. 132-1), a teoria da imprevisão no artigo 1.995, sendo possível a revisão ou a resolução do contrato se houver posição de desvantagem por excessiva onerosidade de um dos contratantes. *Cf.* Jean-Jacques Daigre; Guillaume Goetz-Charlier. *Code Comparé et annoté de la réforme du droit des contrats : Ordonnance n. 2016-131 du février 2016.* Paris: Legiteam, 2016. A nova disposição no âmbito civil certamente influenciará a metodologia dos *"contrats de procédure"*, que até o presente momento negava a modificação ou resolução do ajuste por fato superveniente.

[705] YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *Negócios Processuais, Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, Coord. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira, Salvador: Juspodivm, 2015, p.68.

vontade aos atos processuais. No que alude propriamente aos acordos processuais, há possibilidade do convenente, ao celebrar a convenção processual, emitir manifestação de vontade que remonte compreensão inadequada da realidade, incorrendo em erro; ou mediante a atuação de outrem que o induza ou o mantenha em situação de erro, configurando o dolo essencial; ou, embora consciente da realidade, a parte adote conduta contrária à vontade em razão de ameaça concreta que possa lhe trazer algum mal,[706] agindo, portanto, mediante coação.[707]

No caso do erro espontâneo e escusável, causa de invalidação dos acordos processuais, um bom exemplo seria a existência de profissionais homônimos na escolha convencional do perito. Pode ser, *e.g.*, que a parte proponente esteja se referindo a outro profissional que não aquele imaginado pelo aceitante, porém que concorda na escolha consensual do perito (artigo 471, CPC). Nesse caso, a convenção poderá ser anulada pela presença de erro de um dos convenentes.[708] Pelas considerações realizadas, os ajustes processuais que apresentarem algum vício de consentimento ou vício social (fraude contra credores e simulação) devem ser anulados, seja por objeções das partes a qualquer tempo, quando o processo estiver em curso, por conhecimento de ofício do Estado-juiz, ou se a convenção for prévia, pela propositura de ação anulatória.

3.5.4. Forma, tempo e lugar das convenções processuais

Do artigo 190 se extrai que as convenções processuais podem ser firmadas

---

[706] *"Para que o medo determinado pela conduta do coactor seja causa de destruição da declaração, é fundamental que ela seja considerada ilícita. Se a ameaça surge associada ao exercício de um direito do coactor, para que haja coacção é essencial que a situação traduza um exercício abusivo da situação jurídica. O que significa que o medo criado pela ameaça do exercício normal e lícito de um direito não é fundamento de anulação da declaração."* COSTA E SILVA, Paula. *Acto e Processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p.544.

[707] O objetivo é demonstrar que os vícios da vontade são aplicáveis ao exame de validade das convenções processuais. São mais comuns no processo a coação, o erro e o dolo, mas poderá ser possível o estudo de perigo e a lesão. Naquele, a manifesta desproporção entre as partes é verificada no momento da celebração do negócio. O que diferencia o estado de perigo e a lesão é o elemento subjetivo. Na lesão, o vício é motivado pela necessidade (em regra, econômica) ou inexperiência técnica negocial, não sendo necessário provar o dolo de aproveitamento da parte contrária, como no estado de perigo.

[708] O exemplo é de Lorena Miranda Santos Barreiros. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.243.

anteriormente ao surgimento do conflito ou posteriormente a este e, inclusive, durante o processo em curso, variações possíveis já examinadas no capítulo segundo. Quando há litispendência, recomenda-se a presença de todas as partes da demanda mesmo que não coincidam com os convenentes. A participação é importante para discutir sobre alguma consequência indireta dos efeitos da pactuação que, porventura, atinjam as suas esferas jurídicas, fato que reforça os deveres de lealdade, boa-fé, contraditório participativo e cooperação.

Aliás, esse espírito ético também deve prosperar nas convenções processuais prévias em respeito aos deveres anexos da boa-fé objetiva, onde a negociação é ainda mais ampla em virtude da inexistência da relação processual e tende a ser mais facilitada por não sofrer influência das paixões trazidas pela desavença. O novo CPC incentiva a realização de acordos incidentais sobre o direito material discutido e sobre o processo em qualquer fase do processo, até mesmo durante a fase de execução.[709] Ambientes propícios são as audiências, como a de conciliação ou de mediação (artigo 334, CPC) e a audiência de saneamento (artigo 357, §3º, CPC).

Sobre as formalidades, a rigor, não se exige forma específica às convenções, similarmente aos contratos em geral, em que o rigorismo formal não possui relevância, senão em caráter de exceção.[710] Fala-se em liberdade das formas. Excepcionalmente, a lei exige a observância de formalidade a alguns tipos de contratos (artigo 170, CC), *v.g*., a forma escrita ao contrato de doação, salvo se de pequeno valor (artigo 541, CC) e a escritura pública aos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais imobiliários, cujo valor do bem seja superior a trinta vezes o maior salário mínimo (artigo 108, CC). Destarte, quando a forma é vindicada por lei enquanto uma condição de validade do contrato, relacionada à declaração de vontade das partes, será *ad solemnitatem*, mas não *ad probationem*, cuja constatação do negócio jurídico bilateral poderá ser suprível por outros meios de prova.[711]

Em virtude do princípio da liberdade das formas, o ajuste processual das partes não exige forma escrita para ser considerado válido, apenas quando a lei expressamente exigir, como é o caso do compromisso arbitral e da cláusula de eleição de foro. Nesse aspecto, vale a seguinte ressalva: em analogia à convenção de arbitragem firmada em *contrato de adesão*,

---

[709] V. artigo que lançou luzes sobre o tema no Brasil: COSTA, Eduardo José da Fonseca. A "execução negociada" de políticas públicas em juízo. In: *Revista de Processo*, v. 212. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp.25-56.

[710] PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de direito civil*, vol. III. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, p.31.

[711] Idem.

quando a convenção processual for firmada na mesma circunstância, deverá seguir as condicionantes consubstanciadas no artigo 4º, §2º da Lei de Arbitragem, segundo o qual o aderente deverá concordar expressamente com a instituição da via arbitral, sendo a vontade manifestada por escrito em documento anexo ou em negrito, com assinatura ou visto especialmente para essa cláusula. Da mesma forma, os acordos processuais inseridos em contratos de adesão genéricos devem seguir a mesma orientação, ainda que embutidos em cláusulas de direito material, ou previstos em diversas cláusulas do contrato. Reitera-se a compreensão de que as convenções processuais perfazem o próprio instrumento dos negócios jurídicos processuais bilaterais ou plurilaterais, por isso, em sua totalidade, e não apenas uma cláusula especifica, deverá ser destacada para assinatura local em contrato de adesão. Trata-se de formalidade *ad solemnitatem*: sua desconsideração impedirá a validez da convenção processual, sendo fulminada por nulidade. Voltaremos ao tema no tópico sobre a impossibilidade de convenção processual inserida abusivamente em contrato de adesão geral e envolvendo relações consumeristas.

Prosseguindo, caso a convenção seja pré-processual e incluir disposições relacionadas ao direito material, deve ser atendida a forma prescrita na lei material. Se a convenção processual for celebrada separadamente, serão observadas as formalidades necessárias ao ato processual. Nos casos em que determinada forma se impõe à negociação processual, como mencionado acima, esta será um requisito de validade. A comprovação do acordo processual por si só, embora infirmada da juntada do instrumento convencional nos autos, poderá se dar por outros meios de prova, por exemplo, a audiência com oitiva de testemunhas para essa finalidade. A regra geral é que a formalidade escrita das convenções processuais é *ad probationem*, e não *ad solemnitatem*, a última em caráter de exceção.

Para além das hipóteses nas quais a formalidade é exigida em virtude de lei, como no caso dos artigos 54, §§ 3º e 4º do CDC e artigo 4º, §2º da Lei de Arbitragem, recomenda-se a observância da forma escrita e o destaque da convenção processual em relação às demais disposições do instrumento, em virtude da nova projeção adquirida pelo instituto, com possibilidades mais amplas e imprecisas. Trata-se de um meio de se demonstrar que o consentimento ocorreu de maneira livre e direcionada, vindo a facilitar o controle do Estado-juiz, notadamente, no sentido de identificar a necessária proporção entre as concessões realizadas pelos convenentes.

3.5.5. Limitações quanto ao objeto das convenções processuais

Indubitavelmente, o objeto consiste no ponto mais sensível do tema em questão. Primeiramente, cumpre reconhecer, na linha do artigo 190, CPC que o objeto dos acordos processuais são alterações no procedimento (acordos processuais dispositivos) e a conformação de das situações jurídicas processuais, criando-as, modificando-as ou extinguindo-as (acordos processuais obrigacionais). Seriam situações ou posições jurídicas titularizadas pelas partes: os poderes, deveres, direitos, ônus e faculdades. O objeto das convenções processuais deve ser lícito, preciso e determinado ou determinável. Quanto aos aspectos de precisão e de determinabilidade, restou claro que se tratam de critérios essenciais e que não geram tanta controvérsia doutrinária, assunto já tratado no capítulo anterior.[712] São características imprescindíveis para se atribuir segurança e previsibilidade aos ajustes processuais, principalmente no que se refere aos acordos prévios e anteriores ao próprio conflito. Sem determinação e precisão não seria possível que as partes manifestassem conscientemente a vontade comum em convencionar, revelando uma prática temerária, insegura e, por isso, inválida.

Na realidade, o ponto nevrálgico dos limites e possibilidades das convenções processuais mora na *licitude do objeto*. Assim, quando ultrapassar o liame do permitido, o objeto se reveste de ilicitude, motivo pelo qual é defeituoso e, consequentemente, nulo. Nesse rumo, os tópicos seguintes fornecem parâmetros não exaustivos de licitude do objeto das convenções processuais.

3.5.4.1. Causas que admitam solução decorrente de autocomposição

Essa primeira limitação de ordem objetiva consubstancia-se na impossibilidade de se convencionar em matéria processual em sede de demandas que versarem sobre direitos materiais que não admitam a autocomposição. Percebe-se que não se fala em direitos indisponíveis, mas direitos submetidos aos resultados advindos da autocomposição, uma

[712] V. tópico 2.9.

margem bem mais ampla de negociação, inclusive em relação à arbitragem, onde é imprescindível a patrimonialidade e a disponibilidade dos direitos materiais (*cf.* artigo 1º da Lei n. 9.307/96). Consoante a redação do artigo 190, *caput*, do CPC passa a ser possível convencionar sobre a matéria processual e procedimental em causas que envolvam direitos suscetíveis à aplicação dos métodos conciliatórios, considerando-se válidos os resultados da transação. [713]

Todo direito disponível admite autocomposição, assim como alguns direitos indisponíveis. Outros direitos indisponíveis, pelo grau de indisponibilidade que comportam, tendem a não a admitir *prima facie* os resultados advindos da utilização de métodos autocompositivos,[714] como a transação (seriam, *e.g.*, os direitos da personalidade *stricto sensu* – e não o seu exercício em uma situação específica – e nas hipóteses de vedação expressa pela lei).[715]

Contudo, mesmo nos direitos materiais indisponíveis não sujeitos à negociação do fundo de direito material propriamente, ainda que haja restrições a graus de disponibilidade, em regra, o caráter não transacionável de um direito substancial indisponível não impede a celebração de convenções processuais, porquanto o direito em foco é de natureza processual e, portanto, não implica a disposição do direito material.[716]

Fato é que existem situações em que as convenções processuais podem afetar indiretamente o direito substancial posto em juízo, de modo a acarretar, entre outras consequências, o comprometimento, no processo, da apuração da verdade provável dos fatos narrados e, por decorrência, acabar impedindo a prolação de uma decisão justa. Essa é

---

[713] GUEDES, Jefferson Carús. Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. In: *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de Justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli*. GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.3.

[714] Por outro lado, de acordo com a visão de Jefferson Carús Guedes: "[...] há também interesses públicos e privados classificados preliminarmente como insdisponíveis, nos quais se admite a transação (regrada). Esses interesses ou direitos indisponíveis que admitem transação são de regra interesses ou direitos coletivos, patrimoniais públicos (de alienação autorizada por lei) e certos direitos privados, relacionados à personalidade (criações intelectuais) e outros". Ibid, p.5; TALAMINI, Eduardo. A (in)dispinibilidade do interesse público. Consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). In: *Revista de Processo*, vol. 128. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.134.

[715] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Primeiras Reflexões sobre os Impactos do novo CPC e da Lei de Mediação no Compromisso de Ajustamento de Conduta. In: *Revista de Processo*, vol. 256. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016, p.388.

[716] *Cf.* o Enunciado n. 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): "A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual".

certamente a principal discussão que circunda a incidência das convenções processuais no campo probatório.[717]

Por tal razão, um dos elementos atribuidores de licitude ao objeto dos acordos processuais alude à *impossibilidade de prejudicar o direito material em certo grau indisponível ou a sua tutela em juízo*. Essa interpretação parece-nos mais adequada porque permite a celebração de convenções processuais mesmo em causas envolvendo direitos indisponíveis e não transacionáveis, sem que se permita o prejuízo do direito material indisponível ou a sua tutela em juízo.[718]

Um exemplo são os ajustes processuais sobre o direito de família quando a indisponibilidade do direito versado não permitir qualquer tipo de autocomposição, equivalente aos direitos da personalidade *stricto sensu*, emanados da dignidade humana. Dentro desse contexto, não há óbice, *e.g.*, de convencionar acerca da extensão de prazo para a prática de ato processual em benefício do menor, tal como a inversão da ordem de produção de provas no resguardo do interesse do menor, a ampliação dos meios de prova etc.

A concepção de "direitos indisponíveis que admitam a autocomposição" coaduna-se com o desenho da jurisdição contemporânea, que abre espaços a uma ordem jurisdicional consensual mesmo nas relações publicistas onde há presença de interesses públicos e sociais (como no direito processual), rompendo com a ordem impositiva desligada da ideia de prospecção e da falta de consciência do importante compromisso que o Poder Judiciário desempenha para a tomada de decisões com reflexos políticos, de modo a orientar os comportamentos da sociedade *pro futuro* – diminuindo-se a litigiosidade –.

Converge com a ideia de Estado constitucional, erigido a partir do binômio liberdade e igualdade, ambiente adequado de horizontalização das relações entre indivíduo e Estado, entre Administração e administrado, e a propensão à consensualidade, coordenando com harmonia: função jurisdicional, democracia, tutela de direitos, eficiência, interesses públicos e privados e realidade social, política e cultural.

A Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015) é promulgada com respaldo nesse realinhamento contextualizado de valores da atual configuração da sociedade e do direito. De acordo com o artigo 3º do diploma, será possível se valer das técnicas da mediação tantos nos

---

[717] Não por outro motivo que o artigo 373, § 3º, inciso I, CPC faz menção a direitos indisponíveis para a inversão convencional do ônus da prova.

[718] GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil*, vol.01, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.280; CÂMARA, Marcela Regina Pereira. A contratualização do processo civil? In: *Revista de Processo*, v.194. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.408.

conflitos que versarem sobre os direitos disponíveis, quanto nos direitos indisponíveis que admitam a figura da transação. O § 2º do dispositivo em destaque informa que consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deverá ser homologado em juízo, com a devida oitiva do Ministério Público. A mesma orientação é contida no artigo 334, § 4º, inciso I, CPC.

Percebe-se que o Marco Regulatório da Mediação no âmbito particular e da Administração Pública segue a mesma diretriz da normatização do artigo 190, CPC, ao demonstrar que o fato de a desavença envolver direitos materiais indisponíveis, não é óbice para afastar a possibilidade de se atingir a autocomposição.[719] A possibilidade de conjugar pacto de mediação e convenções processuais consiste em técnica interessante, recomendada e complementar, que gera maiores possibilidades para as partes sem o necessário ingresso à jurisdição estatal com os limites impostos pelo procedimento legal. Uma outra discussão que por certo ultrapassaria os objetivos da dissertação, mas que vale ser apenas lançada na oportunidade[720] alude ao lapso – ou silêncio eloquente? – do legislador não ter definido expressamente no *caput* do artigo 3º da Lei de Mediação se os direitos em referência seriam aqueles pertencentes à orbita individual, ou se poderia se estender a permissão aos direitos metaindividuais.[721]

É previsto no artigo 17 da Resolução n. 118 do CNMP a possibilidade de as convenções processuais serem inseridas como cláusulas de termo de ajustamento de conduta (TAC), contanto que celebradas de forma dialogal e colaborativa.[722] Ao menos é razoável concluir que a Resolução n. 118 do CNMP corrobora com o entendimento firmando de que os graus de indisponibilidade de direitos,[723] aqui especificamente os coletivos, não impede, *per si*, a

---

[719] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; et al. *O marco legal da mediação no brasil: comentários à Lei n. 13.140 de 26 de junho de 2015*. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

[720] O tema envolve diversas questões específicas e bastante sensíveis que se desviam dos recortes da dissertação.

[721] Algumas alterativas ao problema foram sugeridas em: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Primeiras Reflexões sobre os Impactos do novo CPC e da Lei de Mediação no Compromisso de Ajustamento de Conduta. In: *Revista de Processo*, vol. 256. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016, pp.371-409.

[722] CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as Convenções Processuais. Negócios Processuais. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Coord. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira.* Salvador: Juspodivm, 2015, p.553.

[723]A Resolução n. 118/2014 contém três artigos a respeito da utilização do mecanismo das convenções processuais em processos sobre direitos individuais ou coletivos nos quais o Ministério Público atue como parte. *Cf*. Enunciado n. 253 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC).

utilização da prática em TAC firmando entre o *parquet* e o transgressor do dano coletivo.[724] Em verdade, cabe ao MP inclusive fomentá-la, prestando assistência e orientação adequada aos cidadãos, assim como deve agir em qualquer prática consensual.[725]

De fato, sendo a negociação sobre matéria processual, vem a ser desnecessária a discussão acerca da extensão da classificação trazida pela Lei de Mediação aos direitos coletivos para se chegar à constatação da possibilidade de convencionar em matéria processual nessa seara, contanto que o tratamento de tais diretos não seja obviamente prejudicado. Em caso de descumprimento da obrigação assumida no compromisso, serão eficazes as convenções processuais ajustadas pelas partes, vinculando-as em razão da manifestação da vontade formalizada, a fim de adaptar o procedimento à tutela jurisdicional que melhor atenda aos interesses metaindividuais na ACP competente, regular as situações processuais dos envolvidos e proteger o âmbito dos direitos fundamentais processuais. Uma observação importante: a *eficácia* da convenção processual, nesse caso, está condicionada a evento futuro e incerto, isto é, a uma condição suspensiva: o descumprimento dos termos do TAC.

Prosseguindo, há também de reconhecer a possibilidade de celebração de convenções processuais na esfera da Fazenda Pública,[726] geralmente decorrente de uma decisão administrativa tomada por agente público.[727] Lorena Miranda Santos Barreiros alia a competência do advogado público para realizar acordos processuais aos seguintes fatores: i) o ajuste processual não poderá implicar em disposição, sequer reflexa, do direito material, a menos que ao advogado público tiver sido delegada competência para tal disposição; ii) não poderá ser celebrado se houver, no âmbito de atuação do ente público devidamente representado, regramento específico que vede a sua prática; iii) o respeito ao princípio da isonomia entre administração e administrados.[728] A indisponibilidade e a supremacia do

---

[724] TALAMINI, Eduardo. *Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais.* Disponível em: http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI228734,61044Um+processo+pra+chamar+de+seu+nota+sobre+osnegocios+juridicos, acesso em 22 nov 2016.

[725] CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as Convenções Processuais. Negócios Processuais. In: *Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Coord. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira.* Salvador: Juspodivm, 2015, pp.552-553.

[726] CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.663.

[727] BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.301.

[728] SANTOS, Tatiana Simões. Negócios processuais envolvendo a Fazenda Pública, Negócios Processuais. *Coleção Grandes Temas do Novo CPC, Coord. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira.* Salvador: Juspodivm, 2015, pp.507-517; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.313.Registramos não ser objetivo da dissertação o tratamento específico das

interesse público nas causas que envolva a pessoa jurídica de direito público não remonta à indisponibilidade do processo ou do procedimento legal; além disso, nem sempre a Administração Pública litigará em causa envolvendo direitos marcados pela indisponibilidade.[729]

Os meios de garantir os interesses da coletividade são disponíveis e suscetíveis à escolha do administrador público,[730] que ostenta um poder-dever discricionário de buscar o melhor meio de garanti-los.[731] Um pouco mais a fundo, a doutrina tem compreendido que a regra geral é que os direitos envolvendo interesses públicos podem ser submetidos às instâncias autocompositivas, uma vez que essa indisponibilidade não seria absoluta,[732] apontando-se como barreira à negociação material a existência de previsão legal específica que vede a sua prática.[733] Trata-se de argumento favorável ao sustento dos negócios processuais realizados pela

convenções processuais envolvendo a Fazenda Pública, apenas demonstrar a sua possibilidade. Para aprofundar na análise, seria necessário recorrer a questões específicas que por certo fugiriam dos contornos do trabalho; além de ser preciso tratar dos protocolos administrativos, que não são objeto de averiguação deste estudo. Remetemos o leitor à obra: RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A fazenda pública no processo civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016, p.377 *et seq*.

729 Significativa alteração que confirma o exposto foi operada na Lei de Arbitragem, seara que exige patrimonialidade e disponibilidade de direitos.

730 "Cada advogado público, que tem poder para praticar atos processuais pode celebrar negócios processuais. Se o advogado público pode convencionar a suspensão do processo, escolher o procedimento a ser adotado, o meio de impugnação a ser utilizado, é porque pode celebrar negócio processual." CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.663.

731 Consoante enfatiza Marco Antonio Rodrigues: "[...] pode-se afirmar que a indisponibilidade do interesse público não configura óbice à utilização de meios consensuais à solução de controvérsias ou à arbitragem. Ao contrário, tais mecanismos podem promover uma tutela mais adequada ao interesse público em jogo. [...] Da mesma forma não há um óbice geral e abstrato que impeça a celebração de convenções processuais. " *A fazenda pública no processo civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016, p.376; p.379.

732 Em sentido contrário: MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, pp.362-363; LISBOA, Roberto Senise. *Contratos Difusos e Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.203.

733 Discussão relevante gira em torno do artigo 17, § 1º da Lei n. 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), que veda a possibilidade de transação, acordo ou conciliação nas Ações de Improbidade Administrativa. Importante esclarecer que o diploma em análise, quando de sua gênese, sofreu a influência de uma concepção de supremacia do interesse público que não autorizaria soluções autocompositivas.

O referido dispositivo chegou a ser expressamente revogado pela Medida Provisória n. 703/2015 (artigo 2º, I), a qual alterara a Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção); entretanto, aquela MP não foi convertida em lei, tendo perdido sua vigência em 29 de maio de 2016. No entanto, mesmo com a subsistência daquele dispositivo, parece que a possibilidade de sua relativização restou ainda mais clara, dada constitucionalização do direito administrativo e a previsão dos acordos de leniência previstos nos artigos 16 e 17 da referida Lei Anticorrupção, que podem ser firmados junto aos infratores do ato ilícito. É certo que nem sempre o ato de improbidade pode repercutir na esfera criminal do réu; contudo, caso isso aconteça, haveria a possibilidade de concessões na seara penal, mas não no juízo das ações de improbidade. Como se pode perceber, mesmo em tema tão sensível, segue a tendência de flexibilização do conceito de indisponibilidade material do direito.

Administração Pública, haja vista que, nas causas de interesse público, os direitos seriam, sob essa ótica, indisponíveis, porém transacionáveis.[734]

Todavia, aos fins de aproximar convenções processuais e Fazenda Pública, já seria suficiente o argumento de a negociação em foco se remeter à matéria processual e procedimental, não implicando na renúncia do direito material em jogo, independente se indisponível-transacionável ou não-transacionável.

3.5.4.2. Matéria de reserva legal, desrespeito aos limites impostos pela lei e derrogação de regra de proteção a direitos materiais irrenunciáveis. Tumulto processual, oneração do Poder Judiciário ou de terceiro

Não é possível celebrar convenção processual cujo objeto remeta à matéria de reserva de lei. Não se pode criar outras espécies recursais – haja vista que os recursos são subordinados ao princípio da taxatividade (artigo 994, CPC) –, modificar hipóteses de cabimento ou os demais requisitos de admissibilidade recursal. Do contrário, estar-se-ia indiretamente convencionando sobre competência funcional, que é absoluta e, portanto, inderrogável por negociação (artigo 62, CPC). A questão toca à ilicitude do objeto dos acordos processuais quando ultrapassar os limites impostos pela lei, *v.g.*, a supressão de instâncias (jurisdição *per saltum*), não sendo possível pôr também esbarrar na competência funcional[735] ou em normas de organização judiciária.

De modo similar, é ilícito o objeto da convenção processual que criar hipóteses de cabimento de ação rescisória ou outro meio de desconstituição da coisa julgada; autorizar a utilização de provas ilícitas; instituir a hierarquização das provas rompendo com o livre convencimento motivado; alterar a regra motivação das decisões judiciais (fundamentação

[734] V. RE n. 253-885-0/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, relativizando o princípio da indisponibilidade dos bens públicos: "Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público, são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse". Data Publ. 21.06.02. Disponível na íntegra em: http: //www.stf.jus.br, acesso em: 12 dez. 2015.

[735] *Cf.* Enunciado n. 20 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): "Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância".

analítica); dispensar a observância dos deveres de probidade e de boa-fé processual;[736] vedar a desconsideração das personalidade jurídica; criar novas sanções por atos atentatórios à dignidade da justiça ou por litigância de má-fé.[737] É inaceitável que o acordo altere a disposição sobre as hipóteses ensejadoras do julgamento monocrático, *v.g.*, do artigo 932, CPC, seja para ampliação ou restrição do rol previsto em lei, ainda que se possa entender o órgão colegiado como o juiz natural do recurso, e não o relator.

Relevante é a discussão que gira em torno da fixação de título executivo extrajudicial por acordo das partes. O artigo 783 do CPC, ao dispor: "a execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível", concretiza o brocardo *nulla executio sine titulo,*[738] não esclarecendo, todavia, se a força executiva do título decorre somente da regra legislada ou se advém inclusive da norma jurídica convencionada.[739] Sem dúvida, corresponde a um argumento interessante no sustento de tal possibilidade. Na prática, perde forças ao ser confrontado com a regra subjacente ao artigo 784, inciso XII, CPC, considerando os títulos executivos extrajudiciais, além dos expressamente previstos nos incisos do dispositivo em comento, "todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva". Na realidade, em virtude do amplo rol dos títulos executivos extrajudiciais, geraria menos insegurança jurídica, que os convenentes providenciassem, *e.g.*, a assinatura de duas testemunhas no bojo do contrato, do que a realização de convenção para atribuir eficácia executiva ao instrumento negocial, correndo-se o risco de eventual inadmissão pelo juiz, ao argumento de que se trata de matéria de reserva de lei.

Ademais, já se abordou a impossibilidade de a convenção processual atingir reflexamente o exercício de direitos materiais irrenunciáveis ou suas regras de proteção. Fundamental exemplo, dentro desse contexto, refere-se à atuação do Ministério Público na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, conforme previsto nos artigos 176 e seguintes do CPC. Além disso, entendemos não seria aceitável renunciar à assistência de advogado (defesa técnico-jurídica), ocasionando violação ao princípio da ampla defesa. Certamente, são limites englobados por outros dois

---

[736] YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *Negócios Processuais, Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, Coord. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira, Salvador: Juspodivm, 2015, p.73.

[737] ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*, 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, no prelo.

[738] MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.710.

[739] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.317.

filtros de validade: a proteção aos direitos fundamentais do processo e impossibilidade de negociar em causas que não admitam autocomposição, cuja melhor interpretação deve ser: a impossibilidade de violação a direito material em certo grau indisponível ou a sua tutela em juízo, como demonstrado anteriormente.

Finalmente, considerar-se-ão inválidos os ajustes que acarretarem prejuízos a terceiros ou tratarem diretamente de suas esferas jurídicas,[740] como, por exemplo, a fixação de prioridade de tramitação de determinada demanda fora das hipóteses legais. O princípio da relatividade, mencionado no capítulo segundo, compreendido a partir da constitucionalização do direito privado, serve de respaldo dessa importante premissa teórica.[741] Ademais, não é possível que os convenentes estipulem obrigações que tragam onerações ao Poder Judiciário, *v.g*., a exigência de depoimento pessoal e testemunhal por videoconferência sem verificar se o Tribunal possua o equipamento na localidade e a utilização de equipamentos eletrônicos avançados dos quais o juízo não disponha.

Também nos parece complicado aceitar que a convenção processual verse sobre a exigência de que a intimação das testemunhas seja por oficial de justiça, mesmo em sua primeira tentativa, de modo a não observar o novo regramento do CPC, cujo cumprimento é de responsabilidade do próprio advogado, que enviará carta com aviso de recebimento à testemunha (artigo 455, CPC). Somente se frustrada a tentativa do advogado, e nas hipóteses específicas do artigo 455, §4º, CPC, é que será expedido mandado judicial a ser cumprido por oficial de justiça.

3.5.4.3. Necessidade de se vedar a aplicação da licitude do objeto segundo o direito material para se evitar fraude ou simulação processual

Trata-se de filtro objetivo que não admite convenções processuais simuladas ou fraudulentas. O vício se estabelece na licitude do objeto, e não na manifestação de vontade dos

[740] "Há de se distinguir, assim, as situações em que o negócio processual verse sobre situações jurídicas processuais pertencentes a terceiro daquelas nas quais as partes convencionem sobre suas situações jurídicas processuais, ainda que com a possibilidade de afetar, reflexamente, situações de terceiros. No primeiro caso há ilicitude de objeto; no segundo, o objeto é lícito, e o que se verifica, em verdade, é a eficácia reflexa do negócio jurídico". BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.259.

[741] Já mencionamos o necessário temperamento do princípio da relatividade dos contratos à luz da função social dos contratos e do dirigismo contratual, cf. artigo 2.035, parágrafo único, *in fine*, CC.

convenentes. Ocorrem quando os objetivos buscados pelo sujeito não correspondam ao resultado da pactuação. O CPC no artigo 142, prevê a figura da simulação (c/com artigo 167, CC) e da fraude (c/com artigo 166, inciso VI, CC) ao prescrever que, caso verificado que o autor e o réu se valeram do processo com o fito de praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei (fraude), o magistrado deve proferir decisão no sentido de impedir os objetivos dos litigantes ou de apenas um deles, aplicando, inclusive de ofício, as penalidades da litigância de má-fé.

Ao controlar a convenção processual, o juiz poderá reconhecer a sua invalidade em função do alcance objetivo que ostenta, prezando pela boa-fé processual. Será possível reconhecer a responsabilidade civil dos demais sujeitos que tenham participado com dolo ou fraude, seja o órgão julgador (artigo 143, inciso I, CPC), os auxiliares da justiça (artigo 155, inciso II, CPC), membros do Ministério Público (artigo 181, CPC), membros da advocacia pública (artigo 184, CPC) e membros da Defensoria Pública (artigo 187, CPC).[742] Caso a convenção simulada ou fraudulenta venha a influenciar a decisão de mérito que transitar em julgado, será cabível a propositura de ação rescisória lastreada no artigo 966, inciso III, CPC, podendo a decisão de mérito ser rescindida quando causada por dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, em ato fraudulento.

3.5.4.4. Contrato de adesão e a vedação à inserção de cláusula abusiva. Convenção processual e direito do consumidor

Uma discussão que não é nova e que se reflete diretamente no tema das convenções processuais alude à possibilidade de celebração quando envolver relações de consumo e contratos de adesão. Ainda que a modalidade de contratos padronizados não seja de exclusividade da prática consumerista, é nela que possui maior incidência em virtude da volatilidade das aquisições de bens e serviços e do movimento acelerado de circulação de riquezas.

Mas vale destacar: nem todo contrato de adesão é de consumo, e nem todo contrato sobre relação de consumo é um contrato de adesão. Pois bem, poder-se-ia pensar que nos

[742] BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2016, pp.263-265.

contratos consumeristas ou nos contratos de adesão de um modo geral, os contratantes não negociem em pé de igualdade e, por esse motivo, a autonomia seria mais restrita, na ideia de que o consumidor ou o aderente, ou ainda o consumidor que na maioria das vezes é também o aderente, não poderia compreender o conteúdo das cláusulas de um contrato e as suas consequências, e por isso, estaria sempre em posição desvantajosa.

Contudo, não raras vezes, o consumidor detém conhecimentos suficientes para compreender os termos de um contrato ou saber sobre ele argumentar, negociar ou simplesmente aceitar ou recusar a negociação.[743] Ademais, foi visto que a capacidade processual negocial perfaz o somatório da capacidade processual com a inexistência de manifesta situação de vulnerabilidade, a qual será aferida concretamente pelo juiz. Esta se relaciona com o desconhecimento do convenentes sobre o objeto negociado e as suas implicações processuais. O consumidor tanto pode ter total conhecimento sobre o acordo processual firmado, como para ele pode ser bastante interessante a sua prática, inclusive para adquirir benefícios tanto sobre o próprio processo, quanto no campo do direito material. Havendo equilíbrio no signalagma jurídico, não há óbice às convenções processuais em relações consumeristas.

Prima facie, portanto, não há óbice à celebração de convenções processuais em contratos de consumo ou em contratos de adesão genéricos. A propósito, isso se infere com clareza do artigo 190, parágrafo único do CPC: o instrumento negocial ser um contrato de adesão, independentemente da matéria versada, não impede, por si só, a realização de acordos processuais. O limite reside na *abusividade da convenção processual.*

Ocorre que firmar esse entendimento com lastro na própria legislação de 2015 e dele prosseguir, pode não parecer suficiente para aqueles que tendem a negar a aplicabilidade do instituto nos setores mais sensíveis do direito material, como no próprio direito do consumidor, no direito trabalhista, no direito previdenciário, entre outros.[744] Para cumprir o intento trazer outros argumentos ao debate e apresentar possíveis falhas de certas alternativas ainda não discutidas, mas que provavelmente virão à tona com a prática, serão analisadas algumas questões. A Lei n. 9.307/96 (Lei de Arbitragem), no artigo 4º, §2º, oferece certos parâmetros no que se refere às margens de incidência da convenção de arbitragem em contratos de adesão,

[743] Negócios DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista brasileira da advocacia*, *RBA1*, vol. I, Revista dos Tribunais, 2016, p.73.

[744] Não será dedicada análise especifica ao tema dos acordos processuais no campo do direito do trabalho e do direito previdenciário, posto que as disciplinas envolvem questões específicas que ultrapassariam as fronteiras da dissertação.

mas que podem ser utilizados na esfera das convenções processuais pactuadas nessa mesma sede. Observa-se que não se trata, por enquanto, de contratos de adesão para reger relações de consumo. Prosseguindo, a Lei de Arbitragem condiciona a possibilidade de inserir cláusula compromissória a dois fatores alternativos, indicando o pleno conhecimento e a escolha livre de seus signatários: i) que a iniciativa de inserção seja do próprio aderente ou que este sobre a convenção de arbitragem expressamente manifeste concordância; ii) que a instituição da cláusula arbitral deva ser realizada por escrito anexo ou em negrito, com assinatura ou visto especialmente para ela.[745]

Sem previsão nesse sentido, poder-se-ia criar vantagens sobre o aderente, que assinaria o instrumento contratual desconhecendo as consequências da renúncia à esfera do Poder Judiciário para dirimir conflitos decorrentes daquela relação negocial. No tocante aos contratos envolvendo o direito do consumidor e a inserção de convenção de arbitragem, a discussão doutrinária e jurisprudencial se coloca em um patamar mais complexo. Respaldada pelo objetivo de garantir que o consumidor manifeste sua vontade livre e consciente, o artigo 51, inciso VII do CDC prevê a nulidade das cláusulas de arbitragem as quais determinarem a utilização compulsória da arbitragem, incluindo-as no rol das cláusulas abusivas rechaçadas pelo sistema. O dispositivo não é tecnicamente correto, sendo passível de várias críticas.[746] A principal delas seria o fato de que a cláusula compromissória visa justamente à utilização da via arbitral e vincula ambas as partes que livremente expressaram vontades convergentes e, por isso, sempre será compulsória.

Com o fito de melhor compreender a questão e visualizar possíveis interpretações do problema, é relevante a análise do REsp n. 1.169.841 e o voto sistemático da relatora Min. Nancy Andrighi. Com efeito, extrai-se do julgado mencionado três regramentos distintos suscetíveis à arbitragem e sua abrangência: i) a regra geral, quando os sujeitos optam pela via arbitral, derrogando a jurisdição estatal para resolver o conflito surgido da relação em referência; ii) a regra específica do artigo 4º, § 2º da Lei de Arbitragem, com aplicação aos contratos de adesão genéricos que não envolvam relações de consumo e; iii) a regra mais específica, em consonância com o artigo 51, inciso VIII impondo a impossibilidade de cláusula compromissória arbitral em contrato versando sobre relação de consumo, não impedindo, todavia, que após o surgimento do conflito as partes possam optar pela instauração da arbitragem por compromisso arbitral.

---

[745] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p.81.

[746] Idem.

Restou sedimentado no julgado em referência o entendimento de que os regramentos constados nos artigos 51, inciso VIII, CDC e artigo 34 da Lei n. 9.514/1997 seriam, pois, compatíveis, tendo em vista que a Lei do Sistema Financeiro Imobiliário - SFI, embora preveja a figura da arbitragem para resolver as questões sobre contratos relativos ao financiamento imobiliário, não fixa o momento que deve ser definida a utilização da arbitragem.[747]

Em que pese haver um constante diálogo de fontes entre o regramento das convenções processuais e as disposições pertinentes à arbitragem, se na hipótese em foco a analogia fosse aplicada sem temperamentos, o resultado final seria o de que, nas relações de consumo, não se poderia convencionar em matéria processual previamente à configuração do conflito, mas somente após a sua deflagração. Nessa linha de raciocício, os acordos processuais seriam prévios ao processo – porém não à desavença – ou concomitantes à demanda.

Ainda que o julgado acima destacado seja objeto de questionamentos importantes, porém impossíveis de se abordar no presente trabalho, parece-nos que essa interpretação analógica não seria aplicada às convenções processuais, justamente porque a opção pela arbitragem é em si uma renúncia realmente mais ampla em relação ao espectro atingido pelos ajustes das partes, os quais, inclusive, são controlados pelo próprio Estado-juiz, que verificará uma série de requisitos imprescindíveis para só assim poder declarar a sua regularidade. Em que pese os direitos e as garantias fundamentais do processo devam ser respeitados nos dois campos, inevitavelmente, obtém maiores meios de resguardo perante o Poder Judiciário em razão da maior gama de mecanismos para conservá-los e da imposição de limites que não possa comprometer os interesses públicos veiculados pelo processo, fato que não ocorre na arbitragem.

Argumento poderoso é o de que eventual desequilíbrio entre os convenentes será controlado por outros filtros de aferição de validade, e não a partir de uma vedação geral no tocante à possibilidade de se pactuar convenções processuais, sobretudo as convenções

---

[747] Colaciona-se trecho importante do voto vencedor da Min. Nancy Andrighi em sede do REsp. 1.169.841 - RJ (2009/0239399-0): "seja como for, o artigo 51, VII, do CDC se limita a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual litígio e havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral. Friso, por fim, que o raciocínio ora construído não conflita com o artigo 34 da Lei n. 9.514/97, suscitado pelas recorrentes, segundo o qual os contratos relativos ao financiamento imobiliário em geral poderão estipular que litígios ou controvérsias entre as partes sejam dirimidos mediante arbitragem. Realmente, não se vislumbra incompatibilidade. Em primeiro lugar, porque nada impede que, em financiamentos imobiliários não sujeitos ao CDC, se estipule, desde o início, a utilização da arbitragem. Em segundo lugar porque, havendo relação de consumo, prevalecerá a regra acima delineada, de que a efetiva instauração do procedimento arbitral se sujeite à posterior concordância das partes, por ocasião do surgimento do conflito de interesses, o que não é vedado pelo artigo 34 da Lei n. 9.514/97, que, além de prever a arbitragem como mera faculdade ou alternativa, não fixa o momento em que deverá ser definida a sua efetiva utilização. "

processuais prévias, em negociações que envolvam relação de consumo, seja o instrumento um contrato de adesão ou não. Nesse sentido, os filtros seriam, *e.g.*, o controle da capacidade processual negocial com a proteção dos vulneráveis, a proteção aos direitos fundamentais do processo, a licitude e determinabilidade do objeto, os vícios da manifestação de vontade e os vícios sociais. É necessário observar, para qualquer contrato de adesão, seja em matéria de direito do consumidor ou não, a regra do artigo 4º, § 2º da Lei de Arbitragem, sendo a interpretação do contrato sempre favorável ao aderente (artigo 423, CC). Nesses casos, a formalidade é *ad solemnitatem*, pois não consiste em mera recomendação, mas que deriva de interpretação lógico-sistemática, que traz maior segurança à negociação processual e fala em benefício do consumidor e do aderente.

3.5.4.5. A questão da ordem pública processual como um possível filtro de verificação da licitude do objeto das convenções processuais

Interessa tratar da "ordem pública processual" como um possível limite à negociação das partes, interligado à licitude objetiva das convenções processuais. Em importantes estudos sobre a temática, a ordem pública processual tem sido comumente identificada como filtro objetivo inescusável ao mecanismo convencional.[748] Nesse ponto, indagamos: será este um critério suficiente e de razoável operacionalização prática? A imprecisão do conteúdo que ostenta não poderia prejudicar, ao invés de agregar limites palpáveis aos negócios jurídicos processuais? Será que o critério limitador não acabaria culminando em um joguete da

[748] CADIET, Loïc. Les clauses contractuelles relatives a l'action em justice. In: *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels.* Aix-en-Provence: Universitaires d'Aix Marseille, 1990, p.197; DE NOVA, Giorgio. Accordi delle parti e decisione. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Numero speciale: accordi di parti e processo.* Milano: Giuffrè, 2008, p.60; CHARPENEL, Yves. L'ordre public judiciaire: la laque et le vernis. In: *Collection dirigéé par Paul Bernard.* Paris: Economica, 2014; CAPONI, Remo. CAPONI, Remo. Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Numero speciale: accordi di parti e processo.* Milano: Giuffrè, 2008, p.49; GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. In: *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. MULLER, Ivone. *Le contrat judiciaire en droit privé.* These pour le Doctorat en Droit. Paris: Université de Paris I Panthéon-Sorbonne,1995, p.301: *"On a vu que le contrat judiciaire ne peut intervenir que dans les matières qui ne touchent pas à l'ordre public. Sur ce point, l'intervention du juge n'y change rien. Mais faut-il en déduire qu'il entre dans la mission du juge de s'assurer de la conformité u contrat judiciaire à l'ordre public? A cette question, ni la doctrine qui n'aborde guère ce point, ni la jurisprudence trop rare, n'offre de réponse claire."*

argumentação jurídica[749] dos refratários ao mecanismo convencional, gerando a insegurança jurídica indesejada? Ainda: é possível alcançar uniformidade da extensão conceitual de ordem pública processual a fim de servir de baliza segura de controle? Por fim: Como regular algo – no caso, a ordem pública processual em relação às convenções processuais – sem que se saiba o próprio alcance do parâmetro de regulação?

As perguntas inicialmente lançadas convidam o leitor a pensar sobre a ordem pública processual no contexto do processo civil contemporâneo, sobretudo em relação às convenções processuais: se seria ou não um critério suficiente e necessário à verificação da licitude do objeto (derrogação do procedimento e conformação das situações jurídicas processuais) dos ajustes processuais das partes. Embora seja tema interessante e pouco enfrentando pela doutrina,[750] provavelmente em razão dos inúmeros desafios impostos ao pesquisador ao deparar-se com a dificuldade semântica revelada pelo fenômeno, o exame realizado pela dissertação possui unicamente o objetivo de analisar a "ordem pública processual" nos liames da convencionalidade tratada, despido de qualquer pretensão de investigar, com a profundidade recomendada, os contornos, a conceituação, as formas de operacionalização, bem como o controle de regularidade do próprio processo civil.[751] No entanto, malgrado não seja esse o objetivo que ora se persegue, é preciso apresentar o seu panorama geral.

Partimos da ideia compartilhada pela doutrina processual de que o conceito é amplo, e até hoje não se logrou êxito em precisá-lo;[752] sequer existe consenso se seria dissemelhante da compreensão de ordem pública geral[753], analogamente fluida. A ordem pública processual recebe, não somente no direito brasileiro, abordagens e conceituações diversas, mas não menos indefinidas. As duas principais concepções de ordem pública processual pesquisadas a posiciona como característica relacionada às normas jurídicas cogentes e imperativas, em

---

[749] O termo foi empregado em outro contexto por Letícia de Campos Velho Martel. *Direitos fundamentais indisponíveis – os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida.* Tese de Doutorado em Direito Público, premiada pela CAPES no ano de 2011. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2010, p.36.

[750] APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil.* Coleção Atlas de Processo Civil, Coord. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2011; GÓES, Gisele Santos Fernandes. *Proposta de sistematização das questões de ordem pública processual e substancial.* Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2007.

[751] V. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem pública processual: técnica de controle da regularidade do processo civil.* Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2014.

[752] MULLER, Ivone. *Le contrat judiciaire en droit privé.* These pour le Doctorat en Droit. Paris: Université de Paris I Panthéon-Sorbonne,1995, p.302.

[753] A inquietação também é expressada por Antonio do Passo Cabral. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodi*v*m, 2016, p.307.

contraponto às normas jurídicas processuais "supletivas" ou dispositivas; ou ainda a identifica como mecanismo essencial de resguardo aos direitos e garantias fundamentais do processo.

Trícia Navarro Cabral atribui o qualitativo imperatividade às normas de ordem pública, sendo sempre de "absoluta cogência", de sorte que não concedem margens de disposição pelas partes ou de flexibilização pelo juiz. O magistrado possui o dever de cognoscibilidade de oficio das questões de ordem pública, porquanto desnecessária a provocação dos litigantes. Nessa função, o juiz vela pelo núcleo essencial dos princípios e garantias fundamentais do processo, os quais atribuem forma e conteúdo ao fenômeno.[754] Reconhece na ordem pública processual uma fronteira intransponível de verificação da regularidade e do desenvolvimento do processo, desde que conjugada com os critérios do prejuízo e da finalidade do ato processual praticado. Destaca o fato de a lei processual considerar de ordem pública matérias conhecíveis de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição, sendo elas, *e.g.*, condições da ação, pressupostos processuais[755] e outros aspectos materiais ou processuais sujeitos à nulidade absoluta.[756] No tocante a essas questões, não haveria qualquer espaço de convencionalidade.

Na visão de Diogo Assumpção Rezende de Almeida, a ordem pública processual refere-se aos direitos públicos que seriam inafastáveis. Em estudo específico sobre as convenções processuais, enxerga na ordem pública o requisito de "admissibilidade" não cogitado expressamente pelo legislador pátrio. A partir dessa concepção, elenca como decorrências da ordem pública especificamente à convencionalidade processual: "(i) a igualdade e partes plenamente capazes; (ii) o contraditório e a ampla defesa; (iii) o devido processo legal; (iv) o princípio do juiz natural, a independência e a imparcialidade do julgador; (v) a fundamentação das decisões; (vii) a busca da verdade; (viii) a celeridade; (ix) a coisa julgada material".[757]

---

[754] CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem pública processual: técnica de controle da regularidade do processo civil.* Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2014, p.25.

[755] Assim também: APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil.* Coleção Atlas de Processo Civil, Coord. Carlos Alberto Carmona. São Paulo: Atlas, 2011, p.105.

[756] CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem pública processual: técnica de controle da regularidade do processo civil.* Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2014, p.374. Apenas um breve comentário que nos parece oportuno: nem tudo que é cognoscível de ofício pelo Estado-juiz, isto é, quando há desnecessidade de requerimento pelas partes, é de ordem pública.[756] Utiliza-se o exemplo do conhecimento de ofício pelo juiz da nulidade de cláusula abusiva de foro convencional de eleição – competência relativa – (artigo 63, § 3º, § 4º, CPC).

[757] ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A Contratualização do Processo – das convenções processuais no processo civil.* São Paulo: LTr, 2015, p.153. Em sentido análogo são as conclusões obtidas por Tatiana Simões dos Santos. *O Processo Civil modulado pelas partes: ampliação da autonomia privada em matéria processual.* Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2009.

Percebe-se que o autor em referência seguiu no mesmo sentido das lições de Leonardo Greco, ao qual a preservação dos princípios fundamentais do processo é o que se pode denominar de ordem pública processual.[758]

Seria o conjunto dos requisitos dos atos processuais impostos de modo imperativo pelo Estado, de modo a assegurar a proteção do "interesse público precisamente determinado", do respeito a direitos fundamentais e da observância das garantias do devido processo legal ou do processo justo.

Leonardo Greco elenca como as garantias pertencente à ordem pública processual: independência, imparcialidade e competência absoluta do Estado-juiz; capacidade processual das partes; liberdade de acesso à tutela jurisdicional em igualdade de condições por todos os cidadãos – igualdade de oportunidades e de meios de defesa –; cognição adequada pelo Estado-juiz; procedimento previsível, equitativo, contraditório e público; concorrência das condições da ação; delimitação do objeto litigioso; princípio da iniciativa das partes (princípio da demanda); princípio da congruência; conservação do conteúdo dos atos processuais; possibilidade de ampla e oportuna utilização dos meios de defesa lícitos, inclusive a defesa técnica e a autodefesa; intervenção do Ministério Público nas causas sobre direitos indisponíveis, ou as de curador especial ou de curador à lide e controle da legalidade e causalidade das decisões judiciais através da fundamentação.[759] Também acrescenta a celeridade do processo, identificando a litigiosidade como situação de crise na eficácia dos direitos dos cidadãos e, por isso, consistiria em dever do Estado-juiz restabelecer o equilíbrio com a devida atenção ao princípio da duração razoável do processo, notadamente após a introdução do inciso LXXVIII do artigo 5° da Constituição pela Emenda Constitucional n. 45/2004.

Ao se dedicar à ordem pública interna,[760] Marie-Caroline Vincent-Legoux reconhece a simbiose existente entre ordem pública e a organização da sociedade em determinado momento histórico, remetendo à falta de rigidez e à atemporalidade do conteúdo.[761] Nesse rumo, a ordem

---

[758] GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. In: *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

[759] Leonardo Greco, *O Processo de Execução*, vol. 2. Renovar: Rio de Janeiro, 2001, pp.265-266.

[760] Marie-Caroline Vincent-Legoux. *L' ordre public : étude de droit comparé interne.* Texte remanié de: Thèse, droit public, Dijon, 1996, p.13.

[761] Ibid, p.14.

pública – na acepção geral – seria o fiel da balança ou a *summa divisio* entre direito público e privado.[762]

No que alude à limitação à liberdade de formação e conteúdo dos atos, o artigo 6º do Código Civil francês corresponde ao centro de emanação da ordem pública de direção, sendo vedada a derrogação das normas a quais receberem o atributo da imperatividade.[763] Conforme essa perspectiva, a possibilidade de derrogação da regra legislada encontra-se restrita, para Marie-Caroline Vincent-Legoux, às normas supletivas.

A doutrina francesa comumente diferencia: i) ordem pública de direção; ii) a ordem pública de proteção das liberdades individuais. A primeira equivale às disposições relacionadas, *e.g.*, ao equilíbrio econômico e financeiro do contrato, à livre concorrência, ou seja, as imposições do Estado no controle do âmbito de autonomia dos cidadãos no resguardo do interesse público.

Grosso modo, podemos identificar que a ordem diretiva se relaciona à aplicação irrestrita das "normas imperativas", a fim de manter a paz social ao impor determinadas condições ao exercício das liberdades naturais.[764] A ordem pública em seu desdobramento diretivo corresponde, portanto, ao limite da formação dos atos jurídicos, materializada pelo controle dos elementos essenciais, do conteúdo, da forma de elaboração e de exteorização, concretização e, no caso dos negócios jurídicos em geral, dos efeitos almejados. Em complemento à ordem pública de direção, aponta-se a ordem pública protetiva, atinente à proteção aos possíveis desfavorecidos nas relações jurídicas, como os consumidores, trabalhadores, empresários de pequeno porte etc..[765] Tratam-se, em verdade, de normas de

---

[762] Também sobre o tema: ANCEL, Pascal; *et al*. *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé?* Direction: Baptiste Bonnet et Pacale Deumier. Paris: Dalloz, 2010. Sobre a crítica à dicotomia direito público e direito privado, remetemos à análise de Francisco Amaral. *Direito Civil - introdução.* 7. ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp.110-11.

[763] Marie-Caroline Vincent-Legoux. *L' ordre public : étude de droit comparé interne.* Texte remanié de: Thèse, droit public, Dijon, 1996, pp.110-110.

[764] Marie-Caroline Vincent-Legoux. *L' ordre public : étude de droit comparé interne.* Texte remanié de: Thèse, droit public, Dijon, 1996, Deuxième Partie: un ordre de protection des libertés, p.189.

[765] "*L'ordre public suppose une déconcentration de la justice mais 'l'ordre public de protection' se manifeste aussi pour interdire les accords défavorables aux contractants les plus faibles. Toutefois le respect de ces règles d'ordre public n'est pas toujours garanti par un moyen d'ordre public [...] On pourrait alors le qualifier d'ordre public de direction sociale. Dans ces hypothèses, l'interventionnisme, qui n'est plus néoliberál puisqu'il n'a plus pour but l'exercice effectif des libertés, fait encore moins l'unanimité. D'une part, si l'on peut penser qu'il recherche un équilibre des rapports sociaux au-delà d'équilibre du contrat, son impartialité est évidemment souvent mise en doute. [...] En définitive, l'ordre public de protection ten à assurer l'exercice effectif de la liberté de créer du droit, suivant en cela les enseignements de Hegel selon lesquels la règle de droit être à la fois abstraite et concrète [...] Il permet l'expression conjointe de eux libertés contactuelles en harmonisant leur exercice".*

proteção de interesses privados, e segundo doutrina abalizada, as normas de ordem pública protetiva podem ser alteradas quando houver aquiescência, contrariamente às normas de ordem pública diretiva.[766] Em avanço, a ordem pública processual, segundo a compreensão de Marie-Caroline Vincent-Legoux, atua como guia do "bom funcionamento da justiça" e elemento de garantia dos direitos e liberdades no processo.[767] Relaciona a ordem pública examinada no âmbito do processo civil ao formalismo e ao devido processo legal e condiciona, nesse ponto corretamente, a anulação do ato processual que a desrespeite à constatação de prejuízo (*grief*).[768]

Adiante, a autora realça as semelhanças e posteriormente as dissemelhanças entre ordem pública de direção e ordem pública de proteção:
"Comme l'ordre public de direction, l'ordre public de protection fonde des interdictions et es obligations. Il met en œuvre la plupart des moyens utilisés par l'ordre public de direction:
. il impose le respect des formalités: mentions obligatoires, délai de réflexion;
. il interdit certaines clauses secondaires:celles qui confèrent un avantage excessif au contractant le plus fort;
. il choisit parfois de cocontractant préféré: il fonde un droit de préemption et un droit au renouvellement du contrat limité par un droit de reprise;
.il interdit certains actes juridiques: ceux qui sont entachés d'une incapacité ou d'un vice du consentement eu, dans quelque cas, ceux qui sont lésionnaires;
. il porte atteinte dans une certaine mesure à la force obligatoire des contrats: il fonde un droit de rétractation et justifie l'application immédiate de textes nouveaux aux contrats en cours quand le besoin de protection est si impérieux que la réforme ne souffre aucun retard.
Mais contrairement à l'ordre public de direction, l'ordre public de protection d'une part n'exige jamais la conclusion d'un contrat, d'autre part intervient positivement dans la détermination du contenu du contrat et ce, de deux manières différentes: soit il définit les droits minimaux du contractant le plus faible et laisse aux parties le soin de réaliser un contrat équilibréen augmentant plus ou moins ces droits (il s'agit de « l'ordre public social »),soit il contribue partiellement à la formation de cet équilibre contractuel en fixant les droits el les obligations qu'il juge les plus importants." Marie-Caroline Vincent-Legoux. *L' ordre public : étude de droit comparé interne.* Texte remanié de: Thèse, droit public, Dijon, 1996, p.177; pp.232-233.

[766] LEMES, Selma Ferreira. A arbitragem e a decisão por equidade no direito brasileiro e comparado. In: *Arbitragem: Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares.* Coord. Carlos Alberto Carmona; Selma Ferreira Lemes; Pedro Batista Martins. São Paulo: Atlas, 2007, p.219. O raciocínio serve às convenções processuais. A doutrina francesa tende a relativizar as regras de ordem pública protetiva, podendo sobre elas as partes convencionar. *Cf.* MAHRAN, Riham Mansour. *Les clauses relatives aux litiges en droit français: aspects internes et internationaux*, vol.I, thèse pour le Douctorat en Droit Privé: Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2005.

[767] Marie-Caroline Vincent-Legoux. *L' ordre public : étude de droit comparé interne.* Texte remanié de: Thèse, droit public, Dijon, 1996, p.177; pp.269-274; MAHRAN, Riham Mansour. *Les clauses relatives aux litiges en droit français: aspects internes et internationaux*, vol.I, Thèse pour le Douctorat en Droit Privé: Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2005; La contractualisation de la CADIET, Loïc. Propos introductif; "faire lien". In: *La contractualisation de la production normative. Sous la direction de Sandrine Chassagnard-Pinet, David Hiez.* Paris: Dalloz, 2008, p.183.

[768] Ibid, p.177; pp.269-274; MAHRAN, Riham Mansour. *Les clauses relatives aux litiges en droit français: aspects internes et internationaux*, vol.I, Thèse pour le Douctorat en Droit Privé: Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2005.

Na esfera da arbitragem, a ordem pública representa um freio à liberdade das partes quanto à escolha da via arbitral, bem assim das normas de direito aplicáveis.[769] De acordo com Carlos Alberto Carmona, "as normas de ordem pública são aquelas que estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do direito". Prossegue o autor afirmando que a ordem pública equivale a um conjunto de regras e princípios "fugidios e nebulosos, que tendem a manter a singularidade das instituições de determinado país e a proteger os sentimentos de justiça e moral de determinada sociedade, em determinada época".[770]

A doutrina de direito internacional estabelece uma linha divisória entre ordem pública internacional e ordem pública interna.[771] Naquela, o objeto de análise são atos praticados no exterior com repercussão no território nacional; já nesta, o exame recai na imposição de barreiras para a atividade individual de contratação pela impossibilidade de derrogação de normas impositivas.[772]

Segundo Carmen Tibúrcio, a ordem pública externa, ou de segundo e terceiro graus, não se relaciona diretamente a imperatividade das normas do sistema interno, mas com elementos políticos, éticos e sociais colocados acima das regras internas e que são imanentes a cada

---

[769] "A expressão designa um conceito do tipo aberto, que não se encontra formulado em qualquer diploma legal.14 Nada obstante, é possível identificá-la como o conjunto de valores ou opções políticas fundamentais dominantes em uma determinada sociedade em determinado momento histórico, em geral positivados na Constituição e na legislação vigente, sobretudo em países de tradição romano-germânica, como é o caso do Brasil". TIBÚRCIO, Carmen. Controle de constitucionalidade das leis pelo árbitro: notas de direito internacional privado e arbitragem. In: *Revista de Direito Administrativo - RDA*, vol. 266, 2014, p.174.

[770] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/1996.* 3. ed. São Paulo, Atlas, 2009, p.69.

[771] Chegando ao mesmo resultado, Carmen Tibúrcio destaca que o conceito de ordem pública admite três gradações: "[...] é de primeiro grau a ordem pública de âmbito fundamentalmente interno, isto é, as regras e os princípios do ordenamento jurídico considerados imperativos, não podendo ser afastados pela vontade das partes. Vale dizer, no plano interno, a ordem pública se confunde com o conceito de leis imperativas. A ordem pública de segundo grau situa-se no plano do direito internacional privado e é aquela que de fato impede a aplicação de leis, atos e decisões estrangeiros contrários à ordem pública definida no plano interno. Nesse contexto, ainda, deve-se distinguir a ordem pública na aplicação direta da lei estrangeira, por força das regras de conexão locais, da ordem pública na aplicação indireta da lei estrangeira, ou seja, quando a situação já se constituiu no exterior, quando a ordem pública terá um menor âmbito de atuação. O terceiro grau de ordem pública descreve um conjunto de princípios aplicáveis sobretudo às relações internacionais, que traduzem os interesses da comunidade mundial e situam-se acima dos sistemas jurídicos internos de cada país" Controle de constitucionalidade das leis pelo árbitro: notas de direito internacional privado e arbitragem. In: *Revista de Direito Administrativo - RDA*, vol. 266, 2014, pp.174-175.

[772] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/1996.* 3. ed. São Paulo, Atlas, 2009, pp.69-70; V. NAVARETTI, Antonio Maria Lorca. ¿Garantías Ordinarias *versus* Garantías Constitucionales en el Arbitraje? In: *Arbitragem: Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares.* Coord. Carlos Alberto Carmona; Selma Ferreira Lemes; Pedro Batista Martins. São Paulo: Atlas, 2007, p.251.

ordenamento jurídico. Nesse sentido, nem tudo que seria de ordem pública interna ou de primeiro grau, o seria na dimensão externa, i.e., na ordem pública de segundo e terceiro graus.[773] O exposto até o momento serve à demonstração das várias acepções de ordem pública e de ordem pública processual.

Nesse contexto, a ordem pública geral parece não coincidir com o sentido recorrente de ordem pública processual, aquela mais relacionada a questões ideológicas, políticas, econômicas, morais e religiosas imanentes a determinada sociedade[774] em detrimento do caráter cogente e imperativo das normas jurídicas do direito interno.[775] Carmen Tibúrcio afirma que a ordem pública de primeiro grau desencadeia, no âmbito processual, o respeito ao princípio do devido processo legal, ao princípio do contraditório, ao princípio da ampla defesa, tal como à regra de motivação das decisões judiciais.[776]

O mais importante para os contornos da presente dissertação é a percepção de que o denominador comum de todas as locuções é o de que a fixação de seu conteúdo impõe tarefa árdua à doutrina, porquanto apresenta uma clara resistência conceitual.[777] A propósito, para Martin Hunter e Gui Conde e Silva a marca da imprecisão equivale a nota essencial da acepção

---

[773] V. NAVARETTI, Antonio Maria Lorca. ¿Garantías Ordinarias *versus* Garantías Constitucionales en el Arbitraje? In: *Arbitragem: Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares.* Coord. Carlos Alberto Carmona; Selma Ferreira Lemes; Pedro Batista Martins. São Paulo: Atlas, 2007, p.250.

[774] HUNTER, Martin; SILVA, Gui Conde e. A ordem pública transnacional e sua operação nas arbitragens relativas a investimentos. In: *Arbitragem: Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares.* Coord. Carlos Alberto Carmona; Selma Ferreira Lemes; Pedro Batista Martins. São Paulo: Atlas, 2007, p.161.

[775] No direito suíço, há ainda a distinção entre regras de ordem pública e regras simplesmente imperativas. As primeiras estariam relacionadas ao interesse público geral e a segunda aos interesses privados. Aproxima-se da divisão presente no direito francês, já abordada na dissertação, de ordem pública protetiva e ordem pública de direção. V. LEMES, Selma Ferreira. In: *Arbitragem: Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares.* Coord. Carlos Alberto Carmona; Selma Ferreira Lemes; Pedro Batista Martins. São Paulo: Atlas, 2007, p.219.

[776] TIBÚRCIO, Carmen. A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras. In: *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.15.

[777] "*E, soggiungeva Chiovenda, < non deve porsi la questione così: se cotali contratti siano o meno contrari all`ordine pubblico; altra è la ragione per cui non se ne può chiedere l'osservanza, ed è che essi riguardano un attività altrui (l'attività del giudice), sul regolamento della quale non può influire la volontà delle parti se non quando la legge lo disponga espressamente>."* DE NOVA, Giorgio. Accordi delle parti e decisione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Numero speciale: accordi di parti e processo. Milano: Giuffrè, 2008,* pp.59-60; GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. In: *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais:* Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008; CADIET, Loïc. NORMAND, Jacques; MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie générale du procès.* Paris: PUF, 2010, p.207: *"Les procédures contractuelles ont une vertu déontologique. Dans l'ordre de la solution judiciaire des litiges comme dans celui de la solution conventionelle des différends, un minimum d'équité de procédurale (égaléé ici à la loyauté, fairness) est indispensable à l'équité de la convention comme elle l'est à l'équité du jugement. La nécessite de ces garanties procédurales est d'apparition plus récente et, surtout, elles ne sont pás encore penséés comme príncipes directeures du procès juridictionnel*;

"ordem pública".[778] Na seara do processo civil, como demonstrado acima, defende-se a sua relação com os direitos e garantias fundamentais constitucionais aplicados ao ambiente processual, inerentes ao processo justo: *v.g.*, acesso à justiça; imparcialidade; princípio do juiz natural; isonomia material entre os litigantes; contraditório como direito de influência e igualdade de oportunidades; princípio da demanda; correlação e congruência entre causa de pedir, pedido e sentença; ampla defesa e seus desdobramentos – defesa técnica e autodefesa -; intervenção do Ministério Público nas causas sobre direitos indisponíveis, adequada valoração dos meios de prova e duração razoável do processo.

Fato é que encontrar os limites da convencionalidade processual na ordem pública processual equivale a defesa da impossibilidade de se convencionar relativamente a um regramento tratado por normas processuais cogentes, que por serem de ordem pública, não seriam passíveis de derrogação pelas partes.[779] Relativamente a isso, em significativo texto sobre o tema e diversas vezes referenciado na dissertação, José Carlos Barbosa Moreira[780] registrou que reconhecer na distinção entre normas cogentes e dispositivas a fronteira da licitude das convenções processuais implicaria em adotar um critério pouco satisfatório em razão da linha tênue entre ambas.[781]

Sem contar que sustentar tal posicionamento nos parece apequenar o avanço conquistado pelo direito processual civil para além das lições tradicionais de Bülow e Chiovenda, os quais, envolvidos pelo temor do *Konventionalprozess* viam somente a possibilidade dos negócios típicos sobre normas dispositivas. Na verdade, a vitória da publicização do processo civil era comprovada pela negação e consequente superação do processo "coisa das partes", pensamento razoável na época face ao repúdio declarado ao processo liberal e pela importância de se conquistar espaços autônomos pela disciplina, reafirmando a relação processual na qual inserido o Estado-juiz.

---

[778] HUNTER, Martin; SILVA, Gui Conde e. A ordem pública transnacional e sua operação nas arbitragens relativas a investimentos. In: *Arbitragem: Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares.* Coord. Carlos Alberto Carmona; Selma Ferreira Lemes; Pedro Batista Martins. São Paulo: Atlas, 2007, p.161.

[779] O critério é defendido, entre outros, por Cassio Scarpinella Bueno. *Manual de Direito Processual Civil*. vol. único. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p.216.

[780] "[...] o mais difundido desses critérios é o que se baseia na distinção entre normas processuais cogentes e normas processuais dispositivas. Admitir-se-ia no campo destas e repelir-se-ia no daquelas a liberdade de convenção entre as partes. Não é certo, porém, que esse caminho leve a solução satisfatória em qualquer hipótese, antes de mais nada pela dificuldade que às vezes se encontra em traçar a linha divisória nítida entre as duas espécies de normas". BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual, In: *Temas de Direito Processual, 3. série.* São Paulo: Saraiva, 1984, p.91.

[781] V. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*, 17.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, no prelo.

Todavia, não é igualmente razoável retroceder ao pensamento em muito aprimorado e fechar os olhos às conquistas alcançadas em longa caminhada. Deveras, a convencionalidade, desde que respeitadas as necessárias limitações, não nega a autonomia do processo civil e a sua natureza publicística, pelo contrário, mas propicia o reequilíbrio dos interesses públicos veiculados pelo processo com os interesses privados das partes. Nesse rumo, já restou demonstrado que os acordos processuais não resgatam a antiga concepção de processo "*chose des parties*", porquanto inserido em um contexto completamente distinto, de sorte a apresentar compatibilidade irrefutável com a concepção de Estado constitucional e com a função jurisdicional.

Com a evolução do processo, é possível perceber cada vez mais a redução da importância de se realizar a distinção entre normas cogentes e dispositivas. As próprias convenções processuais típicas revelam a permeabilidade da legislação em autorizar a negociação de conteúdo versado por normas cogentes, como é o caso do ônus da prova, legitimação extraordinária,[782] limitação dos fatos e das normas de direito aplicável etc. É

[782] Fredie Didier Jr. visualiza a possibilidade de haver legitimação extraordinária de natureza negocial. Como é cediço, a legitimação extraordinária é excepcional e deve decorrer de autorização do *ordenamento jurídico*, conforme previsão do o artigo 18 do CPC. Nota-se que não mais da "lei", como era a exigência do artigo 6º do CPC/1973. O novo dispositivo obteve influência, entre outros estudos, de José Carlos Barbosa Moreira. O autor afirmou, certa vez, que a legitimidade extraordinária, mesmo que seja excepcional, não implica em exceções expressas pela lei, "mas permite, no melhor entendimento, que se infiram do sistema legal". V. Notas sobre o problema da efetividade do processo. In: *Temas de Direito Processual, 3. série*. São Paulo: Saraiva, 1984, p.33, nota de citação n. 7. Sobre a legitimidade *ativa* de origem negocial, Didier Jr. nos fornece o seguinte exemplo: "Imagine uma negociação empresarial em que uma sociedade transfere para outra sociedade a totalidade da sua participação societária em uma terceira sociedade (objeto do negócio). Mas não há transferência da titularidade das patentes de que essa terceira sociedade (objeto do negócio) era proprietária. Embora não transfira a propriedade das patentes, a vendedora atribui à compradora a legitimidade de defender essas patentes em juízo. Legitimação extraordinária, portanto: a empresa compradora defenderá em juízo as patentes da empresa vendedora." Adiante, o autor chama a atenção ao fato de que o objeto do negócio processual do exemplo refere-se à *transferência* de legitimação *ad causam* ativa. Não se cuida de transferência do direito; não há transferência da situação jurídica material. Ademais, a legitimidade passiva pode ser *transferida (legitimação extraordinária exclusiva)* ou *ampliada (legitimação extraordinária concorrente)* por acordo processual. Ainda na esteira de tal entendimento, não do mesmo modo opera a legitimação extraordinária passiva de origem negociada, vejamos: "Não pode o futuro réu transferir sua legitimação passiva a um terceiro. Ou seja, não pode o réu, permanecendo titular de uma situação jurídica passiva (um dever obrigacional, por exemplo), atribuir a um terceiro a legitimação para defender seus interesses em juízo. Seria uma espécie de fuga do processo, ilícita por prejudicar o titular da situação jurídica ativa (o futuro autor). Não se admite que alguém disponha de uma situação jurídica passiva por simples manifestação de sua vontade. Nada impede, porém, que o futuro autor participe desse negócio processual e concorde com a atribuição de legitimação extraordinária passiva a um terceiro. Preenchidos os requisitos gerais da negociação processual, não se vislumbra qualquer problema: o sujeito concordou em demandar contra esse terceiro, que defenderá em juízo interesses de alguém que concordou em lhe atribuir essa legitimação extraordinária. Aplica-se aqui, por analogia, a regra da assunção de dívida, permitida com a concordância expressa do credor (artigo 299 do Código Civil). Pode o futuro réu, no entanto, ampliar a legitimação passiva, atribuindo a terceiro legitimação extraordinária para defender seus interesses em juízo. Nesse caso, não há qualquer prejuízo para o autor, que nem precisa ser notificado dessa negociação. Isso porque, havendo legitimação passiva concorrente, escolherá o autor contra quem quer demandar. A ampliação dos legitimados passivos somente beneficia o autor. A notificação do futuro autor é, na verdade, um ônus do futuro réu: é do seu interesse que o futuro autor saiba que pode propor a demanda contra uma terceira pessoa. Um exemplo. Pode o locador atribuir à administradora do imóvel, com quem mantém contrato, a legitimação extraordinária para também poder ser ré em ação de revisão do valor dos alugueres

justamente à luz da presente mudança de paradigma que devemos pensar a ordem pública processual na condição de limite dos ajustes processuais, parecendo-nos de difícil operacionalização e que possivelmente poderia ofuscar a potencialidade do instituto convencional, que contribui acentuadamente, dentro do contexto jurisdicional atual, ao realinhamento das estruturas relacionais de poder no processo civil democrático de marca cooperativa. Ademais, os limites encontrados na ordem pública, se é que seria possível identificá-los com uma precisão mínima que fosse, podem ser extraídos de outros filtros de regularidade, entre eles os princípios fundamentais do processo em seu núcleo essencial intangível (tópico seguinte), além de outros parâmetros já tratados, como a proteção aos vulneráveis, a impossibilidade de derrogação de regras de proteção a direitos indisponíveis, a limitação das convenções às demandas que versarem sobre direitos que admitam autocomposição ou que não comprometam a tutela em juízo do direito material indisponível, a capacidade processual negocial, entre outros parâmetros abordados.

3.5.4.6. Proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais: ponderação entre autonomia ou "autorregramento da vontade" e direitos fundamentais do processo

Reconhecer na ordem pública processual um limite insatisfatório da convencionalidade processual não é desconhecer o necessário respeito aos direitos fundamentais do processo. Do contrário, seria incoerente com as premissas teóricas do garantismo processual, vertente norteadora da presente pesquisa,[783] do próprio sistema constitucional pátrio e da eficácia dos

---

ou de ação renovatória. A ampliação da legitimação passiva, com a atribuição de legitimação extraordinária a um terceiro, não permite que qualquer dos possíveis réus, uma vez demandado, chame ao processo (artigos 130-132, NCPC) o outro legitimado. Há, aqui, apenas colegitimação; não há, nesse caso, solidariedade passiva na obrigação discutida". DIDIER JR., Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. In: *Revista de Processo*, n. 232. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, pp.69-76.
Se legitimação negocial ocorrer na pendência do processo, deve-se obter o necessário consentimento da parte contrária por se tratar de sucessão processual, conforme o artigo109, §1º, CPC.

[783] Como já mencionado, o garantismo processual alberga conotações não coincidentes. Cumpre destacar que o garantismo de sustento da premissa teórica adotada converge com a doutrina de Leonardo Greco (Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo. In: *Revista Jurídica*, ano 51, n. 305, São Paulo: Notadez, 2003). Por derradeiro, não se relaciona com o garantismo contraposto ao ativismo judicial, que recebera enfoque na obra: *Ativismo Judicial e Garantismo Processual.* Coord. DIDIER JR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson. Salvador: Juspodivm, 2013.

direitos fundamentais.[784] Dessa forma, os direitos fundamentais processuais atuam como as "pedras de toque" do controle de regularidade realizado pelo Estado-juiz sobre os acordos processuais das partes, sejam eles típicos ou atípicos, prévios ou incidentais, dispositivos (alterações do procedimento legal) ou obrigacionais (conformação das situações jurídicas processuais).

Tratam-se, na verdade, de parâmetros não expressos pelo artigo 190, CPC, porém que decorrem das diretrizes normativas do sistema esculpido no paradigma do Estado constitucional.[785]

Antes de adentrarmos propriamente nas situações meramente exemplificativas que resultam do sopesamento *hipotético* entre autonomia ou autorregramento da vontade e direitos fundamentais processuais, é cabível realizar algumas considerações relevantes sobre a autonomia de modo geral, expressão genuína do direito fundamental de liberdade e da dignidade humana.

Em nossa ordem constitucional, a liberdade se faz reconhecida como direito fundamental nuclear e recebe referências expressas ao longo do texto normativo em que se baseia. A título de exemplo, se extrai do enunciado do artigo 3º, inciso I, como objetivo fundamental do Estado republicano brasileiro a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; o artigo 5º, inciso II, dispõe que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Ademais, outros dispositivos revelam a projeção do direito fundamental de liberdade sobre outros direitos, *v.g*., a liberdade de associação profissional ou sindical, nos termos do artigo 8º, CF.

A consagração do valor liberdade remete diretamente à ideia de autonomia individual, cuja relação com o princípio da dignidade humana traduz tema de profundos e incansáveis debates.[786]

Daniel Sarmento trouxe importantes contribuições apresentadas recentemente à comunidade do direito na obra: dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e

---

[784] V. SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: *Revista de Direito do Estado* 4, 2006, p.42. A obra completa é: Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia, 3. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

[785] V. GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. In: *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

[786] " [...] liberdade e igualdade formam dois elementos essenciais do conceito de dignidade da pessoa humana, que o constituinte erigiu à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais". MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.296.

metodologia.[787] Nesta sede, esclarece que uma maneira de se compreender a dignidade da pessoa humana é lastreada no reconhecimento de um direito fundamental imanente ao cidadão para efetuar escolhas pessoais e de poder segui-las (dignidade como autonomia), ao passo que outros enxergam o princípio da dignidade humana enquanto fundamento para possíveis limitações da liberdade individual com vistas a impedir que as pessoas se submetam a situações indignas (dignidade como heteronomia).

O autor parte do pressuposto de que essas duas noções não seriam, em tese, autoexcludentes; no entanto, reconhece que a definição do princípio da dignidade da pessoa humana e sua relação com a conotação adequada de autonomia individual pressupõe retirar do seu conteúdo a concepção "heteronomia", tendo em vista que a liberdade individual perseguida pelo princípio em referência "visa não só impedir a imposição de barreiras às escolhas individuais, mas objetiva também empoderar as pessoas para que possam realmente exercer a plenitude da sua liberdade".[788]

Em avanço, cabe mencionar, conforme apontado por Daniel Sarmento, que a autonomia individual se manifesta nos aspectos público e privado, de sorte que o primeiro é interligado ao exercício da democracia, i. e., o poder do cidadão de participar das decisões políticas, enquanto o segundo sentido encontra-se relacionado com o poder de autodeterminação, i. e., de realização pelos sujeitos de suas próprias escolhas.

São manifestações "igualmente vitais" da dignidade humana.[789] Considerando os desdobramentos sinteticamente anunciados – sob pena de ultrapassarmos os contornos do trabalho – para que contribuam com a análise da autonomia, se faz oportuna a abordagem relativa à autonomia privada.

Vale ressaltar ser incorreto confundi-la com a noção de autonomia da vontade, a qual concedeu respaldo aos civilistas no contexto histórico e político do liberalismo burguês,

---

[787] SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

[788] "Certo é, de todo modo, que a preocupação com a autonomia das pessoas tem um papel central na modernidade. As três revoluções que marcaram o surgimento do constitucionalismo – inglesa, norte-americana e francesa – todas elas entoaram o mantra da liberdade. A maior parte dos movimentos sociais modernos formulou as suas reivindicações valendo-se da bandeira da liberdade, dos opositores das ditaduras aos hippies, das feministas aos que lutaram pela descolonização. A autonomia dos indivíduos é um dos valores mais encarecidos pela cultura moderna e um dos pilares centrais sobre os quais estão erigidos os ordenamentos jurídicos das democracias". No final do capítulo o autor chega à conclusão de que a heteronomia não perfaz um componente do princípio da dignidade humana, sob pena de ocasionar o seu próprio enfraquecimento ao contribuir à perpetuação de uma "tirania da dignidade". Ibid, pp.135-158.

[789] Ibid, pp.139-140.

orientação que veio a impulsionar o movimento das codificações do século novecentista e, tempos mais tarde, o Código Civil de 1916.[790]

Analogamente, Robson Renault Godinho é preciso ao afirmar que a autonomia da vontade resgata a vontade subjetiva soberana, contrariamente à concepção de autonomia privada.[791]

Com arrimo nas lições de Francisco Amaral,[792] o mais correto é realmente falar em autonomia privada, vez que relacionada ao campo de atuação do sujeito dentro dos limites encetados pelo ordenamento jurídico, autorizando a "formação de normas negociais e determinação de seu próprio comportamento individual".[793]

Por essas considerações, a autonomia privada[794] consiste na *capacidade de o indivíduo fazer escolhas relevantes de aspectos existenciais e inerentes à vida*, de sorte a não se encontrar restrita apenas ao aspecto negocial. Corresponde a uma liberdade positiva, pressupondo a real capacidade de escolha[795]. Ao discorrer sobre a margem de proteção da autonomia privada, Daniel Sarmento identifica no ordenamento um *direito geral de liberdade* de caráter complementar e residual, incidindo "quando não se aplicarem outras liberdades específicas da Constituição", lastreado no artigo 5º, *caput*, despido de precisão acerca do mencionado âmbito de proteção deste direito fundamental.

Dessa maneira, "a autonomia privada é o princípio que fornecerá razões para que um ato de vontade entre particulares, mesmo restringindo direitos fundamentais, seja estabelecido, aceito e considerado válido".[796]

---

[790] SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.141.

[791] GODINHO, Robson Renault. A autonomia das artes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. In: *Civil Procedure Review*, v.4, n.1, 2013, p.81.

[792] A autonomia privada representa "o poder de alguém dar a si próprio um ordenamento jurídico e, objetivamente, o caráter próprio desse ordenamento, constituído pelo agente, diversa, mas complementarmente ao ordenamento estatal". AMARAL, Francisco. *Direito Civil - Introdução.* 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.383.

[793] O arremate é de Robson Renault Godinho. A autonomia das artes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. In: *Civil Procedure Review*, v.4, n.1, 2013, p.82.

[794] Para Pietro Perlingieri, a autonomia privada designa "o poder reconhecido ou atribuído pelo ordenamento ao sujeito de direito público ou privado de regular com próprias manifestações de vontade, interesses privados ou públicos [...]".*O Direito Civil na Legalidade Constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.338.

[795] SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p.142.

[796] Ibid, p.161.

Na esfera do processo civil, a autonomia privada corresponde à relevância da vontade das partes ou ainda, para expressivo segmento doutrinário, o respeito ao autorregramento da vontade[797] no processo, atendendo-se aos fins de estruturação, pelas partes, de suas situações jurídicas processuais ou a alteração do procedimento, atribuindo uma disciplina diversa aos atos processuais, dentro dos contornos colocados pelo ordenamento jurídico e esmiuçados na dissertação.

É natural que a autonomia sofra restrições, sendo mais acentuadas no ambiente público do processo. Se no campo do direito privado são observados desdobramentos éticos e metodológicos derivados da constitucionalização do direito desencadeando o fenômeno do dirigismo contratual, onde a autonomia privada recebeu limitações mais concretas, no processo, zona permeada por interesses públicos a serem concretizados pelo Estado-juiz, é que o espaço tenderá a ser naturalmente mais controlado, e o objeto das convenções processuais, por derradeiro, mais restrito.

Vale lembrar, na esteira do observado por Antonio do Passo Cabral, que a autonomia privada no âmbito do processo é materializada pela combinação do princípio dispositivo *(Dispositionsmaxime)* com o princípio do debate *(Verhandlungsgrundsatz)*,[798] os quais respaldam a pressuposição do *in dubio pro libertate*. A liberdade no processo não representa uma continuação da liberdade no direito material, até porque não produzem os mesmos efeitos. Mencionamos que o espaço de convencionalidade sofre maior controle em função dos escopos públicos encampados pela jurisdição.

É o princípio dispositivo em sentido processual ou o princípio do debate – interligado com a iniciativa das partes sobre fatos e provas, bem como à participação na conformação da estrutura do instrumento processual – que será alvo do juízo de proporcionalidade realizado pelo Estado-juiz em razão de colisão com outro direito fundamental a ele confrontante. Para aqueles que enxergam no princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo a manifestação do direito de liberdade,[799] será possível manejá-lo aos fins de sopesamento,

---

[797] A termo foi empregado por Pontes de Miranda ao lhe preferir em razão de sua extensão inclusive ao direito público, em detrimento de "autonomia privada", restrita ao direito privado. Nessa linha, o autorregramento da vontade compõe o suporte fático do ato jurídico, sendo a manifestação da vontade o seu elemento nuclear. V. PONTES DE MIRANDA. *Tratados de Direito Privado* – negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova, tomo. III, Rio de Janeiro: Borsói,1954, p.56.

[798] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.141.

[799] "O direito processual civil, embora ramo do direito público, ou exatamente por isso, é regido por essa dimensão da liberdade. O princípio da liberdade também atua no processo, produzindo um subprincípio: o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo". DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao

malgrado se reconheça que o núcleo de emanação da autonomia no cenário processual seja, realmente, o redimensionamento contemporâneo ou a nova postura paradigmático-interpretativa incorporada pelo princípio do dispositivo em seu viés processual e, automaticamente, a extensão do seu âmbito de proteção enquanto direito fundamental do processo.

Apresentaremos brevemente alguns pontos da teoria dos direitos fundamentais, sobretudo no que se refere a aferição do conteúdo essencial do direito fundamental, a fim de demonstrar como a autonomia no processo, materializada pelo princípio dispositivo ou princípio do respeito ao autorregramento no processo ao se permitir a celebração das convenções processuais, será equacionado ao colidir com outro direito fundamental.

Uma questão é certa: o tão só fato de haver colisão entre direitos fundamentais, não representa óbice ao reconhecimento sobre a regularidade do ajuste processual das partes, desde que não comprometa o conteúdo mínimo ou essencial do direito fundamental.[800] O tema pertinente aos direitos fundamentais tão vasto quanto complexo, gerando discussões acadêmicas e jurisprudenciais acentuadamente sensíveis. Por esse motivo, a intenção não é conceder a profundidade que o assunto merece, longe disso; seria inviável nessa sede. Entretanto, é necessário nos valermos de algumas premissas teóricas que se fazem necessárias, com respeito à boa técnica para a sistematização de um controle satisfatório das convenções processuais. Com o fito de melhor situar o leitor na matéria, serão relevadas em seguida as noções essenciais que permitem a verificação, no caso concreto, do âmbito de proteção do núcleo intangível dos direitos fundamentais. O objetivo perseguido é fornecer as ferramentas adequadas ao reconhecimento da *margem de restringibilidade* dos direitos fundamentais do processo a ponto de ocasionar a invalidade das convenções processuais identificada pelo Estado-juiz e referente à ilicitude do objeto.

Primeiramente, vale observar que a doutrina se divide com relação à forma pela qual a proteção do núcleo essencial protege um direito fundamental. Para uma primeira teoria, conhecida como relativa, o ponto nodal reside na "rejeição de um conteúdo essencial como um

autorregramento da vontade no Processo Civil. *Negócios Processuais, Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, Coord. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira, Salvador: Juspodivm, 2015, p.20.

800 "A renúncia só poderá ter como objeto um aspecto do direito fundamental, ou seja, a abrangência a renúncia será apenas parcial, não podendo atingir o direito fundamental como um todo, cerceando o exercício de todas as possibilidades conferidas pela garantia jusfundamental [...] A renúncia deve vir sempre acompanhada de benefícios para o indivíduo que abdica de seus direitos fundamentais, sob pena de invalidade o consentimento, não podendo apresentar benefícios para apenas uma das partes envolvidas ou benefícios que em muito superam as restrições impostas". ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011, p.202.

âmbito de contornos fixos e definíveis *a priori* para cada direito fundamental".[801] É intuitivo perceber, com arrimo na doutrina de Robert Alexy, que o conteúdo intangível do direito fundamental equivale ao que sobra da ponderação, i. e.: o núcleo essencial corresponde à própria proporcionalidade, pois ambos protegem um direito fundamental na medida desse princípio.[802] Em posição de arremate, Virgílio Afonso da Silva registra que a definição do núcleo essencial seria, portanto, subordinada à identificação dos direitos colidentes no caso concreto, o que implica na conclusão sobre a *variabilidade do conteúdo essencial* do direito fundamental.[803]

Em contrapartida, a teoria absoluta reflete a ideia de que a proteção do núcleo essencial não resulta do princípio da proporcionalidade; cada direito fundamental tem um núcleo essencial não decorrente da técnica de ponderação. Para essa compreensão, uma restrição mais fraca, invadindo o âmbito de proteção *prima facie*, mas não atingindo o núcleo essencial do direito, pode ou não ser constitucional, a depender da observância do princípio da proporcionalidade.

Diversamente, se a restrição for mais forte, de sorte a atingir o núcleo essencial, ela não deverá ser admitida pelo sistema por apresentar violação ao princípio da proteção ao núcleo essencial do direito fundamental. Consoante tal concepção, a proporcionalidade é usada para as restrições mais brandas, ao passo que, para as restrições mais severas, se aplica a proteção ao núcleo essencial.[804]

---

[801] SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: *Revista de Direito do Estado* 4, 2006, p.42.

[802] ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2002, pp.290-291.

[803] Acrescenta Virgílio Afonso da Silva: "a principal versão de uma teoria relativa para o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é aquela que o vincula à regra da proporcionalidade. Segundo essa versão, a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais nada mais é do que a consequência da aplicação da regra da proporcionalidade nos casos de restrições a esses direitos. Ambos os conceitos - conteúdo essencial e proporcionalidade - guardam uma íntima relação: restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos. É nessa característica que reside o caráter relativo da proteção ao conteúdo essencial. Isso porque a definição desse conteúdo não é baseada simplesmente na intensidade da restrição, ou seja, uma restrição não invade o conteúdo essencial simplesmente por ser uma restrição intensa. À intensidade da restrição são contrapostos os graus de realização e de importância dos outros princípios envolvidos no problema. Por isso, uma restrição que possa ser considerada como leve pode, mesmo assim, segundo uma teoria relativa, ser encarada como invasão do conteúdo essencial de um direito: basta que não haja fundamentação suficiente para ela. Nesse sentido, restrições não fundamentadas, mesmo que ínfimas, violam o conteúdo essencial a partir das premissas relativistas. E violações às vezes mais intensas podem ser consideradas constitucionais, i.e., não violadoras do conteúdo essencial". O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: *Revista de Direito do Estado* 4, 2006, p.42.

[804] Marcelo Novelino descreve que a teoria absoluta identifica que "o conteúdo essencial refere-se ao espaço de maior intensidade valorativa do direito, uma parte intocável, delimitada em abstrato por meio da interpretação. A proteção constitucional em sentido forte é assegurada apenas para este 'núcleo duro', considerado como o 'coração

Tanto para a teoria relativa quanto absoluta, o importante no presente contexto é perceber que a estrutura de um direito fundamental revela um conteúdo mínimo essencial, cuja realização pode variar conforme o caso concreto e, inclusive, a depender da modalidade normativa que o veicula, como visto mais adiante. Antes disso, cabe abordar a discussão pertinente à restringibilidade dos direitos fundamentais, vale dizer, a existência de limites de restrição dos direitos fundamentais. Há duas grandes teorias que merecem menção, a saber, teorias interna e externa.

A teoria interna, em sua essência, nega a existência de verdadeiras restrições a direitos fundamentais. Nessa compreensão, se o legislador ordinário pudesse restringi-lo, haveria uma "subversão" das fontes do direito. Com efeito, os direitos fundamentais possuem um conteúdo pré-determinado constitucionalmente; o que significa dizer que lei que os concretiza nada mais é senão a norma interpretativa, servindo ao esclarecimento do que se insere dentro da tutela dos direitos fundamentais. Compreende-se, com isso, que a legislação apenas traz "limites imanentes" à própria tutela dos direitos fundamentais. Virgílio Afonso da Silva é preciso ao lecionar que a ideia central da mencionada teoria pode ser resumida na máxima segundo a qual "o direito cessa onde o abuso começa".[805] Segundo suas palavras, "com isso se quer dizer, a partir do enfoque da teoria interna - e daí o seu nome - que o processo de definição dos limites de cada direito é algo interno a ele. Pois bem, notadamente de acordo com essa perspectiva é que podemos falar em limites imanentes, cuja fixação "não é definida nem influenciada por aspectos externos, *sobretudo não por colisões com outros direitos"*[806].

De outro lado, a teoria externa – ou teoria do suporte fático amplo – trabalha com um raciocínio eminentemente bifásico. Inicialmente, deve-se delinear o âmbito de proteção *prima facie* de um direito fundamental, o que deve se fazer de modo amplo, abrangente. Tendo em vista a tendência de colisão dos princípios, há uma zona de interseção entre a abrangência daqueles, havendo nela a existência de limites externos ao âmbito de proteção *prima facie* dos princípios, formando o âmbito de proteção definitivo dos princípios. A divisão teórica entre o direito em si e suas restrições, cunhada no seio dessa teoria, é aquilo que nos permite chegar "ao sopesamento como forma de solução das colisões entre direitos fundamentais e, mais do que isso, à regra da proporcionalidade, com suas três sub-regras - adequação, necessidade e

do direito'. A parte periférica poderia sofrer intervenções legislativas, embora dentro de determinados limites". Curso de Direito Constitucional. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p.329.

[805] SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: *Revista de Direito do Estado* 4, 2006, p.39.

[806] Ibid, p.37.

proporcionalidade em sentido estrito". É possível constatar, nesse ponto, que somente com lastro na teoria externa é que "se pode sustentar que, em uma colisão entre princípios, o princípio que tem que ceder em favor de outro não tem afetada a sua validade e, sobretudo, a sua extensão *prima facie*".[807]

A partir das premissas sucintamente abordadas, chegamos à ideia de colisão entre direitos fundamentais, o que guarda relação com a discussão acerca do conteúdo essencial e também integra o debate acerca das restrições aos direitos fundamentais. Tendo em vista o objetivo do presente tópico, cabe passar ao estudo das formas pelas quais os conflitos entre direitos fundamentais podem ser solucionados, a começar por aqueles travados no caso de direitos consagrados por meio de princípios.

A fim de percorrer essa questão sem nela muito aprofundar, tão somente no intuito de conceder as ferramentas necessárias ao controle das convenções processuais, parece-nos necessário passar por pontos fulcrais da teoria dos princípios desenvolvida por Robert Alexy, pela qual estes são definidos como mandados de otimização,[808] porquanto veiculam disposições a serem cumpridas na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto.

Os direitos fundamentais consagrados por meio de princípios comportam realizações em diversos graus.[809] De modo geral, cuidando-se de conflitos entre princípios,[810] a solução envolve a adoção de um peso relativo de ambos, na medida em que estampam uma dimensão de peso ou de importância que é "constituinte da noção de princípio".[811] Ao veicular a já

---

[807] Ibid, p.39.

[808] ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.90. Na visão de Humberto Ávila, os princípios seriam "deveres de otimização aplicáveis em vários graus segundo as possibilidades normativas e fáticas: normativas, porque a aplicação dos princípios depende dos princípios e regras que a eles se contrapõem; fáticas, porque o conteúdo dos princípios como normas de conduta só pode ser determinado quando diante dos fatos". *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.* São Paulo: Malheiros, 2009, p.38; ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica – a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica.* Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005, p.30.

[809] SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: *Revista de Direito do Estado* 4, 2006, p.27.

[810] Neste contexto, Robert Alexy formula a noção de precedência condicionada, nos seguintes termos: "Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido –, um dos princípios terá de ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face de outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta". *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, pp.93-94

[811] DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.133.

mencionada ideia de princípios como mandados de otimização,[812] Alexy a associa à proporcionalidade – a qual compreende os corolários da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito –. Estabelece, assim, uma conexão constitutiva, consistente no fato de que "a natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade".[813]

Assim, a aplicação de princípios confrontantes exige ponderação *in concreto*, considerando-se a importância de ambos diante das especificidades do conflito, medida pelo *discurso racional argumentativo*. Se o conflito for de regras, Alexy e Dworkin defendem que a norma jurídica a ser concretizada será determinada no plano da validade – sendo uma delas reputada inválida – ou por meio da introdução de cláusulas de exceção do próprio enunciado normativo.[814]

Feitas essas considerações gerais, retornamos ao tema em discussão. No intuito de sopesar a autonomia das partes em matéria processual ou procedimental com o direito fundamental possivelmente atingido pelo ajuste, o Estado-juiz deve, em primeiro lugar, individualizá-lo. Reconhecemos, em verdade, que essa tarefa não é a das mais simples; é comum a confusão entre o conteúdo de proteção dos direitos fundamentais do processo e sua consequente precisão.[815] Há associação, e não raras vezes, como direitos fundamentais processuais correspondentes, por exemplo, o princípio do contraditório-influência e a ampla defesa, o devido processo legal ou direito ao processo justo com o direito ao amplo acesso à justiça, ou esta última relativamente ao princípio da duração razoável ou ao princípio da eficiência. Contudo, o passo determinante para a ponderação dos direitos fundamentais consiste, como visto, em precisar as garantias em rota de colisão.[816] Ao fim, cabe ao Estado-

---

[812] Nesta ótica, os princípios veiculam disposições a serem cumpridas na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.90.

[813] Ibid, p.116.

[814] ALEXY. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p.104. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p.131. No entanto, há, neste ponto, divergência entre os autores, porquanto Ronald Dworkin entende serem enumeráveis as cláusulas de exceção, enquanto Robert Alexy afirma não ser viável definir, com certeza, se, em determinado caso, será necessária a instituição de uma nova cláusula de exceção.

[815] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.141.

[816] ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011, p.202.

[816] SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: *Revista de Direito do Estado* 4, 2006, p.42.

juiz realizar a proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*), de sorte a resguardar o centro de irrenunciabilidade e de intangibilidade do direito fundamental *in casu*, na hipótese de a convenção processual, a qual também, não se pode esquecer, materializa um direito fundamental, colidir com outro direito fundamental do processo. Se a convencionalidade das partes implicar em restrição de garantias processuais em seu grau essencial, não poderá prosperar e deverá ser considerada inválida.

Pois bem. À título de exemplo, quando alguma prorrogação dos prazos for excessivamente ampla pela convenção processual das partes, esta poderá acarretar violação ao princípio da duração razoável do processo; a analogia se aplica na hipótese de adiamento de audiência, na suspensão do feito ou na prorrogação do tempo de sustentação oral, quando o período se revelar deveras extenso e desarrazoado. Da mesma maneira, pode ser identificada restrição ao núcleo mínimo do princípio do acesso à justiça quando, *e.g.*, for prefixada a distribuição das despesas processuais e esta apresentar desproporção entre perdas e ganhos, acarretando excessiva oneração para uma das partes.[817]

A impossibilidade de ingresso ao Poder Judiciário atinge o núcleo essencial do direito fundamental do acesso à justiça por remeter ao dever do Estado de inafastabilidade da tutela jurisdicional de mérito sobre determinada pretensão, garantindo o desenvolvimento do aparato judicial para dirimir o conflito caso a parte provoque o seu exercício. Impedir o acesso ao Poder Judiciário é o mesmo que suprimir tal garantia processual. Não seria aceitável convenções processuais que obstarem, *v.g.*, a propositura de ações coletivas em razão de cláusula de arbitragem individual com a renúncia do direito demandar em juízo coletivamente como já aceitou a Suprema Corte Norte-americana, sob pena de completa eliminação do princípio do acesso à justiça.[818] Parece-nos que as convenções processuais para a alteração do procedimento

---

[817] CADIET, Loïc. Les jeux du contrat et du procès: esquisse. Philosophie du droit et droit économique – quel dialogue? In: *Mélanges em l'honneur de Gérard Farjat*. Paris: Frosin-Roche, 1999, p.42; Une justice contractuelle, l'autre. In: *Études offertes à Jacques Ghestin – Le contrat au début du XXI siècle. GOUBEAUX, Gilles et al.* Paris: L.G.D.J, 2001, p.182; Justice démocratique *versus* démocracie judiciaire. In: *Justice et Démocratie. Sous la direction de Simone Gamboriau; Hélène Pauliat.* Presses universitaires de Limoges: Pulim, 2003, p.513. O entendimento coaduna com conteúdo do artigo 3.2.7 dos *Principles of International Commercial Contracts* do UNIDROIT – *International Institute for the Unification of Private Law.* Referido dispositivo traz a ideia de *Gross Disparity*, pela qual se prevê que uma parte pode recusar a conclusão de uma cláusula ou de um contrato caso este, injustificadamente, tenha conferido à outra parte uma vantagem excessiva, considerando-se, entre outros fatores, a dependência econômica de uma parte em relação à outra, eventual desnível econômico, necessidades urgentes, desconhecimento ou falta de experiência de uma das partes. O mencionado dispositivo prevê, ainda, que, nessas hipóteses, o juízo pode, mediante requerimento da parte, adaptar a avença a fim de torna-la compatível com padrões razoáveis de justa negociação. Disponível em: http://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/396-chapter-3-validity-section-2-grounds-for-avoidance/921-article-3-2-7-gross-disparity; acesso em 05 jan. 2017.

[818] Nos Estados Unidos, essa abertura tem sido utilizada como instrumento de manipulação dos consumidores e abdicação antecipada de direitos, operado como "carta de renúncia" relativamente ao direito de ingresso ou de

(convenções dispositivas) esbarram no devido processo legal, mas o tão só fato de alterar disposições atinentes ao procedimento não sugere a invalidade da pactuação em matéria processual; seria retroceder a tudo que se mencionou ao longo do livro. Ocorre que existem situações em que a restrição do conteúdo essencial do princípio do devido processo legal apontará a irregularidade do ajuste processual, como, *e.g.*, quando não houver clareza e determinação do objeto da convenção, não respeitando uma previsibilidade mínima ou a formalidade necessária em respeito ao devido processo legal. É bem verdade que a própria aferição pertinente à regularidade do objeto serve de barreira para esse tipo de situação, mas é certo que se encontra lastreada na exigência de previsibilidade para que as partes possam atuar no desenvolvimento do feito de maneira eticamente estratégica e eficaz, sem a ocorrência de situações absolutamente imprevisíveis.

Um outro exemplo são as convenções processuais cujo objeto se refira à estipulação de hipóteses de segredo de justiça além daquelas previstas no artigo 189, CPC[819] sob pena de violação do núcleo essencial do princípio da publicidade (artigos 93, inciso IX e 5º, inciso LX da CF), corolário do princípio do devido processo legal. A publicidade consiste em uma das principais garantias do processo, a qual além de concretizar outros direitos fundamentais, como, contraditório, ampla defesa e motivação das decisões judiciais, serve de ferramenta de controle da exação dos juízes.[820] Trata-se de importante instrumento de blindagem aos abusos no exercício do poder jurisdicional. Sua sistematização em dois planos – publicidade interna e publicidade externa – realça que além de voltada às partes, consubstancia em um mecanismo de acessibilidade social às situações constantes do processo, com o objetivo de atribuir legitimidade democrática à atividade jurisdicional. Corresponde ao dever de transparência do Estado, ou seja, a obrigatoriedade de se prestar contas ou de informar a população.

---

atuação na condição de membro da classe representada em ações coletivas. Trata-se de violação frontal ao princípio do acesso à justiça. Isso porque, pode ser que a parte não apresente interesse, normalmente pela inexpressividade do proveito econômico, que justifique a resolução do conflito de maneira individualizada. Seria o caso de situações envolvendo pretensões individualmente inexpressivas, de danos pulverizados, mas que se analisadas globalmente, sugerem danos vultuosos e de grandes proporções econômicas.

819 As situações previstas são as seguintes: i) se assim exigir o interesse público e social; ii) nos casos de família, como casamento, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda; iii) se a divulgação dos dados for capaz de comprometer o direito constitucional à intimidade; iv) na arbitragem, mas desde que a confidencialidade seja comprovada em juízo.

820 GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil.* vol.01. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.526; CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*, vol. 1, 2. ed. Campinas: Bookseller, 2003, p.276; ALMADA, Roberto José Ferreira de. A garantia processual da publicidade. In: *Temas Fundamentais de Direito.* vol.2 Coordenação: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CRUZ E TUCCI, José Rogério. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, pp.112-122; MARQUES, José Frederico. *Instituições do direito processual civil*, vol. 1. Campinas: Bookseller, 1997 pp.123-124.

CONCLUSÕES

Dedicar um trabalho ao tema das convenções processuais, instituto orientado pelo espírito consensual (e convencional), que decorre do reconhecimento da necessidade de se ampliar espaços de liberdade para a atuação das partes na condução do processo sob o marco cooperativo, é conceder roupagem atual a debate antigo e sensivelmente caro ao direito processual civil: *a dinâmica de distribuição de funções no processo.*

Conforme mencionado na introdução, essa discussão ultrapassa o âmbito da ciência processual, tendo em vista que reflete o tipo de posição ocupada pelo indivíduo frente ao Estado, e como se desenvolveu tal vínculo relacional no caminhar dos tempos. Implica, inclusive, embora não tenha sido objetivo do presente estudo, em provocar uma reflexão no tocante ao paradoxo entre liberdade e segurança (mencionado em "Comunidade: a busca por segurança no mundo atual" de Zygmunt Bauman), sendo esta propiciada pelo Estado, que atua com previsibilidade e de modo vinculado às formalidades impostas pelo sistema jurídico constitucional, e a medida ideal, equilibrada, de coordenação com o direito fundamental de liberdade.

No que alude ao processo civil, o tema das convenções processuais consegue narrar o percurso evolucional por ele trilhado, ainda que tenha permanecido durante um longo período em adormecimento, fruto do esquecimento e da indiferença pela doutrina processual. Na verdade, seria capaz de fazê-lo em virtude de possuir como pano de fundo a referenciada ordenação de funções entre partes e Estado-juiz e a busca pelo modelo processual de melhor performance, demonstrando que sempre se preferiu, de acordo com o momento histórico analisado, as extremidades do pêndulo do que o meio termo. A fim de trazer esse ponto de equilíbrio, a *jurisdição contemporânea* resulta da conquista de novos horizontes a partir da reavaliação da participação dos sujeitos dentros dos espaços jurisdicionais, mediante uma dinâmica democrática, participativa, cooperativa, adequada e que prestigia a autonomia do indivíduo.

Tendo em vista esse contexto, o livro se pautou em três objetivos gerais e intrinsecamente relacionados, cada um correspondente a um capítulo: i) **o reajuste do equilíbrio relacional promovido pelos acordos processuais** situados entre publicismo e privatismo, processo inquisitivo e adversarial, processo liberal e social, ativismo e "garantismo", autonomia das partes e poderes públicos do Estado-juiz e os escopos públicos perseguidos pela função jurisdicional e os interesses das partes; ii) **a construção das premissas**

metodológicas necessárias à operacionalização do mecanismo convencional; iii) **a sistematização dos parâmetros de controle** aferidos pelo Estado-juiz, revelando os limites e possibilidades dos ajustes processuais das partes. **As principais constatações conclusivas obtidas seguem enumeradas:**

. O estudo realizado obteve o seu início na investigação das raízes embrionárias do instituto convencional. Deparamo-nos com o processo civil romano dos primórdios e o compromisso firmado pelas partes conhecido como *litis contestatio*, sobretudo, durante os dois primeiros sistemas processuais: *legis actiones* (processo das ações da lei) e *per formulas* (processo formular), período da *ordo iudiciorum privatorum*. O processo civil romano ainda se encontrava no início do desenvolvimento do "procedimentalismo" ou sincretismo, quando sequer a jurisdição consistia em monopólio do Estado e forma de reafirmação da soberania nacional. Algum tempo depois, durante o século III d. C., quando a função jurisdicional foi encampada pelos poderes do Estado, a *litis contestatio* sofreu acentuada *desfiguração*, porquanto já não mais consistia no meio de os indivíduos exercerem o controle sobre a resolução dos conflitos.

. Por um salto histórico amplo, chegamos ao processo do Estado liberal, cujo marco de consagração adveio com o *Code de Procédure Civile* de 1806, legislação processual que influenciou diretamente as codificações daquela época, principalmente as legislações processuais regionais da Itália, as quais posteriormente foram determinantes ao *Codice di Procedura Civile* de 1865 após a unificação do país. Foi visto que tanto no Estado liberal pós Revolução Francesa, quanto no Estado-Providência, a partir da metade do século XIX – sedimentado sob a concepção de "Estado de mãos fortes" e das noções de socialização difundidas por Anton Menger e aplicadas por Franz Klein na confecção da ZPO austríaca –, as convenções processuais não obtiveram espaços apropriados por motivos dissemelhantes, logicamente.

. O primeiro modelo paradigmático de Estado foi erguido com base no pensamento lógico-positivista de herança iluminista, no qual, muito embora as partes detivessem o controle do tempo do processo, cabendo-lhes delinear os contornos do objeto litigioso e a iniciativa exclusiva sobre os fatos e as provas, seguiam uma legislação tecnicamente rígida e extremamente formalista, típica do cenário político de orientação liberal-burguesa, em que ao Estado não eram creditadas maiores expectativas, tão somente a garantia inerte relativa à

preservação da liberdade individual e o respeito ao direito de propriedade (liberdades negativas clássicas). Não havia cenário propício ao consentimento das partes para convencionarem sobre o processo, nem anteriormente à propositura de eventual demanda, tampouco durante a deflagração do litígio. Processo era duelo, jogo, luta, embate e método de aplicação do positivismo jurídico. No modelo processual típico do Estado social, o contexto era diferente, porém igualmente desfavorável ao instituto convencional. Os acordos processuais não obtiveram acolhida em virtude, principalmente, do florescimento do movimento de publicização do direito processual civil, que pelas tintas de Oskar Bülow, viu ser autenticada a sua autonomia científica.

. Alocado na esfera do direito público pela participação do Estado como um terceiro equidistante e *acima* das partes, não era favorável que, naquele contexto de teorização do processo e de distanciamento em relação ao direito material, fosse sustentado que as partes poderiam regular os efeitos dos atos processuais conforme os seus próprios interesses particulares, interferindo nos poderes públicos do Estado-juiz, que à convenção processual restaria vinculado. Via-se na participação da atividade-meio um grave risco de regresso ao processo assimilado como "coisa das partes" à época do processo romano (*litis contestatio*) e ao modelo liberal de predominância da atuação dos litigantes no desenvolvimento do feito dirigido pelo magistrado "convidado de pedra", herança que o movimento de publicização pretendeu superar. Essa concepção de processo influenciou o desenvolvimento dos estudos de Giuseppe Chiovenda, voltados à identificação da função jurisdicional como a concretização da real certificação da vontade concreta da lei. Foram lições que inspiraram a edição do *Codice di Procedura Civile* de 1940, normatização pautada no publicismo reinante à época, em detrimento da codificação passada solidificada na indiferença estatal e em formalidades excessivas e desnecessárias que marcavam o *Codice de Procedura Civile* de 1865. A doutrina processual italiana obteve significativa ascendência nos estudos do Brasil, acentuada com o advento do CPC de 1973.

. Em função da busca por seu robustecimento técnico-dogmático, o processo civil se fechou ao mundo dos fatos e mergulhou fundo no universo do dogmatismo. A segunda fase metodológica, o "conceitualismo" ou "processualismo científico", entre sincretismo e instrumentalismo, não conseguiu equacionar técnica e efetividade. São créditos da instrumentalidade – ou fase teleológica – a reaproximação do direito processual ao direito material a ele subjacente, o que

certamente não nega a autonomia científica daquele. Buscou-se, nessa nova forma de se pensar o processo civil, resultados práticos e aperfeiçoamento técnico; mirou-se para a efetividade.

. Na missão de atuar na concretização dos escopos púbicos encampados pela função jurisdicional, principalmente no que se refere ao escopo social de pacificação, inserindo a jurisdição como o polo metodológico da teoria geral do processo, os poderes do Estado-juiz foram altamente incrementados, a ponto de se reconhecer aquilo que se pode denominar de hiperpubliscismo processual, com a automática redução do papel das partes. Cultivou-se o dogma de que o processo só deveria ser regulamentado pela lei e não por outras fontes normativas, como a convencional, e pelo fato de as normas processuais serem cogentes e imperativas, não poderiam ser alteradas pela vontade das partes. A autonomia privada era irrelevante à disciplina dos atos processuais e à regulação das situações jurídicas processuais pelas partes. O fato é que a análise contextualizada das convenções processuais demanda o *redimensionamento democrático-teórico do processo*, partindo da superação de que a participação dos litigantes no feito se restringiria à influência na formação do livre convencimento do Estado-juiz. O formalismo processual visto sob o paradigma do processo cooperativo pressupõe divisão de tarefas e redistribuição de responsabilidades pelos sujeitos processuais.

. A humanização da ciência jurídica teve o seu auge com o movimento de constitucionalização democrática após a segunda guerra mundial, promovendo o resgate da ética do direito e a positivação de garantias inerentes à pessoa humana, a fim de recuperar o respeito à dignidade violada nos tempos em que na própria legislação se buscou a legitimação para tristes atrocidades contra a humanidade. No novo panorama, os direitos fundamentais cumprem papel protagonizante; foram alçados como o epicentro dos sistemas jurídicos modernos, promovendo a releitura do princípio da legalidade ao atribuir-lhe lentes constitucionais. O indivíduo adquire novos espaços sob a égide do Estado constitucional, democrático e de direito. No campo do processo civil, as discussões sobre o aprimoramento do acesso à justiça, movimento que promoveu a aproximação entre técnica processual e as necessidades dos cidadãos, repercutiram mundialmente desde a década de 1970 muito em razão dos estudos coordenados por Mauro Cappelletti e Bryant Garth. As conclusões obtidas na pesquisa do "*Access to Justice*" receberam maior conotação em solo brasileiro após o advento da Constituição de 1988. Passou a se exigir do órgão estatal novos meios e métodos para a concretização dos direitos básicos, sociais, políticos, culturais, coletivos etc, e uma maior participação dos jurisdicionados sobre as técnicas

de resolução de conflitos. Dentro desse contexto, as convenções processuais correspondem a um importante instrumento para o incremento do acesso à justiça por constituírem uma *terceira via integrativa*, com a possibilidade de as partes demandarem perante o Poder Juciário com adequações processuais mais vantajosas do que o procedimento previsto em lei e despidas das desvantagens apresentadas pela arbitragem, notadamente com relação ao alto custo para a sua instauração.

. No tocante ao debate enraizado entre publicistas e privatistas, viu-se que o respeito à autonomia privada no processo não significa indireferença estatal. A gestão processual realizada também pelos litigantes não resgata a concepção de processo como duelo ou jogo, mas um espaço em que se pressupõe coparticipação. O marco teórico referente ao garantismo processual que embasou esse estudo relaciona-se ao equilíbrio de forças entre a atuação das partes com os poderes do Estado-juiz. Os direitos fundamentais do processo legitimam uma maior participação das partes na definição dos rumos do processo, ao mesmo tempo em que impõem limites para tanto. O percurso trilhado durante o primeiro capítulo teve como ponto de chegada a ideia de jurisdição contemporânea, ambiente propicio ao desenvolvimento das bases teóricas necessárias e de estímulo à prática das convenções processuais. Partindo-se da superação dos modelos processuais estanques, é no modelo processual atual (democrático e cooperativo), compatível com o Estado constitucional, que as convenções processuais são vistas como instrumento relevante e essencial de realinhamento da dinâmica relacional de poder no processo, que traz a consensualidade de mãos dadas com a convencionalidade, em alinho ao fomento pelo Estado de práticas visando à obtenção do consenso e à aproximação dos sujeitos em conflito.

. O Código de Processo Civil de 2015 consagra o redimensionamento do instituto das convenções processuais e oferece um pano de fundo favorável – o que faltava na legislação anterior –, lançando-o sobre os alicerces do contraditório participativo, da boa-fé e da constatação de que o formalismo processual elege a cooperação como baliza para conter a preponderância entre partes e Estado-juiz, evitando que algum deles possa suplantar o outro, mas que ambos atuem em conjunto com o outro, em equilíbrio. Volvido por esses sopros renovadores, o legislador de 2015 insere uma *cláusula geral de negociação processual* e inúmeras possibilidades de convenções processuais típicas, selando qualquer dúvida de que a vontade não seria capaz de moldar os efeitos dos atos processuais, respeitados os limites encontrados no ordenamento jurídico.

. O segundo capítulo objetivou traçar as principais premissas teóricas do instituto convencional. No intento de alcançar a definição de convenção processual, atentamo-nos para a sistematização da teoria dos fatos jurídicos *lato sensu* como uma noção lógico-jurídica pertencente à teoria geral do direito, sem desconhecer a necessidade de adaptações em virtude de sua incidência no campo público do processo. À semelhança dos fatos jurídicos *stricto sensu*, os fatos jurídicos processuais comportam a seguinte divisão: i) fatos jurídicos processuais *stricto sensu* – eventos naturais, avolitivos, que se tornam jurídicos a partir da incidência da norma processual com a capacidade de produzir efeitos em um processo – ; ii) atos jurídicos processuais *lato sensu*, subdivididos em: ii.a) atos jurídicos processuais *stricto sensu* – em que o elemento essencial "vontade" se restringe à escolha da prática do ato processual – e; ii.b) negócios jurídicos processuais – em que a autonomia é necessária tanto à prática do ato, quanto à estruturação dos efeitos processuais pretendidos pelos agentes.

. No decorrer do trabalho, foi qualificado como ato jurídico processual aquele capaz de produzir efeitos em um processo ao qual se refira (*referibilidade*). Tal compreensão, em detrimento das demais vertentes teóricas analisadas, não compromete o instituto das convenções processuais, espécie do gênero negócios processuais, o qual é espécie de ato processual *lato sensu*. Somente a partir de uma noção mais ampla de ato processual *lato sensu* é que pode considerar como tal os acordos processuais realizados anteriormente ao processo em potencial ou aqueles que forem celebrados fora da sede da demanda em curso. Por essa razão, é possível sustentar que o fenômeno dos negócios jurídicos processuais revela a necessidade de uma releitura da teoria dos atos processuais, exigindo a reformulação dos seus próprios critérios determinantes. Para tanto, é necessário superar a compreensão de que o ato processual só poderia ser realizado na sede do processo – pressupondo a litispendência – ou que os efeitos só seriam produzidos quando o ato processual passasse a integrar a cadeia do procedimento.

. Sobre a definição de negócio jurídico processual, compreendemos que este corresponde a um fato jurídico processual voluntário, cujos efeitos são gerados em processo pendente ou potencial ao qual se refira, a fim de constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais, ou promover alterações no procedimento previsto em lei, dentro dos limites encetados pelo ordenamento jurídico vigente. Tratam-se de declarações unilaterais de vontade (atos constituídos por uma declaração de vontade) ou bilaterais – incluídas as plurilaterais – (atos constituídos por mais de uma declaração de vontade), em que a finalidade corresponde à

manifestação dos sujeitos pactuantes sobre as situações jurídicas processuais ou sobre o procedimento.

. Por consequência, as convenções processuais são a materialização dos negócios jurídicos processuais bilaterais ou multilaterais, e por essa razão, o seu adequado instrumento. A manifestação de vontade livre e direcionada das partes em consentimento é suficiente para a estruturação dos efeitos por elas pretendidos, que são a constituição, a modificação ou a extinção de situações jurídicas processuais e as alterações do procedimento, como registrado. São, em regra, *aptas a produzirem eficácia imediatamente após a sua celebração*, sendo desnecessária a participação do Estado-juiz por meio da análise de conveniência do ajuste processual ou por homologação (juízo de legalidade). No entanto, as situações específicas que lei prevê a homologação judicial como condição de eficácia não afastam a natureza convencional do ato das partes, embora a regra seja a desnecessidade de juízo integrativo. O Estado-juiz possui o dever de fomento da prática negocial e de controle dos ajustes das partes, atento ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais. A compreensão do instituto convencional sob a ótica dos atos constitutivos, causativos ou determinantes, conforme a sistematização de James Goldsmitdt, sugere implicações teóricas e práticas relevantes. A premissa de que as convenções processuais são atos determinantes repercute na conclusão de que o magistrado não participa como sujeito com capacidade processual negocial; ao Estado-juiz não é cabível "aprovar" ou "concordar" com a viabilidade do objeto da negociação processual, mas de aferir a sua regularidade ao analisar todos os requisitos de validade e eficácia.

. Sobre a classificação das convenções processuais sob o ponto de vista do momento de celebração, elas podem ser prévias (pré-processuais, antecedentes) ou incidentais (concomitantes, interlocutórias), ou seja, podem ser realizadas quando há litispendência ou ainda na expectativa de que, na hipótese de ser instaurado um litígio sobre determinável situação envolvendo a relação jurídica formada pela negociação, este será regido por um regramento diverso daquele previsto na legislação. Um problema que surge seria quanto ao regime jurídico aplicável, isto é, pelo fato de o instrumento negocial contemplar, simultaneamente, disposições de direito material e processual, vem à tona a indagação pertinente ao regime adequado que deve regular a convenção processual. Foi visto que o regime jurídico seria tanto o processual, com o seu regramento e princípios próprios, quanto o material, sob pena de indevida utilização dos negócios processuais como burla às exigências específicas

do direito material. Por ser ato processual *lato sensu*, observará o seu regime próprio, como o princípio da instrumentalidade das formas, não havendo decretação de nulidade sem prejuízo.

. Também se compreendeu que a previsibilidade e a determinação do objeto da convenção processual devem ser observadas obrigatoriamente, tanto sob uma perspectiva micro, quanto macro. Micro porque o acordo processual deve ser preciso, cujo objeto deve ser lícito e determinado, não gerando dúvidas sobre a sua aplicação, e tampouco sobre as consequências pretendidas pelos convenentes. Disposições patológicas ou "*midnight clauses*", como cláusulas imprecisas, incompletas ou contraditórias entre si, são nulas. Em uma visão macro, a previsibilidade é essencial para aferir se a convenção processual em concreto atende às limitações objetivas e subjetivas impostas pelo ordenamento vigente segundo os parâmetros genéricos da cláusula geral de negociação processual (artigo 190, CPC), os quais serão interpretados em consonância com padrões decisórios firmados paulatinamente pela jurisprudência, com base nos estudos desenvolvidos em sede doutrinária.

. Nas convenções processuais incidentais, tende a ser mais comum que o objeto seja a disciplina dos atos processuais em detrimento da conformação das situações jurídicas processuais pelas partes. Dessa maneira, a tendência é que as convenções processuais incidentais regulem a estrutura do procedimento em função das intercorrências surgidas no processo ou das especificidades reveladas pelo conflito. Devem ser compreendidas como um instrumento de tutela jurisdicional adequada em razão da possibilidade de adaptação do procedimento por iniciativa das partes, com arrimo no princípio dispositivo em sentido processual ou no princípio do debate, manifestação do direito fundamental de liberdade no processo. Partindo-se do pressuposto de que o procedimento corresponde a um dos fatores de legitimação da função jurisdicional, a sua aproximação ao direito material e aos anseios das partes contribui para a melhor aceitação da decisão após realizado o procedimento adequado. O Código de 2015 não deixa margens para dúvidas de que a flexibilização processual se efetivará por três formas: i) pela técnica legislativa abstrata; ii) pelas prerrogativas do Estado-juiz; iii) por meio das convenções processuais.

. Quanto ao momento adequado de celebração e introdução no processo, para as convenções cujo objeto se refira à derrogação de regras do procedimento legal antes da decisão final, ou à constituição, modificação ou extinção de situações jurídicas processuais durante a fase cognitiva, o recomendável é que sejam trazidas ao conhecimento do Estado-juiz até o

saneamento. Se o acordo processual for prévio, o adequado é que a sua juntada ocorra na primeira oportunidade de manifestação do convenente.

. Segundo a classificação das convenções processuais em obrigacionais e dispositivas, de origem alemã, seriam obrigacionais as conformaçõs das situações jurídicas processuais pelas partes, as quais fixariam obrigações entre si. Já as convenções de disposição processual acarretam a derrogação da norma do procedimento pela norma convencionada. É possível compreender que o legislador de 2015 tenha buscado inspiração nessa classificação, sendo bem nítida pela simples leitura do artigo 190, CPC. Em regra, o primeiro tipo de convenção processual não altera normas do procedimento, campo de incidência das convenções processuais dispositivas. Sobre as convenções de disposição processual incidirá o vetor interpretativo *in dubio pro libertate*, de sorte que a norma processual convencional tem prioridade em relação à regra legislada. Assim, o magistrado deverá conhecer de ofício as convenções que disciplinarem sobre a marcha dos atos processuais, sob pena de negar a prioridade sistêmica (*in dubio pro libertate*), que conta a favor da norma convencionada. O mesmo raciocínio não deve ser empregado aos ajustes relativos às situações processuais das partes do ajuste. Esse tipo de convenção deve ser levado ao conhecimento do Estado-juiz mediante provocação da parte, tendo em vista que, em tese, não derrogam a regra legislada, podendo ocorrer renúncia tácita quando nenhuma das partes se manifestarem.

. Foi analisada a classificação sistematizada por Loïc Cadiet: "convenção de disposição processual" e "convenção de administração processual". Tal classificação não se coaduna com a definição adotada pelo trabalho e não reflete a realidade do processo civil brasileiro, principalmente em decorrência da leitura dos artigos 190 e 200 do CPC. Na hipótese de o magistrado atuar em conjunto com as partes, externando o seu juízo de conveniência sobre o requerimento a ele endereçado, o resultado será a formação de um ato integrativo ou ato conjunto. Cuida-se de prática consensual, entretanto não convencional, visto que as manifestações das partes não seriam capazes de produzir, imediatamente, os efeitos pretendidos, pois necessitam da anuência do magistrado. São, em regra, situações não submetidas à livre negociação, podendo estar em jogo esferas jurídicas de terceiros que não sejam os signatários do ajuste processual ou ainda a gestão administrativa do órgão jurisdicional, como o calendário processual previsto no art. 191 do CPC. Não seria possível, por exemplo, que os acordos das partes esbarrarem em eventual fixação ou em algum monitoramento de metas dos processos em tramitação em determinada vara judiciária. Nesses

casos o Estado-juiz participa do ato conjunto, no que age discricionariamente para a sua formação do ato, perfazendo o resultado de declarações unilaterais de vontade, passível inclusive, de revogação até a análise da conveniência pelo Estado-juiz. A formalização do ato ocorrerá necessariamente em juízo. A cláusula geral de negociação processual promove maiores possibilidades de alcance ao formato processual específico para sua configuração às idiossincrasias do caso, frente à impossibilidade de o legislador antever todas as situações nas quais a convencionalidade em matéria processual e procedimental pudesse ser interessante para as partes. O processo, similarmente à ciência do direito em geral, pois instrumento de concretização do direito material, não se encontra pautado em situações hermeticamente previsíveis. Entretanto, faltava abertura semântica relativa ao ângulo de participação das partes na condução dos atos processuais ou sobre a possibilidade de disporem de suas posições jurídicas processuais em prestígio à autonomia. As vantagens da cláusula geral de negociação processual veiculada pelo artigo 190 do CPC só serão concretizadas na prática se a doutrina, a jurisprudência e todos os operadores souberem manejá-la adequadamente.

. O principal problema a ser enfrentado pelo tema refere-se à inevitável interferência no âmbito das prerrogativas do Estado-juiz. O magistrado não possui capacidade para convencionar sobre processo ou procedimento, visto que a sua atuação estaria restrita ao fomento à consensualidade e ao controle de regularidade, vinculando-se aos acordos válidos. Pelo fato de o juiz não titularizar os interesses públicos do processo, não poderá a respeito deles negociar e, em razão disso, ao acordo processual não se autovinculará frente à impossibilidade de externar manifestação de vontade na condição de parte. Na realidade, o fundamento da vinculação do Estado-juiz estaria na livre prerrogativa negocial das partes nos limites autorizados pelo ordenamento vigente, contanto que aferida a validade do acordo, casuisticamente. O Estado-juiz possui o dever tanto de aplicar a norma jurídica processual válida de gênese convencional sobre a alteração do procedimento legal, derrogando a regra legislada e inserindo a norma convencionada, quanto de respeitar e fazer valer a conformação das suas situações jurídicas processuais.

. O objeto das convenções processuais não pode tratar da disposição sobre as prerrogativas do Estado-juiz ou de esferas jurídicas de terceiros. Foi demonstrado que o modelo cooperativo de processo civil é fulcrado na repartição de responsabilidade entre ambos, sem a exclusão ou protagonismo de um ou de outro. Contudo, há de se reconhecer que a autonomia das partes poderá acabar interferindo indiretamente, mais ou menos, na atuação do juiz. Essa limitação é

consequente da divisão de tarefas e de forças na estrutura do processo, não sendo suficiente para acarretar a invalidade da convenção processual. Outra hipótese distinta seria quando o Estado-juiz julgar um requerimento conjunto, o qual promove a realização de um ato consensual, no qual age de acordo com interesses gerenciais do órgão que representa. Essa iniciativa pode partir do próprio Estado-juiz; o ato conjunto ou integrativo é fruto de um consenso, mas não possui natureza convencional. O espaço de atuação do Estado-juiz é conservado nos limites do agir das partes; se o exercício da autonomia privada, por meio da celebração de convenções processuais, tocar nesses poderes, haverá uma limitação legítima. Aliás, isso é admitido pelo legislador de 2015 ao conceder poderes de adaptação às partes a fim de ajustar o processo às especificidades do caso. Nesse caso, o artigo 190 do CPC reconhece a possibilidade e a licitude da limitação do impulso oficial e dos poderes diretivos do Estado-juiz.

. Os limites das convenções processuais não estão nos poderes do Estado-juiz. Residem nos seus pressupostos e requisitos de validade e eficácia, além do núcleo intangível dos direitos fundamentais. Aí está toda a importância de se investigar os parâmetros para o preenchimento da cláusula geral de negocial processual. Tratam-se de modelos ou *standards* de comportamentos, que cumprem o papel de nortear o Estado-juiz na atividade intelectual interpretativa de concreção – e não subsunção (encaixe de conceitos fático e normativo) – ao realizar o controle.

. A primeira baliza de interpretação e controle refere-se à asserção *in dubio pro libertate*, sugerindo que a norma processual convencionada obtenha preferência em relação à regra legislada ou à inciativa do Estado-Juiz, o qual possui prerrogativas suplementares. Ao magistrado não cabe manifestar recusa em aplicar a norma jurídica de base negocial, a menos que arque com o ônus argumentativo e demonstre a irregularidade da convenção processual ou a violação às posições subjetivas de direito fundamental do processo em seu núcleo essencial.

. O contraditório-influência constitui outra baliza, sendo observado pelo Estado-juiz quando interpretar, controlar e internalizar as convenções processuais. O magistrado, ao perceber algum vício de validade, concederá, em primeiro lugar, espaço para a manifestação prévia dos litigantes acerca da eventual irregularidade. O Estado-juiz deve levar em consideração todo o arsenal argumentativo apresentado pelas partes no sustento da validade do ajuste processual, sendo desmotivada e, por conseguinte, alvo de embargos declaratórios (artigo 1.022, parágrafo

único, inciso II, CPC) a decisão judicial que declarar a irregularidade das convenções processuais caso não enfrente diretamente os argumentos das partes.

. Também a igualdade em seu viés substancial – artigo 7º, CPC, artigo 5º, *caput* e inciso I, CF – constitui premissa inarredável à verificação da margem de negociabilidade processual e o efetivo controle das convenções processuais. Para afinar o instituto com o direito fundamental de igualdade em um grau satisfatório, é importante entender que sua dimensão vai além da paridade de armas, porquanto abarca: i) a análise concreta de alguma situação externa que possa representar desequilíbrio ao exercício do direito de ação e de defesa no processo; ii) a igualdade de oportunidades durante o desempenho das posições jurídicas processuais equilibradas (concepção dinâmica); iii) bem como a compreensão institucional do direito como unidade, refletido pela coerência das decisões judiciais. No âmbito das convenções processuais, principalmente aquelas atípicas, a necessidade de padronização interpretativa fruto de um debate maduro e participativo se faz fundamental, porquanto em razão de esta prática ser pautada em permissivo legal genérico, isto é, em cláusula geral, a construção de posicionamentos consolidados pela jurisprudência no tocante ao alcance semântico dos elementos que veicula se faz determinante ao adequado desempenho do instituto, devendo servir de balizas às situações que apresentarem características similares. Concede-se à jurisprudência, com respaldo nos estudos doutrinários, a tarefa de criar parâmetros hermenêuticos que possam viabilizar o desenvolvimento do mecanismo convencional, atribuindo segurança jurídica e maior previsibilidade à pauta de negociabilidade processual atípica e a sua medida.O princípio da boa-fé processual (artigo 5º, CPC) e a cooperação (artigo 6º, CPC) também são balizas de interpretação de controle das convenções processuais. Correspondem a emanações do contraditório como oportunidade de influência e, por decorrência, ao mesmo tempo em que atuam como fontes de direitos processuais, instituem certos padrões leais de conduta aos sujeitos do processo.

. É possível se apontar a existência de um *microssistema de negociação processual*, cujo núcleo é composto pelos artigos 190 e 200, CPC. Pelo fato de veicularem cláusulas abertas passíveis de concretização, encontram no sistema em que figuram auxílio hermenêutico para aferir a validade dos acordos processuais atípicos, com base nos limites concedidos pela legislação de 2015 aos acordos processuais típicos. Dessa forma, os acordos processuais típicos contribuem para o controle dos acordos processuais atípicos em função de representarem certos modelos legalmente tipificados que, se pertencentes ao mesmo subsistema, podem suplantar os

requisitos comuns da cláusula geral quando a convenção atípica obedecer à mesma lógica funcional e consequencial.

. Partindo da concepção de que a convenção processual constitui uma espécie de negócio jurídico processual, comportaria o exame de regularidade à luz dos planos de existência, validade e eficácia, investigação a ser realizada pelo juiz ao fiscalizá-la, lastreado na previsão do artigo 190, parágrafo único, CPC. No que se refere ao plano de existência, basta a manifestação da vontade (consentimento) autorregrada direcionada à estruturação dos efeitos processuais específicos (vontade de resultado) somada à referibilidade ao processo para que a convenção possa "existir". Os parâmetros de aferição dos pressupostos da cláusula geral de negociação processual partem da análise dos requisitos de validade do mecanismo convencional, sendo eles de três ordens distintas: (i) requisito subjetivo; (ii) requisito objetivo; (iii) requisito formal. Destarte, constitui requisito subjetivo a capacidade processual negocial necessária para que os convenentes possam emitir as suas vontades validamente. Tendo em mente que o acordo processual nasce de um encontro de vontades das partes que o celebram, a capacidade processual negocial seria a "aptidão para consentir".

. Objetivamente, o acordo processual será considerado válido quando seu objeto for lícito, possível, determinado ou determinável. Por fim, o terceiro requisito alude à forma a ser observada pelos acordos processuais que, em regra geral, é livre, com respaldo no artigo 188 do CPC (princípio da liberdade das formas). No caso dos acordos processuais incidentais, não haveria maiores problemas quanto à possível insegurança que prescrição da forma livre poderia ocasionar, porquanto estes podem ser reduzidos a termo em sede de audiência. Não se deve olvidar que mesmo que a forma que revista as convenções processuais não seja correta, somente haverá nulidade quando constatado prejuízo às partes, em razão da aplicação, no âmbito do processo, do princípio da instrumentalidade das formas (artigos 188 e 277 do CPC).

. Para o controle do requisito subjetivo de validade, não basta o agente possuir capacidade processual, mas, outrossim, não se encontrar em situação de manifesta vulnerabilidade. A capacidade negocial processual se afina com a capacidade processual, porém é a ela mais rigorosa. Desse modo, a aptidão para a celebração de convenção processual é específica, porquanto exige a capacidade processual, a ela sendo somada a *capacidade negocial processual*, ou seja, a aptidão subjetiva de conformação do conteúdo e dos efeitos dos atos processuais.

. A manifesta situação de vulnerabilidade do artigo 190 do CPC, aponta, sobretudo, para o sentido técnico-jurídico, considerado nas situações em que o celebrante não possui o conhecimento suficiente sobre o conteúdo e as consequências ocasionadas pelo acordo processual, ou ainda, se após o acordo processual, tornar-se impossibilitado de praticar os atos processuais nas condições em que quando assumidos, prejudicando o direito de ação e de defesa da parte. Para se identificar a capacidade processual negocial é necessário o exame do contexto da convenção processual e o nível de informação dos convenentes, capazes de emitir o consentimento livre e informado. A vontade declarada deve ser livre e conscientemente direcionada à prática e à autoregulação eficacial, com respeito aos deveres de conduta advindos da boa-fé processual e do contraditório-influência. Os defeitos de manifestação da vontade, atinentes aos vícios do consentimento livre, além dos vícios sociais, são regulamentados pela legislação material (artigos 138 a 144, CC) e servem de filtros de regularidade dos atos processuais.

. Pela aplicação do princípio da liberdade das formas, não é exigida forma escrita para considerar válido o acordo processual, apenas quando a lei exigir, como é o caso do compromisso arbitral e da cláusula de eleição de foro. Nesse aspecto, vale a seguinte ressalva: em analogia à convenção de arbitragem firmada em contrato de adesão, quando a convenção processual for firmada na mesma circunstância, deverá seguir as condicionantes do artigo 4º, §2º da Lei de Arbitragem, onde se prevê que o aderente deverá concordar expressamente com a instituição da via arbitral, sendo a vontade manifestada por escrito em documento anexo ou em negrito, com assinatura ou visto especialmente para essa cláusula. Da mesma forma, os acordos inseridos em contratos de adesão genéricos devem seguir essa orientação, ainda que mesclados com cláusulas de direito material, ou previstos em diversas cláusulas do contrato.

. Para além das hipóteses nas quais a formalidade é exigida em virtude de lei ou de interpretação sistemática e teleológica, como os artigos 54, §§ 3º e 4º do CDC e artigo 4º, §2º da Lei de Arbitragem, *recomenda-se* a observância da forma escrita e o destaque da convenção processual, em qualquer circunstância, em relação às demais disposições do instrumento. A recomendação existe em virtude da nova projeção adquirida pelo instituto, com possibilidades mais amplas e também mais imprecisas. Trata-se de um meio de se demonstrar que o consentimento ocorreu de maneira livre e direcionada, vindo a facilitar o controle do Estado-

juiz, notadamente, no sentido de identificar a necessária proporção entre as concessões recíprocas (sinalagma jurídico).

. Um dos elementos atribuidores de licitude do objeto dos acordos processuais alude à impossibilidade de convencionar sobre processo nas causas em que o direito versado não admitir as soluções decorrentes de autocomposição. Na realidade, o melhor entendimento é aquele que considera a impossibilidade de a convenção processual prejudicar o direito material em certo grau indisponível ou a sua tutela. Essa interpretação parece mais adequada porque permite a celebração mesmo em causas envolvendo direitos indisponíveis e não transacionáveis, sem que se permita o prejuízo do direito material indisponível ou a sua tutela em juízo.

. Não é possível celebrar convenção processual cujo objeto remeta à matéria de reserva de lei. Não se pode criar outras espécies recursais, modificar as hipóteses de cabimento ou os demais requisitos de admissibilidade recursal. Do contrário, estar-se-ia indiretamente convencionando sobre a competência funcional, que é absoluta e, portanto, inderrogável por negociação (artigo 62, CPC). A questão toca à ilicitude do objeto dos acordos processuais quando ultrapassar os limites impostos pela lei, *v.g.*, acordo de jurisdição *"per saltum"*, não sendo possível por também esbarrar na competência funcional ou em normas de organização judiciária. Considera-se nula a convenção processual simulada ou fraudulenta. O CPC no artigo 142, prevê a figura da simulação (c/com artigo 167, CC) e da fraude (c/com artigo 166, inciso VI, CC) ao prescrever que, no caso se der verificado que o autor e o réu se valeram do processo com o fito de praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei (ato fraudulento), o magistrado deve proferir decisão no sentido de impedir os objetivos dos litigantes ou de apenas um deles, aplicando, inclusive de ofício, as penalidades da litigância de má-fé.

. Não há óbice à celebração de convenções processuais em contratos de consumo ou em contratos de adesão genéricos. A propósito, isso se infere do artigo 190, parágrafo único do CPC. O contrato de adesão, independentemente da matéria versada, não impede, por si só, a realização de acordos processuais. O limite reside na *abusividade* da convenção processual. É necessário observar, para qualquer tipo de contrato de adesão, seja em matéria de direito do consumidor ou não, a regra do artigo 4º, § 2º da Lei de Arbitragem, sendo a interpretação do contrato sempre favorável ao aderente (artigo 423, CC). Nesses casos, a formalidade é *ad solemnitatem*, pois não consiste em mera recomendação, mas deriva de interpretação lógico-

sistemática, trazendo maior segurança à negociação processual, além de atuar em benefício do consumidor e do aderente.

. Encontrar os limites da convencionalidade na ordem pública processual equivale à defesa da impossibilidade de negociação relativamente a um regramento tratado por normas processuais cogentes e imperativas. Além de ser um critério pouco satisfatório em razão da linha tênue entre normas cogentes e dispositivas, sustentá-lo é desconsiderar o avanço conquistado pelo processo civil para além das lições tradicionais de Bülow e Chiovenda, os quais, envolvidos pelo temor do *Konventionalprozess*, viam somente a possibilidade de negócios típicos sobre normas dispositivas.

. Com a evolução do processo, é possível perceber, cada vez mais, a redução da importância de se realizar a distinção entre normas cogentes e dispositivas. As próprias convenções processuais típicas revelam a permeabilidade da legislação em admitir a negociação de conteúdo versado por normas cogentes, como é o caso do ônus da prova, legitimação extraordinária, limitação dos fatos e das normas de direito aplicável etc. É justamente à luz da presente mudança de paradigma que devemos pensar a ordem pública processual na condição de limite dos ajustes processuais, parecendo-nos de difícil operacionalização, vindo possivelmente a ofuscar a potencialidade do instituto convencional, que contribui acentuadamente, dentro do contexto jurisdicional atual, para o realinhamento das estruturas relacionais de poder no processo civil democrático de marca cooperativa.

. Reconhecer na ordem pública processual um limite insatisfatório e de difícil operacionalização prática no que se refere ao controle das convenções processuais não é desconsiderar, de modo algum, os direitos e as garantias fundamentais do processo. Do contrário, seria incoerente com as premissas teóricas do garantismo processual, do sistema constitucional pátrio e da eficácia dos direitos fundamentais. Dessa forma, os direitos fundamentais processuais atuam como as "pedras de toque" do controle de regularidade realizado pelo Estado-juiz sobre os acordos processuais das partes, sejam eles típicos ou atípicos, prévios ou incidentais, dispositivos (alterações do procedimento legal) ou obrigacionais (regulação das situações processuais).

. Os direitos fundamentais são parâmetros não expressos no artigo 190 do CPC, porém, decorrem das diretrizes normativas do sistema esculpido no paradigma do Estado constitucional. É natural que a autonomia privada sofra restrições, sendo mais acentuadas no

ambiente processual. Se no campo do direito privado são observados desdobramentos éticos e metodológicos derivados da constitucionalização do direito, desencadeando o fenômeno do dirigismo contratual, onde a autonomia privada recebera limitações mais concretas, no processo, zona permeada por interesses públicos a serem concretizados pelo Estado, é que o espaço tenderá a ser mais controlado, e o objeto das convenções processuais, por derradeiro, mais restrito. É o princípio dispositivo em sentido processual ou o princípio do debate – interligado com a iniciativa das partes sobre fatos e provas, bem como à participação na conformação da estrutura do instrumento processual – que atuará como objeto do juízo de proporcionalidade realizado pelo Estado em razão de colisão com outro direito fundamental do processo. O núcleo de emanação da autonomia no cenário processual consiste no redimensionamento contemporâneo, isto é, a nova postura interpretativa incorporada pelo princípio do dispositivo em seu viés processual (princípio do debate) e, automaticamente, a extensão do seu âmbito de proteção.

.O passo determinante para a ponderação dos direitos fundamentais alude à separação das garantias em rota de colisão. Cabe ao Estado-juiz realizar a proporcionalidade em sentido estrito, de sorte a resguardar o centro de irrenunciabilidade e de intangibilidade do direito fundamental *in casu*, na hipótese de a convenção processual, que concretiza a liberdade no processo, colidir com outro direito fundamental processual. Caso a convenção das partes implicar em restrição a direitos processuais em seu grau essencial, não poderá prosperar, devendo ser considerada inválida.

. Se a prática do instituto convencional será satisfatória e propiciará o reajustamento das funções dos sujeitos no processo, só o tempo dirá. Mais certo do que incerto é que, além da construção de uma metodologia eficiente, o êxito depende da coordenação de elementos a ela externos, *e.g*., a prática processual mais ética e cooperativa; a conquista plena dos espaços de consensualidade, refletindo o redimensionamento da relação menos verticalizada entre Estado e indivíduo; a nova concepção do formato de litigância, afinada com a mudança da cultura do litígio; e a assinatura, pelo indivíduo, de sua própria alforria sobre a constante dependência do Estado.
Durante essa longa caminhada, o essencial é mesmo ter a sensação de que o sistema jurídico é operado sob uma ótica funcional, de mobilidade necessária e típica de uma sociedade em constante transformação.

REFERÊNCIAS

ABDO, Helena Najjar. As situações jurídicas processuais e o processo civil contemporâneo. In: *Teoria do processo – panorama doutrinário mundial, 2. série. DIDIER Jr, Fredie (Org.).* Salvador: Juspodivm, 2010.

_____. O abuso do processo. In: *Coleção Estudos de Direito de Processo – Enrico Tullio Liebman*, v. 60. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ABREU, Rafael Sirangelo de. Customização processual compartilhada: o sistema de adaptabilidade no novo CPC. In: *Revista de Processo*, v. 257, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do Direito. *Coleção O Novo Processo Civil*. MARINONI, Luiz Guilherme (dir.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Vertentes culturais do processo civil na passagem do século XIX ao século XX: as vertentes francesa e austríaca como marcos da passagem do Estado liberal ao Estado Social e a atualidade de sua discussão. In: *Revista de Processo*, v. 229. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a direito fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO. *Estudios de teoría general e historia del proceso, tomo II.* México, Instituto de Investigaciones Juridicas, 1974.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica – a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica.* Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estúdios Políticos y Constitucionales, 2002.

ALMADA, Roberto José Ferreira de. A garantia processual da publicidade. In: *Temas fundamentais de direito. v.2.* BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. As convenções processuais na experiência francesa e no novo CPC. *Negócios processuais, coleção grandes temas do novo CPC*, CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. *Das convenções processuais no processo civil.* Tese de Doutorado. Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2014. Versão comercial da tese: *A contratualização do processo – das convenções processuais no processo civil.* São Paulo: LTr, 2015.

AMARAL, Francisco. *Direito civil - introdução*. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. Tradução de Oreste Nestor de Souza Laspro. In: *Revista de Processo*, n. 87. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil.* Coleção atlas de processo civil. Carlos Alberto Carmona (Coord.). São Paulo: Atlas, 2011.

ARAGÃO, Alexandre Santos. A supremacia do interesse público no advento do Estado de direito e na hermenêutica do direito público contemporâneo. In: *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público.* SARMENTO, Daniel (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Os "acordos processuais" no projeto do CPC: aproximações preliminares. In: *Revista Eletrônica - Tribunal Regional do Trabalho do Paraná*, v. 39, 2015.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. A função social dos contratos no novo Código Civil. In: *Revista dos Tribunais*, v. 815. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Manual de direito processual civil*. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, no prelo.

_____. Novo contencioso cível no CPC/2015. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. In: *Revista de Processo*, n.244. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. No acordo de procedimento qual é o papel do juiz (codeclarante, mero homologador ou outro?) In: *Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro*, n.91. Belo Horizonte, 2015.

_____. MOUZALAS, Rinaldo. Distribuição do ônus da prova por convenção processual. In: Revista de Processo, n. 240. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

AVELINO, Murilo Teixeira. Sobre a atipicidade dos negócios processuais e a hipótese típica de calendarização. In: *coleção novo CPC: doutrina selecionada, parte geral, v. I, DIDER Jr., Fredie; MACÊDO, Lucas Burril; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.).* Salvador: Juspodivm, 2015.

ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*, 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. Subsunção e concreção na aplicação do direito. In: *Faculdade de Direito da PUCRS: o ensino jurídico no limiar do novo século.* Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros (Org.). Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

AZEVEDO, Antonio Junqueira. *Negócio jurídico – existência, validade e eficácia*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

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

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 90, 2004.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. In: *Temas de Direito de Processual, 4. série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Convenção das partes sobre matéria processual. In: *Temas de Direito Processual, 3. série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Duelo e processo. In: *Temas de Direito Processual, 8. série.* São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Neoprivatismo no proceso civil. In: proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos, Juan Montero Aroca (Coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

_____. O futuro da justiça: alguns mitos. In: *Temas de Direito Processual, 9. série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. O processo civil contemporâneo: um enfoque comparativo. In: Temas de Direito Processual, 9. série. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Privatização do processo? In: *Revista da EMERJ*, v.1, n.3, 1998.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo – os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 09 Jul. 2017.

BARCELLOS, *Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas.* Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/artigo_controle_pol_ticas_p_blicas_.pdf, acesso em: 10 set. 2015.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público.* Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Juspodivm, 2013.

BARROS, Flaviane de Magalhães; NUNES, Dierle José Coelho. Estudo sobre o movimento de reformas processuais macroestruturais: a necessidade de adequação ao devido processo

legislativo. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual.* Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual.* 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do mesmo fenômeno processual? In: *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo. Coord: José Roberto dos Santos Bedaque, Lia Carolina Batista Cintra e Elie Pierre Edi. Brasília*. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2016.

_____. *Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização),* 4. ed. São Paulo, Malheiros, 2006.

BENEDUZI, Renato. *Introdução ao processo civil alemão*. Salvador: Juspodivm, 2015.

BERIZONCE, Roberto Omar. Bases para actualizar el Codigo Modelo Procesal Civil para Iberoamerica. In: *Civil Procédure Review*, v. 2, 2011.

_____. Las grandes líneas tendenciales del proceso civil a fines del segundo milenio. In: *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, n.23-24,1999.
BÜLOW, Oskar. *Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais.* Campinas: LNZ, 2005.

BOLARD, Vincent. *L' équité dans la réalisation méthodique du droit privé : principes pour un exercice rationnel et légitime du pouvoir de juger.* Thèse doctorat Droit, Paris I, 2006.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. Simplificação e adaptabilidade no anteprojeto do novo CPC brasileiro. In: *o novo processo civil brasileiro – direito em expectativa: reflexões acerca do projeto de novo Código de Processo Civil.* FUX, Luiz. (Coord.) Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BRAGA, Paula Sarno. *Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro.* Tese de Doutorado. Salvador, Universidade Federal da Bahia, 2015.

_____. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual – plano da existência. In: *Revisitando a teoria do fato jurídico: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. Fredie Didier Jr,; Marcos Ehrhart Jr.(Coord).* São Paulo: Saraiva, 2010.

BRÊTAS, Ronaldo. *Processo constitucional e Estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. v. único. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. *Negócios processuais. Coleção grandes temas do novo CPC, CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.).* Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. In: *Revista de Processo*, v. 221, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. *Nulidades no processo civil moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. O contraditório como dever e o princípio da boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, v. 126. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Per um nuovo concetto di giurisdizione. In: *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v.18, n. 35, 2015. Disponível em: http://periodicos.pucminas.br/index.php/Direito/article/view/P.23187999.2015v18n35p107/8578.

CABRAL, Trícia Navarro. Convenções em matéria processual. In: *Revista de Processo*, n.241. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. *Negócios processuais. Coleção grandes temas do novo CPC, CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.).* Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. *Ordem pública processual: técnica de controle da regularidade do processo civil*. Tese de Doutorado. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2014.

_____. *Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento.* Coleção Andrea Proto Pisani/GRINOVER, Ada Pellegrini; CALMON, Petrônio (Coord.). Brasília: Gazeta Jurídica, 2012.

CADIET, Loïc. Albert Tissier (1862-1925). In: *L'école de Droit de la Sorbonne dans la cité, P. Gonod; A. Pimont-Rousselet et L. Cadiet,* IRJS èditions, 2012.

_____. *Case management judiciaire et déformalisation de la procédure.* Disponível em: https://www.cairn.info/revue-francaise-d-administration-publique-2008-1-page-133.htm, acesso em 29 maio 2016.

_____. Diversités, convergences et perspectives – Rapport général de synthèse, In: *Quelles juridictions économiques en Europe? Du règne de la diversité à un ordre européen ?, Y. Chaput et A. Lévi* (Dir.). CCIP e CREDA, Paris: LexisNexis, 2007.

_____. D'un code à l'autre : de fondations en refondation. In: *De la commémoration d'un code à autre : 200 ans de procédure civile en France.* Paris: LexisNexis/Litec, 2006.

_____. Justice démocratique *versus* démocracie judiciaire. In: *Justice et Démocratie. Sous la direction de Simone Gamboriau; Hélène Pauliat*. Presses universitaires de Limoges: Pulim, 2003.

_____. Les accords sur la jurisdiction dans le procès. In : *Le conventionnel et le jurisdictionnel dans le règlement des différends*. *Ancel, Pascal; Rivier, Marie-Claire (Dir.).* Paris: Economica, 2001.

_____. Les clauses contractuelles relatives a l'action en justice. *Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels.* Colloque de l'Institut de Droit des affaires d'Aix-en Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990.

_____. Les conflits de légalité procédurale dans le procès civil. In: *Mélanges Jacques Boré*. Paris: Dalloz, 2006.

_____. Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Numero speciale: accordi di parti e processo.* Milano: Giuffrè, 2008.

_____. Les jeux du contrat et du procés. In: *Philosophie du Droit et Droit Économique. Mélange offerts à Gérard Farjat.* Paris : Frison-Roche, 1999.

_____. Les sources internationales de la procédure civile. In: *Mélanges Hélène Gaudemet Tallon*. Paris: Dalloz, 2008.

_____. Liberté des conventions et clauses relatives au règlement des litiges. In: *Les petites affiches*, 2000.

_____. *Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y la justicia en Francia*. Disponível em: www.civilprocédurereview.com, acesso em 10 jun. 2015.

_____. Ordre concurrentiel et justice. In: *L'ordre concurrentiel: Mélanges em l'honner d'Antonie Pirovano.* Paris: Frison-Roche, 2003.

_____. Propos introductif; "faire lien". In: *La contractualisation de la production normative. Sous la direction de Sandrine Chassagnard-Pinet, David Hiez.* Paris: Dalloz, 2008.

_____. The new French Code of civil Procedure (1975). In: *European Traditions in Civil Procedure*, C.H. van Rhee Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2005.

_____. Une justice contractuelle, l'autre. In: *Le contrat ai début du XXI siècle, études offerts à Jacques Ghestin.* Guilles Goubeaux *et alli* (Dir.) Paris: LGDJ, 2001.

_____. NORMAND, Jacques; MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie générale du procès*. Paris: PUF, 2010.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais.* Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. In: *Ensaios e Artigos, v. I.* Salvador: Juspodivm, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem – Lei n. 9.307/1996*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 1997.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2016.

CÂMARA, Marcela Regina Pereira. *A contratualização do processo civil? In: Revista de Processo,* v.194. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAMBI, Eduardo. Neoprivatismo e neopublicismo a partir da Lei 11.690/2008. In: *Revista de Processo,* v. 167. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris 1988, Reimpresso em 2002.

_____. *Instituições do processo civil*. v. I. São Paulo: Classic Book, 2000.

_____. Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas. In: *Revista de Processo*, n. 65. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução de Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

_____. GARTH, Bryant. *Access to justice: a world survey, part two, v. I, Book I.* Milano: Giuffrè, 1978.

CAPONI, Remo. Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Numero speciale: accordi di parti e processo*. Milano: Giuffrè, 2008.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça: juizados especiais e ação civil pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (Org.). *O novo Código de Processo Civil anotado e comparado.* Rio de Janeiro: Forense, 2015.

CARNELUTTI, Franceso. *Istituzioni del processo civile italiano*. 5. ed, v. II. Roma: Foro Italiano, 1956.

_____. *Sistema di diritto processuale civile*, v. I. Padova, Cedam, 1936.

_____. *Sistema de derecho procesal civil*, v. III. Buenos Aires: Uteha Argentina, 1944.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/1996*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARPI, Federico. Introduzione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Numero speciale: accordi di parti e processo.* Milano: Giuffrè, 2008.

CASTANHEIRA NEVES. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema" – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do Direito. In: *Boletim da Faculdade de Direito,* v. LXXIV: Coimbra, 1998.

CHAINAIS, Cécile. Le principe dispositif: origines historique et droit comparé. In: *Le procès est-il encore la chose des parties? E. Jeuland et L. Flise (Dir.),* tome 65. Collection Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc, 2015.

CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*, Trad.: Sergio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual*. 2.ed. v. I. São Paulo: Saraiva, 1956.

_____. Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno. In: *Saggi di diritto processuale civile,* v. I. Roma: Foro Italiano, 1930.

_____. *Principii di diritto processuale civile – le azioni*. Il processo di cognizione, 3. ed. Napoli, 1923.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CIPRIANI, Franco. El autoritarismo procesal y las pruebas documentales. In: *Revista Ius et Práxis*, ano 13, n.12. Disponível em http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v13n2/art03.pdf, acesso em 17 maio 2016.

_____. Il Codice di Procedura Civile tra gerarchi e processualisti. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

____. Nel centenario del regolamento di Klein (Il processo civil tra libertà e autorità). In: *Rivista di Diritto Processuale,* v. 22, n. 3. Milano: Cedam, 1995.

_____. Stato di diritto e garanzie processuali - *Atti delle II giornate internazionali di diritto processuale civile.* Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2008.

_____. Storie di processualisti e di oligarchi. Milano: Giuffrè, Milano, 1991.

CHIZZINI, Augusto. Konventionalprozess e poteri delle parti. In: *Rivista di Diritto Processuale,* v. LXX (II Serie), anno 2015. Milano: Cedam, 2015.

_____. *Pensiero e azione nella storia del processo civile - Studi*. 2. Ed. UTET GIURIDICA, 2014.

COMANDUCCI, Paolo. Constitucionalización y neoconstitucionalismo. In: *Positivismo juridico y neoconstitucionalismo.* Madrid: Fundación Colóquio Jurídico Europeu, 2009.

COMOGLIO, Luigi Paolo; FERRI, Corrado; TARUFFO, Michele. *Lezioni sul processo civile.* 5.ed. Bologna: II Mulino, 2011.

CORDEIRO LEAL, André. *Processo e jurisdição no Estado democrático de direito: reconstrução da jurisdição a partir do direito processual democrático.* Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/Minas, Belo Horizonte, 2006.

CORNU, Gérard Cornu. *Vocabulaire juridique de l'association H. Capitant*, 8. Ed, Paris: PUF, 2008.

_____; FOYER, Jean. Procédure civile, 3. ed., Paris: Thémis, 1996.

CORRÊA, Fábio Peixinho Gomes. Negócios jurídicos processuais: uma nova fronteira? In: *Revista do Advogado*, ano XXV, n.126, 2015.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. A "execução negociada" de políticas públicas em juízo. In: *Revista de Processo*, v. 212. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Calendarização Processual. *Negócios processuais. Coleção grandes temas do novo CPC, CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.).* Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. Uma espectroscopia ideológica do debate entre garantismo e ativismo. *Ativismo judicial e garantismo processual.* DIDIER JR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.). Salvador: Juspodivm, 2013.

COSTA E SILVA, Paula. *Acto e processo: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

_____. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. *Negócios processuais. Coleção grandes temas do novo CPC, CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.).* Salvador: Juspodivm, 2015.

COSTA, Thais Mendonça Aleluia da. *A contratualização do processo civil francês: um novo horizonte para a adequação processual.* Dissertação de Mestrado. Universidade Federal da Bahia – UFBA, Salvador, 2012.

CUENCA, Humberto. *Proceso civil romano*. Buenos Aires: Europa-America, 1957.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. Comentário ao artigo 190. In: *Comentários ao novo Código de Processo Civil*, Antonio do Passo Cabral; Ronaldo Cramer (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. *Negócios processuais. Coleção grandes temas do novo CPC, CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.).* Salvador: Juspodivm, 2015.

DAIGRE, Jean-Jacques; GOETZ-CHARLIER, Guillaume. *Code Comparé et annoté de la réforme du droit des contrats : Ordonnance n. 2016-131 du février 2016.* Paris: Legiteam, 2016

DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process.* Yale University Press/New Haven and London, 1986.

DAUCHY, Serge. La conception du procès civil dans le code de procédure civile de 1806. D'un code à l'autre : de fondations en refondation. In: *De la commémoration d'un code à autre: 200 ans de procédure civile en France.* Paris: LexisNexis/Litec, 2006.

DE NOVA, Giorgio. Accordi delle parti e decisione. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Numero speciale: accordi di parti e processo.* Milano: Giuffrè, 2008.

DIDIER JR., Fredie. *Alguns aspectos da aplicação da proibição do venire contra factum proprium no processo civil.* Disponível em: http://www.frediedidier.com.br/artigos/alguns-aspectos-da-aplicacao-daproibicao-do-venire-contra-factum-proprium-no-processo-civil/, acesso em: 17 nov. 2016.

_____. *Cláusulas gerais processuais.* Disponível em: http://www.frediedidier.com.br/artigos/clausulas-gerais-processuais/, acesso em: 17 nov. 2016.

_____. *Comentários ao novo Código de Processo Civil, Antonio do Passo Cabral; Ronaldo Cramer (Coord.).* Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Curso de direito processual civil*, v. I, 18. ed., Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista brasileira da advocacia, RBA1*, v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Ativismo judicial e garantismo processual. DIDIER JR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (Coord.).* Salvador: Juspodivm, 2013.

_____. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. *Negócios processuais. Coleção grandes temas do novo CPC, CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.).* Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. Teoria do processo e teoria do direito. In: *TELLINI, Denise Estrela; JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix (org.). Tempestividade e efetividade processual: novos rumos do processo civil brasileiro – estudos em homenagem à professora Elaine Harzheim Macedo*. Caxias do Sul: Plenum, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Instituições de direito processual civil*, v. I. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

_____. *Instituições de direito processual civil*, v. II. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DI SPIRITO, Marco Paulo Denucci. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual. In: *Revista de Direito Privado*, v. 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura novit curia: o juiz e a qualificação jurídica da demanda no processo civil brasileiro.* Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, Porto Alegre, 2013; v. versão comercial da dissertação: *Iura novit curia e causa de pedir: o juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

DUARTE, Antonio Aurélio Abi Ramia. *O novo código de processo civil, os negócios processuais e a adaptação procedimental.* Disponível em: http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/30191/novo-codigo-proc-civil-procedimental.pdf, acesso em: 17 nov. 2016.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

FARIA, Guilherme Henrique Laje. Negócios processuais no modelo constitucional de processo. In: *Coleção Eduardo Espínola*. Salvador, Juspodivm, 2016.

FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal.* Tese de Doutorado. Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2015.

FARIAS, Bianca Oliveira de. Os poderes do juiz no novo CPC. In: *CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Coord.) Inovações do Código de Processo Civil de 2015*. Rio de Janeiro, GZ, 2016.

FAIREN GUILLEN, Victor. *El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia: contra la doctrina de la litis contestatio.* Barcelona: Bosch. Casa Editorial, 1950.

FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, n.3. Milão: Giuffrè, 1958.

FOYER, Jean. Preface. D'un code à l'autre : de fondations en refondation. In: *De la commémoration d'un code à autre : 200 ans de procédure civile en France.* Paris: LexisNexis/Litec, 2006.

FREIRE, Ricardo Maurício. *Devido processo legal: uma visão pós-moderna*. Salvador: Juspodivm, 2008.

GALANTER, Marc. Acesso à Justiça em um mundo de capacidade social em expansão. Trad.: João Eberhardt Francisco, Maria Cecília de Araújo Asperti e Susana Henriques da Costa. In: *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, v. 2, 2015.

_____. Why the waves come out ahead: speculations on the limits of legal change. In: *Law and Society Review*, n. 9, 1974. Disponível em: http://www.unr.edu/justicestudies/Links1/JS710/JS710Frymer14/3053023.pdf, em: acesso e 4 jan.2016.

GAJARDONI, Fernando. Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. *Coleção Atlas de Processo Civil. Carlos Alberto Carmona (coord.).* São Paulo: Atlas, 2008.

GODINHO, Robson Renault. A autonomia das artes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. In: *Civil Procedure Review*, v.4, n.1, 2013. Disponível em:http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=67&embedded=true, acesso em: 11 dez. 2016.

_____. A possibilidade de negócios processuais atípicos em matéria probatória. *Negócios processuais. Coleção grandes temas do novo CPC, CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.).* Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil. *Coleção Liebman/ Coord. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*, tomo I. Trad.: Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003.

GOMES, Orlando. *Contratos.* Coord.: Edvaldo Brito. Atualização: Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Marino. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Introdução ao direito civil*. Atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*, v. III, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. In: *Rivista di Diritto Processuale.* v. XX, II serie. Milano: Cedam, 1966.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Revista Jurídica*, n. 305. São Paulo: Notadez, 2003.

_____. *Instituições de processo civil – introdução ao direito processual civil*, v.01, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Instituições de processo civil – processo de conhecimento*, v. 2, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: *Processo civil: estudos em homenagem ao professor doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.); FEIJÓ, Maria Angélica Echer Ferreira (Org.).* São Paulo: Atlas, 2012.

_____. Publicismo e privatismo no processo civil. In: *Revista de Processo*, v.164. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. O juiz pode ser sujeito de um negócio processual? Palestra proferida no Seminário "Negócios Processuais no Novo CPC" promovida pela Associação dos Advogados de São Paulo/SP - AASP, em 06 de março de 2015.

_____. O princípio do contraditório. In: *Estudos de direito processual*. *GRECO, Leonardo (Coord)*. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. O saneamento do processo e o projeto de novo código de processo civil. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, v. VIII.

_____. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Tradução de Ronaldo Kochem. In: *Revista de Processo*, v. 206. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GUEDES, Clarissa Diniz. *Persuasão racional e limitações probatórias: enfoque comparativo entre os processos civil e penal.* Tese de Doutorado: Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2013.

GUEDES, Jefferson Carús. Transigibilidade de interesses públicos: prevenção e abreviação de demandas da Fazenda Pública. In: *Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça: estudos em homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José Antonio Dias Toffoli. GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.)*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

HÉRON, Jacques; LE BARS, Thierry. *Droit judiciaire privé*. 6. ed., Montchrestien: Lextenso, 2015.

HUNTER, Martin; SILVA, Gui Conde e. A ordem pública transnacional e sua operação nas arbitragens relativas a investimentos. In: *Arbitragem: Estudos em Homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares. Coord. Carlos Alberto Carmona; Selma Ferreira Lemes; Pedro Batista Martins.* São Paulo: Atlas, 2007.

JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. In: *Revista de Estudos Históricos*, v. 9, n. 18, 1996.

KERCHOVE, Michel van de. Contractualisation de la justice pénale ou justice pénale contractuelle? In: *La contractualisation de la production normative. Sous la direction de CHASSAGNARD-PINET, Sandrine ; HIEZ, David.* Paris: Dalloz, 2008.

LACERDA, Galeno. O Código como sistema legal de adequação do processo. In: *Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira. Aroldo Furtado Fabrício (Coord.)*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito.* 3. ed., Trad.: José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Qualche osservazione sullo studio della storia del processo civile: problemi del processo civile.* Napoli: Morano, 1962.

_____. *Manual de direito processual Civil.* 3. ed. Trad. e comentários: Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005.

LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Notas sobre a litis contestatio e a sua sobrevivência no processo civil canônico.* Disponível em: www.dinamarco.com.br, acesso em: 16 jul. 2016.

LUHMANN, Niklas. La restitution du douzième chameau: du sens d'une analyse sociologique du droit. In: *Droit et société*, n. 47, 2001. Versão em português: A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito. Trad. Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréa Manão e Flávio Riche. In: *Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica. ARNAUD, André Jean; LOPES JR., Dalmir (Org.).* Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004.

MACEDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi de Medeiros. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. In: *Revista de Processo*, n. 241. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MACHADO, Marcelo Pacheco. A privatização da técnica processual no projeto do novo Código de Processo Civil. In: *Novas tendências do processo civil: Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*, v. 4. Salvador: Juspodivm, 2014.

MADEIRA, Dhenis Cruz. O nascimento do processo constitucional na América. In: *SOARES, Carlos Henrique; DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho (Coord.). Processual Civil Latino-Americano.* Belo Horizonte: Arraes, 2013.

_____. *Teoria do processo e discurso normativo – digressões democráticas.* Disponível em: www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176528/000842782.pdf?sequence=3, acesso em: 28 out. 2016.

MADUREIRA, Claudio Penedo. Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 10, n. 3, dez. 2015. ISSN 2317-8558. Disponível em: http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/58879, acesso em: 08 ago. 2016.

MAHRAN, Riham Mansour. *Les clauses relatives aux litiges en droit français: aspects internes et internationaux,* v.I, thèse pour le Doctorat en Droit Privé: Université Paris I PanthéonSorbonne, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no Estado contemporâneo. In: *Estudos de Direito Processual Civil: Uma homenagem ao Professor Egas Moniz de Aragão. MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.).* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Teoria geral do processo.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Tutela inibitória e tutela de remoção do ilícito. *In: Academia brasileira de direito processual civil.* Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/luiz%20g%20marinoni(2)%20-%20formatado.pdf, acesso em: 01 jan. 2017.

_____; MITIDIERO, Daniel; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil: teoria do processo civil*, v. I, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. *O novo processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium.* In: *Revista Forense*, v. 376, 2004.

_____. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. In: *R. CEJ*, Brasília, n. 27, out./dez. 2004. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/641/821, acesso em: 20 dez. 2016.

_____. *O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro.* Disponível em: www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4, acesso em: 17 nov. 2016.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Observaciones y propuestas sobre las reglas generales y el campo de aplicación del proyecto de convención interamericana de derecho internacional privado sobre la ley aplicable a algunos contratos de consumo de Brasil Parte I.* Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/art1consideracionesgenerales4-env_lima_marques.pdf, acesso em: 05 jan. 2017.

MARQUES, José Frederico. *Instituições do direito processual civil*, v. 1. Campinas: Bookseller, 1997.

_____. *Manual de direito processual civil*. v. I, São Paulo: Saraiva, 1990.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. *Direitos fundamentais indisponíveis – os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida.* Tese de Doutorado em Direito Público, premiada pela CAPES no ano de 2011. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2010.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve diálogo entre os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. In: *Revista de Processo*, n. 237. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentado*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEKKI, Soraya Amrani. Le temps et le procès civil. In: *Nouvelle bibliothèque de thèses*. Paris: Dalloz, 2000.

_____; STRICKLER, Yves. Procédure Civile. In: Thémis Droit. Paris: Presses Universitaires de France, 2014.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico*, 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MENEZES, Gustavo Quintanilha Telles de. *A fase pré-processual: o ônus de preparação da demanda e os filtros legítimos à propositura de ações judiciais*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2011.

MITIDIERO, Daniel. As relações entre o processo civil e a Constituição na primeira metade do século XX e sua breve evolução na doutrina processual civil brasileira. In: *Revista de Processo*, v. 915. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Colaboração no processo civil como prêt-à-porter? um convite ao diálogo para Lênio Streck. In: *Revista de Processo*, n.194. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Processo e cultura: praxismo, processualismo e formalismo em direito processual civil.* Disponível em: www.abdpc.org.br, acesso em 16 mai 2016.

MONTERO AROCA, Juan. El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria. In: *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos, Coord. Juan Montero Aroca.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

_____. Sobre el mito autoritario de la buena fe procesal. In: *proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos, Coord. Juan Montero Aroca. Valencia*: Tirant lo Blanch, 2006.

MOFFITT, Michael L., Customized litigation: the case for making civil procedure negotiable. In: *George Washington Law Review*, v. 75, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MULLER, Ivone. *Le contrat judiciaire em droit privé.* These pour le Doctorat en Droit. Paris: Université de Paris I Pantheon-Sorbonne,1995.

NAGAO, Paulo Issamu. Do controle judicial da sentença arbitral. In: *Coleção MASC – Meios Alterativos de Solução de Conflitos, v. II. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.).* Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

NAVARETTI, Antonio Maria Lorca. ¿Garantías ordinarias versus garantías constitucionales en el arbitraje? In: *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando da Silva Soares. Coord. Carlos Alberto Carmona; Selma Ferreira Lemes; Pedro Batista Martins.* São Paulo: Atlas, 2007.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

NOYES, Henry S. *If you (re)build it, they will come: contracts to remake the rules of litigation in arbitration's image.* Disponível em: http://www.law.harvard.edu/students/orgs/jlpp/Vol30_No2_Noyesonline.pdf, acesso em 15 jan. 2017.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise critica das reformas processuais.* Curitiba: Juruá, 2012.

_____; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Processo constitucional: uma abordagem a partir dos desafios do Estado democrático de direito. In: Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 4. Disponível em: www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/21616/15642, acesso em 12 ago. 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil – proposta de um formalismo valorativo.* 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O Processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: *OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.), Processo e constituição.* Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa de processo I. In: *Academia Brasileira de Direito Processual Civil.* Disponível em: www.abdpc.org.br, acesso em: 06 ago. 2016.

_____. Presunções e ficções no direito probatório. In: *Revista de Processo*, v.196. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ONO, Taynara Tiemi. A flexibilização procedimental: uma comparação entre os sistemas jurídicos brasileiro, inglês e português. In: *Revista de Processo*, v. 254. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ÖST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. In: *Doxa, Cuadernos de Filosofia del Derecho*, n. 14, Alicante, 1993.

PALERMO, Antonio. *Contributo alla teoria degli atti processuali*. Napoli: Jovene, 1938.

PANTOJA, Fernanda. *Protocolos pré-processuais: fundamentos para a construção de uma fase prévia ao processo no direito brasileiro*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

PASCAL, Ancel. *Le juge et l'annulation du contrat.* Texte remanié de thèse de doctorat. Droit privé. Saint-Etienne, 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Lara Rafaelle. *A vulnerabilidade na negociação processual atípica.* Universidade Federal da Bahia – UFBA, Salvador, 2016.

PICARDI, Nicola. Code de procédure civile de 1806 et monopole étatique de la juridiction. In: *De la commémoration d'un code à autre: 200 ans de procédure civile en France.* Paris: LexisNexis/Litec, 2006.

_____. La giurisdizione all'alba del terzo millennio. In: *Dialettica, diritto e processo. A cura di Alessandro Guiliani e Nicola Picardi.* Milano: Giuffrè Editore, 2007.

_____. Le transformazioni della giustizia nell'Età della globalizzazione. In: *Processo civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (coords.) FEIJÓ; Maria Angélica Echer Ferreira (Org.).* São Paulo: Atlas, 2012.

_____. Processo civile: diritto moderno. In: *Enciclopedia del diritto*, v. XXXVI. Milano: Giuffrè, 1987.

PICKER, Colin B.; SEIDMAN Guy I. The dynamism of civil procedure - global trends and developments. In: *Springer International Publishing Switzerland*, 2016.

PICÓ I JUNOY, Juan. El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. In: *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos, Coord. Juan Montero Aroca.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

_____. Las garantías constitucionales del proceso. Barcelona: J. M. Bosch, 1997.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____; ALVES, Tatiana Machado. Novos desafios da mediação judicial no Brasil: a preservação das garantias constitucionais e a implementação da advocacia colaborativa. In: *Mediação: um panorama atual, v. I. MEIRELLES, Delton; MARQUES, Giselle.* Niterói: UFF/PPGSD, 2014.

_____; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. O papel da mediação no século de vocação da jurisdição e no (re)dimensionamento da democratização do processo civil In: *Acesso à Justiça, jurisdição (in)eficaz e mediação: a delimitação e a busca de outras estratégias na resolução de conflitos.* Curitiba: Multideia, 2013.

_____; STANCATI, Maria Maria Martins Silva. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do artigo 3º do CPC/2015. In: *Revista de Processo*, v. 254. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado: parte geral*, tomo IV. Rio de Janeiro, Borsói, 1954.

_____. *Tratado de direito privado: negócios jurídicos, representação, conteúdo, forma, prova*, tomo. III. Rio de Janeiro: Borsói,1954.

_____. *Tratado de direito privado: validade, nulidade e anulabilidade*, tomo IV, Rio de Janeiro: Borsói, 1954.

PROTO PISANI, Andrea. *Lezione di diritto processuale civile*. 6. ed., Jovene, 2014.

_____. Tutela giurisdizionali differenziata e nuovo processo del lavoro (premesse ala legge 11 agosto 1973 n. 533). In: *Il foro italiano*, v. 96, n. 9, 1973.

RAMOS, Glauco Gumerato. Repensando a prova de ofício na perspectiva do garantismo processual. In: *Ativismo judicial e garantismo processual. Coord. DIDIER JR, Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson.* Salvador: Juspodivm, 2013.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REDONDO, Bruno Garcia. *Flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes no direito processual civil brasileiro.* Dissertação de Mestrado. São Paulo: PUC-SP, 2013.

RIBEIRO, Iara Pereira. *A capacidade civil da pessoa com deficiência intelectual.* Direito civil contemporâneo II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza, Orlando Celso Da Silva Neto, Otavio Luiz Rodrigues Junior – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. *A fazenda pública no processo civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016.

_____. *A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil.* Rio de Janeiro: GZ, 2014.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Da teoria geral do processo à teoria da tradução: um aporte da sociologia das ausências e das emergências. In: *Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial, DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo Ferreira (Org.).* Salvador: Juspodivm, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por que é tão difícil construir uma teoria crítica? In: *Revista crítica de ciências sociais*, n. 54, 1999.

SANTOS, Tatiana Simões dos. Negócios processuais envolvendo a Fazenda Pública. *Negócios processuais. Coleção grandes temas do novo CPC, Coord. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira.* Salvador: Juspodivm, 2015.

_____. *O Processo civil modulado pelas partes: ampliação da autonomia privada em matéria processual.* Dissertação de Mestrado. Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

_____. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, 2009. Disponível em: http://dspace/xmlui/bitstream/item/6279/Biblioteca%20Digital%20%20Editora%20F%C3%B3rum.pdf?sequence=1, acesso em: 20 jun. 2015.

SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto processuale civile*. 12. ed. Milano: Cedam, 1996.

_____. *Direito processual civil*, v. I. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

SCHLOSSER, Peter. *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess*. J. C. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1968.

SERVERIN, Evelyne. La direction de l'instance civile, en tension entre principe dispositif et contraintes de gestion. In : *Parte 1: La maîtrise du procès par les parties au regard de la jurisprudence récente. In: Le procès est-il encore la chose des parties? Collection : Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne - André Tunc*. Laurence Flise, Emmanuel Jeuland (Dir.). IRJS Editions, 2015.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Preclusão processual civil. In: *CARMONA, Carlos Alberto. Coleção Atlas de Processo Civil.* São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano canônica*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista.* Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. Verdade e significado. In: *Revista Magister de Direito Civil e Processo Civil*, v. I, 2005

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014.
_____. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: *Revista de Direito do Estado* n.4, 2006.

SOARES, Leonardo Oliveira. Calendário processual, sucumbência recursal e o projeto de novo CPC para o Brasil. In: *Revista de Processo*, v. 227. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SOUSA, Miguel Teixeira. *Estudos sobre o novo processo civil*. 2. ed. Lisboa: LEX, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. O (pós-)positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) – dois decálogos necessários. In: *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 7, 2010.

_____. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas.* 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

TALAMINI, Eduardo. A (in)dispinibilidade do interesse público. Consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). In: *Revista de Processo*, v. 128. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Convenção arbitral: necessidade de arguição pelo interessado diante do judiciário.* Disponível em: http://www.justen.com.br/pdfs/IE69/IE69_not_eduardo.pdf, acesso em: 6 dez. 2016.

TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile.* Bologna: Mulino, 1989.

TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. São Paulo: Método, 2012.

_____. *Vulnerabilidade processual no novo CPC*. Disponível em: http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/01/Vulnerabilidade-no-NCPC.pdf, acesso em 12 dez 2016.

TARUFFO, Michele. Considerazioni sulle prove per induzione. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, v. 64. Milano: Giuffrè, 2010.

_____. *Páginas sobre justicia civil*. Barcelona: Marcial Pons, 2009.

_____. Poderes probatórios das partes e do juiz na Europa. In: *Processo Civil Comparado: Ensaios. Coleção processo e direito.* São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. *Uma simples verdade: o juiz e a reconstrução dos fatos*, Trad.: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

_____. Verità negoziata? In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Numero speciale: accordi di parti e processo.* Milano: Giuffrè, 2008.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais: aspectos teóricos e práticos. In: *Revista de Processo*, n. 254. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. I. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TORNAGHI, Hélio. Comentários ao Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: *Revista Forense*, v. I, 1956.

TROCKER, Nicolò. Processo civile e costituzione: problemi di diritto tedesco e italiano. In: *Studi di Diritto Comparato* – a cura di Mauro Cappelletti. Milano: Giuffrè, 1974.

TUNALA, Larissa Gaspar. Comportamento processual contraditório – a proibição de *venire contra factum proprium* no direito processual civil brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2015.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*. v. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TIBÚRCIO, Carmen. A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras. In: *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Controle de constitucionalidade das leis pelo árbitro: notas de direito internacional privado e arbitragem. In: *Revista de Direito Administrativo - RDA,* v. 266, 2014.

VAN RHEE, C. H. *European traditions in Civil Procédure*. Oxford: Antwerpen-Oxford/Intersentia, 2005.

_____. The influence of the French Code de Procédure Civile (1806) in 19 century in Europe. In: L. Cadiet et G. Canivet (eds.), De la commémoration d'un code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France, Paris: LexisNexis/Litec, p. 129-165.

_____; VERKERK, Remme. Civil procédure. In: *SMITS, Jan M. Elgar Encyclopedia of comparative law*. Northampton: Edward Elgar, 2012.

VERDE, Giovanni. *Profili del processo civile*, v. I, 6. ed. Napoli: Jovene, 2002.

VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Convenções processuais: premissas operacionais e os escopos da jurisdição contemporânea. In: *CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; GRECO, Leonardo; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. (Coord.) Inovações do Código de Processo Civil de 2015.* Rio de Janeiro: GZ, 2016.

_____; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Primeiras reflexões sobre os impactos do novo CPC e da Lei de Mediação no compromisso de ajustamento de conduta. In: *Revista de Processo,* v. 256. São Paulo: Revista do Tribunais, 2016.

VINCENT-LEGOUX, Marie-Caroline. *L' ordre public : étude de droit comparé interne*. Texte remanié de: Thèse, droit public, Dijon, 1996.

VIZIOZ, Henry. *Études de procédure*. Réimpression de l'édition de1956. Paris: Dalloz, 2011.

VOLLAUD, Paul. *Les contrats judiciaires.* Thèse pour le doctorat. Université de Bordeaux, 1913.

WAMBIER, Teresa, Arruda Alvim. A *vis attractiva* do juízo da vara empresarial, In: Revista de Processo, v. 32, n. 143, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WEILLER, Laura. *La liberté procédurale du contractant*. Falculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, Institut de droit des affaires, 2004.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? *Negócios Processuais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.).* Salvador: Juspodivm, 2015.