

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL**

TIAGO AGUIAR VILARINHO

**NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS E SEUS LIMITES
IMPLÍCITOS**

VITÓRIA

2022

TIAGO AGUIAR VILARINHO

**NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS E SEUS LIMITES
IMPLÍCITOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual na linha de pesquisa “Processo, Técnicas e Tutelas dos Direitos Existenciais e Patrimoniais”.

Orientador: Professor Doutor Augusto Passamani Bufulin

VITÓRIA

2022

Ficha catalográfica disponibilizada pelo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBI/UFES e elaborada pelo autor

V697n Vilarinho, Tiago Aguiar, 1986-
NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS E
SEUS LIMITES IMPLÍCITOS / Tiago Aguiar Vilarinho. - 2022.
183 f.

Orientador: Augusto Passamani Bufulin.

Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.

1. Direito processual civil. 2. Atos jurídicos. 3. Negócio jurídico. 4. Brasil. [Código de Processo Civil (2015)]. 5. Tutela jurisdicional. I. Bufulin, Augusto Passamani. II. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. III. Título.

CDU: 340

TIAGO AGUIAR VILARINHO

**NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS E SEUS LIMITES
IMPLÍCITOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual do Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Espírito Santo como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Processual na linha de pesquisa “Processo, Técnicas e Tutelas dos Direitos Existenciais e Patrimoniais”.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Augusto Passamani Bufulin
Universidade Federal do Espírito Santo
Orientador

Prof. Dr. Cláudio Iannotti da Rocha
Universidade Federal do Espírito Santo
Membro interno

Prof. Dr. Henrique Geaquinto Herkenoff
Universidade Vila Velha
Membro externo

VITÓRIA

2022

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela vida.

Aos meus pais, pelo exemplo de força, luta e dedicação, assim como por terem me proporcionado todo amor e suporte necessário para a minha evolução como pessoa.

À minha esposa Irenia pelo amor, companheirismo e por sempre me incentivar a desenvolver meu potencial para a realização dos projetos de vida.

Ao Professor Doutor Augusto Passamani Bufulin, pela acolhida na vida acadêmica e pela orientação precisa e necessária.

Aos demais membros das bancas de qualificação e defesa, Professores Doutores Cláudio Iannotti da Rocha e Henrique Geaquinto Herkenoff, cujas críticas, indagações e contribuições foram curiais para a construção deste trabalho.

“Só é digno da liberdade, como da vida, aquele que se empenha em conquistá-la”.

Johann Goethe

RESUMO

O trabalho objetiva investigar os limites implícitos que o ordenamento jurídico impõe aos negócios jurídicos processuais atípicos, para além dos parâmetros expressos já indicados no art. 190 do Código de Processo Civil. Para tanto, parte-se da hipótese de que a incidência das garantias que conformam o modelo constitucional de processo acabará por afastar convenções que destoem dos preceitos da Constituição da República. Conjectura-se, ainda, que elementos de ordem infraconstitucional como a eventual natureza cogente da norma processual objeto de estipulação negocial, além de outros fatores, também parecem figurar como limitantes à liberdade negocial, consistindo em questões que, igualmente, serão exploradas. Para corroboração ou falseamento das hipóteses, desenvolve-se o trabalho com método de abordagem hipotético-dedutivo e amparo na técnica de pesquisa bibliográfica, a partir de dados recolhidos de fontes como a doutrina nacional e estrangeira, periódicos, dissertações, teses e outros materiais considerados de interesse para o estudo, cuja leitura e compreensão serão essenciais suplementar o referencial teórico e subsidiar as reflexões destinadas à solução da questão-problema aduzida. Concluiu-se que o art. 190 do Código de Processo Civil se apresenta como ponto de partida para o controle de validade dos negócios jurídicos processuais atípicos, mas, de maneira paralela aos critérios legais expressos, há outras circunstâncias limitadoras da liberdade convencional. No que atine ao plano infraconstitucional, verificou-se que as normas cogentes, o formalismo processual, as matérias reservadas à lei e a administração judiciária podem figurar como limites genéricos dos negócios jurídicos processuais atípicos. Em relação às normas constitucionais, a pesquisa revela que as garantias que integram o conteúdo do devido processo legal limitam, com amplitude variada, o conteúdo dos negócios atípicos, muito embora seja possível convencionar o afastamento parcial de algumas delas. O estudo contribui, assim, para a ampliação das bases teóricas que norteiam a atividade judicial de controle do objeto dos negócios jurídicos processuais atípicos, fornecendo ainda subsídios para uma aplicação mais segura do instituto pelas partes.

ABSTRACT

This research aims to investigate the implicit limits that the legal system sets to the procedural private ordering, in addition to the express parameters already indicated in art. 190 of the Civil Procedure Code. For that, it starts from the hypothesis that the incidence of guarantees that integrate the constitutional model of process will end up removing conventions that do not conform to the precepts of the Constitution of the Republic. It is also conjectured that infra-constitutional elements such as the possible cogent nature of the procedural rule that will be part of the procedural private ordering, in addition to other factors, also seem to limit negotiation freedom, consisting of issues that will also be explored. To corroborate or falsify the hypotheses, the research is developed with a hypothetical-deductive approach method and support in the bibliographic research technique, from data collected from sources such as national and foreign doctrine, journals, dissertations, theses and other materials considered of interest for the study, whose reading and understanding will be essential to supplement the theoretical framework and support the reflections aimed at solving the proposed problem. It was concluded that art. 190 of the Code of Civil Procedure presents itself as a starting point for the control of the validity of procedural private orderings, but, in parallel with the criteria expressed in the law, there are other circumstances that limit conventional freedom. Regarding the infra-constitutional level, it was found that the binding norms, procedural formalism, matters reserved for the law and judicial administration may appear as generic limits to the procedural private ordering. In relation to constitutional norms, the research reveals that the guarantees that are part of the content of due process of law limit, to a varying extent, the content of procedural private orderings, although it is possible to agree on the partial limitation of some of them. The study thus contributes to the expansion of the theoretical bases that guide the judicial activity of controlling the object of procedural private orderings, also providing subsidies for a safer application of the institute by the parties.

LISTA DE ABREVIATURAS

CPC/1973 – Código de Processo Civil de 1973

CPC/2015 – Código de Processo Civil de 2015

CRFB/1988 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

FPPC – Fórum Permanente de Processualistas Cíveis

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS	17
1.1 A TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS.....	17
1.1.1 As tradicionais concepções de fato (ato) jurídico processual	19
1.1.1.1 Fato jurídico processual na perspectiva de Chiovenda	20
1.1.1.2 Fato jurídico processual na perspectiva de Liebman	22
1.1.1.3 Fato jurídico processual na perspectiva de Salvatore Satta.....	23
1.1.1.4 Fato jurídico processual na perspectiva de Calmon de Passos	24
1.1.1.5 Fato jurídico processual na perspectiva de Paula Costa e Silva	25
1.1.1.6 Fato jurídico processual na perspectiva de Carnelutti.....	26
1.1.1.7 Balanço conclusivo das tradicionais concepções de fato (ato) jurídico processual: insuficiência da abordagem restrita aos atos processuais	28
1.1.2 A Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda aplicada à Teoria Geral do Processo: concepções amplas de fato jurídico processual	30
1.1.2.1 Fato Jurídico Processual na perspectiva de Paula Sarno Braga e Fredie Didier Jr.	34
1.1.2.2 Fato Jurídico Processual na perspectiva de Pedro Henrique Nogueira	35
1.1.3 Categorização dos fatos jurídicos processuais	38
1.1.3.1 Fatos jurídicos processuais <i>stricto sensu</i>	38
1.1.3.2 Atos-fatos jurídicos processuais.....	39
1.1.3.3 Atos jurídicos <i>stricto sensu</i> processuais.....	40
1.1.3.4 Negócios jurídicos processuais	40
1.2 CONCEITO DE NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL	41
1.3 FUNDAMENTOS DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS.....	43
1.3.1 Princípio do autorregramento da vontade das partes no processo	44
1.3.2 Princípio da adaptabilidade procedimental	46

1.3.3 Princípio da cooperação processual.....	48
1.4 CLASSIFICAÇÕES DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS	49
1.4.1 Negócios processuais unilaterais, bilaterais e plurilaterais.....	50
1.4.2 Negócios processuais típicos e atípicos	51
1.4.3 Negócios processuais dispositivos e obrigacionais	52
1.4.4 Negócios processuais prévios e incidentais	53
1.4.5 Negócios processuais gratuitos e onerosos	53
1.4.6 Negócios processuais expressos e tácitos	54
1.5 SÍNTESE HISTÓRICA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS.....	55
1.5.1 Evolução do tema no direito brasileiro	60
1.6 CONCLUSÕES PARCIAIS – CAPÍTULO I.....	64
2 O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NO ATUAL MODELO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO	66
2.1 AS IDEOLOGIAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL	66
2.1.1 Privatismo	67
2.1.2 Publicismo	68
2.1.3 Publicismo temperado pela atuação comparticipativa dos sujeitos processuais: o processo cooperativo.....	70
2.2 DA COMPATIBILIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS COM O SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO E O SEU POTENCIAL DE PROMOÇÃO DE UM ACESSO QUALIFICADO À JUSTIÇA.....	75
2.2.1 O princípio do debate e o papel das partes na estruturação do procedimento.....	76
2.2.2 Espaço de liberdade para a conformação do procedimento em face da atividade do juiz: a máxima <i>in dubio pro libertate</i>	77
2.2.3 A cláusula geral de atipicidade de negociação como fonte de norma procedimental.....	79
2.2.4 A ruptura com o dogma do interesse público no processo e a ampliação da consensualidade no Direito Público.....	80

2.2.5 Os negócios jurídicos processuais atípicos no contexto dos métodos adequados de tratamento de conflitos	82
2.2.6 Os negócios jurídicos processuais atípicos como propiciadores de uma melhor divisão de tarefas na adequação procedimental	84
2.2.7 Os negócios jurídicos processuais como mecanismo de promoção da eficiência, da duração razoável do processo e da economia processual	85
2.2.8 Balanço conclusivo: os negócios jurídicos processuais atípicos e a sua compatibilidade com o devido processo legal	89
2.3 REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AOS NEGÓCIOS ATÍPICOS JURÍDICOS PROCESSUAIS	91
2.4 A CLÁUSULA GERAL DE ATIPICIDADE DE NEGOCIAÇÃO DO ART. 190 DO CPC/2015 – LIMITES LEGAIS EXPRESSOS	94
2.4.1 Matéria de fundo: direitos que admitam autocomposição	95
2.4.2 Aspecto subjetivo: partes plenamente capazes	96
2.4.3 Finalidade: Mudanças no procedimento	97
2.4.4 Finalidade: Disposição de situações jurídicas processuais	98
2.4.5 Controle judicial	99
2.4.6 Causas de afastamento	100
2.4.6.1 Nulidade	101
2.4.6.2 Inserção abusiva em contrato de adesão.....	101
2.4.6.3 Manifesta vulnerabilidade.....	102
2.5 CONCLUSÕES PARCIAIS – CAPÍTULO II	104
3 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO E SEUS LIMITES IMPLÍCITOS	108
3.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS	108
3.2 LIMITES IMPLÍCITOS INFRACONSTITUCIONAIS	110
3.2.1 Formalismo processual	111
3.2.2 Reserva legal	114

3.2.3 Normas cogentes e a ordem pública processual	116
3.2.3.1 Condições da ação.....	121
3.2.3.1.1 Legitimidade <i>ad casusam</i>	121
3.2.3.1.2 Interesse processual	123
3.2.3.2 Pressupostos processuais.....	124
3.2.4 Administração judiciária	126
3.2.5 Limites infraconstitucionais: balanço conclusivo	129
3.3 LIMITES IMPLÍCITOS CONSTITUCIONAIS	130
3.3.1 Devido processo legal	133
3.3.2 Isonomia	137
3.3.3 Inafastabilidade da Jurisdição e acesso à justiça	140
3.3.4 Contraditório	143
3.3.5 Ampla defesa	146
3.3.6 Duplo grau de jurisdição	148
3.3.7 Razoável duração do processo	151
3.3.8 Publicidade	153
3.3.9 Juiz natural, competência, independência e imparcialidade do magistrado	155
3.3.10 Vedação à utilização de provas ilícitas	157
3.3.11 Fundamentação das decisões judiciais	159
3.3.12 Coisa julgada	161
3.3.13 Limites constitucionais: balanço conclusivo	163
4 CONCLUSÃO	165
REFERÊNCIAS	169

INTRODUÇÃO

Os negócios jurídicos processuais expressam manifestação do poder de autorregramento da vontade no processo e possuem aptidão para produzir os efeitos almejados pelas partes na regulação de seus direitos, faculdades, ônus e deveres, criando, modificando ou extinguindo situações jurídicas processuais.

Não constitui novidade na legislação processual pátria a admissão da vontade como elemento apto a preencher o suporte fático de normas processuais objetivando a produção de efeitos processuais, especialmente nas típicas hipóteses previstas pelo legislador, a exemplo da cláusula de eleição de foro, da desistência recursal, da renúncia ao direito de recorrer, dentre outros atos processuais de natureza negocial.

No entanto, a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015 – CPC/2015, estabeleceu-se a possibilidade genérica de celebração de negócios jurídicos processuais com conteúdo definido pelas próprias partes, visando a disposição de situações jurídicas processuais ou a modificação do próprio procedimento, a fim de ajustá-lo às especificidades da causa.

Passou a vigorar, portanto, verdadeiro sistema de atipicidade para a negociabilidade processual, o que se extrai do caput do art. 190 do Código de Processo Civil. Assegurou-se, assim, considerável liberdade para o autorregramento da vontade no processo, podendo as partes celebrar convenções durante o trâmite processual ou mesmo antes de instaurada a demanda.

Neste contexto de formulação de negócios jurídicos processuais por atividade criativa das próprias partes – negócios atípicos –, em que pese se observe, em princípio, ampla liberdade negocial e uma considerável diversidade de pactuações reputadas como admissíveis no plano científico, há, por outro lado, posições doutrinárias que observam com maiores ressalvas a amplitude negocial no processo.

A doutrina, de um modo geral, considera ser a questão mais inquietante acerca da negociação processual atípica a verificação dos limites ao conteúdo destas pactuações. Indaga-se se somente os critérios previstos no art. 190 do CPC/2015 seriam suficientes ao controle de validade dos negócios jurídicos processuais atípicos, ou, poder-se-ia extrair do ordenamento jurídico outras circunstâncias limitadoras não elencadas no conteúdo do dispositivo processual?

Diante de tal quadro, ante a aparente amplitude negocial conferida pelo legislador, a presente pesquisa objetiva investigar se há e quais seriam os parâmetros, para além daqueles previstos no art. 190 do Código de Processo Civil, a serem observados no controle de validade dos negócios jurídicos processuais atípicos.

Traça-se como hipótese que a incidência das garantias que conformam o modelo constitucional de processo, especialmente sob a vigência do CPC/2015, que cuidou de reforçar a projeção dos valores e dos princípios previstos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/1988 sobre o processo civil, acabará por afastar convenções que destoem dos preceitos da Lei Maior.

Conjectura-se, ademais, que a eventual natureza cogente da norma processual objeto de estipulação negocial, dado o interesse público que lhe é subjacente, poderá representar barreira as negócios atípicos. As normas submetidas à reserva legal, o formalismo processual essencial e questões relativas à administração judiciária também parecem figurar como fatores limitantes à liberdade negocial, consistindo em questões que, igualmente, serão exploradas.

A partir do falseamento ou corroboração das hipóteses supra, analisadas de acordo com os substratos teóricos a serem revelados no desenvolvimento da pesquisa, o estudo pretende contribuir para uma melhor sistematização dos limites ou parâmetros implícitos, de natureza constitucional e infraconstitucional, a balizarem o controle judicial dos negócios jurídicos processuais atípicos, fazendo-se necessário um aprofundamento das reflexões até o momento consolidadas sobre o tema, até mesmo para que sua aplicabilidade prática seja pavimentada.

Justifica-se o estudo, pois se considera que uma compreensão aprimorada dos limites do instituto poderá ampliar os subsídios técnicos para o controle jurisdicional dos ajustes de vontade processuais e, por conseguinte, proporcionar condições para que as partes possam verificar, de maneira prévia, com maior precisão e segurança, se os ajustes por ela celebrados observam ou não os critérios balizadores do autorregramento da vontade no processo, conforme delineados pela ciência jurídica e pela jurisprudência. Além de promover maior segurança jurídica, a construção de um paradigma teórico de abordagem dos negócios jurídicos processuais poderá conduzir a uma maior aplicabilidade do instituto, que até o momento, aparentemente, tem sido bastante tímida.

Desenvolve-se o trabalho com método de abordagem hipotético-dedutivo e amparo na técnica de pesquisa bibliográfica, a partir de dados recolhidos de fontes como a doutrina nacional e estrangeira, periódicos, dissertações, teses e outros materiais considerados de interesse para o estudo, cuja leitura e compreensão serão essenciais para complementar o referencial teórico e subsidiar as reflexões destinadas à solução da questão-problema aduzida.

A pesquisa se encontra estruturada em três seções, iniciando pelo delineamento do negócio jurídico processual na teoria geral do direito e na teoria geral do processo, apresentando ainda o conceito, evolução histórica e variação do instituto no espaço e no tempo, com ênfase na evolução do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Em seguida, investiga-se o negócio jurídico processual no contexto do atual modelo de processo civil brasileiro, buscando elucidar como este sistema contrabalança o publicismo que lhe é ínsito com a possibilidade de que a vontade autorregrada determine a disposição de situações jurídicas processuais e a modulação do procedimento. Explora-se ainda algumas vantagens decorrentes da aplicação do instituto, o regime jurídico aplicável à categoria e os parâmetros legais expressos previstos no art. 190 do CPC/2015.

Por fim, no terceiro capítulo, parte-se à temática central da pesquisa, com o exame dos limites implícitos, de ordem constitucional e infraconstitucional, que podem ser extraídos do ordenamento como circunstâncias limitadoras dos negócios jurídicos processuais atípicos.

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

O processo de construção do conhecimento científico não raro demanda um esforço prévio de compreensão dos conceitos básicos e de reflexão sobre os fundamentos epistemológicos que dão suporte ao arcabouço teórico típico de um determinado campo do saber.¹

Neste sentido, o presente capítulo, de natureza eminentemente conceitual, é considerado como pressuposto para a melhor compreensão e desenvolvimento das questões a serem abordadas nas seções subsequentes, rumo ao desenvolvimento dos objetivos desta pesquisa.

Aborda-se, de início, a Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais e a sua importância para a compreensão de que não apenas os atos do procedimento assumem a natureza processual, sendo possível atribuir a processualidade a outras espécies de fato jurídico *lato sensu*. Em seguida, explora-se a definição de negócio jurídico processual, buscando a formulação de um conceito próprio que exprima o referencial teórico adotado nesta pesquisa. Investiga-se, ainda, os fundamentos dos negócios jurídicos processuais no ordenamento brasileiro e as classificações da categoria reputadas úteis à presente pesquisa. Em fechamento, realiza-se breve síntese histórica dos negócios jurídicos processuais no espaço e no tempo, com enfoque nos ordenamentos jurídicos de maior relevância para a categoria, apresentando ainda como se deu a evolução do tema no Brasil.

1.1 A TEORIA DOS FATOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

A noção de negócio jurídico, embora o termo tenha sido alvo de críticas ou mesmo tido a sua importância prática questionada no plano da ciência, é substancialmente bem desenvolvida no Direito Privado, área do saber em que as suas bases teóricas foram construídas.² De fato, o negócio jurídico é instituto que assume posição central no Direito Civil, sendo o “meio para a realização da autonomia privada, ou seja, a

¹ POKER, José Geraldo Alberto Bertoncini. Os sentidos de compreensão nas teorias de Weber e Habermas. *Trans/Form/Ação Revista de Filosofia*, São Paulo, v. 36, 2013, p. 222.

² SILVESTRE, Gilberto Fachetti; NEVES, Guilherme Valli de Moraes. Negócio jurídico: um conceito histórico revitalizado pelo novo Código de Processo Civil. *Revista Internacional de Estudios sobre Derecho Procesal y Arbitraje*, La Rioja, v. 3, n. 16, 2016, p. 4.

atividade e potestade criadoras, modificadoras ou extintoras de relações jurídicas entre particulares”.³

Nada obstante, a categoria “negócio jurídico” não é restrita ao Direito em sua vertente privatista; ao contrário, seus fundamentos se espraiam para todos os ramos do Direito, tendo em vista se tratar de um conceito lógico-jurídico.⁴ O instituto pertence à Teoria Geral do Direito, sendo, portanto, aplicável ao Direito como um todo, ainda que com os devidos temperamentos afetos à principiologia de cada campo.

Conquanto o negócio jurídico pertença à Teoria Geral do Direito, a aceitação da categoria no Direito Processual não se mostrou tão natural em um primeiro momento, recebendo pouca atenção ou mesmo tendo a sua aplicação ao processo negada por boa parte dos processualistas expoentes da fase autonomista. Tal se deve, como se discute a seguir, a uma abordagem que admitia unicamente atos jurídicos processuais, afastando-se a existência de fatos jurídicos processuais em sentido estrito e de negócios jurídicos processuais, figuras consideradas típicas do Direito Privado e que, portanto, deveriam ser expurgadas do Direito Processual, que acabara de conquistar sua autonomia científica.⁵

E mesmo entre processualistas das fases metodológicas posteriores à científica/autonomista, a aceitação do negócio jurídico processual se mostrou, em termos gerais, bastante tímida, tendo a questão ganhado novos contornos e maior profusão somente nas últimas décadas e, no que tange à experiência brasileira, especialmente após o advento do CPC/2015.

Com base nessa constatação, objetiva-se, no presente tópico e em seus desdobramentos, demonstrar que os conceitos jurídicos fundamentais da Teoria do

³ LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 271.

⁴ José Souto Maior Borges, ao diferenciar os conceitos jurídico-positivos dos lógico-jurídicos esclarece que “são estes obtidos a priori, com validade constante e permanente, sem vinculação, portanto, com as variações do Direito Positivo. [...] Correspondem, pois, à estrutura essencial de toda norma jurídica. Consequentemente, não são exclusivas de determinado ordenamento jurídico, mas comum a todos. Não são dados os conceitos lógico-jurídicos empiricamente, porque são alheios a toda experiência. São necessários a toda realidade positiva, efetivamente existente, historicamente localizada ou apenas possível, precisamente porque funcionam como condicionantes de todo pensamento jurídico”. BORGES, José Souto Maior. *Lançamento Tributário*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 94-95.

⁵ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. Coleção temas atuais de direito processual civil. São Paulo: RT, 2011, v. 14, p. 32-37.

Fato Jurídico de Pontes de Miranda⁶, revisitados por Marcos Bernardes de Mello⁷, podem ser transportados com sucesso para a seara Processual, ensejando um aprimoramento do estudo do Fato Jurídico Processual. E com o aporte teórico da Teoria dos Fatos Jurídicos torna-se incontestável que o processo, em que pese constitua instrumento de Direito Público, admite que manifestações de vontade das partes influenciem os seus caminhos, afastando-se o dogma da irrelevância da vontade no Direito Processual, sem com que isso importe em um culto ao privatismo ou uma guinada rumo ao modelo adversarial.

Inicia-se a referida abordagem com a análise de algumas das principais concepções de ato (fato) jurídico processual, desde os autores clássicos até as contribuições científicas mais recentes.

1.1.1 As tradicionais concepções de fato (ato) jurídico processual

Variadas e dissidentes são as tentativas doutrinárias de definição do conceito de fato jurídico processual, malgrado haja consenso que os atos do processo são espécies dentro do gênero “ato jurídico”.⁸

Observa-se que as abordagens tradicionais do tema se concentram de maneira quase que exclusiva sobre a definição do conceito de ato processual, não realizando uma sistematização ampla capaz de abranger os fatos (acontecimentos que independem da vontade humana) e atos jurídicos suscetíveis de ensejarem repercussões processuais.

O ponto de maior divergência entre estas abordagens se situa na definição da característica que outorga ao ato a natureza processual, havendo basicamente quatro linhas de entendimento, segundo Pedro Henrique Nogueira⁹: a) a processualidade do ato está condicionada à produção de efeitos processuais, ou seja, a constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica processual; b) a sede e os sujeitos

⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000, t. 2.

⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

⁸ Neste sentido, cf.: COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958, p. 201.

⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 59.

praticantes são os fatores determinantes, de maneira que é processual o ato desde que praticado pelos sujeitos da relação jurídica processual, no processo, gerando a constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica processual; c) o critério determinante para a processualidade é o local onde o ato pode ser praticado, sendo processuais os atos praticados no processo e que somente no processo poderiam ser praticados; d) são processuais os atos que estejam integrados ao *iter* procedimental.

Há, ainda, a noção defendida por Francesco Carnelutti, que parece não se enquadrar nas parametrizações identificadas por Pedro Henrique Nogueira, por não vincular a processualidade ao sujeito ou à sede do ato, tampouco à necessidade de que o fato (ou ato) esteja previsto no suporte fático de uma norma processual.

Analisa-se a seguir algumas das tradicionais concepções de fato (ato) jurídico processual, optando-se por limitar a abordagem aos autores considerados vanguardistas dos pontos de vista que concentram as linhas de intelecção acima indicadas.

1.1.1.1 Fato jurídico processual na perspectiva de Chiovenda

Giuseppe Chiovenda não abordou propriamente um conceito de fato jurídico processual, tendo realizado análise com enfoque nos atos processuais¹⁰, situando-se entre os autores que condicionam a processualidade do ato à produção direta de efeitos processuais, a partir da constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica processual. Ademais, para Chiovenda somente seriam processuais os atos das partes e os atos dos órgãos jurisdicionais, ou seja, somente os atos dos sujeitos da relação jurídica processual.¹¹

Note-se, então, que a concepção chiovendiana de ato processual atribui relevância: a) ao sujeito que pratica o ato (partes e órgãos jurisdicionais) e b) aos efeitos imediatos

¹⁰ ÁVILA, Raniel Fernandes de. *A teoria dos fatos jurídicos processuais no processo civil do Estado Democrático Constitucional brasileiro*. 2017. 370 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017, p. 37.

¹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002, v. 3, p. 20.

sobre uma relação processual (constituição, conservação, desenvolvimento, modificação ou a definição de uma relação processual).¹²

Consigne-se, ainda, que o autor realiza peculiar distinção entre os atos processuais propriamente ditos e os atos que, embora tenham sido praticados pelos sujeitos processuais, não induzam a consequências imediatas sobre a relação processual. Chiovenda também não considera processuais os atos praticados por sujeitos que não integram a relação processual, ainda que posteriormente sirvam de objeto para a prática de atos processuais propriamente ditos pelos verdadeiros sujeitos processuais.¹³

Apesar de não ter elaborado concepção ampla de fato jurídico processual, Chiovenda até admite, ainda que de maneira excepcional e desde que com expressa previsão legal, a celebração de negócios jurídicos com efeitos sobre a relação processual.¹⁴

A doutrina apresenta críticas à definição de ato processual proposta por Chiovenda, especialmente por ela definir o conceito do ato processual em função de seus efeitos, o que não se mostra apropriado do ponto de vista científico, podendo ocasionar a seguinte tautologia: “se ato é processual por gerar efeitos processuais, ao se buscar a definição do que sejam os efeitos processuais, poder-se-á responder afirmando serem aqueles produzidos pelos atos processuais”.¹⁵

Mas não é só. O conceito chiovendiano de ato processual também sofre críticas por atribuir a natureza de processual apenas aos atos que produzem efeitos diretos/imediatos sobre uma relação jurídica processual e desde que tenham sido praticados pelos sujeitos da relação processual. Com isto, atos jurídicos que indubitavelmente possuem repercussão para o processo¹⁶, porém praticados fora da

¹² ÁVILA, *A teoria dos fatos jurídicos processuais no processo civil do Estado Democrático Constitucional brasileiro*, 2017, p. 37.

¹³ NOGUEIRA, *Negócios Jurídicos Processuais*, 2020, p. 49.

¹⁴ Como afirma nesta passagem: “Por el contrario, hay actos procesales en los que sin duda puede reconocerse el carácter de negocios jurídicos, porque el efecto que producen hállase inmediatamente ligado por la ley a la voluntad de las partes. Tales son, en general, las declaraciones de voluntad unilaterales o bilaterales que la ley admite en el proceso, como dirigidas a constituir, modificar, extinguir derechos procesales (renuncias, aceptaciones de sentencias, etc.)”. CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Tradução de José Casais Y Santaló. Madrid: Editorial Reus, 1925, p. 240.

¹⁵ NOGUEIRA, *Negócios Jurídicos Processuais*, 2020, p. 61.

¹⁶ A constituição de domicílio, a instituição de bem de família e o negócio de eleição do foro são exemplos de atos que não produzem efeitos diretos sobre a relação jurídica processual, mas que induzem a repercussões importantes para o processo.

relação jurídica processual, não podem ser designados processuais. Ademais, os atos de atores processuais distintos daqueles que integram a relação processual – v.g. testemunhas, peritos, serventuários da justiça –, mesmo que integrantes da cadeia do procedimento, deixariam de ter natureza processual, o que se mostra inconcebível.¹⁷

Verifica-se, portanto, que a noção de fato (ato) processual de Chiovenda se mostra incompleta para retratar a riqueza de fenômenos jurídicos que impactam direta ou indiretamente o processo, previstos abstratamente em normas processuais e que, assim, deveriam possuir natureza processual.

1.1.1.2 Fato jurídico processual na perspectiva de Liebman

A noção ato processual de Enrico Tullio Liebman¹⁸ muito se aproxima da proposta chiovendiana, não tendo aquele, de igual modo, realizado uma análise que refletisse de maneira ampla os fatos do mundo suscetíveis de produzirem repercussões processuais.

Assim, a definição Liebman também é focada no ato jurídico processual e se mostra até mais restritiva do que a de Chiovenda, pois inclui como condição essencial para a processualidade a circunstância de ser o ato integrante da cadeia procedimental, a par da condição subjetiva de ter sido o ato praticado por um dos sujeitos do processo.¹⁹

Liebman também incorre na falha metodológica de se definir o ato processual em função de seus efeitos, tal qual Chiovenda, conceituando-o 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.²⁰

¹⁷ ÁVILA, *A teoria dos fatos jurídicos processuais no processo civil do Estado Democrático Constitucional brasileiro*, 2017, p. 39-40.

¹⁸ Seguida por muitos autores brasileiros, entre eles: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. 2; MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1987; SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, t. 1.

¹⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 285-287.

²⁰ LIEBMAN, *Manual de direito processual civil*, 2005, p. 286.

Importa consignar, ainda, que Liebman demonstrou considerável oposição ao negócio jurídico processual, sobretudo no que se refere à possibilidade de a vontade das partes induzir à produção dos efeitos processuais por elas almejados. Para Liebman, a vontade é ínsita à prática dos atos processuais, mas apenas no sentido da intenção de praticar o ato; os efeitos processuais, a seu turno, estariam sempre previstos e decorreriam da lei.²¹

À concepção liebmaniana estendem-se as críticas realizadas a respeito da noção de Chiovenda, no subitem supra, acrescentando-se o inconveniente de que ao restringir a processualidade aos atos praticados no procedimento, Liebman acaba por desconsiderar como processuais quaisquer atos não integrados ao *iter* procedimental.

1.1.1.3 Fato jurídico processual na perspectiva de Salvatore Satta

Assim como as perspectivas de Chiovenda e Liebman, a abordagem de Salvatore Satta também se restringe aos atos processuais, não tendo o autor engendrado uma ampla visão dos fatos jurídicos com repercussão processual.²²

No entanto, a abordagem de Satta se diferencia das tradicionais por se afastar da conceituação do ato processual em função de seus efeitos ou dos sujeitos que o praticam, atribuindo relevância unicamente à sede em que praticado o ato.

Satta considerou improfícuas as conceituações de ato processual em função de seus efeitos, de modo que para o autor seria possível a existência de atos com repercussões processuais, a exemplo da eleição de domicílio e do compromisso, porém desprovidos de natureza processual. Ademais, também reconhece o autor a possibilidade de que fatos jurídicos *stricto sensu* produzam efeitos no processo, malgrado não possuam natureza processual.²³

²¹ LIEBMAN, Manual de direito processual civil, 2005, p. 291.

²² ÁVILA, A teoria dos fatos jurídicos processuais no processo civil do Estado Democrático Constitucional brasileiro, 2017, p. 43.

²³ SATTA, Salvatore. *Direito processual civil*. 7. ed. Tradução de Luiz Autuori. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973. p. 229.

Assim, para Satta, o “ato processual contém em si mesmo a sua única definição possível, que é a de ‘ato do processo’”²⁴, ou seja, os atos que não integram o processo não são, nesta linha, revestidos de processualidade.

Em que pese a concepção de Satta seja mais objetiva, atribuindo importância unicamente à sede para a atribuição de processualidade ao ato, considerar apenas este fator como indicativo da natureza processual importa em desqualificar como processuais uma série de fatos ou atos que dificilmente seriam enquadrados como de direito material. Desta forma, em que categoria fatos como a morte da parte ou atos como a outorga de procuração seriam classificados? A definição de Satta não é suficiente para albergar como processuais fatos jurídicos que inegavelmente ensejam modificações na relação processual.

Ressalta-se, ainda, que Satta inicialmente rechaçou a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais, não obstante tenha posteriormente revisto seu posicionamento para admiti-los, desde que com previsão legal.²⁵

1.1.1.4 Fato jurídico processual na perspectiva de Calmon de Passos

José Joaquim Calmon de Passos se destaca por apresentar peculiar visão acerca dos atos processuais, embora sua concepção possua pontos de contato com as que já foram até aqui discutidas.

Se, por um lado, a abordagem de Calmon de Passos inclui como condições para a processualidade a produção de efeitos processuais (aspecto eficaz), a necessidade de que seja o ato praticado por certos sujeitos (aspecto subjetivo) e a premência de que o ato integre o procedimento (aspecto posicional), aproximando-se das concepções de Chiovenda, Liebman e Satta, por outro, a linha defendida pelo professor inova ao considerar como essencial a característica de que somente no processo possa o ato ser praticado.²⁶

²⁴ SATTA, *Direito processual civil*, 1973. p. 228.

²⁵ SATTA, Salvatore. *Contributo ala dotrina dell'arbitrato*. Milano: Vita e Oensiero, 1931, p. 43.

²⁶ NOGUEIRA, *Negócios jurídicos processuais*, 2020, p. 53.

Sintetizando, o ato processual é conceituado por Calmon de Passos como sendo “aquele que é praticado no processo, pelos sujeitos da relação processual ou do processo, com eficácia no processo e que somente no processo pode ser praticado”.²⁷

A definição perfilhada por Calmon de Passos também foca no ato processual, ou seja, não apresenta uma conceituação ampla dos fatos jurídicos processuais, até mesmo por coerência à condição de que somente no processo possam ser praticados os atos para que adquiram a natureza processual. Os fatos naturais, segundo o autor, somente podem ser objeto de atos processuais, estes sim produtores dos efeitos processuais.²⁸

Desse modo, estendem-se à noção de Calmon de Passos os mesmos inconvenientes detectados nas concepções de Chiovenda, Liebman e Satta. Entretanto, a inovação proposta por Calmon de Passos restringe ainda mais a processualidade, deixando de atribuir natureza processual a atos que possam ser praticados em sedes outras que não a processual, raciocínio que afasta a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais.

No ponto, importante ressaltar que Calmon de Passos admite que a vontade seja elemento essencial na conformação de efeitos em certos atos processuais como a desistência da ação ou de recurso, o que nos remete à conclusão de que o autor reputa possível a ocorrência de negócios jurídicos processuais.²⁹ Entretanto, as situações levantadas pelo autor estão sujeitas às condições por ele erigidas como essenciais para a processualidade (ato praticado no processo, pelos sujeitos do processo, com eficácia no processo e que somente no processo possa ser praticado).

1.1.1.5 Fato jurídico processual na perspectiva de Paula Costa e Silva

Como representativa de uma das linhas de conceituação de ato processual tem-se, ainda, a concepção de Paula Costa e Silva, para quem os atos processuais são os

²⁷ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 53.

²⁸ CALMON DE PASSOS, *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, 2009, p. 65.

²⁹ CALMON DE PASSOS, *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, 2009, p. 69.

atos que integram o *iter* procedimental.³⁰ Para esta concepção, a integração do ato ao procedimento é suficiente para lhe outorgar natureza processual, sendo despendidas considerações subjetivas ou análise da possibilidade ou não de o ato ser praticado em ambiente diverso do processo.

Interessante que a própria autora lusitana reconhece que há atos que não integram a cadeia procedimental, mas que possuem relevância para o processo, como os negócios processuais. Assim, para contornar tal obstáculo e conferir maior coerência a sua elaboração, Paula Costa e Silva introduz construção no sentido de que os negócios jurídicos processuais se integrariam ao processo no momento de seu efetivo cumprimento.

A noção propagada por Paula Costa e Silva também se mostra insuficiente para uma ampla categorização dos fatos jurídicos com repercussão para o processo, embora especificamente no que tange aos negócios jurídicos com efeitos processuais, objeto da presente pesquisa, a autora os outorgue natureza processual.

1.1.1.6 Fato jurídico processual na perspectiva de Carnelutti

Francesco Carnelutti, por sua vez, apresenta conceituação mais ampla de fato jurídico processual, não focada unicamente nos atos processuais, como as linhas até aqui expostas.

Para Carnelutti a história seria uma sucessão contínua de situações iguais ou diferentes, unidas por ciclos que a impulsionam de um fato a outro; tais ciclos são os fatos do mundo e integram a teoria geral da realidade. Os fatos jurídicos são um tipo daqueles fatos em geral, marcados pela circunstância de que a sua ocorrência enseja uma modificação jurídica.³¹ E arremata o jurista italiano, afirmando, como defendido linhas acima, que “assim como para compreender o que seja fato, é necessário recorrer à teoria geral da realidade, para alcançar o conceito de fato jurídico, é necessário abordar a teoria geral do direito”.³²

³⁰ SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo – o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 171.

³¹ CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, v. 1, p. 423.

³² CARNELUTTI, *Instituciones del proceso civil*, 1959, p. 424.

Os fatos processuais seriam, portanto, espécies de fatos jurídicos denotados pela circunstância de produzirem uma mudança jurídica que se refere a uma relação jurídica processual.³³ Já os atos processuais, que são espécies de fatos jurídicos processuais, adquirem a processualidade porque a natureza da relação em que eles produzem efeitos é processual. Para Carnelutti, a natureza processual do ato “não se deve ao seu cumprimento no processo, mas a seu valor para o processo”.³⁴

Assim, um ato realizado fora do processo (v.g. compromisso), segundo Carnelutti, pode ser processual, ao passo que um ato realizado no processo pode não ser processual (v.g. renúncia ou reconhecimento da pretensão).³⁵

Sob o aspecto subjetivo, Carnelutti não limita os atos processuais às partes e aos órgãos jurisdicionais, admitindo que atos praticados por terceiros não integrantes da relação processual sejam reputados processuais.

Os negócios jurídicos são admissíveis e constituem espécies de atos jurídicos processuais, segundo a perspectiva do autor³⁶, inclusive tendo ele expressamente se referido ao negócio processual omissivo de prorrogação de competência territorial.³⁷

Sintetizando, a concepção carneluttiana leva em conta a circunstância de que certos fatos, mesmo que não ocorridos no bojo de uma relação processual ou não sendo integrantes de um determinado procedimento, possuem natureza processual por se referirem a uma relação jurídica processual ou por possuírem utilidade para o processo. E como tal, já se mostra significativamente mais ampla do que as noções de Chiovenda e Liebman – extremamente apegadas ao ato processual –, malgrado careça de certa sistematicidade, posto Carnelutti não ter apresentado uma visão orgânica do fato jurídico processual *lato sensu* e suas subespécies.

³³ CARNELUTTI, *Instituciones del proceso civil*, 1959, p. 424.

³⁴ CARNELUTTI, *Instituciones del proceso civil*, 1959, p. 425.

³⁵ CARNELUTTI, *Instituciones del proceso civil*, 1959, p. 425.

³⁶ CARNELUTTI, *Instituciones del proceso civil*, 1959, p. 432.

³⁷ CARNELUTTI, *Instituciones del proceso civil*, 1959, p. 430.

1.1.1.7 Balanço conclusivo das tradicionais concepções de fato (ato) jurídico processual: insuficiência da abordagem restrita aos atos processuais

Como visto, diversas são as concepções tradicionais de ato jurídico processual, cada qual apresentando critérios próprios ou avançando sobre condições já exploradas por outros processualistas.

Em síntese, as concepções vistas condicionam a processualidade do ato a critérios que vão desde a simples produção de efeitos processuais à necessidade de que o ato integre o processo e somente nele possa ser praticado. Algumas das noções abordadas acrescentam ainda o critério subjetivo como determinante para a processualidade, de maneira mais ou menos abrangente (apenas sujeitos da relação processual ou sujeitos do processo).

O ponto em comum entre as abordagens é a concentração na definição do ato processual, ignorando ou reconhecendo de maneira bastante tímida a possibilidade de que fatos jurídicos *sctricto sensu* ou negócios jurídicos sejam considerados processuais. Neste quesito, a conceituação apresentada por Carnelutti é a única que destoa ao considerar processuais não apenas os atos jurídicos (condutas humanas baseadas na vontade), como também os fatos que se refiram a uma relação jurídica processual, modificando-a.

É provável que esta tendência de atribuição de importância unicamente aos atos processuais decorra das primeiras abordagens do tema pelos processualistas da fase científica do Direito Processual, momento em que o ramo havia conquistado sua autonomia metodológica e o conceito de processo como relação jurídica processual pública entre o Estado-juiz e as partes, desenvolvido por Bülow³⁸, acabara por segregar definitivamente o processo do direito material por ele tutelado.

Àquela altura, havia forte preocupação dos processualistas em depurar do Direito Processual os conceitos, terminologias e construções teóricas de outros ramos científicos, especialmente os do Direito Civil. Natural, portanto, que as primeiras análises dos institutos a partir da fase autonomista tenham se afastado da utilização

³⁸ BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1964, p. 1-2.

de conceitos do Direito Privado para a explicação dos fenômenos processuais, objetivando a afirmação do Direito Processual como ciência autônoma.³⁹

Ocorre que o viés de abordagem focada exclusivamente nos atos jurídicos processuais se apresenta mesmo entre autores⁴⁰ que desenvolveram trabalhos posteriores à consolidação do Direito Processual como ramo científico independente, quando já não vigoravam fortes objeções ao aproveitamento de conceitos e institutos provenientes do direito material, talvez por influência das obras clássicas.

Sem querer subtrair a importância das construções teóricas tradicionais em torno dos fatos (*rectius* atos) jurídicos processuais para o desenvolvimento da ciência processual, chama-se atenção para o fato de que estas concepções se apresentam como insuficientes para bem definir e classificar os diferentes acontecimentos e ações humanas com eficácia processual. Mesmo a concepção de Paula Costa e Silva, que reconhece a processualidade a fatos jurídicos a partir do momento em que são integrados ao procedimento, via prática de atos processuais *stricto sensu*, trata a questão de maneira deveras formalista, ao considerar que a integração à dimensão procedimental do processo, ou seja, a consolidação do fato em ato do procedimento, é que faz surgir o caráter processual.⁴¹

Não há dúvidas de que o procedimento é composto por atos processuais concatenados, praticados pelos sujeitos e participantes processuais. Também não há como negar a processualidade de tais atos, ainda que alguns deles também induzam a efeitos materiais, como a citação, por exemplo. Mas restringir a natureza processual aos referidos atos importaria em desconsiderar a processualidade de certos fatos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos que produzem lídimos efeitos no processo, constituindo, modificando ou extinguindo situações jurídicas.

³⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 48.

⁴⁰ Neste sentido, cf.: CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 247; THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 223, v. 1; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 481, v. 2; GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6, v. 2.

⁴¹ ÁVILA, A teoria dos fatos jurídicos processuais no processo civil do Estado Democrático Constitucional brasileiro, 2017, p. 50.

E a inconsistência não se atém ao plano lógico-jurídico, afigurando-se afigura ainda mais acentuada se analisado o ordenamento jurídico-positivo pátrio atual, que prevê expressamente a admissibilidade de negócios jurídicos processuais típicos e atípicos.

Conclui-se, assim, pela insuficiência da tradicional abordagem no que se refere à sistematização das diversas categorias de fato jurídico *lato sensu* aptas a produzirem transmutações jurídicas de valia processual, inconsistência que pode ser superada, como se pretende demonstrar a seguir, a partir do transporte de conceitos da Teoria Geral do Direito para a seara do Direito Processual.

De modo mais específico, como se verá a seguir, após recentes contribuições de autores brasileiros, revigorou-se o estudo dos fatos jurídicos processuais sob as lentes da Teoria dos Fatos Jurídicos de Pontes de Miranda, com resultados relevantes e que parecem ter estruturado uma legítima Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais.

1.1.2 A Teoria do Fato Jurídico de Pontes de Miranda aplicada à Teoria Geral do Processo: concepções amplas de fato jurídico processual

A definição embrionária de Fato Jurídico foi trabalhada por Friderich Carl von Savigny, no século XIX, ao analisar as relações jurídicas e conceituar os fatos jurídicos como “os acontecimentos em virtude dos quais as relações de direito nascem e se extinguem”.⁴² Referida conceituação se baseia em um critério meramente funcional, definindo o fato jurídico a partir da função que ele exerce: criação e extinção de relações jurídicas.⁴³

Conquanto diversos autores⁴⁴ tenham se debruçado sobre o fato jurídico, inclusive tecendo críticas à concepção de Savigny, por ser demasiadamente restritiva⁴⁵, foi Pontes de Miranda o responsável pela sistematização das subcategorias de fatos

⁴² Tradução livre de "Llamo hechos juridicos los acontecimientos en virtud de los cuales las relaciones de derecho nacen y terminan". SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema del derecho romano actual*. Tradução de Jacinto Mesia e Manuel Poley. 2. ed. Madrid: Góngora, 1879, v. 2, p. 142.

⁴³ ÁVILA, A teoria dos fatos jurídicos processuais no processo civil do Estado Democrático Constitucional brasileiro, 2017, p. 56.

⁴⁴ Apenas a título exemplificativo, cite-se: SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Teoria geral do direito civil*. Tradução Manoel de Alarcão. Coimbra: Atlântica, 1967, p. 79; PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1, p. 291; BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda, 2008. p. 20.

⁴⁵ Note-se que a definição do jurista tedesco limita o fato jurídico à criação e extinção de relações jurídicas, desconsiderando

jurídicos em sentido amplo, tendo contribuído ainda para a elaboração de um conceito de fato jurídico que se afastasse do critério funcional e passasse a analisá-lo a partir dos elementos essenciais que integram a sua estrutura.

Pontes de Miranda é considerado um dos expoentes do Direito brasileiro, tendo elaborado obras que transitam, com profundidade e consistência, entre variados domínios das ciências humanas. Baseado em reflexões acerca da Teoria Geral do Direito, Pontes de Miranda desenvolveu interessante concepção do fenômeno jurídico a partir da identificação do mundo em dois planos: o mundo dos fatos e o mundo jurídico, que integra o primeiro.⁴⁶⁻⁴⁷

Em termos gerais, a construção ponteana idealiza o mundo como uma sequência de acontecimentos que formam a realidade que nos permeia. Para o autor, “o mundo mesmo, em que vemos acontecerem os fatos, é a soma de todos os fatos que ocorreram e o campo em que os fatos futuros se vão dar”.⁴⁸

Dentro do mundo total em que se desenrolam os acontecimentos da vida, Pontes de Miranda muito bem ressalva a existência de fatos que não possuem relevância jurídica ou mesmo aptidão para, futuramente, produzirem efeitos jurídicos. Por outro lado, nos termos do autor, há fatos que, por considerados relevantes pelo homem, passam a ser previstos no suporte fático de normas jurídicas⁴⁹, consubstanciando-se em fatos jurídicos. Destes fatos juridicizados pela previsão de sua ocorrência (e das consequências daí resultantes) em normas do ordenamento jurídico, dimanam (ou ao menos se tornam aptos para tanto) efeitos jurídicos.⁵⁰

⁴⁶ CASTRO, Isabella Silveira de. Por uma compreensão da teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda afinada ao pensamento integral do autor: da definição à aplicação do direito. *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, mai./ago. 2021, p. 17.

⁴⁷ Nos termos do que propala Pontes de Miranda: “Tudo nos leva, por conseguinte, a tratar os problemas do direito, como o físico: vendo-o no mundo dos fatos, mundo seguido do mundo jurídico, que é parte dele”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000, t. 1, p. 49.

⁴⁸ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, 2000, t. 1, p. 59.

⁴⁹ Assim conceituado por Marcos Bernardes de Mello: “Quando aludimos a suporte fático, estamos fazendo referência a algo (= fato, evento ou conduta) que poderá ocorrer no mundo e que, por ter sido considerado relevante, tornou-se objeto da normatividade jurídica. Suporte fático, assim, constitui um conceito do mundo dos fatos, não do mundo jurídico, porque somente depois que se concretizam (= ocorram) no plano das realidades todos os elementos que o compõem é que se dá a incidência da norma, juridicizando-o e fazendo surgir o fato jurídico”. MELLO, *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, 2019, p. 85.

⁵⁰ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, 2000, t. 1, p. 60.

Pontes de Miranda realiza, ainda, importante distinção entre a incidência da regra jurídica a partir da configuração do fato jurídico e a sua aplicação, que pode ou não ocorrer. A incidência se dá no plano dos pensamentos e dela não decorre diretamente a aplicação.⁵¹ Já a aplicação, como bem ressalta Raniel Fernandes de Ávila, “ocorre em momento lógico posterior: se aquele a quem se endereça a regra jurídica atende o comando tal como ocorreu a incidência, dá-se a auto-aplicação; de outro lado, se houver descumprimento à regra jurídica que incidiu, o Estado poderá intervir para aplicar a regra violada”.⁵²

E a partir destas considerações, Pontes de Miranda realiza precisa classificação dos fatos jurídicos, valendo-se do critério de especificá-los a partir dos elementos nucleares previstos em seu suporte fático. Nesta linha, os fatos jurídicos são classificados conforme: a) sua conformidade ou não com o direito; b) presença ou ausência de ação humana voluntária em seu suporte fático.⁵³

Com base no primeiro critério classificatório, Pontes de Miranda divide os fatos jurídicos em: a.1) lícitos, e a.2) ilícitos. A diferença básica entre eles reside no fato de que enquanto os primeiros ingressam no mundo em consonância com o direito, os segundos se singularizam pela contrariedade ao ordenamento jurídico.

Já no que se refere ao segundo subtipo classificatório ponteano, os fatos jurídicos podem ser segregados de acordo com as categorias abaixo relacionadas, sobre as quais tece-se breves comentários:

b.1) Fatos jurídicos *stricto sensu*: trata-se de fatos que ingressam no mundo jurídico sem com que haja uma conduta volitiva humana, consubstanciando-se em fatos naturais.⁵⁴ Como exemplo, citam-se a concepção e o evento morte.

b.2) Atos-fatos jurídicos: nesta peculiar subcategoria, Pontes de Miranda inclui acontecimentos que, embora ingressem no mundo a partir de ato humano, o direito despreza a vontade como elemento componente do suporte fático conforme previsto

⁵¹ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, 2000, t. 1, p. 74.

⁵² ÁVILA, A teoria dos fatos jurídicos processuais no processo civil do Estado Democrático Constitucional brasileiro, 2017, p. 60.

⁵³ MELLO, *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, 2019, p. 180.

⁵⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: bens e fato jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t.2, p. 257.

na norma jurídica, de modo que são considerados como fatos.⁵⁵⁻⁵⁶ Em outros termos, são atos tomados pelo direito como fatos, tendo em vista a desconsideração do elemento volitivo para que se dê a incidência. A descoberta de coisa alheia perdida e a caça são exemplos comumente citados de atos-fatos jurídicos.

b.3) Atos-jurídicos *lato sensu*: ações humanas nas quais uma exteriorização consciente de vontade é elemento central do suporte fático, orientada a um resultado protegido ou não proibido pelo ordenamento jurídico.⁵⁷ Subdividem-se em:

b.3.1) Atos jurídicos *stricto sensu*: aqui a ação volitiva humana objetiva determinado resultado, porém sem possibilidade de dimensionamento dos efeitos jurídicos do ato, visto que já previstos no ordenamento. De acordo com Pontes de Miranda, o ato jurídico em sentido estrito é espécie de ato jurídico *lato sensu* no qual “a vontade é sem escolha da categoria jurídica, donde certa relação de antecedente e consequente, em vez de relação de escolha a escolhido”.⁵⁸ Exemplos pertinentes são a constituição de domicílio, a interpelação para constituir o devedor em mora e o reconhecimento de paternidade.

b.3.2) Negócios jurídicos: espécies de ato jurídico *lato sensu* marcados pela exteriorização de vontade com possibilidade de que, dentro dos limites fixados pelo ordenamento jurídico, ocorra a escolha da categoria e o dimensionamento da eficácia jurídica decorrente do ato.⁵⁹ Como exemplo clássico, cita-se o contrato.

Traçado este breve panorama da Teoria dos Fatos Jurídicos concebida por Pontes de Miranda, importa consignar que na última década um grupo de processualistas brasileiros deflagrou interessante flanco de categorização dos fatos jurídicos

⁵⁵ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado: bens e fato jurídico*, 2012. t. 2, p. 458.

⁵⁶ Antônio do Passo Cabral tece consistentes críticas à categoria, às quais aqui se adere. Para o autor, não há como se dissociar a prática de um ato humano do elemento volitivo, que não pode ser simplesmente desconsiderado pelo Direito. O que pode ou não estar presente no momento da conduta é a intenção de praticar o ato, que não se confunde com a voluntariedade em praticá-lo. De fato, como bem pontua Antônio do Passo Cabral, não há como se afirmar peremptoriamente que em certos casos o legislador, ao estruturar a norma, entendeu por tornar a vontade elemento irrelevante, enquanto em outros hipóteses, até semelhantes, a vontade se apresenta como elemento essencial do suporte fático. O Direito Penal, há tempos, já fornece bons parâmetros para a diferenciação de vontade (que integra a conduta) e intenção (que compõe o dolo). CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 57-59.

⁵⁷ MELLO, *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, 2019, p. 208.

⁵⁸ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado: bens e fato jurídico*, 2012. t. 2, p. 536.

⁵⁹ MELLO, *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, 2019, p. 233.

relevantes para o processo a partir do marco teórico ponteano, revisitado por Marcos Bernardes de Mello.

Como se abordará a seguir, tal linha de raciocínio parte da premissa de que as categorias identificadas por Pontes de Miranda se inserem na Teoria Geral do Direito e, por conseguinte, podem ser aplicadas ao Direito Processual. Trata-se das concepções de fato jurídico processual de Paula Sarno Braga e Fredie Didier Jr., assim como da delineada por Pedro Henrique Nogueira.

1.1.2.1 Fato Jurídico Processual na perspectiva de Paula Sarno Braga e Fredie Didier Jr.

O trabalho considerado pioneiro a cogitar do aproveitamento dos fundamentos da Teoria dos Fatos Jurídicos no campo processual foi publicado em 2007, por Paula Sarno Braga, intitulado “Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência”.⁶⁰

Referida concepção se distancia daquelas perspectivas clássicas abordadas linhas acima por não aludir a critérios tais como a eficácia processual do ato, a sede em que praticado ou integrado ou aos sujeitos que o praticaram. A partir da transposição do conceito de fato jurídico ponteano para o processo, Paula Sarno Braga propôs que a processualidade do fato decorreria de sua previsão no suporte fático de norma jurídica de direito processual.

Forja-se, então, um conceito de fato jurídico *lato sensu*, assim definido pela processualista:

Pode-se, portanto, falar em fato jurídico processual em sentido lato. Seria ele o fato ou complexo de fatos que, juridicizado pela incidência de norma processual, é apto a produzir efeitos dentro do processo. Frise-se, o fato pode ser intraprocessual - ocorrendo no curso do procedimento - ou extraprocessual - ocorrendo fora do procedimento, tanto faz. O que importa é que recaia sobre ele hipótese normativa processual, juridicizando-o, e potencializando a produção de consequência jurídica no bojo de um processo.⁶¹

⁶⁰ BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. *Revista de processo*, São Paulo, v. 148, jun. 2007, p. 293-320.

⁶¹ BRAGA, *Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência*, 2007, p. 301.

Também retirando a importância da sede em que praticado o ato, Fredie Didier Jr. parece ter aderido à proposta de Paula Sarno Braga, introduzindo a diferenciação entre atos processuais e atos do processo. Atos processuais seriam aqueles “tomados como *fattispecie* (suporte fático) de uma norma jurídica processual”⁶², ao passo que os atos do processo seriam os que integram um determinado procedimento.

A conclusão de Fredie Didier Jr. é acertada, porquanto há atos, como já defendido neste trabalho, que embora não integrem o *iter* procedimental de um determinado processo, são inegavelmente processuais, como o pacto de eleição de foro, lido negócio jurídico processual típico celebrado extra-autos.

Se as concepções tradicionais de fato (em realidade ato) jurídico processual se mostravam demasiadamente restritivas, por atribuírem a processualidade apenas a atos (condutas humanas voluntárias), a perspectiva de Paula Sarno Braga e Fredie Didier Jr. parece ter ampliado significativamente o conceito de fato processual para denotar a natureza processual a quaisquer situações previstas no suporte fático de normas processuais, aptas a produzirem efeitos no processo, como reconhece o próprio processualista.⁶³

Estas reflexões representaram um importante salto na elaboração de uma Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais e abriram o caminho para que o tema fosse retomado, em 2011, por Pedro Henrique Nogueira⁶⁴, que acrescentou importantes conclusões para aperfeiçoar os estudos de Paula Sarno Braga e Fredie Didier Jr.

1.1.2.2 Fato Jurídico Processual na perspectiva de Pedro Henrique Nogueira

Ao desenvolver sua tese de doutoramento, o processualista Pedro Henrique Nogueira adere à proposta de aplicação dos fundamentos da teoria ponteano ao Direito Processual, considerando ser indissociável a relação entre a Teoria Geral do Direito e a Teoria Geral do Processo.⁶⁵ Mas, como se expõe a seguir, Pedro Nogueira vai

⁶² DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 1, p. 265.

⁶³ DIDIER JR., *Curso de Direito Processual Civil*, 2010, v. 1, p. 266.

⁶⁴ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. 2011. 243 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

⁶⁵ NOGUEIRA, *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*, 2011, p. 29.

além e desenvolve proposta própria de conceituação e classificação dos fatos jurídicos processuais em sentido amplo.

De início, Pedro Henrique Nogueira estabelece uma crítica à ideia de se considerar processuais os fatos (*lato sensu*) que estejam previstos no suporte fático de normas processuais, pois, segundo o autor, “nem tudo que se insere no suporte fático das normas processuais deve ser categorizado como ato ou fato processual”.⁶⁶ Deste modo, tomar como relevante unicamente a natureza (processual) da norma que prevê o fato em seu suporte fático pode não ser um critério suficiente para categorizar um ato ou fato como processual.⁶⁷

Deveras, uma mesma ocorrência no mundo dos fatos pode atrair a incidência de regras materiais e processuais. A alienação de objeto litigioso, por exemplo, é situação que se dá extra-autos, regulada por normas de direito material, mas que enseja a situação jurídica processual de autorizar o adquirente a intervir no processo na qualidade de assistente (art. 109, § 2º, CPC/2015).⁶⁸ Portanto, bem acertada a conclusão de Pedro Henrique Nogueira no sentido de que a natureza da norma nem sempre representará um critério apto a denotar a processualidade do fato.

Nesta ordem de ideias, perfeitamente possível atribuir-se a natureza processual a um evento extraprocedimental, bastando que o fato enseje uma situação jurídica exercitável em um processo. Note-se, então, que a existência de uma relação jurídica processual a que venha se referir o fato jurídico é condição de relevo na concepção de Pedro Henrique Nogueira, para que se considere um determinado evento ou ato como processual.⁶⁹

⁶⁶ NOGUEIRA, *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*, 2011, p. 48.

⁶⁷ O autor muito bem explora, exemplificando, o princípio do juiz natural, que inegavelmente possui caráter processual, mas sua concreção não necessariamente representará um ato ou fato processual capaz de gerar situações jurídicas processuais. NOGUEIRA, *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*, 2011, p. 48.

⁶⁸ Outro exemplo que bem ilustra a múltipla incidência de normas jurídicas é o evento morte: “O fato é recebido como hipótese de várias normas jurídicas simultaneamente (v.g. a morte abre a sucessão, segundo o direito civil; extingue a relação jurídica de emprego, segundo o direito do trabalho; suspende o curso do processo, segundo o direito processual civil etc.)”. NOGUEIRA, *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*, 2011, p. 50. Acrescenta-se, outrossim, a extinção da punibilidade do agente, segundo o direito penal.

⁶⁹ NOGUEIRA, *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*, 2011, p. 52.

E esta circunstância talvez consista na nota distintiva mais representativa da concepção aqui tratada, refletindo um avanço em relação às ideias já desenvolvidas por Paula Sarno Braga e Fredie Didier Jr. É que o professor Pedro Henrique Nogueira bem acentua que a referibilidade de um fato a um procedimento (atual ou futuro) pode ser considerada, à luz da construção ponteana, um elemento completante do núcleo do suporte fático do fato jurídico processual.⁷⁰

De acordo com Marcos Bernardes de Mello, o suporte fático de um fato jurídico é composto por elementos nucleares (cerne e completantes), podendo ser constituído, ainda, de elementos complementares e integrativos. O cerne constitui o elemento fundamental do núcleo do suporte fático, sem o qual o fato não atrai incidência de norma jurídica. Os elementos completantes, por sua vez, integram o cerne e, de igual modo, devem estar presentes para que o fato jurídico ingresse no plano da existência.⁷¹

Assim, temos que a existência de um processo atual ou futuro ao qual se refira o fato jurídico é elemento completante do cerne do suporte fático, necessário para a configuração da sua natureza processual. Na ausência deste elemento, pode-se até falar em fato jurídico, mas jamais em fato jurídico processual.⁷²

Este acréscimo é fundamental para que se admita como processuais fatos ou atos jurídicos originados fora de um procedimento, dispensando-se a necessidade de argumentação no sentido de que a processualidade surgiria apenas com a integração ao procedimento, via prática de atos pelas partes.

Da mesma forma, considera-se a adaptação proposta por Pedro Henrique Nogueira apropriada para conferir fundamento teórico à parte final do art. 190 do CPC/2015, que dispõe acerca da possibilidade de celebração de negócios jurídicos aptos a produzirem efeitos processuais antes da conformação da relação jurídica processual. Deveras, as convenções celebradas antes da existência de um processo carecerão do elemento completante do suporte fático que lhes confere existência, resultando em uma processualidade apenas latente. Instaurada a relação processual, considera-se

⁷⁰ NOGUEIRA, *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*, 2011, p. 52.

⁷¹ MELLO, *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, 2019, p. 97-101.

⁷² NOGUEIRA, *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*, 2011, p. 52.

completado o núcleo do suporte fático do fato jurídico, assumindo o negócio jurídico a natureza processual.

Com base nestes fundamentos, adere-se aqui à linha argumentativa de Pedro Henrique Nogueira, considerada a concepção mais adequada para se atribuir, de maneira coerente, a processualidade a uma ampla gama de fatos e atos jurídicos ocorridos fora de uma cadeia procedimental.⁷³ Reputa-se a perspectiva lançada pelo processualista, ainda, como ideal para designar o elemento essencial que transmuda um fato jurídico em fato jurídico processual, qual seja, a referibilidade a um procedimento atual ou futuro.

Passa-se, adiante, à categorização das espécies de fato jurídico processual (*lato sensu*), de acordo com a linha acima defendida.

1.1.3 Categorização dos fatos jurídicos processuais

Tendo sido abordada e justificada a concepção de fato jurídico processual a ser tomada como paradigma no presente trabalho, importa detalhar as categorias de fatos processuais lícitos, de maneira a situar o negócio processual na Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais.

1.1.3.1 Fatos jurídicos processuais *stricto sensu*

Como visto, os fatos jurídicos *stricto sensu* são eventos do mundo dos fatos que independem de qualquer conduta humana para que seu suporte fático seja considerado completo. Trata-se de acontecimentos naturais tomados como relevantes pelo direito, que os prevê abstratamente em normas jurídicas.

⁷³ Conclusão a que chegaram, também, entre outros: Raniel Fernandes de Ávila (ÁVILA, Raniel Fernandes de. *A teoria dos fatos jurídicos processuais no processo civil do Estado Democrático Constitucional brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – UFES, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, 2017, p. 71); Adriano Soares da Costa (COSTA, Adriano Soares da. Para uma teoria dos fatos jurídicos processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 270, ago. 2017, p. 22); Catharina Peçanha Martins Oroso (OROSO, Catharina Peçanha Martins. Fundamentos de aplicação dos negócios jurídicos processuais atípicos ao direito processual penal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 291, mai. 2019, p. 44). Criticando a posição sustentada por Pedro Henrique Nogueira, cf.: SILVA FILHO, Taciano Domingues da. *O negócio jurídico processual de saneamento e organização do processo*. 2017. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017. p. 43-46.

Pode-se identificar, no âmbito do direito processual, fatos jurídicos *stricto sensu* processuais, ou seja, eventos naturais cuja ocorrência integra o cerne do suporte fático de normas jurídicas, cerne este completado pela referibilidade a um processo existente (elemento completante), ocasionando uma situação jurídica processual. O evento morte, por exemplo, na pendência de um processo, gera a situação jurídica processual que autoriza a sucessão (art. 110, CPC/2015).⁷⁴

1.1.3.2 Atos-fatos jurídicos processuais

Na linha do que exposto quando da apresentação da categorização dos fatos jurídicos por Pontes de Miranda, os atos-fatos jurídicos processuais são fatos nos quais embora uma conduta humana esteja presente como elemento de seu suporte fático, a vontade de praticá-lo é tomada como irrelevante pelo direito.⁷⁵

Exemplos comumente citados de ato-fato jurídico processual são a revelia, o adiantamento das custas processuais e o recurso interposto pelo assistente simples.

Antônio do Passo Cabral⁷⁶ tece consistentes críticas à categoria, às quais aqui se adere. Para o autor, não há como se dissociar a prática de um ato humano do elemento volitivo, que não pode ser simplesmente desconsiderado pelo Direito.

O que pode ou não estar presente no momento da conduta é a intenção de praticar o ato, que não se confunde com a voluntariedade em praticá-lo. De fato, como bem pontua o autor, não há como se afirmar peremptoriamente que em certos casos o legislador, ao estruturar a norma, entendeu por tornar a vontade elemento irrelevante, enquanto em outras hipóteses a vontade se apresenta como elemento essencial do suporte fático.

O Direito Penal, há tempos, já fornece bom parâmetro para a diferenciação entre vontade (que integra a conduta) e intenção (que compõe o dolo), demonstrando que uma conduta sempre estará jungida ao elemento volitivo. Considera-se, portanto,

⁷⁴ NOGUEIRA, *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*, 2011, p. 101.

⁷⁵ MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, v. 2, p. 14.

⁷⁶ CABRAL, *Convenções Processuais*, 2020, p. 57-59.

inconsistente e de pouca utilidade prática a categoria do ato-fato processual, conquanto seja julgada de importância significativa por parte da doutrina.⁷⁷

1.1.3.3 Atos jurídicos *stricto sensu* processuais

Os atos jurídicos *stricto sensu* processuais, a seu turno, constituem a maior parcela dos atos integrantes do procedimento. Neles há conduta humana na qual a vontade é considerada elemento essencial do suporte fático, porém não há possibilidade de modulação da eficácia do ato.

Apesar de a vontade ser tomada como elemento relevante pelo direito, os efeitos dos atos processuais em sentido estrito já estão prefixados em lei, não importando se há ou não intenção em obtê-los.⁷⁸ As comunicações processuais, a penhora, a juntada de uma petição etc. são exemplos de atos processuais em sentido estrito.

1.1.3.4 Negócios jurídicos processuais

Ao lado dos atos jurídicos processuais em sentido estrito, temos como espécie de ato jurídico processual em sentido amplo os negócios jurídicos processuais. Nesta categoria, inserem-se as ações humanas nas quais a vontade é orientada à produção de certos efeitos (mais precisamente situações jurídicas processuais), passíveis de modulação em maior ou menor grau, segundo limites fixados no próprio ordenamento jurídico.

Por ora, registre-se que a vontade manifestada pela parte celebrante de um negócio jurídico processual nem sempre estipulará livremente seus efeitos.⁷⁹ Situações há, como *v.g.* a desistência integral do recurso, em que o conteúdo eficaz já está previsto em lei, não obstante tal fato configure legítimo negócio processual.

⁷⁷ Neste sentido, cf.: DIDIER JR. Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 1, p. 265; NOGUEIRA, *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*, 2011, p. 105.

⁷⁸ BRAGA, *Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência*, 2007, p. 312.

⁷⁹ DIDIER JR., Fredie. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 64-65.

Opta-se por explorar com maior detença o conceito, classificações e outras nuances dos negócios jurídicos processuais na sequência.

1.2 CONCEITO DE NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

Um conceito representa “[...] uma forma de pensamento com a qual se apreende um sentido de determinado dado contudístico”.⁸⁰ Situado o negócio jurídico processual na Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais, passa-se a explorar algumas das definições dadas ao instituto, de maneira a se conceber um conceito que reflita o posicionamento adotado neste trabalho, no sentido da aplicação dos fundamentos de Pontes de Miranda para a categorização dos fatos processuais.

De maneira prévia à investigação das definições de negócio jurídico processual, importa realizar ressalva de ordem terminológica, a fim de que a leitura de certos termos no presente trabalho possua um sentido unívoco, embora na realidade se trate de preceitos que tecnicamente não são sinônimos. Assente-se, então, que os termos “convenção processual”, “acordo processual”, “avença processual” e “pacto processual” serão ao longo do trabalho tratados como sinônimos e todos em alusão ao instituto “negócio jurídico processual”.⁸¹

Como já tratado, a figura do negócio jurídico processual sofreu forte rejeição entre os processualistas da fase autonomista, especialmente em virtude da abordagem do processo sob um viés exacerbadamente publicista, o que contribuiu para que estudos aprofundados e definições a respeito do instituto ocorressem apenas de forma esparsa.

Ao que tudo indica, o pioneiro entre os clássicos a definir com maior profundidade o negócio jurídico processual foi o autor alemão Josef Kohler, considerando-o mecanismo consensual via do qual a vontade das partes seria voltada a produzir efeitos processuais, ocasionando o surgimento de situações jurídicas processuais.⁸²

⁸⁰ ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 176.

⁸¹ Para uma boa compreensão dos diferentes sentidos dos termos comumente atribuídos aos negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais, cf.: CABRAL, *Convenções Processuais*, 2020, p. 66-73.

⁸² CABRAL, *Convenções Processuais*, 2020, p. 121.

No Brasil, em função da forte influência de Liebman⁸³, que foi opositor ferrenho à categoria dos negócios jurídicos processuais, o tema, salvo raras exceções, foi relegado a segundo plano. Barbosa Moreira se destaca como autor brasileiro que deflagrou estudos de maior fôlego sobre a temática das convenções processuais, definindo-as como atos unos constituídos por duas declarações de vontade que convergem para a produção de efeitos processuais específicos.⁸⁴

Mais recentemente e já diante do aporte teórico da Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais, Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Nogueira concluem que “negócio processual é o 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”.⁸⁵

A partir da vigência do CPC/2015, passou-se a ter um conceito dogmático de negócio processual, definido pelo art. 190 como o mecanismo apto a possibilitar às partes a estipulação de mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa ou o ajuste consensual sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Antonio do Passo Cabral, conquanto em proposta de conceituação das convenções processuais – que são negócios jurídicos bi ou plurilaterais –, introduz definição que se apresenta em consonância com o CPC/2015 (art. 190), estipulando que por meio delas as partes, previamente ou durante o processo, ajustam a criação, modificação ou extinção de situações jurídicas processuais ou promovem alterações procedimentais.⁸⁶

Na mesma linha, Bruno Garcia Redondo desenvolve conceito abrangente que alude expressamente ao princípio do autorregramento da vontade – adiante abordado de forma mais detalhada –, por meio do qual se permite a emissão de declaração

⁸³ Para Liebman, “o formalismo, necessário para assegurar o movimento regular e expedito do processo e conseqüentemente a certeza e precisão dos atos em particular, que se sucedem e sobrepõem uns aos outros, não consente que se dê qualquer relevância à real vontade do sujeito. O cumprimento das prescrições formais estabelecidas em lei (entendidas em sentido amplo) confere ao ato, desde logo, condições para operar os efeitos que lhe são próprios, sendo irrelevante a intenção íntima do sujeito que o realiza e ficando excluída qualquer investigação destinada a perquiri-la”. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 1, p. 226-227.

⁸⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual*: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 89.

⁸⁵ DIDIER JR.; NOGUEIRA, *Teoria dos fatos jurídicos processuais*, 2012, p. 59-60.

⁸⁶ CABRAL, *Convenções Processuais*, 2020, p. 85.

“direcionada tanto à prática do ato, quanto ao seu resultado, que tenha por objeto (a criação, a modificação ou a extinção de) instituto de natureza processual, situação jurídica processual, relação jurídica processual ou algum aspecto do procedimento”.⁸⁷

Cabe, então, a realização de uma síntese das definições então apresentadas para, assim, elaborar-se conceito próprio de negócio jurídico processual. Por razão de coerência com a linha de categorização ampla dos fatos processuais seguida nesta pesquisa, opta-se por formular conceito que reflita a transposição da teoria ponteana para o Direito Processual. Contudo, não se pode olvidar que apesar de ser trabalho das ciências jurídicas elaborar os conceitos que lhe são afetos, o ordenamento jurídico vigente pode fornecer importantes parâmetros para a formulação de uma definição que vá além do plano estritamente teórico e apresente elementos jurídico-positivos importantes para a compreensão de um instituto no tempo e no espaço.

Neste sentido, tendo em conta a Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais e a definição legal positivada, define-se negócio jurídico processual como o fato jurídico no qual a vontade é tomada como elemento nuclear de seu suporte fático, com margem de modulação, dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, do conteúdo eficaz para a obtenção de certos efeitos, determinando a criação, modificação ou extinção de situações jurídicas processuais ou a alteração do procedimento.

1.3 FUNDAMENTOS DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Bem definido o sentido atribuído ao termo “negócio jurídico processual” nesta pesquisa, cuida-se de investigar, agora, os fundamentos do instituto em nosso ordenamento jurídico. Ressalte-se que os fundamentos a serem elucidados são aqueles de ordem lógico-jurídica, considerados suficientes para a admissão da convencionalidade processual orientada à criação de situações jurídicas processuais ou à modificação procedimental, independentemente dos dispositivos que preveem

⁸⁷ REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios jurídicos processuais atípicos no Direito Processual Civil brasileiro: existência, validade e eficácia*. 2019. 304 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 82.

negócios típicos e da cláusula geral de autogerência processual⁸⁸ do art. 190 do CPC/2015.

De fato, mesmo sobre a égide do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), que não contava com uma expressa cláusula geral de negociabilidade⁸⁹, já se defendia – embora se tratasse de posicionamento minoritário – a possibilidade de celebração de negócios processuais atípicos como decorrência da paulatina consolidação do regime democrático, a partir da Constituição de 1988, que permitiu o estabelecimento de um ambiente favorável ao incremento da participação no processo.⁹⁰ Também se vislumbrava fundamento suficiente a autorizar a negociação atípica em garantias constitucionais como a do acesso substancial à justiça, devido processo legal e o direito fundamental à liberdade.⁹¹

Para além destes fundamentos, identifica-se como alicerces da convencionalidade processual em nosso sistema o princípio do autorregramento da vontade das partes no processo, o princípio da adaptabilidade procedimental e o princípio da cooperação processual. Sobre eles se trata pormenorizadamente a seguir.

1.3.1 Princípio do autorregramento da vontade das partes no processo

O direito à liberdade representa uma das garantias primordiais do ser humano, tanto que ocupa posição topográfica de destaque na CF/1988, situando-se no caput do art. 5º, que inaugura a declaração de direitos fundamentais de nossa Lei Maior.

Igualmente, a liberdade é tomada como relevante em diversas passagens da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que estabelece em seu artigo 29, item 2, a necessidade de que a liberdade seja limitada exclusivamente pela lei e

⁸⁸ Rosa Maria de Andrade Nery afirma, ao analisar os negócios jurídicos processuais, afirma que o CPC/2015 introduziu verdadeira cláusula geral de autogerência parcial do processo, por meio da qual as partes podem convencionar os caminhos procedimentais para a solução de seus litígios, inclusive vinculando o juiz. NERY, Rosa Maria de Andrade. Fatos processuais. Atos jurídicos processuais simples. Negócio jurídico processual (unilateral e bilateral). Transação. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 16, n. 64, out./dez. 2015, p. 263.

⁸⁹ Muito embora o art. 158 do CPC/1973 já fosse considerado, por parcela da doutrina, como disposição genérica autorizativa de negócios processuais atípicos, o código revogado não tratava de forma explícita – como o faz o CPC/2015 – acerca da possibilidade de as partes, de maneira autônoma, convencionarem a respeito de alterações procedimentais.

⁹⁰ THEODORO JR. Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 217.

⁹¹ DIDIER JR. Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 19.

desde que a limitação tenha como norte a satisfação de “justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática”.

Como dimensão da dignidade da pessoa humana, a liberdade garante aos sujeitos a capacidade de autodeterminação, de escolha dos rumos a serem perseguidos em sua existência, sem limitações indevidas.⁹²

O ambiente processual, apesar de controlado por normas de natureza pública, possui espaço para a manifestação da liberdade.⁹³ Em outros termos, a garantia de liberdade poderá ser exercida na extensão não limitada pelo formalismo processual⁹⁴, com o que se conclui pela existência de um subprincípio corolário da liberdade: o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo.⁹⁵

É preciso ressaltar, no entanto, que a liberdade processual possui contornos próprios, não sendo possível exercê-la em limites tão extensos como se dá em outros ramos do Direito, como o Direito Civil. Por óbvio, a profusão de normas cogentes e a necessidade de observância da principiologia afeta ao Direito Processual ocasionarão uma redução da capacidade de autorregulação de interesses no processo. De todo modo, negar a possibilidade de exercício da liberdade no processo representaria uma visão exacerbadamente publicista e de prestígio ao já superado dogma da irrelevância da vontade no processo.⁹⁶

Antonio do Passo Cabral segmenta o exercício da liberdade processual em duas vertentes: a) princípio dispositivo, que determina a disponibilidade sobre a cognição e sobre o próprio direito material, mediante, por exemplo, a renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação; b) princípio do debate ou princípio dispositivo em sentido processual, via do qual se confere às partes a autonomia para condução do

⁹² BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 82.

⁹³ CABRAL, Tricia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. Indaiatuba: Editora Foco, 2019, p. 31.

⁹⁴ Carlos Alberto Alvaro de Oliveira entrevê o formalismo como resultado da totalidade formal do processo, “compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação da sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas as suas finalidades primordiais”. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 06.

⁹⁵ DIDIER JR., *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*, 2018, p. 18.

⁹⁶ WONTROBA, Bruno Gressler. *Negócios jurídicos processuais atípicos: objeto lícito, disponibilidade do direito material e disponibilidade da tutela jurisdicional*. 2019. 233 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 72.

procedimento e a disponibilidade sobre direitos fundamentais processuais. É a partir da combinação destes princípios que a autonomia no ambiente processual se justifica, em que pese este seja marcado pelo caráter público.⁹⁷

Como o exercício da liberdade no processo decorre de princípios denotam a manifestação de vontade orientada à autorregulação de interesses, o fato jurídico por meio do qual se expressa a disponibilidade processual, naturalmente, é o negócio jurídico processual. Deste modo, o poder de autorregramento da vontade se situa como fundamento central dos negócios jurídicos processuais, sendo esta a nota que os diferencia dos atos jurídicos em sentido estrito⁹⁸, visto que nestes a vontade, conquanto seja determinante para a prática ou não do ato, não poderá ser exercida com viés de autorregulação dos efeitos dele decorrentes.

1.3.2 Princípio da adaptabilidade procedimental

Entre os escopos do processo se insere o de pacificação social, a ser logrado mediante a prestação de uma tutela jurisdicional justa, efetiva e tempestiva.⁹⁹ Objetivando tutelar adequadamente o mais amplo espectro de situações materiais, o legislador concebe procedimentos ordinários (*standards* genericamente aplicáveis à maior parte das hipóteses) e procedimentos especiais (desenhados para servir a situações jurídicas bem específicas).¹⁰⁰

A busca pela construção de procedimentos ajustados a tutelar o direito material de maneira mais consentânea com o acesso substancial à justiça é manifestação do princípio da adequação do procedimento, em sua vertente pré-jurídica ou legislativa. Mas o princípio da adequação também possui uma faceta aplicável à fase processual, viabilizando a modificação do procedimento para torná-lo ajustado à situação concreta

⁹⁷ CABRAL, *Convenções Processuais*, 2020, p. 176.

⁹⁸ NOGUEIRA, *Negócios Jurídicos Processuais*, 2020, p.

⁹⁹ CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, *Teoria Geral do Processo*, 2006, p. 30-31.

¹⁰⁰ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais – dos procedimentos às técnicas*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 16-18.

posta em juízo; nesta acepção, o princípio da adequação é comumente referido como princípio da adaptabilidade procedimental.¹⁰¹

Quando se aborda a questão da adaptabilidade procedimental é comum que se coloque como limitação à flexibilização a necessidade de observância do formalismo processual, ao menos no que concerne à estrutura formal nuclear do processo, que representa “[...] limite de poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação das atividades processuais, ordenação do procedimento e organização do processo”.¹⁰²

Embora o formalismo processual corresponda a uma garantia vinculada à segurança jurídica, não há como se conceber que as formas representem embaraço à prestação de uma tutela jurisdicional que atenda aos escopos do processo.¹⁰³ Ponha-se em relevo, ainda, que por maiores que sejam os esforços do legislador na tentativa de reger em abstrato o mais amplo rol de situações processualmente tuteláveis, é fato que sempre haverá lacunas a serem colmatadas. É neste cenário que a adaptabilidade procedimental se perfaz como absolutamente necessária para que, a depender da hipótese material a carecer de proteção, seja possível flexibilizar o procedimento para ajustá-lo às peculiaridades do caso.

A adaptação do procedimento pode ser promovida pelo magistrado ou pelas partes, consistindo em atividade que mantém íntima relação com a adequada divisão de funções entre os sujeitos processuais.¹⁰⁴ Ao juiz caberá apenas excepcionalmente a realização de ajustes procedimentais, especialmente em matéria de supressão de atos ou superação de obstáculos formais que impeçam ou dificultem a prestação de uma tutela adequada.¹⁰⁵ É no âmbito da flexibilização por atividade das partes que a

¹⁰¹ DIDIER JR., Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, Salvador, n. 9, jan-dez 2001, p. 230.

¹⁰² OLIVEIRA, *Do formalismo no processo civil*, 1997. p. 7.

¹⁰³ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SOUZA, Maurício Bearzotti. Os princípios da adequação, da adaptabilidade e da flexibilização procedimental pelo juiz no novo CPC. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 82, n. 3, jul./set. 2016, p. 165.

¹⁰⁴ CABRAL, *Convenções Processuais*, 2020, p. 171.

¹⁰⁵ A adaptabilidade procedimental também poderá ser conferida ao magistrado pela própria lei, a partir de enunciados de tessitura aberta, que dependam de densificação a partir do caso concreto. SOUSA, Diego Crevelin de. *Imparcialidade: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório*. Coleção Devido Processo Legal. FILHO, Antônio Carvalho; COSTA, Eduardo José da Fonseca (coord.). Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, v. 2, p. 252. O próprio modelo cooperativo instituído no CPC/2015 também auxilia na contenção da discricionariedade judicial, no que concerne à adaptabilidade processual, constringendo o magistrado a propor, em debate com as partes – leia-se: em contraditório – as modificações procedimentais que entender pertinentes ao caso, sendo-lhe

adaptabilidade encontra seu campo de aplicação mais consentâneo com um bom equilíbrio entre as funções do juiz (de controlar e até mesmo propor a realização de ajustes consensuais) e das partes (de modularem o procedimento conforme seus interesses, mas sempre tendo como norte a melhor proteção do direito material).¹⁰⁶

É com fundamento na adaptabilidade, portanto, que os negócios jurídicos processuais orientados ao ajuste do procedimento às especificidades da causa podem ser praticados, não apenas por haver previsão legal neste sentido, mas também e sobretudo por razões de concreção da instrumentalidade processual em seu grau máximo, buscando agasalhar mais adequadamente o direito material.

1.3.3 Princípio da cooperação processual

Tradicionalmente, identificam-se três modelos processuais: dispositivo, inquisitorial e cooperativo.¹⁰⁷ O modelo dispositivo ou adversarial se distingue por ser conduzido, majoritariamente, por impulso das partes, assumindo o magistrado uma posição passiva.¹⁰⁸ Nesta proposta, o processo é “coisa das partes”, predominando o princípio dispositivo. O modelo inquisitivo, a seu turno, representa a faceta inversa do modelo

vedado impor o ajuste em caso de discordância das partes. Neste sentido: “Consoante se verá, este movimento não é isolado, pelo que já se pode falar do modelo cooperativo, em que as posturas de condução processual são adotadas em cooperação entre as partes e serve como forma de conter a discricionariedade judicial (margens de liberdade interpretativas) e operativa (condução do procedimento)”. ALTOÉ, Maria Izabel Pereira Azevedo. *Flexibilização das normas processuais: entre "discricionariedade judicial" e controle*. 2020. 239 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Programa de pós-graduação em Direito Processual, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2020, p. 135.

¹⁰⁶ Como já defendido em trabalho pretérito: “Em relação à possibilidade de modulação do procedimento pelo juiz, parece ter o CPC/2015 a autorizado apenas para a dilatação de prazos e alteração da ordem de produção de provas; ainda assim, vinculadas tais alterações à obtenção de maior efetividade para a tutela do direito. Apesar de vislumbrarmos como excepcionalmente possível a inversão da ordem de prática de outros atos processuais, desde que não resulte em prejuízo às partes, e o descarte de atos desnecessários, não nos parece haver previsão, no sistema, para que o juiz imponha às partes o percurso procedimental por trilha diverso do previsto em lei. Situação distinta é aquela em que o magistrado, ao antever a utilidade de técnicas ou atos processuais previstos em procedimentos diversos para uma solução mais efetiva do caso sob análise, proponha às partes a celebração de negócio processual atípico para tal fim. Como antes visto, o juiz pode ser sujeito de negócio jurídico processual e, nesse viés, não encontramos barreira para que o magistrado possa propor a celebração de convenções voltadas à adaptabilidade procedimental”. BUFULIN, Augusto Passamani; VILARINHO, Tiago Aguiar. *Flexibilização do procedimento a partir do trânsito de técnicas processuais: implementação via adequação judicial ou convenção atípica?* *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, a. 29, n. 115, jul./set. 2021, p. 47-48.

¹⁰⁷ REDONDO, Bruno Garcia. Princípio da cooperação e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 133, abr. 2014, p. 09.

¹⁰⁸ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do modelo processual cooperativo no direito brasileiro*. 2011. 237 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011, p. 48.

adversarial, ou seja, há forte predomínio do publicismo, assumindo o juiz um papel central na condução dos rumos do processo, com poderes instrutórios amplificados. Às partes cabe unicamente delimitar o objeto da demanda e romper a inércia judicial, desenvolvendo-se o processo via impulso oficial.¹⁰⁹

Já no modelo de organização cooperativa, há certo equilíbrio entre o privatismo e o publicismo exacerbados que marcam, respectivamente, os modelos adversarial e inquisitivo. Cuida-se de meio termo entre o processo conduzido exclusivamente por atividade das partes e o processo desenvolvido por impulso oficial, a partir de uma melhor divisão das funções entre os sujeitos do processo. Partes e juiz ocupam posição simétrica no desenvolvimento do processo, havendo assimetria em favor do juiz apenas no momento decisório.¹¹⁰

Do modelo cooperativo, extrai-se o princípio da cooperação no processo, que passa a ser considerado um ambiente de construção democrática e dialógica da solução a ser aplicada a cada caso.¹¹¹ Sendo assim, a negociabilidade processual também haure fundamento do princípio da cooperação, considerando que ela prestigia “[...] a vontade das partes na construção consensual e cooperativa do trilho a ser percorrido para a tutela de seus interesses”.¹¹²

A organização participativa do processo civil brasileiro é objeto de maiores reflexões adiante, bastando, por ora, situá-la como importante fundamento da convencionalidade processual.

1.4 CLASSIFICAÇÕES DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Elucidados os fundamentos elementares que legitimam a prática de negócios jurídicos processuais em nosso sistema processual civil, explora-se agora as diferentes classificações dos negócios jurídicos processuais. Classificar significa distribuir em classes, segundo um método predeterminado; separar em categorias que apontam,

¹⁰⁹ DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 198, ago. 2011, p. 213-214.

¹¹⁰ BARREIROS, *Fundamentos constitucionais do modelo processual cooperativo no direito brasileiro*, 2011, p. 132.

¹¹¹ BARREIROS, *Fundamentos constitucionais do modelo processual cooperativo no direito brasileiro*, 2011, p. 134.

¹¹² BUFULIN; VILARINHO, *Flexibilização do procedimento a partir do trânsito de técnicas processuais: implementação via adequação judicial ou convenção atípica?*, 2021, p. 41.

“na reflexão sobre o conhecimento, para a ideia de modelos de organização das percepções da realidade”.¹¹³

Importante ressaltar, contudo, que há diferentes classificações propostas no plano da ciência para categorizar os negócios jurídicos processuais, cada qual adotando proposta metodológica e critérios distintos. Sendo assim, cabe eleger as que se mostrem mais úteis ao presente estudo, considerando os seus objetivos primordiais. Neste sentido, classifica-se os negócios jurídicos processuais segundo as categorias adiante propostas.

1.4.1 Negócios processuais unilaterais, bilaterais e plurilaterais

Algumas das classificações realizadas para os negócios de direito material são frequentemente transpostas para os negócios processuais. É o caso da classificação que categoriza os negócios jurídicos processuais em unilaterais, bilaterais e plurilaterais¹¹⁴, levando-se em conta os sujeitos (ou a quantidade de polos de manifestação de vontade).

Nos negócios processuais unilaterais, a declaração de vontade emana apenas de um dos sujeitos celebrantes, enquanto nos bilaterais há manifestações de vontade declaradas de ambos os polos da relação negocial. Já os plurilaterais se originam a partir de três ou mais polos de manifestações volitivas, como na sucessão processual voluntária (art. 109, CPC/2015).¹¹⁵

Ressalve-se que não é a quantidade de pessoas envolvidas no negócio o fator preponderante para diferenciar as categorias ora abordadas, mas sim o número de polos de manifestação de vontade. Assim, é possível que um negócio processual conte com a participação de três ou mais pessoas, mas ainda assim seja uni ou bilateral.

¹¹³ HESPANHA, António Manuel. Categorias. Uma Reflexão Sobre a Prática de Classificar. *Análise Social*, Lisboa, v. 38, n. 168, 2003, p. 823.

¹¹⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 44.

¹¹⁵ DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. In: DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*, 2018, p. 27.

1.4.2 Negócios processuais típicos e atípicos

Uma das mais difundidas categorizações dos negócios jurídicos processuais – inclusive de suma importância para o presente trabalho – é a que os segrega em negócios jurídicos processuais típicos e atípicos, levando em conta o critério da previsão legal expressa.

Os negócios jurídicos processuais típicos são aqueles cuja disciplina se encontra expressamente delineada em lei, “prevendo os sujeitos envolvidos, as formalidades necessárias, os pressupostos e requisitos de validade e eficácia”.¹¹⁶ Os negócios jurídicos processuais atípicos, por sua vez, não possuem um paradigma fixado em lei, tendo sua disciplina estabelecida a partir do exercício do autorregramento da vontade das partes celebrantes.

Exemplos de negócios processuais típicos são: pacto de eleição do foro competente (art. 63, CPC/2015); delimitação consensual das questões de fato e de direito no saneamento do processo (art. 357, § 2º, CPC/2015); renúncia ao prazo (art. 225, CPC/2015); acordo para suspensão do Processo (art. 313, II CPC/2015); convenção sobre ônus da prova (art. 373, §§3º e 4º CPC/2015); calendário processual (art. 191, §§1º e 2º CPC/2015).

O fundamento legal para a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos se encontra no art. 190 do CPC/2015, que admite convenções sobre a disposição de situações jurídicas processuais ou para ajustar o procedimento às especificidades da causa, desde que esta verse sobre direitos autocomponíveis. Trata-se de cláusula geral que enceta “[...] verdadeiro microsistema de proteção do exercício livre da vontade no processo”¹¹⁷, viabilizando a formulação de ajustes convencionais que vinculam inclusive o magistrado, salvo nos casos de nulidade do objeto, inserção abusiva em contrato de adesão e manifesta situação de vulnerabilidade de uma das partes celebrantes.

A doutrina elenca como modelos possíveis de negociação processual atípica: acordo para realização de sustentação oral fora das hipóteses previstas em lei; acordo para ampliação do tempo de sustentação oral; julgamento antecipado do mérito convencional; redução convencional de prazos processuais; acordo para evitar

¹¹⁶ CABRAL, *Convenções Processuais*, 2020, p. 107.

¹¹⁷ DIDIER JR., *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*, 2018, p. 21.

constrições judiciais ou para afastar medidas coercitivas; acordos para abreviar a execução; escolha consensual do perito; acordo para substituição do bem penhorado; acordo para estipulação da caução na execução provisória¹¹⁸⁻¹¹⁹ etc¹²⁰.

1.4.3 Negócios processuais dispositivos e obrigacionais

Interessante classificação é a que divide os negócios jurídicos processuais em negócios dispositivos e obrigacionais. Nesta categorização, o critério norteador está relacionado à finalidade imediata da convenção: disposição de situações jurídicas processuais ou alteração procedimental.

Os negócios processuais dispositivos são aqueles voltados à promoção de alterações procedimentais, via manifestação de vontade. De seu turno, os pactos obrigacionais se relacionam à abdicação de situações jurídicas processuais titularizadas pelas partes, não se destinando a alterar o rito. Entre os exemplos mais evidentes, citam-se o pacto de *non petendo*, a renúncia ao direito de recorrer, a renúncia ao prazo etc.

Deve-se realçar que nem sempre a categorização ora apresentada será de aplicação tão simples, pois há negócios que conjugam alterações procedimentais com disposição de situações jurídicas processuais¹²¹, a exemplo do pacto de ampliação de determinado prazo, hipótese em que a partir da alteração do procedimento (caráter dispositivo) uma parte renuncia à incidência da preclusão temporal no prazo legalmente fixado (caráter obrigacional).

¹¹⁸ DIDIER JR., *Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015*, 2018, p. 26.

¹¹⁹ NOGUEIRA, *Negócios jurídicos processuais*, 2020, p. 312-317.

¹²⁰ Eis o teor do enunciado nº 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC- RIO, no V FPPC-Vitória e no VI FPPC-Curitiba).

¹²¹ CABRAL, *Convenções Processuais*, 2020, p. 94.

1.4.4 Negócios processuais prévios e incidentais

Classifica-se os negócios jurídicos processuais, ainda, em negócios prévios e incidentais, conforme sejam celebrados antes ou após a instauração do procedimento a que se refira.

Os negócios jurídicos processuais prévios são celebrados antes da instauração da relação jurídica processual na qual surtirão efeitos. Na linha do que se defende no presente trabalho, é perfeitamente possível atribuir a natureza processual a negócios jurídicos celebrados de maneira prévia, tendo em consideração o critério da referibilidade procedimental como elemento completante do núcleo do suporte fático do fato jurídico. Pode-se vislumbrar a ocorrência de um negócio jurídico processual prévio na hipótese de celebração de um contrato no qual conste cláusula de eleição de foro ou um pacto de *non petendo*.

Consideram-se incidentais os negócios jurídicos processuais manifestados concomitantemente ou após a instauração da relação jurídica processual, como a renúncia ao direito de recorrer, por exemplo. Os negócios jurídicos processuais incidentais podem ser celebrados em qualquer fase processual, inclusive na recursal, "[...] embora seja forçoso reconhecer que, nesse âmbito, a margem para exercício da autonomia tende a decrescer".¹²²

1.4.5 Negócios processuais gratuitos e onerosos

Revela-se possível segregar os negócios jurídicos processuais, outrossim, em gratuitos e onerosos, conforme deles decorram benefícios ou sacrifícios para as partes, classificação bastante difundida no âmbito do Direito Civil.

Gratuito é o negócio jurídico processual que proporciona vantagem apenas para uma das partes, enquanto o oneroso gera benefícios e ônus recíprocos para as partes celebrantes.¹²³ A renúncia a um prazo por uma das partes é exemplo de negócio jurídico processual gratuito. Como exemplo de negócio processual oneroso, identifica-

¹²² YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 67.

¹²³ CABRAL, *Convenções Processuais*, 2020, p. 101.

se o saneamento com delimitação consensual das questões de fato e de direito que constituirão o objeto da prova, com concessões recíprocas entre as partes.

Esta classificação possui relevância no âmbito da interpretação dos negócios jurídicos processuais, considerando a previsão do art. 114 do Código Civil, de que negócios jurídicos benéficos interpretam-se estritamente. Destaca-se que as disposições gerais acerca dos negócios jurídicos previstas na lei material se aplicam à interpretação e controle de validade dos negócios jurídicos processuais, como se explorará adiante em momento adequado. Por ora, cabe apenas evidenciar que os negócios jurídicos processuais gratuitos não serão passíveis de interpretação que lhes amplie o alcance.

1.4.6 Negócios processuais expressos e tácitos

Tendo em conta o critério da forma de celebração, classifica-se os negócios jurídicos processuais em expressos e tácitos. Os primeiros são celebrados com anuência manifesta dos celebrantes enquanto os segundos se originam implicitamente, como no caso da renúncia ao direito de recorrer a partir da prática de ato incompatível com a intenção impugnativa.

Dentre os tácitos, há possibilidade de que sejam praticados de forma comissiva ou omissiva (omissões negociais), pois “o silêncio da parte pode, em certas circunstâncias, normalmente tipicamente previstas, ser uma manifestação de sua vontade”.¹²⁴ Neste caso, aplica-se o disposto no art. 111 do Código Civil brasileiro¹²⁵, que “[...] revela a intenção do legislador em agasalhar no sistema a possibilidade de se inferir a vontade da parte, ainda que não haja expressa manifestação ou forma especial”.¹²⁶

¹²⁴ DIDIER JR., *Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015*, 2018, p. 28.

¹²⁵ Código Civil brasileiro, art. 111: “O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”.

¹²⁶ BOCALON, João Paulo. *Os negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil brasileiro*. 2016. 241 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 88.

1.5 SÍNTESE HISTÓRICA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E EVOLUÇÃO DO TEMA NO BRASIL

Uma vez apresentado o referencial teórico de abordagem dos negócios jurídicos processuais, bem como os seus fundamentos lógico-jurídicos, conceitos e classificações, importa elucidar brevemente a evolução histórica da categoria desde a sua origem, retratando a oscilação da aceitação do instituto no tempo e no espaço, até o estágio atual de desenvolvimento do tema no direito brasileiro, especialmente após o advento do CPC/2015.

Não é possível estabelecer um marco temporal exato a partir do qual o instituto se originou. Há trabalhos que relacionam, feitas as devidas ressalvas, a natureza negocial da *litis contestatio* do Direito Romano como uma das primeiras expressões da vontade gerando obrigações no procedimento de solução de controvérsias.¹²⁷

A *litis contestatio* variou de significado e função conforme o período evolutivo do Direito Romano, assumindo caráter negocial mais evidente apenas nas fases *legis actiones* e no processo formular (*per formulas*), etapas que antecederam a fase final denominada *cognitio extra ordinem*.¹²⁸

Na fase *legis actiones* a *litis contestatio* se apresenta como um convite oral das partes às testemunhas para que verifiquem tanto a existência como os termos do litígio, possuindo função predominantemente probatória. Já no período formular, a *litis contestatio* era definida como um acordo entre as partes, perante as testemunhas, ao término da etapa *in iure*, para fixação dos termos da controvérsia e fixação dos poderes do *iudex*.¹²⁹

De fato, especialmente no período *per formulas* a *litis contestatio* parecia exprimir a delimitação de questões procedimentais a partir do consenso das partes, mas as semelhanças com as formas de autorregurar a vontade para modificar o procedimento ou dispor sobre situações jurídicas processuais, atualmente presentes em variados ordenamentos jurídicos, se limitam àquele singelo aspecto.

¹²⁷ NOGUEIRA, *Negócios jurídicos processuais*, 2020, p. 159.

¹²⁸ POSADA, Giovani F. Priori. La influencia de la litiscontestatio en la determinación de la litis en el proceso civil latinoamericano. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, v. 8, jul./dez. 2018, p. 343.

¹²⁹ BURDESE, Alberto. *Manuale di diritto privato romano*. Turim: UTET, 1977, p. 113.

Foi apenas no século XIX que o tema passou a ser objeto de estudos de maior fôlego, destacando-se a abordagem de Josef Kohler, autor alemão que admitia contratos processuais aptos a ensejarem situações jurídicas processuais, defendendo que a categoria “contrato” integrava a Teoria Geral do Direito e, portanto, seria plenamente aplicável ao Direito Processual.¹³⁰ Antonio do Passo Cabral considera as reflexões de Kohler como ponto de partida para que o tema das convenções processuais alcançasse profusão na doutrina alemã do século XIX, muito embora a admissibilidade do instituto tenha dividido intensamente os processualistas, o que Cabral atribui à posição de Bülow pela inadmissão da convencionalidade processual e à forte adesão à corrente publicista por ele deflagrada.¹³¹

De qualquer modo, ressalta-se a importância dos estudos iniciados na Alemanha, no século XIX, para o desenvolvimento teórico inicial em torno dos negócios jurídicos processuais¹³², tendo o instituto despertado logo em seguida a atenção da escola processualista italiana. Devido à adesão de boa parte da escola italiana à concepção relacionista de Bülow, o viés publicista exacerbado perfilado pelo autor alemão ecoou entre os processualistas peninsulares clássicos, levando-os a expressar forte oposição aos negócios jurídicos processuais.¹³³

Chiovenda, apontado como precursor da Escola Italiana de Direito Processual – e fortemente influenciado pelas escolas alemã e austríaca –¹³⁴, afirmava que “a presença de um órgão do Estado no processo significa que apenas em alguns casos os acordos das partes são válidos para regular, a sua maneira, a relação processual”, e mesmo nestas situações excepcionais, exigir-se-ia a previsão legal da convenção para que fosse admitida (negócio típico).¹³⁵

Salvatore Satta conquanto tenha sustentado posição semelhante à de Chiovenda em trabalhos mais recentes, demonstrou oposição ferrenha aos negócios jurídicos

¹³⁰ CABRAL, *Convenções Processuais*, 2020, p. 121.

¹³¹ CABRAL, *Convenções Processuais*, 2020, p. 121-124.

¹³² NOGUEIRA, Pedro Henrique. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 101.

¹³³ CABRAL, *Convenções Processuais*, 2020, p. 121-126.

¹³⁴ RAATZ, Igor. *Desvelando as bases do processualismo científico: ou de como a teoria do processo nasceu comprometida com o protagonismo judicial*. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-6-desvelando-as-bases-do-processualismo-cientifico-ou-de-como-a-teoria-do-processo-nasceu-comprometida-com-o-protagonismo-judicial-por-igor-raatz>. Acesso em: 03 jan. 2022.

¹³⁵ CHIOVENDA, *Principios de derecho procesal civil*, 1925, p. 125.

processuais por considerar o contrato como instituto exclusivo do direito privado e que, por conseguinte, o ambiente público do processo seria infenso à produção de efeitos jurídicos regulados a partir da vontade dos sujeitos parciais.¹³⁶

Carnelutti¹³⁷ e Emílio Betti¹³⁸ também se debruçaram sobre o tema, afirmando timidamente a possibilidade de que certos atos – sobretudo de disposição – sejam considerados verdadeiros negócios jurídicos processuais, tendo o último se dedicado com maior detença sobre a matéria.

Verifica-se, assim, que ao menos na Alemanha e na Itália, escolas que exerceram forte influência sobre a processualística brasileira, o panorama doutrinário inicial se inclinou no sentido da repulsa ou admissão restrita dos negócios jurídicos processuais. A mudança deste cenário só veio a ocorrer no século XX, por ocasião da retomada dos estudos mais aprofundados sobre o tema na Alemanha.¹³⁹

Dentre os doutrinadores alemães que se dedicaram ao tema no século XX, destaca-se Peter Schlosser ao introduzir no âmbito processual o postulado *in dubio pro libertate*, no sentido de haver uma presunção em favor da liberdade das partes em modular o processo via manifestação de vontade, nos espaços em que o ordenamento permitir¹⁴⁰. De acordo com esta sistemática, para que o magistrado negasse aplicação à convenção, demandar-se-ia uma fundamentação mais contundente e específica que infirmasse a presunção em favor da liberdade de conformação do processo conferida às partes.¹⁴¹

Digna de relevo ainda a obra de Gerhard Wagner, que para além de admitir os acordos processuais, sistematiza-os em duas categorias: a) acordos de disposição, via dos quais as partes convencionam o exercício ou a abstenção de situações jurídicas processuais, a exemplo dos pactos de *non petendo* e de *non exequendo*; b) acordos de derrogação de normas processuais, que viabilizam o afastamento de certas

¹³⁶ SATTA, Salvatore. Contributo ala dotrina dell'arbitrato. Milano: Societa Editrice Vita e Pensiero, 1931, p. 44.

¹³⁷ CARNELUTTI, *Instituciones del proceso civil*, 1959, p. 430.

¹³⁸ BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. 2. ed. Roma: Il Foro Italiano, 1936, p. 36.

¹³⁹ CABRAL, *Convenções Processuais*, 2020, p. 141.

¹⁴⁰ SCHLOSSER, Peter. *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß*. TÜBINGEN: J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK), 1968, p. 10.

¹⁴¹ CABRAL, *Convenções Processuais*, 2020, p. 142.

normas processuais em função da vontade das partes, como o caso dos pactos relativos ao ônus da prova e de modificação de competência relativa.¹⁴²

Mas o ponto de inflexão em direção a uma nova perspectiva acerca dos negócios jurídicos processuais se deu na França, no fim do século XX, a partir da difusão do movimento de gerenciamento processual nos Tribunais daquele país.¹⁴³ Interessante notar, portanto, que a evolução do tema na França seguiu o fluxo inverso do que habitualmente ocorre nas experiências jurídicas dos mais variados ordenamentos, partindo da jurisprudência em direção à doutrina.¹⁴⁴

O tema se desenvolveu na jurisprudência francesa basicamente em duas fases, iniciando pela difusão dos protocolos de procedimento, instrumentos firmados entre os Tribunais e os órgãos de classe dos advogados para disciplinar modulações procedimentais voltadas a adaptar o processo às peculiaridades regionais. Ainda na primeira etapa de desenvolvimento, destaca-se a celebração de diversos protocolos institucionais para disciplinar a informatização do processo e a comunicação eletrônica de atos processuais. Já a segunda fase foi marcada pela celebração dos *contrat de procedure*, avenças firmadas entre as partes de um processo para a gestão procedimental, valendo-se de mecanismos como o calendário processual.¹⁴⁵

Tendo sido consolidadas em âmbito jurisprudencial, as convenções processuais foram finalmente positivadas no Direito Francês em 2005, com a inserção do calendário processual no *code de procedure civile*. Atualmente, o código de processo civil da França prevê em seus artigos 1544 a 1555-1 as disposições acerca do procedimento convencional, seção que foi objeto de recentes reformas nos anos de 2017, 2019, 2020 e 2021. Entre as hipóteses expressamente previstas no *code*, citam-se a possibilidade de as partes renunciarem expressamente a certas exceções processuais (art. 1546-1) e o acordo para distribuição dos custos do processo (art. 1545).

¹⁴² WAGNER, Gerhard. *Prozeßverträge: privatautonomie im verfahrensrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998 *apud* CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 13, jan./jun. 2014, p. 736.

¹⁴³ CADIET, Loïc. Propos Introductif: "faire lien". In: *La contractualisation de La Production Normative*. Paris: Dalloz, 2008. p. 171.

¹⁴⁴ CABRAL, *Convenções Processuais*, 2020, p. 145.

¹⁴⁵ CABRAL, *Convenções Processuais*, 2020, p. 146-150.

De maneira semelhante à experiência francesa, observou-se na Itália, no final do século XX, movimento de paulatina adesão da jurisprudência aos negócios jurídicos processuais, nada obstante a postura acadêmica italiana clássica tenha sido de oposição à categoria. Os Tribunais italianos passaram a celebrar instrumentos semelhantes aos protocolos institucionais antes verificados na França, contando com a participação das entidades classistas dos advogados.¹⁴⁶ Em 2009, a Lei nº 69, de 18 de junho, introduziu o calendário do processo no *codice de procedura civile* italiano (art. 81-bis), tendo ainda a discussão em torno do tema sido ampliada na doutrina, com posicionamentos favoráveis à celebração de negócios jurídicos processuais.¹⁴⁷

De certo modo, pode-se afirmar que a práxis jurisprudencial e as modificações legislativas ocorridas na França e na Itália inspiraram a inserção do calendário processual (art.191) e a criação da cláusula geral de atipicidade de negociação processual (art. 190) no CPC/2015¹⁴⁸. Atualmente, no Brasil, em decorrência da positivação da cláusula de negociabilidade atípica do art. 190 do CPC/2015, a discussão em torno da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais perdeu intensidade, deslocando-se as investigações científicas para outras questões fulcrais acerca do assunto, como é o caso da presente pesquisa.

Mas nem sempre o panorama geral no Brasil esteve deslocado em direção a uma ampla admissibilidade dos negócios jurídicos processuais pela doutrina, como se verifica atualmente. A seguir, explora-se a evolução do tema no ordenamento brasileiro, desde as legislações mais pretéritas até a introdução dos arts. 190 e 191 no digesto processual pátrio.

¹⁴⁶ CABRAL, *Convenções Processuais*, 2020, p. 146-151-152.

¹⁴⁷ A exemplo de Augusto Chizzini, que publicou artigo adotando posição no sentido da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais. CHIZZINI, Augusto. Konventionalprozess e poteri delle parti. *Rivista di diritto processuale*, Milano, v. 70, n. 1, p. 45-60, 2015.

¹⁴⁸ Destaca-se também a produção doutrinária e a legislação de Portugal como propulsora da modificação legislativa ocorrida no Brasil. O Código de Processo Civil português traz diversas espécies de negócios jurídicos processuais (típicos), a exemplo de seu art. 264, que prevê a possibilidade de alteração ou ampliação consensual do pedido ou da causa de pedir, em primeira ou segunda instância. Prevê ainda o código processual lusitano a possibilidade de adequação formal por iniciativa do juiz visando adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais. Ressalta-se, contudo, que referida adequação pode ser efetivada pelo juiz *ex officio*, independentemente de negócio jurídico processual.

1.5.1 Evolução do tema no Direito brasileiro

O regulamento 737, de 1850, primeiro diploma processual de caráter nacional, embora tenha sido estabelecido para regular o processo das causas comerciais, foi posteriormente estendido às causas cíveis for força do Decreto nº 763, de 1890. Em seu texto é possível identificar dispositivos que sem maiores dificuldades se enquadrariam com lídimos negócios jurídicos processuais. A escolha convencional do foro, do art. 62, é hipótese evidente de negócio processual, nos termos do conceito desenvolvido neste trabalho.

Em seguida o Brasil vivenciou uma fase de códigos processuais estaduais, por decorrência do permissivo contido na Constituição da República de 1891¹⁴⁹, etapa suplantada na primeira metade do século XX com a edição do Código de Processo Civil de 1939. No Código de 1939 também é possível vislumbrar alguns de dispositivos que representam verdadeiros negócios jurídicos processuais típicos, como a transação e a desistência da demanda (art. 206).

A doutrina tradicional, sob a égide do CPC de 1939, pouco se debruçou sobre o tema dos negócios jurídicos processuais, sendo possível observar manifestações esparsas a respeito. Antonio do Passo Cabral pontua sobre o evidente paradoxo que se extrai do fato de que Pontes de Miranda, que se dedicou com afinco ao estudo do direito alemão, pouco tenha se manifestado a respeito dos negócios jurídicos processuais, muito embora houvesse vasta produção sobre o tema naquele país.¹⁵⁰ De qualquer modo, pontua-se que o autor, nas poucas incursões que fez no tema, admitiu o caráter negocial da desistência.¹⁵¹

Lopes da Costa, no mesmo sentido de Pontes de Miranda, reconheceu o caráter negocial nos atos de desistência passíveis de serem praticados no processo em obra publicada durante a vigência do CPC/1939.¹⁵² Gabriel Rezende Filho, em 1963,

¹⁴⁹ SOUZA, Márcia Cristina Xavier. A competência constitucional para legislar sobre processo e procedimentos e o Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, São Sebastião, v. 4, n. 1, jan./jul. 2017, p. 138.

¹⁵⁰ CABRAL, *Convenções Processuais*, 2020, p. 146-158.

¹⁵¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, t. 3, p. 261.

¹⁵² LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 2, p. 128.

referiu-se aos negócios jurídicos processuais como manifestações de vontade destinadas a modificar ou extinguir uma relação processual¹⁵³.

Saltando para o período posterior à vigência do Código de Processo Civil de 1973, é possível observar certo incremento nas abordagens do tema pela doutrina, com destaque para as referências de José Frederico Marques¹⁵⁴, Moacyr Amaral Santos¹⁵⁵, Rogério Lauria Tucci¹⁵⁶ e Barbosa Moreira, que constatou, em 1984, a inexistência de trabalhos monográficos no Brasil com enfoque nos negócios jurídicos processuais.¹⁵⁷

Contudo, nas primeiras décadas de vigência do CPC/1973 o tema dos negócios jurídicos processuais permaneceu sem a atenção devida da doutrina. Nem mesmo a previsão contida no art. 158 do CPC/1973, no sentido de se atribuir aos atos das partes, consistentes em manifestações unilaterais ou bilaterais de vontade, a aptidão para produzirem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais, foi suficiente para que se estabelecesse maior diálogo doutrinário acerca do autorregramento da vontade no processo.

Calmon de Passos se destaca por ter haurido do art. 158 do CPC/1973 fundamento suficiente para sustentar a admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no sistema processual civil então vigente. Não obstante, o autor condicionava a eficácia do negócio à homologação judicial, não bastando a declaração de vontade das partes.¹⁵⁸

Já na virada do século XX para o XXI é possível observar que a geração mais recente de doutrinadores se dividiu entre os que rejeitavam a admissibilidade da categoria e os que se ocupavam de identificar hipóteses típicas às quais se poderia atribuir a natureza negocial (negócios jurídicos processuais típicos).

¹⁵³ REZENDE FILHO, Gabriel. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1963, v. 2, p. 7.

¹⁵⁴ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1974, v. 1, p. 298.

¹⁵⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981, v. 1, p. 288.

¹⁵⁶ TUCCI, Rogério Lauria. Negócio jurídico processual. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 54, p. 291-292.

¹⁵⁷ MOREIRA, *Temas de direito processual*, 1984, p. 87.

¹⁵⁸ CALMON DE PASSOS, *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, 2009, p. 69.

Iniciando pela corrente que sustentava a inadmissibilidade dos negócios processuais, cita-se a posição de Cândido Rangel Dinamarco, que considerava como imanente aos negócios jurídicos a produção de efeitos conjecturados pelo interessado, situação que não se poderia verificar no processo, uma vez que todos os efeitos decorrentes do ato decorreriam da lei e não da vontade das partes.¹⁵⁹ Daniel Mitidiero¹⁶⁰, Alexandre Câmara¹⁶¹ e Vicente Greco Filho¹⁶² também não admitiam os negócios jurídicos processuais, todos com fundamento semelhante ao expressado por Dinamarco.

No que atine à parcela da doutrina que admitia os negócios jurídicos processuais, constata-se que Nelson Nery Junior¹⁶³, Flávio Cheim Jorge¹⁶⁴ e Walter Vecchiato Junior¹⁶⁵ acentuam o caráter negocial da desistência. Luiz Fux¹⁶⁶, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Arenhart¹⁶⁷, de outro giro, se referiram à natureza convencional do acordo para suspensão do processo.

Em 2007 Leonardo Greco publicou interessante artigo abordando os atos de disposição processual, dentre os quais se inserem as convenções processuais, “assim entendidos todos os atos bilaterais praticados no curso do processo ou para nele produzirem efeitos, que dispõem sobre questões do processo, subtraindo-as da apreciação judicial ou condicionando o conteúdo de decisões judiciais subsequentes”.¹⁶⁸ O estudo apresenta ainda importante análise dos atos de disposição como decorrentes do espaço de autonomia conferido às partes pelo ordenamento, liberdade esta condicionada à observância da paridade de armas e dos direitos e garantias fundamentais aplicáveis ao processo.¹⁶⁹

Outro marco importante, ocorrido em 2008, foi a criação de um grupo de pesquisa na Universidade Federal da Bahia com enfoque nos negócios jurídicos processuais,

¹⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 2, p. 484.

¹⁶⁰ MITIDIERO, *Comentários ao código de processo civil*, 2005, v. 2, p. 16.

¹⁶¹ CÂMARA, *Lições de direito processual civil*, 2007, v. 1, p. 248.

¹⁶² GRECO FILHO, *Direito processual civil brasileiro*, 2007, v. 2, p. 6.

¹⁶³ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*. 4. ed. São Paulo: RT, 1997, p.329.

¹⁶⁴ JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 114.

¹⁶⁵ VECHIATO JUNIOR, Walter. *Direito processual civil – atos processuais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 41.

¹⁶⁶ FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 433.

¹⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 193.

¹⁶⁸ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, out./dez. 2007, p. 8.

¹⁶⁹ GRECO, *Os atos de disposição processual – primeiras reflexões*, 2007, p. 10.

capitaneado por Fredie Didier Júnior. Como resultado dos trabalhos foram publicados importantes e aprofundados trabalhos sobre o tema, com destaque para a tese de doutoramento de Pedro Henrique Nogueira, que analisa os provimentos judiciais como atos negociais.¹⁷⁰

A partir da década de 2010 foi possível observar uma maior profusão de artigos e obras desenvolvendo o conceito de negócio jurídico processual e enfrentando problemas afetos ao exercício do poder de autorregramento da vontade no processo. Mas foi com a introdução, no substitutivo apresentado pela Câmara dos Deputados para o anteprojeto do CPC/2015 (PLC/SCD 8.046/2010), dos dispositivos que vieram a dar origem à redação final dos arts. 190 e 191 do Código, que os negócios jurídicos processuais passaram a figurar “na ordem do dia”. Desde então, tornaram-se comuns a explorações científicas em torno do tema, tendo sido publicadas teses, dissertações e obras focadas exclusivamente nos negócios jurídicos processuais e questões desafiadoras correlatas.

No que tange ao enfrentamento dos limites implícitos ao poder de autorregramento da vontade no processo – questão a ser objeto de investigação no terceiro capítulo deste trabalho –, destacam-se as pesquisas de Pedro Henrique Nogueira¹⁷¹, Antonio do Passo Cabral¹⁷² e Bruno Garcia Redondo¹⁷³, que dedicam seções exclusivas para tal desiderato. E tratando especificamente dos limites impostos pelo ordenamento ao objeto dos negócios processuais, as teses de doutoramento de Luiz Antonio Ferrari Neto¹⁷⁴, Guilherme Peres de Oliveira¹⁷⁵ e Daniel Gomes de Miranda¹⁷⁶, além das

¹⁷⁰ NOGUEIRA, *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*, 2011.

¹⁷¹ NOGUEIRA, *Negócios Jurídicos Processuais*, 2020.

¹⁷² CABRAL, *Convenções Processuais*, 2020.

¹⁷³ REDONDO, *Negócios jurídicos processuais atípicos no Direito Processual Civil brasileiro*, 2019.

¹⁷⁴ FERRARI NETO, Luiz Antonio. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial: tentativa de sistematização*. 2016. 239 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

¹⁷⁵ OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Negócio jurídico processual: a amplitude da cláusula geral de negociação no processo civil*. 2017. 202 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

¹⁷⁶ MIRANDA, Daniel Gomes de. *Controle judicial dos negócios processuais: possibilidades, limites e mecanismos*. 2020. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

dissertações de mestrado de Adriana Buchamnn¹⁷⁷, Tiago Augusto Leite Retes¹⁷⁸ e Renata Rodrigues Silva e Lima¹⁷⁹.

1.6 CONCLUSÕES PARCIAIS – CAPÍTULO I

Como visto no presente capítulo, a doutrina tradicional, sobretudo aquela formada sobre as bases de expansão da fase autonomista do processo, procurou depurar do Direito Processual categorias jurídicas consideradas típicas do direito privado, como é o caso do negócio jurídico. Com a conquista da autonomia científica do Direito Processual e a sua consolidação como ramo do direito público, os juristas se viram diante da necessidade de formulação dos conceitos e da identificação dos institutos que lhe são próprios, buscando, na maior parte dos casos, extirpar de suas construções teóricas as definições que fossem afetas ao direito material.

Por tais razões, no que se refere aos fatos jurídicos *lato sensu*, os processualistas século XIX e XX concentraram seus esforços na definição do ato processual, admitindo-o como espécie de ato jurídico *stricto sensu*. Salvo raras exceções, a doutrina se mostrou refratária à possibilidade de que fatos jurídicos em sentido estrito, atos-fatos jurídicos e negócios jurídicos – categorias então consideradas como pertinentes ao direito privado – pudessem assumir natureza processual e produzir efeitos no processo.

Em que pese a importância dos estudos e definições apresentadas pela doutrina em relação ao ato processual e sem olvidar que, de fato, a cadeia procedimental é formada essencialmente por atos processuais, concluiu-se que sem uma abordagem ampla dos fatos jurídicos processuais uma série de eventos naturais ou condutas humanas, de inegável valor para o processo, teriam sua natureza processual

¹⁷⁷ BUCHMANN, Adriana. *Limites objetivos ao negócio processual atípico*. 2017. 395 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

¹⁷⁸ RETES, Tiago Augusto Leite. *Limites às convenções processuais na sistemática recursal do processo civil democrático*. 2018. 140 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018.

¹⁷⁹ LIMA, Renata Rodrigues Silva e. *Limites dos negócios jurídicos processuais: um estudo sobre o objeto das convenções atípicas*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

desconsiderada pelo simples fato de não integrarem o procedimento ou por não consubstanciarem atos jurídicos em sentido estrito.

Somente com uma concepção ampla dos fatos jurídicos é que se pode enquadrar corretamente situações de evidente relevância para o processo, como a morte de uma parte, a alienação do objeto litigioso, a convenção de escolha do foro competente etc., como fatos processuais. No ponto, verificou-se que a Teoria do Fato Jurídico, por integrar a Teoria Geral do Direito, poderia perfeitamente ser transposta para o Direito Processual, ainda que com as devidas adaptações, ensejando a formulação de uma verdadeira Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais.

E assim, partindo da construção ponteana dos Fatos Jurídicos, é possível categorizar os fatos de relevo para o processo, inclusive aqueles ocorridos fora da relação processual, enquadrando-os nas respectivas subdivisões de fato *lato sensu*. No caso dos fatos ocorridos fora ou mesmo antes de insaturada a relação processual, a referibilidade a um procedimento (atual ou futuro) pode ser considerada, à luz da construção ponteana, um elemento completante do núcleo do suporte fático do fato jurídico, explicando, assim, sua natureza processual.

Perfeitamente possível, sob esta perspectiva, a atribuição da natureza processual aos negócios jurídicos ocorridos extraprocedimentalmente ou mesmo antes de instaurada a litispendência, conforme autorizado pelo art. 190 do CPC/2015, dispositivo que acertadamente não limitou a processualidade aos negócios celebrados no âmbito de uma relação jurídica processual.

No que se refere à cláusula geral de autorregramento da vontade no processo introduzida pelo art. 190 do CPC/2015, verificou-se que muito embora atualmente a admissibilidade da negociação processual típica e atípica seja ampla, o panorama doutrinário no Brasil e no mundo nem sempre se mostrou tão favorável à categoria.

Apesar de a previsão legal ter impulsionado a admissibilidade dos negócios jurídicos processuais atípicos no Brasil, defende-se aqui que o quadro constitucional que dá suporte ao processo civil brasileiro já os permitia *de lege lata*, como se abordará com maior vagar no próximo capítulo.

2 O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL NO ATUAL MODELO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Como etapa inicial da presente pesquisa, investigou-se os fundamentos, conceitos, classificações e evolução histórica dos negócios jurídicos processuais, tendo sido ainda demarcado o referencial teórico de análise da categoria, como integrante da Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais.

A abordagem realizada, de natureza propedêutica, possibilitou a consolidação das premissas conceituais básicas do tema, permitindo um avanço à etapa atual, em que se investigará o negócio jurídico processual no contexto do atual modelo de processo civil brasileiro, buscando elucidar como este sistema contrabalança o publicismo que lhe é ínsito com a possibilidade de que a vontade autorregrada determine a disposição de situações jurídicas processuais e a modulação do procedimento.

Objetiva-se, ainda, demonstrar como se dá o diálogo da cláusula geral de atipicidade de negociação com a principiologia do CPC/2015 e quais as possíveis vantagens decorrentes do instituto. Por fim, averigua-se o regime jurídico aplicável à categoria e os parâmetros legais expressos a serem observados pelo juiz para o controle de validade dos pactos processuais.

Reputa-se a compreensão destes temas como essencial para subsidiar a seção final da pesquisa, na qual os contornos do autorregramento da vontade no processo serão explorados.

2.1 AS IDEOLOGIAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

O tema dos negócios jurídicos processuais pode ser analisado sob ângulos diversos, a depender da ideologia prevalecente ao longo da história evolutiva do processo civil. Referidas ideologias refletem, antes de tudo, características essenciais das fases metodológicas às quais estiveram vinculadas.¹⁸⁰

¹⁸⁰ REDONDO, *Negócios jurídicos processuais atípicos no Direito Processual Civil brasileiro: existência, validade e eficácia*, 2019, p. 41-42.

Pode-se identificar, de uma maneira bastante simplificada, basicamente três ideologias que inspiraram as fases metodológicas do Direito processual Civil, adiante detalhadas.

2.1.1 Privatismo

A ideologia privatista prevaleceu durante a fase imanentista ou praxista do direito processual, marcada pela inexistência de uma dicotomia clara entre direito material e processual, sendo este encarado como mero apêndice daquele, ou seja, como um simples método de tutela de interesses subjetivos. Nesta perspectiva, “[...] o direito de ação é o direito material, num segundo estágio, após o seu inicial descumprimento”.¹⁸¹

À época a filosofia liberal individualista exercia forte influência sobre a elaboração e interpretação do direito civil, de modo que o processo, então de natureza acessória, também sofria os referidos influxos, consubstanciando-se em um modelo marcado pelo privatismo exacerbado, com intervenção mínima do Estado-juiz na tutela de direitos pelo processo.¹⁸²

Deste modo, visto o processo como mecanismo de tutela interesses subjetivos dos cidadãos, prevalecia a iniciativa das partes na condução do processo, assumindo o juiz um papel deveras passivo, praticamente inerte. Estas características formam o que se denomina modelo adversarial de processo, qualificado pela prevalência do princípio dispositivo em suas acepções material e processual¹⁸³, com impossibilidade de que o magistrado conhecesse de questões processuais de ofício e determinasse a produção de provas não requeridas pelas partes.¹⁸⁴

Constata-se, então, que neste modelo as partes assumem o protagonismo no processo, conduzindo seus rumos conforme melhor atenda à proteção de seus

¹⁸¹ KLIPPEL, Rodrigo. *Teoria geral do processo & teoria do processo civil brasileiro*. Indaiatuba: Editora Foco, 2018, p. 204.

¹⁸² MOREIRA, José Carlos Barbosa. Privatização do processo? *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v.1, n.3, 1998, p. 18.

¹⁸³ No sentido material ou próprio o princípio dispositivo indica que cabe às partes a iniciativa exclusiva para retirar a atividade jurisdicional da inércia e delimitar o objeto litigioso do processo. No sentido processual ou impróprio, a seu turno, princípio dispositivo determina que a atuação do juiz no processo seja passiva, subordinando-se aos rumos que as partes tomarem no desenvolvimento do procedimento.

¹⁸⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O processo, as partes e a sociedade: temas de direito processual* (oitava série). São Paulo, Saraiva, 2004, p. 33-36.

direitos subjetivos. Ainda não havia sido concebida a noção de jurisdição como função estatal com escopos jurídicos, políticos e sociais, de maneira a se exigir do Estado-juíz atuação mais incisiva em busca dos referidos objetivos, como se verifica nas ideologias adiante abordadas.

A concepção privatista perdurou até o advento da fase científica do direito processual, no século XIX, quando então passou-se a compreender o processo como instrumento público e autônomo em relação ao direito material.

2.1.2 Publicismo

Com a deflagração da fase científica do direito processual e a sua consolidação como ramo científico autônomo, de natureza pública, observou-se o desenvolvimento de uma ideologia diametralmente oposta à privatista.

Um dos marcos mais importantes para a derrocada da fase imanentista foi a “polêmica” entre Bernard Windscheid e Theodor Muther, ambos romanistas germânicos, entre 1856 e 1857. Windscheid inicialmente sustentou posição no sentido de o direito de ação representar a faculdade de se exercer a pretensão em juízo, objetivando a tutela de direitos subjetivos em face daquele que tivesse o contraposto dever de observância daqueles direitos, segundo o ordenamento jurídico. Muther, por sua vez, ao criticar o posicionamento de Windscheid, apresentou perspectiva que desencadeou a mudança do paradigma anterior de análise da ação como imanente ou adjetiva ao direito material, propondo-a como um direito exercido em face do Estado.¹⁸⁵

Outro passo rumo ao sepultamento da concepção imanentista adveio com Adolf Wach, também alemão, ao propor em 1885 a absoluta separação entre direito material e processual, valendo-se da ação declaratória negativa como fundamento primordial para demonstrar a abstração e autonomia da ação em relação ao direito material.¹⁸⁶

¹⁸⁵ KLIPPEL, *Teoria geral do processo & teoria do processo civil brasileiro*, 2018, p. 206-207.

¹⁸⁶ ANCHIETA, Natascha Silva. *Direito à tutela jurisdicional efetiva, ação e pretensão processual: uma análise da evolução das relações entre direito material e processo na perspectiva do estado democrático de direito*. 2013. 300 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito, UNISINOS, São Leopoldo, 2013, p. 110.

Mas foi com a propagação das reflexões propostas por Bülow em “A teoria das exceções e dos pressupostos processuais”, antes mesmo dos estudos de Wach, que se originou, de fato, a fase do processualismo científico, com a paulatina introdução dos ideais publicistas nas definições e construções teóricas em torno dos institutos do processo. Referido trabalho sedimentou a concepção da relação jurídica processual como autônoma e de natureza pública, formada pelos sujeitos parciais e pelo Estado-juiz, este em situação de superioridade em relação àqueles.¹⁸⁷

Com a difusão das ideias de Bülow, instaurou-se na ciência processual uma tendência de repulsa a todo e qualquer resquício dos conceitos imanentistas e da ideologia privatista no âmbito do processo, fortalecendo-se cada vez mais a perspectiva publicista. Havia, à época, necessidade de formulação teórica acerca dos institutos próprios do direito processual, o que foi efetivado pelos juristas sempre com olhos voltados à demarcação do direito processual como autônomo e integrante do ramo público do Direito. Iniciava-se, portanto, a expansão da ideologia publicista na vigência da qual, segundo Dinamarco, “surgiram os grandes tratados e importantíssimas monografias que são do conhecimento geral e serviram para possibilitar o uso adequado do instrumental que o direito processual oferece”.¹⁸⁸

Se o processo de outrora era visto como “coisa das partes” ou como o próprio direito subjetivo em um segundo estágio, após ter sido lesado, com a difusão do publicismo o Estado, na figura do juiz, passou a assumir cada vez mais o protagonismo do processo, determinando de forma imperativa a condução dos rumos do procedimento.

O trecho abaixo transcrito, de Arruda Alvim, bem sintetiza o que se expôs linhas acima, no contexto da consolidação da ideologia publicista:

De fato, em virtude da obra de Oskar Bülow e da influência da ZPO austríaca de 1895 (obra de Franz Klein), podemos afirmar que a concepção de processo civil de índole predominantemente privatista, visto como coisa das partes, foi gradativamente substituída por uma perspectiva pública, que valorizava o papel do Estado e a autonomia da relação processual. Dessa modificação paradigmática advieram o incremento dos poderes judiciais e a

¹⁸⁷ RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha Silva; DIETRICH, William Galle. Processualismo científico e “fases metodológicas do processo”: a tática erística do adjetivo científico e das “novas fases metodológicas”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 3, set./dez. 2020, p. 316.

¹⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 19.

indisponibilidade das normas processuais (e procedimentais), reduzindo-se a margem de dispositividade das partes.¹⁸⁹

A evolução da fase autonomista e a expansão do publicismo, de certo modo, correspondeu à concepção de Estado social, de feição intervencionista na busca pela isonomia material.¹⁹⁰ Transpondo esta filosofia para o processo, pode-se afirmar que o juiz passou a ser dotado de maiores poderes instrutórios e de condução formal do processo, o que ocasionou a mitigação do papel das partes, agora limitado a deflagrar a relação processual, delimitar o objeto litigioso e dispor de algumas situações jurídicas não relacionadas a normas de ordem pública.

Como decorrência direta do publicismo, sedimentaram-se as ideias de que o processo é iniciado pelas partes, mas deve se desenvolver por impulso oficial e de que o magistrado pode e deve conhecer de questões de ordem pública de ofício, independentemente de manifestação das partes. Passou-se, outrossim, a considerar as normas processuais, quase em sua totalidade, como cogentes, sendo exceção a dispositividade. Por óbvio, o espaço para manifestação da vontade das partes no processo ficou limitado às poucas situações em que a própria lei assim o permitisse.¹⁹¹

Estas características dão suporte ao denominado modelo inquisitivo de processo, em contraposição ao modelo adversarial, sendo evidente que o publicismo daquele modelo inspirou a elaboração dos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973.

2.1.3 Publicismo temperado pela atuação participativa dos sujeitos processuais: o processo cooperativo

Ultrapassado o momento inicial de expansão das investigações científicas relacionadas aos institutos fundamentais do processo, parcela da doutrina passou a tecer críticas a respeito do estudo do direito processual como campo autônomo do saber, sem que se tomasse em consideração as funções e escopos do processo, entre elas a de servir ao direito material.

¹⁸⁹ ALVIM, Eduardo Arruda. *Manual de direito processual civil*. 18. ed. São Paulo: RT, 2019, p. 614-615.

¹⁹⁰ RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha Silva. Uma “teoria do processo” sem processo? A breve história de uma ciência processual servil à jurisdição. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, a. 26, n. 103, jul./set. 2018, p. 179.

¹⁹¹ REDONDO, *Negócios jurídicos processuais atípicos no Direito Processual Civil brasileiro: existência, validade e eficácia*, 2019, p. 45.

A já mencionada necessidade de afirmação do processo como autônomo e a definição de seus institutos sob um viés exacerbadamente tecnicista levou a um paradigma de análise do direito processual como objeto de estudo que representava um fim em si mesmo, ou seja, desacompanhado de uma investigação crítica acerca de seus resultados como mecanismo de pacificação social e desconectado de valores como a justiça.¹⁹²

Este paradigma só veio a ser superado a partir da inauguração de uma nova fase metodológica do direito processual, denominada fase instrumentalista, em que “o processo passou a ser analisado sob um ponto de vista externo (e não mais sob a ótica introspectiva que marcou a fase autonomista) e examinado em seus resultados práticos”.¹⁹³ No que tange ao Brasil, o instrumentalismo passa a ter destaque a partir da obra de Dinamarco “A instrumentalidade do processo”, de 1987, que incorporou a postura científica de preocupação com os resultados práticos do processo e com as suas funções e objetivos primordiais, com vistas à efetividade da tutela jurisdicional.

Dinamarco realiza pertinente exame acerca dos escopos do processo, inclusive identificando escopos não essencialmente jurídicos, de ordem social e política, tornando evidente a relação de complementaridade entre direito material e direito processual, cabendo a este “[...] cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda plenitude todos os seus escopos institucionais”.¹⁹⁴ E como forma de garantir o pleno atingimento dos referidos escopos, o instrumentalismo propõe que a jurisdição ocupe papel central na Teoria do Processo, cabendo ao juiz a conformação do formalismo processual de maneira a melhor agasalhar o direito material.¹⁹⁵

Com a propagação das premissas instrumentalistas e o advento da Carta Magna de 1988, que promoveu significativa principalização do Direito, paulatinamente foi se consolidando uma nova perspectiva de análise do processo tendo como norte a Constituição e com vistas à realização da justiça substancial. Operou-se significativa mudança do paradigma hermenêutico, com incremento do papel da jurisprudência na

¹⁹² MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 19.

¹⁹³ MADUREIRA, Cláudio Penedo. Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS*, Porto Alegre, v. 10, n. 3, 2015, p. 255.

¹⁹⁴ DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo*, 1996, p. 270.

¹⁹⁵ MADUREIRA, *Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo*, 2015, p. 258.

construção do direito, além de uma profunda modificação no modelo de elaboração legislativa, com o emprego cada vez mais corriqueiro de normas de tecitura aberta.¹⁹⁶

Não obstante a alteração substancial de paradigma de exame do direito processual civil pelos juristas e aplicadores do direito, com espeque nos princípios e garantias constitucionais, na prática, continuou a se observar a prestação de uma tutela jurisdicional intempestiva, ineficiente e inefetiva, totalmente em descompasso com o inciso XXXV do art. 5º, da CRFB/1988. Assim, conquanto os avanços proporcionados pela metodologia instrumentalista tenham se revelado muito importantes para a compreensão dos institutos do processo sob o enfoque da efetividade da tutela jurisdicional, os escopos social, político e jurídico identificados por Dinamarco não vinham sendo realizados a contento, em função da crise de realização da justiça, que possui raízes em fatores múltiplos, de ordem institucional, jurídica, estrutural e gerencial.¹⁹⁷

Muito da referida crise se atribuía ao insucesso do CPC/1973 para lidar com as transformações sociais que lhe sobrevieram, ainda que seu texto tivesse passado por diversas reformas para harmonizá-lo com os comandos constitucionais e com a nova perspectiva científica de exame do processo civil.¹⁹⁸ É que o próprio contexto social e político em que forjado o Código de 1973 o tornara demasiadamente formal e apegado a um tecnicismo típico da fase autonomista do processo, muito embora as premissas que desencadearam o instrumentalismo já estivessem em desenvolvimento.

Mas não apenas condições de natureza legislativa vinham impactando na efetividade da tutela jurisdicional. É possível destacar, ainda, a estrutura inadequada e insuficiente do Poder Judiciário, o atraso na incorporação dos avanços tecnológicos no âmbito do processo judicial e a implementação de gestões administrativas desconectadas da eficiência gerencial¹⁹⁹. Especialmente nas últimas três décadas, a

¹⁹⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional*. 2005. 407 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 93.

¹⁹⁷ SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. A crise do Judiciário e a visão dos juízes. *Revista USP*, São Paulo, n. 21, 1994, pp. 37-41.

¹⁹⁸ MAZZEI, Rodrigo. Breve história (ou estória) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. In: DIDIER JR., Fredie; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Coleção novo CPC - Doutrina Seleccionada - Parte Geral*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, v. 1, 2016, p. 62.

¹⁹⁹ RODRIGUES, Marcelo Abelha. O novo CPC e a tutela jurisdicional executiva (parte 1). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 244, jun. 2015, pp. 91-92.

insuficiência da capacidade de pacificação social do Poder Judiciário para conter a litigância decorrente da massificação das relações sociais se tornou ainda mais perceptível, com Tribunais cada vez mais abarrotados de processos sem solução definitiva.

Estas circunstâncias desencadearam a necessidade de reformulação da legislação processual civil para que fosse produzido um novo Código integralmente sob a égide da CRFB/1988 e do regime democrático, com incorporação de toda a evolução científica e jurisprudencial ocorrida nos últimos anos, movimento que culminou com a edição do Código de Processo Civil de 2015.

Uma das inovações do atual Código foi a destinação, em seu Livro I da Parte Geral, de Capítulo exclusivo estabelecendo as normas fundamentais do processo civil, consubstanciando importantes vetores para a interpretação e aplicação da legislação processual.²⁰⁰ A partir de uma análise detalhada das normas fundamentais do CPC/2015 é possível verificar o propósito de tornar evidente que o processo civil precisa ser analisado e interpretado sob o viés das normas constitucionais, a fim de que a prestação da tutela jurisdicional resulte em decisão justa, tempestiva e que solucione efetivamente o litígio, em conformidade com as premissas da fase metodológica instrumentalista.

O CPC/2015 revela a sistematização de um modelo de processo substancialmente distinto daquele que lhe antecedeu, mais bem estruturado para a obtenção dos escopos do direito processual na realidade social ora vigente. E, neste passo, o Código de 2015 se afastou da perspectiva hiperpublicista que marcava o CPC/1973, instituindo uma estruturação formal policêntrica, que estimula a cooperação de todos os sujeitos processuais para a solução da contenda, nos termos de seu art. 6º. Como bem pontuou, Henrique de Souza Pimenta:

O modelo cooperativo de processo, ao transpor as características do Estado Democrático Constitucional para o ambiente processual, organiza a relação processual segundo uma comunidade de trabalho, no qual o trabalho processual deve ser realizado de forma conjunta entre os juízes e as partes.²⁰¹

²⁰⁰ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Normas fundamentais do código de processo civil de 2015: breves reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 2, jul./dez. 2016, p.42.

²⁰¹ PIMENTA, Henrique de Souza. *A cooperação no CPC-2015: colaboração, participação ou cooperação para o processo?* 2018. 149 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Programa

Não apenas a cooperação se estabeleceu como fundamento do sistema processual, como também o contraditório adquiriu novos contornos, sobretudo em razão da necessidade de que se conceda às partes a oportunidade de apresentarem suas razões a respeito de circunstâncias sobre as quais ainda não tenham se pronunciado e tenham, de fato, seus argumentos tomados em conta pelo julgador, seja para afastá-los, seja para corroborá-los.²⁰² Trata-se de paradigma que amplifica sobremaneira a participação dos sujeitos parciais no processo, demonstrando verdadeiro prestígio ao princípio democrático.²⁰³⁻²⁰⁴

Ainda tendo em consideração a participação dos sujeitos parciais, destaca-se a possibilidade de que o caminho para a solução do litígio seja construído sob a lógica cooperativa, via celebração de negócios jurídicos processuais atípicos procedimentais. Assim, a participação na construção da solução de demandas não mais se resume ao exercício do contraditório para conformar o provimento decisório, mas se expande para abranger a possibilidade de que o próprio procedimento a ser trilhado seja definido pelas partes, prestigiando a consensualidade – esta, inclusive, alçada ao status de norma fundamental, a teor do art. 3º, § 2º, do CPC/2015.²⁰⁵

Pode-se dizer que o sistema processual civil brasileiro se tornou significativamente mais maleável com o CPC/2015, ante a possibilidade de modulação formal atípica e a combinação de técnicas especiais de procedimentos específicos com o procedimento comum.²⁰⁶ Como bem assevera José Roberto dos Santos Bedaque,

de pós-graduação em Direito Processual, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2018, p. 39-40.

²⁰² MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 112.

²⁰³ AUILO, Rafael Stefanini. *O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 34.

²⁰⁴ Vale destacar que os magistrados, responsáveis por exercer as funções típicas do Poder Judiciário, não são eleitos pelo voto popular. Assim, como forma de se garantir a participação popular no âmbito do Poder Judiciário, é necessário conferir espaço aos jurisdicionados para que exerçam influência na conformação das decisões a serem tomadas pelos juízes, bem como participem ativamente do processo, em divisão de tarefas com a autoridade judicial, pois “quem diz democracia, diz, do mesmo passo, máxima presença do povo no governo, porque sem participação popular, democracia é quimera, é utopia, é ilusão, é retórica, é promessa sem arrimo na realidade [...]” BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma nova legitimidade*. 3. ed. Malheiros: São Paulo, 2003. p. 283.

²⁰⁵ CABRAL, *Limites da liberdade processual*, 2019, p. 91.

²⁰⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 48, n. 190, abr./jun. 2011, p. 171.

“trata-se da concepção de um modelo procedimental flexível, passível de adaptação às circunstâncias apresentadas pela relação substancial”.²⁰⁷

Toda este incremento das possibilidades de participação, inclusive de forma cooperativa, não representa, no entanto, um retorno ao modelo adversarial e privatista característico da fase imanentista, em que predominava a iniciativa das partes para a condução formal do processo. O processo civil ainda consubstancia ambiente público de solução de conflitos mediante atuação do Estado, via jurisdição, com normas estabelecidas para a proteção de interesses públicos, em regra inderrogáveis.²⁰⁸

Admitir que o sistema processual civil brasileiro, atualmente, possibilita uma melhor divisão de tarefas, com mitigação do protagonismo judicial e uma maior abertura à participação dos sujeitos parciais não significa, em absoluto, o abandono da perspectiva publicista. Em função disto, defende-se aqui que a ideologia contemporânea do processo civil brasileiro é a publicista, temperada, contudo, pela atuação participativa da partes, consoante o regime democrático.

2.2 DA COMPATIBILIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS COM O SISTEMA PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO E O SEU POTENCIAL DE PROMOÇÃO DE UM ACESSO QUALIFICADO À JUSTIÇA

Fixados os contornos do publicismo processual civil sob a égide do CPC/2015, que comporta abertura à construção consensual do *iter* procedimental e é norteado por norma fundamental que constrange os sujeitos do processo a atuarem de forma cooperativa para a solução da controvérsia, em um ambiente policêntrico, faz-se necessária a verificação de como o sistema recepciona e interage com a negociabilidade processual atípica, assim como a demonstração de como referido mecanismo pode contribuir para a consecução de um acesso à justiça mais qualificado, tendo em conta as peculiaridades do caso concreto, se mostrando condizente com o devido processo legal.

²⁰⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p.69.

²⁰⁸ GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, Salvador, v. 4, n. 1, jan./abr. 2013, p. 57.

2.2.1 O princípio do debate e o papel das partes na estruturação do procedimento

Conforme já detalhado no Capítulo anterior, ao tratar do princípio do autorregramento da vontade no processo, o exercício da liberdade processual pode ser considerado sob o ângulo dos princípios dispositivo e do debate.

Nos termos do que preconizado por James Goldschmidt, “o princípio processual dominante e de maior interesse no processo é o princípio dispositivo, supondo que no direito processual e civil pesa sobre as partes a carga de proporcionar os fundamentos da sentença [...]”.²⁰⁹ Assim, partindo do viés do princípio dispositivo (*Dispositionsmaxime*), confere-se às partes o poder de retirar a jurisdição da inércia, estabelecer os contornos da demanda e de disposição acerca do objeto litigioso.²¹⁰

De seu turno, o princípio do debate ou princípio dispositivo em sentido processual (*Verhandlungsgrundsatz*) confere às partes a autonomia para condução do procedimento e a disponibilidade sobre direitos fundamentais processuais.²¹¹ Note-se, assim, que a negociação processual atípica decorre do princípio dispositivo em sentido processual que, segundo Antonio do Passo Cabral, tem uma natureza técnica e se origina a partir de uma escolha política, tal qual aquela que culminou com a introdução do art. 190 no CPC/2015.²¹²

O princípio do debate possui íntima relação com o modelo cooperativo e policêntrico assumido pelo CPC/2015 e, com base na premissa de que se é dado às partes o poder de escolha entre opções que poderiam efetivamente afetar o resultado do julgamento de suas demandas (v.g. decidir entre o procedimento comum e o do juizado especial), *a fortiori*, também lhes será possível escolher de forma consensual os caminhos para o deslinde do conflito, torna-se evidente que a máxima do debate representa uma das fontes de ampliação do protagonismo das partes no processo civil brasileiro.²¹³

²⁰⁹ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Labor, 1936, p. 82.

²¹⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da "divisão do trabalho" entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, jan./mar. 1986, p. 9.

²¹¹ CABRAL, *Convenções Processuais*, 2020, p. 174.

²¹² CABRAL, *Convenções Processuais*, 2020, p. 175.

²¹³ CABRAL, *Convenções Processuais*, 2020, p. 176.

Como visto, não mais se admite no processo civil brasileiro o viés exacerbadamente publicista de protagonismo judicial na condução do procedimento, havendo espaço para uma atuação mais ativa e democrática das partes na modulação do *iter* procedimental que se seguirá para a resolução da demanda. E, como se discute no item seguinte, em regra, cabe ao magistrado apenas controlar os termos do negócio jurídico processual atípico para aferir a sua validade, prevalecendo o convencionalizado em caso de dúvida quanto à higidez do pacto.

2.2.2 Espaço de liberdade para a conformação do procedimento em face da atividade do juiz: a máxima *in dubio pro libertate*

Quando se aborda a flexibilização ou modulação procedimental por intermédio da celebração de acordos processuais atípicos, um dos questionamentos que logo exsurge diz respeito à posição do juiz diante das regras convencionalizadas.

Existem na legislação procedimentos especiais, destinados a tutelar questões específicas de direito material e, de outro turno, o procedimento comum, que serve a uma variedade de situações jurídicas genéricas e representa o padrão de referência para os demais procedimentos, codificados ou não.²¹⁴ Estes procedimentos, ainda que o magistrado os repute, eventualmente, insuficientes ou não inteiramente adequados à tutela dos direitos a que se propõem, representam as escolhas do legislador e, como já defendemos, não podem ser desconsiderados pelo juiz ou modificados de ofício, salvo para a promoção de ajustes procedimentais mínimos destinados a otimizar a prestação jurisdicional, garantido o contraditório às partes.

Mas, e quando a alteração procedimental decorre da autonomia conferida pelo ordenamento às partes, nos termos do art. 190 do CPC? Como conciliar os poderes atribuídos ao juiz, entre eles o de controlar a validade da convenção, com a prerrogativa conferida aos sujeitos parciais para, atendidos certos requisitos, modificarem o procedimento?

É no âmbito destas questões desafiadoras que ganha relevo a máxima *in dubio pro libertate*, desenvolvida por Peter Schlosser, ao estabelecer uma presunção relativa de validade do negócio jurídico processual, a ser afastada pelo magistrado apenas

²¹⁴ DIDIER JR.; CABRAL; CUNHA, *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais*, 2021, p. 16-19.

quando constatada, de forma inequívoca, a sua nulidade.²¹⁵ Neste sentido, limita-se a discricionariedade judicial diante de uma atuação legítima das partes, nos contornos delineados pelo ordenamento jurídico para o autorregramento da vontade no processo.

Uma das consequências principais de se considerar que o CPC/2015 adotou a referida premissa se relaciona à necessidade de que o magistrado fundamente de maneira mais robusta a decisão que afastar a aplicação do negócio processual, demonstrando de forma específica por qual razão a presunção de validade da avença não se confirma na hipótese sob seu crivo. Antonio do Passo Cabral apresenta raciocínio que corrobora esta proposição, ao identificar que o termo “somente” incluído no parágrafo único do art. 190, do CPC/2015, denota que as convenções processuais são, *prima facie*, válidas, devendo o magistrado recusá-las unicamente quando constatar nulidade, inserção abusiva em contrato de adesão ou que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.²¹⁶

Em outros termos, a inaplicabilidade do negócio jurídico processual deve ser efetivamente demonstrada pelo magistrado, de maneira fundamentada, caso contrário prevalecerá o ajuste de vontade das partes.

Conquanto este trabalho adira à premissa sustentada por Antonio Cabral, faz-se necessário reiterar que a presunção de validade do negócio processual é relativa e, segundo aqui se defende, ainda que descartada qualquer nulidade, pode ser que o pacto não mereça aplicação caso se revele improfícuo para a consecução dos efeitos almejados.

Explica-se. O art. 190, caput, do CPC/2015 é claro ao possibilitar a pactuação de mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa, ou seja, as alterações intentadas deverão se ater à finalidade de tornar a cadeia procedimental mais adequada à resolução do conflito, se comparada com o procedimento *standard* previsto para o caso concreto. Como assevera Flávio Yarshell, “pode soar óbvio, mas

²¹⁵ SCHLOSSER, *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß*, 1968, p. 10.

²¹⁶ CABRAL, *Convenções Processuais*, 2020, p. 181.

convém lembrar que a possibilidade de criação de regras pelas partes deve se prestar a racionalizar o processo; e não torná-lo menos eficiente”.²¹⁷

Assim, ainda que a presunção de validade da convenção não seja afastada pelo magistrado, é possível recusar-lhe aplicação caso se verifique, no caso de alteração procedimental, a improficuidade ou inconveniência da modificação para uma solução mais condizente com o acesso substancial à justiça.

2.2.3 A cláusula geral de atipicidade de negociação como fonte de norma procedimental

O termo “fontes do direito”, segundo lição de Tercio Sampaio Ferraz Jr., pode ensejar interpretações diversas, “posto que por fonte quer-se significar simultaneamente e, às vezes confusamente, a origem histórica, sociológica, psicológica, mas também a gênese analítica, os processos de elaboração e dedução de regras obrigatórias, ou ainda a natureza filosófica do direito, seu fundamento”.²¹⁸

Conquanto a lei seja a fonte formal principal do direito brasileiro, admitem-se outras fontes das quais pode-se haurir fundamento normativo, como a jurisprudência, doutrina, costumes e as fontes negociais.

Em virtude da cláusula geral de atipicidade de negociação, o pacto processual validamente celebrado assume natureza normativa, consistindo, assim, em fonte de regra procedimental.²¹⁹ No âmbito da autonomia conferida pelo sistema processual civil brasileiro às partes, há espaço para a atuação negocial supletiva ou complementar da legislação, bem como para a atuação primária, criando a norma a ser aplicável ao caso ou mesmo derogando eventual norma procedimental existente.²²⁰

O negócio jurídico processual atípico procedimental válido e eficaz supre a ausência de normas legisladas ou as complementa, mediante vontade autorregrada das partes,

²¹⁷ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 80.

²¹⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 221.

²¹⁹ REDONDO, *Negócios jurídicos processuais atípicos no Direito Processual Civil brasileiro*, 2019, p. 92.

²²⁰ CABRAL, *Convenções Processuais*, 2020, p. 183.

obrigando-as mutuamente e constringendo o próprio órgão jurisdicional a lhes dar aplicabilidade, salvo se considerada nula a avença.

Como visto no capítulo anterior, o art. 190 do CPC/2015 representa o fundamento legal expresso da normatividade dos negócios atípicos, mas não o único alicerce a legitimar o poder de autorregramento da vontade no processo, que decorre diretamente do direito fundamental à liberdade, do devido processo legal e da sistemática cooperativa e consensual do modelo de processo civil vigente no Brasil.

2.2.4 A ruptura com o dogma do interesse público no processo e a ampliação da consensualidade no Direito Público

Outra condição que reforça a receptibilidade do sistema processual civil brasileiro aos negócios jurídicos processuais atípicos consiste na ruptura com a máxima da prevalência inexorável do interesse público no processo, que remonta à fase metodológica científica do Direito Processual.

Por muito tempo predominou a visão de que o processo se desenvolve unicamente para alcançar fins públicos, que se colocam em patamar de supremacia em relação ao interesse individual das partes, o que resultou na adoção, por parte dos juristas e aplicadores do Direito, de posicionamento refratário à abertura de espaços para a derrogação de normas processuais no interesse dos sujeitos parciais.

Contudo, de acordo com as premissas do momento ideológico atual, não mais se sustenta uma absoluta desconsideração dos interesses privados no processo, devendo ocorrer um equilíbrio de forças para que o publicismo prevaleça somente até o limite necessário para resguardar a melhor prestação da tutela. Como bem pontua Robson Renault Godinho, “o déficit democrático que se vê nos processos não será sequer amenizado se o discurso persistir unicamente no protagonismo judicial, assim como será agravado se houver uma exclusividade privatística dos rumos do processo.”²²¹

²²¹ GODINHO, Robson Renault. *Convenções sobre o ônus da prova: estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro*. 2013. 259 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 32.

É bom pontuar que mesmo em outros ramos do Direito Público, também *a priori* infensos à veiculação de interesses privados, como o administrativo, penal e tributário, tem-se detectado cada vez mais a abertura de espaços para uma convivência equilibrada entre o interesse público e o privado, ainda que aquele se coloque em posição de supremacia.

No campo da consensualidade, é possível observar significativos avanços em áreas antes marcadas pelo dogma da inafastabilidade do interesse público, havendo atualmente terreno para a manifestação da vontade e do consenso, como no caso do acordo de não persecução penal (Lei 13.964/2019) e da arbitragem em demandas envolvendo a Administração Pública (Lei 13.129/2015), revelando que, “com isso, a postura original do Estado, geralmente imperativa e autoritária, está, aos poucos, cedendo a um comportamento mais maleável, dialogado, paritário e participativo com o particular [...]”.²²²

Até no âmbito do microssistema de tutela coletiva, notadamente de caráter publicista, há possibilidade de atuação com base em juízo de conveniência e oportunidade, ainda que de forma contida, o que mitiga o dogma da inafastabilidade do interesse público.²²³

A possibilidade de atuação consensual para a modulação do procedimento se insere nessa toada de mitigação da consagrada ideia de supremacia inafastável do interesse público e de ampliação da consensualidade. No ponto, impende destacar que também o conceito clássico de jurisdição, instituto fundamental da Teoria Geral do Processo, evoluiu para abranger além da justiça estatal, as justiças consensual e arbitral. Assim, “jurisdição, na atualidade, não é mais poder, mas apenas função, atividade e garantia. E, sobretudo, seu principal indicador é o de garantia do acesso à justiça, estatal ou não, e seu objetivo, o de pacificar com justiça”.²²⁴

A concepção atual de jurisdição parece ter orientado o tratamento da matéria no CPC/2015, que dispôs, em seu art. 3º, que não se afastará da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. Note-se que, ao contrário do que se observa no inciso

²²² CABRAL, Limites da liberdade processual, 2019, p. 36.

²²³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 4, p. 109.

²²⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 20.

XXXV, do art. 5º, da CRFB/1988, o CPC/2015 se vale do termo “apreciação jurisdicional”, que é mais amplo do que “Poder Judiciário” e abarca as justiças arbitral e consensual.²²⁵ E mais, o CPC/2015 dispõe ainda, como desdobramento do mesmo dispositivo, que a arbitragem é permitida, na forma da lei, e que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

Propõe-se aqui exegese do art. 3º (caput e parágrafos) no sentido de que a justiça consensual deverá ser a primeira e principal via de acesso à justiça disponibilizada pelo Estado, somente sendo legítimo o tratamento tradicional, via decisão adjudicada, se não for possível ou adequada a solução consensual. O raciocínio decorre da interpretação *contrario sensu* do parágrafo 3º, do art. 3º, do CPC/2015: se cabe ao Estado promover, sempre que possível, a solução consensual dos litígios, o tratamento por heterocomposição será residual.

E neste sentido, com a abertura do sistema para que o consenso se forme inclusive em relação aos caminhos para a solução do conflito (procedimento), há incremento significativo do potencial de realização da justiça, nos termos constitucionalmente previstos.

2.2.5 Os negócios jurídicos processuais atípicos no contexto dos métodos adequados de tratamento de conflitos

A Constituição da República de 1988 prevê o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, inciso XXXV), consagrando a impossibilidade de negativa de tutela jurisdicional, em caso de lesão ou ameaça a direito. Do mesmo dispositivo constitucional, extrai-se a garantia de acesso à justiça, que deve ser amplo e efetivo. Para tanto, ao longo do texto da CRFB/1988 são previstos diversos direitos fundamentais objetivando resguardar o acesso efetivo à justiça, como as garantias decorrentes do devido processo legal e a assistência jurídica integral e gratuita.

Todavia, o acesso à justiça, em sua perspectiva contemporânea, não compreende apenas a garantia de exercício do direito de ação perante os órgãos do Poder Judiciário, mas, de igual modo, consagra a justiça arbitral e a consensual. Neste

²²⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. STANCATI, Maria Martins Silva. A resignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, abr. 2016, p. 20.

sentido, pode-se falar, em uma abordagem inicial, que existem outros métodos adequados de solução de conflitos para além do modelo adjudicatório e que igualmente são suscetíveis de promover um acesso justo e efetivo à justiça.

A classificação dos mecanismos de tratamento de conflitos os segrega entre heterocompositivos e autocompositivos. Os primeiros são marcados pela presença de um terceiro, estranho e imparcial, a quem caberá a decisão do conflito. Entre os mecanismos heterocompositivos, inserem-se a jurisdição estatal e a arbitragem. Já os autocompositivos se caracterizam pela atuação dos próprios sujeitos parciais na construção da solução do litígio. Destacam-se como métodos autocompositivos a conciliação, a mediação e a negociação.

Importante consignar que a presença de um terceiro não se limita aos métodos heterocompositivos, sendo nota distintiva também dos mecanismos de autocomposição, com exceção da negociação, que se cinge às partes. De fato, a conciliação e a mediação são desenvolvidas com a participação de um terceiro – conciliador ou mediador, conforme o caso – que atuará segundo as técnicas de cada método buscando a solução consensual do litígio.²²⁶

Diante deste quadro, os negócios jurídicos processuais atípicos podem ser considerados como uma espécie de autocomposição de natureza meramente processual. Abre-se espaço, assim, para a formação de consenso também sobre aspectos processuais e procedimentais, incrementando o instrumental à disposição das partes para obtenção de um acesso qualificado à justiça.

Nos termos das considerações feitas acima, as convenções processuais poderão ser entabuladas por negociação ou mesmo obtidas a partir da intermediação de um terceiro – juiz, conciliador, mediador etc. –, a depender das circunstâncias. De fato, conforme se extrai dos parágrafos 2º e 3º do art. 3º do CPC/2015, é dever do juiz e de todos que de alguma forma atuem no sistema de justiça – estatal, privado ou consensual – a busca pelo desfecho consensual, que pode se limitar à composição de ordem processual.

²²⁶ MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Métodos ou tratamento adequados dos conflitos?. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, Curitiba, a. 3, n. 1, maio 2018, p. 336-337.

2.2.6 Os negócios jurídicos processuais atípicos como propiciadores de uma melhor divisão de tarefas na adequação procedimental

Como já demonstrado, o modelo cooperativo busca proporcionar maior equilíbrio entre o papel das partes e do juiz no processo, constringendo o juiz a atuar de maneira dialógica, assegurando às partes a efetiva possibilidade de participação e influência no conteúdo das decisões a serem por ele proferidas. Neste modelo, o magistrado é encarado como participante do processo, possuindo os deveres de esclarecimento, lealdade, diálogo, consulta, prevenção e auxílio.²²⁷

Também a relação entre as partes deve ser cooperativa e pautada na boa-fé e lealdade. Contudo, conforme bem pontuado por Antonio do Passo Cabral, não se deve encarar de maneira ingênua a necessidade de cooperação *inter partes*, como se disso decorresse uma necessidade de interação estritamente harmônica entre elas, algo que se mostra até incongruente se partirmos da premissa de que há interesses antagônicos em disputa no processo.²²⁸

De qualquer forma, ante a positivação do princípio da cooperação (*ex vi* do art. 6º, CPC/2015), “partes e juiz devem compartilhar o dever de solucionar o litígio de maneira équa, eficaz e razoavelmente rápida. Repartir é também tomar parte, não é distanciamento e diferença, mas encontro e colaboração”.²²⁹ Assim, embora não se espere uma colaboração demasiada, que beire a utopia, uma atuação cooperativa ao menos no que se refere aos termos procedimentais será bem-vinda, malgrado os interesses materiais contrapostos.

Uma das dimensões da cooperação é a confluência de vontades para submeter o litígio a caminho diverso do legalmente previsto, antevendo as partes que um *design* procedimental diferenciado potencialmente conduzirá a uma solução mais condigna com a realização da justiça. Caso não se admitisse a flexibilização procedimental atípica a cargo das partes, ter-se-ia que a limitar ao alvitre do juiz, ideia deveras autoritária e que pretende alçar o juiz a uma posição de “[...] sujeito suprafactual que – embora mergulhado em excesso de trabalho, pressão por produtividade e

²²⁷ SOUSA. *Imparcialidade*, 2021, v. 2, p. 346-347.

²²⁸ CABRAL, *Convenções Processuais*, 2020, p. 236.

²²⁹ CABRAL, *Convenções Processuais*, 2020, p. 237.

fragilidades cognitivas – é perito em adaptar perfeitamente o procedimento legal *secundum casum*²³⁰, com o que não se pode concordar.

Nesse contexto, conclui-se que os negócios jurídicos processuais potencialmente ensejam uma melhor divisão de tarefas entre partes e juiz no que se refere à adequação do procedimento. Àquelas elas cabe deliberar entre si e convencionar acerca da modificação do procedimento para subsumi-lo às circunstâncias peculiares do litígio, enquanto ao juiz cabe apreciar apenas se o conteúdo do negócio se encontra em conformidade com o direito, ou ainda, em prestígio ao dever de cooperação, propor os ajustes que reputar atinentes ao caso, submetendo-os ao debate que o contraditório demanda.

Neste formato, há respeito à liberdade e autonomia conferida pelo ordenamento às partes, sem, contudo, descuidar de que ao juiz é atribuído o poder de controlar a validade do negócio processual, atividade de deverá ser precedida da oportunização do contraditório.

2.2.7 Os negócios jurídicos processuais como mecanismo de promoção da eficiência, da duração razoável do processo e da economia processual

Na seara Administrativa, a eficiência é tomada como princípio que orienta “o melhor exercício das missões de interesse público e coletivo que incumbem ao Estado, que deve obter a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico com os menores gastos, custos e desgastes possíveis [...]”.²³¹ O princípio da eficiência também tem aplicação no Poder Judiciário, em sua atividade-fim, até porque é possível enxergar a tutela jurisdicional como uma espécie de serviço público, conforme preceitua Remo Caponi:

[...] Essa mudança de perspectiva – a Justiça de função estatal a serviço público – faz com que o sistema político seja chamado hoje, mais urgentemente do que no passado, a responder às expectativas de eficiência provenientes dos usuários do serviço judiciário e, portanto, a medir e a incentivar a sua qualidade, a sua produtividade etc. Essa perspectiva reage ainda com a própria elaboração e conformação dos princípios jurídicos do

²³⁰ COSTA, Eduardo José da Fonseca. O devido processo legal e os indevidos processos infralegal e extralegal. Empório do Direito, Florianópolis, 31 jul. 2018. Seção de artigos. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/o-devido-processo-legal-e-os-indevidos-processos-infralegal-e-extralegal>. Acesso em: 01/03/2022.

²³¹ REDONDO, Bruno Garcia. Eficiência da prestação jurisdicional e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. *Revista Jurídica UNIGRAN*, Dourados, v. 15, n. 30, Jul./Dez. 2013, p. 98.

processo que tendem, hoje mais do que no passado, a extrair de seu bojo a visão de uma gestão eficiente, em que pese a escassez de recursos dedicados à Justiça.²³²

Conquanto a eficiência se aplique à tutela jurisdicional independentemente de previsão infraconstitucional²³³, por ser corolário do devido processo legal, destaca-se que com o CPC/2015 a aplicabilidade do princípio ao Poder Judiciário, em sua atividade-fim, se tornou ainda mais evidente, uma vez que o referido código alçou a eficiência ao *status* de norma fundamental em seu art. 8º²³⁴.

O princípio da eficiência aplicado à tutela jurisdicional se relaciona estreitamente com a economia processual e a razoável duração do processo. Pode-se afirmar, destarte, que estes últimos estão inseridos no conteúdo da eficiência processual.

A economia processual pode ser definida como “[...] a aplicação do princípio de menor esforço à atividade jurisdicional, e não só em cada processo, mas igualmente em referência a vários processos relacionados entre si: importa obter o máximo resultado na atuação da lei com o mínimo emprego possível de atividade processual”.²³⁵ Pode ser encarada sob a perspectiva endoprocessual (ou interna), compreendendo a relação entre os atos e as diversas fases de um processo, objetivando a racionalização da utilização do aparato processual ou, ainda, sob o viés ultraprocessual (ou externo), implicando na necessidade de se evitar atividades, diligências ou despesas supérfluas, buscando o máximo aproveitamento do processo e com vistas a evitar a projeção das questões cognoscíveis para novos processos.²³⁶

²³² CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 192, fev. 2011, p. 400-401.

²³³ Embora prevalecente, não se trata de posicionamento unânime entre os juristas: “[...] Deste modo, a função jurisdicional de busca da verdade não se compatibiliza com o dever de eficiência, o qual remete à necessidade de uma prestação jurisdicional célere, baseada em mecanismos de padronização das decisões judiciais. Sob outro enfoque, não é possível desprezar totalmente o papel que a eficiência desempenha na função secundária do Judiciário, a tarefa de administrar seus próprios órgãos.” CADEMARTORI, Sérgio Urqhart; ROSA, Alexandre Morais da; BORBA, Isabela Souza de. O dilema da eficiência na democracia constitucional. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 326.

²³⁴ CPC/2015, Art. 8º: Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

²³⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 131, v. 1.

²³⁶ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il principio di economia processuale*. Padova: CEDAM, 1980, p. 71, v. 1.

Já a duração razoável do processo se encontra prevista no inciso LXXVIII do art. 5º, da CRFB/1988, incluído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, assim como no art. 4º do CPC, “tornando fora de dúvida o dever de o Estado dar tempestividade à tutela jurisdicional, mediante prestações do legislador, do administrador e do juiz.”²³⁷

Deve-se ter em consideração que o termo “razoável duração” não necessariamente remete à celeridade da tramitação processual. A norma garante uma tutela jurisdicional tempestiva, que demande apenas o tempo necessário para entregar, com justiça, o bem da vida, nos termos da célebre passagem de Chiovenda: “o processo deve dar, tanto quanto possível, a quem tem um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo a que ele faz jus”.²³⁸

Chama-se atenção, ainda, para o fato de que a duração razoável a que alude a Constituição e o Código de Processo Civil é da tutela jurisdicional efetiva e não do processo, pura e simplesmente, pois é cediço que o processo há de tomar o tempo necessário para que as questões postas sejam analisadas com a profundidade que se requer, percorrendo todo o *iter* necessário para a obtenção da conclusão mais condizente com o acesso substancial à justiça, vez que “é uma garantia inerente ao Estado de direito que não se prive sujeito algum de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (CRFB, art. LIV)”²³⁹.

Postas estas premissas, é de se reconhecer que há fundamento principiológico no CPC/2015 para uma atuação cooperativa, flexível, com possibilidade de modulação procedimental por atividade convencional das partes para, em certos casos, proporcionar ganhos em termos economia processual ou ainda contribuir para uma gestão mais eficiente do processo, que promova a solução integral da demanda em tempo razoável.²⁴⁰

²³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. *Estação Científica* (Ed. Especial Direito), Juiz de Fora, v. 1, n. 4, out./nov. 2009, p. 84.

²³⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. De la acción nacida del contrato preliminar. In. *Ensayos de derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1949, p. 214, v. 1.

²³⁹ OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual* - conceito e efeitos da conexidade a serviço dos escopos do processo. 2006. 327 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-graduação em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Vitória, 2006, p. 258.

²⁴⁰ ANDRADE, Erico. Gestão processual flexível, colaborativa e proporcional: cenários para implementação das novas tendências no CPC/2015. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 76, jan./jun. 2020, p. 185.

O procedimento *standard*, ordinarizado, é característica marcante de um modelo de produção legislativa já superado, tendo sido revelada a insuficiência do direito codificado para tutelar de forma abrangente todas as situações materiais que a sociedade, com arranjos cada vez mais complexos, pode proporcionar. Em um primeiro momento, ao menos no que toca ao direito processual, os procedimentos especiais surgiram como técnica apta a oferecer uma tutela diferenciada para os casos que apresentam especificidades, demandando técnicas peculiares. Contudo, mesmo a existência de procedimentos especiais não se mostrou suficiente para resguardar todas as hipóteses que demandam técnicas especiais, crescendo a pressão por adaptabilidade e flexibilidade procedimental atípica, a fim de diversificar as formas de tutela de maneira proporcional à complexificação das relações sociais.²⁴¹

Nestes termos, o *design* procedimental por atividade das próprias partes, cientes que são de suas necessidades e das circunstâncias peculiares da situação material subjacente ao processo, assume especial relevo e “traduz poderosa técnica de gerenciamento em favor da eficiência”.²⁴² Também no que concerne à duração razoável e à economia processual é possível vislumbrar potencial para resolução mais enxuta de demandas, com supressão de atos ou substituição de técnicas para atingir a efetiva tutela jurisdicional em tempo mais condizente com o acesso à ordem jurídica justa.

Aliás, há na doutrina sólidos argumentos, aos quais se adere, para considerar que a licitude do objeto dos negócios jurídicos processuais atípicos procedimentais dependerá, entre outros fatores, da perseguição de um desenho que proporcione uma solução mais eficiente, conforme bem pontua Bruno Garcia Redondo:

Como o procedimento legal (comum ou especial) ainda é o rito exige-se, para a validade do negócio jurídico processual, que ele confira igual ou maior efetividade à tutela jurisdicional (ou à garantia constitucional) ou igual ou maior eficiência à prestação jurisdicional. A efetividade em igual ou maior grau pode ser conferida tanto à tutela jurisdicional (proteção mais efetiva da própria *res in iudicium deducta*), quanto a alguma garantia constitucional.

²⁴¹ CABRAL, *Convenções Processuais*, 2020, p. 241-242. No mesmo sentido, Aylton Bonomo Júnior: “os procedimentos especiais, criados abstrata e previamente pelo legislador, não são suficientes, em todos os casos, para atender um dos objetivos do processo: prestar tutela jurisdicional de direito de forma adequada”. BONOMO JÚNIOR, Aylton. *Utilização das técnicas processuais diferenciadas do mandado de segurança no procedimento comum tributário, sob a perspectiva do princípio da adequação jurisdicional*. 2017. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Programa de pós-graduação em Direito Processual, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017, p. 75.

²⁴² CABRAL, *Convenções Processuais*, 2020, p. 241-247.

Portanto, a negociabilidade processual atípica se mostra adequada e compatível, outrossim, com o sistema mais maleável e adaptável atual, que visa o atingimento de resultados mais fidedignos e eficientes, fato que já vem sendo constatado inclusive pela doutrina estrangeira.²⁴³

2.2.8 Balanço conclusivo: os negócios jurídicos processuais atípicos e a sua compatibilidade com o devido processo legal

Com base no que se investigou nos itens precedentes, verifica-se que os negócios jurídicos processuais se inserem no ponto de equilíbrio entre o publicismo processual e a tendência contemporânea que revelou ser direito das partes, em cooperação entre si e com o órgão jurisdicional, participar não apenas da construção do provimento jurisdicional, via contraditório, mas da condução formal do procedimento, em atenção ao princípio do debate e ao autorregramento da vontade.

A partir do paulatino rompimento com o dogma do interesse público no processo, permitiu-se notar que há espaço para uma atuação coordenada entre os sujeitos do processo, cada qual atuando em seu *locus* adequado e com o feixe de poderes, deveres, ônus e faculdades que lhes são próprios. Está mais do que evidente que a o formalismo processual admite derrogação parcial em favor da prevalência daquilo que for validamente convencionado pelas partes, até mesmo em função da positivação da cláusula geral do art. 190 do CPC.

Deveras, a cláusula geral de atipicidade de negociação dá suporte à normatividade dos negócios jurídicos processuais validamente celebrados, não havendo dúvidas a respeito da aplicabilidade das convenções, independentemente de concordar ou não o magistrado com a sua conveniência e oportunidade, uma vez que o Código adotou a máxima *in dubio pro libertate*, que estabelece uma presunção a favor da validade e eficácia do pacto processual, a ser afastada somente mediante fundamentação contundente e adequada do juiz.

²⁴³ Confira-se: “The existing doctrine affords parties substantial latitude in altering procedure, reasoning that allowing parties to tailor the process to their particular dispute can increase both certainty and efficiency”. Em tradução livre: “A doutrina existente oferece às partes uma amplitude substancial na alteração do procedimento, argumentando que permitir que as partes adaptem o processo à sua disputa específica pode aumentar tanto a certeza quanto a eficiência”. DODGE, Jaime, *The Limits of Procedural Private Ordering*. *Virginia Law Review*, Virginia, v. 97, n. 4, jan. 2011, p. 731.

Mas não é só. Há de se concluir, também, que a negociabilidade processual atípica pode ser haurida do conteúdo do devido processo legal em sua acepção procedimental, que denota a necessidade de um processo justo e adequado²⁴⁴. Trata-se de “princípio constitucionalmente aninhado no art. 5.º, LIV, da CF/88, que, através da limitação da atuação do Poder Estatal, visa a tutelar os bens maiores dos cidadãos: vida, liberdade, e propriedade”²⁴⁵.

Nesse viés, como um dos fundamentos dos negócios jurídicos processuais é o direito à liberdade, há íntima relação do instituto com a dimensão do devido processo legal que assegura às partes a liberdade de exercício das funções que lhes são correlatas no processo, partindo da premissa de que este consiste em ambiente policêntrico, dialógico e cooperativo:

O princípio do devido processo legal deve garantir, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, o exercício do poder de autorregramento ao longo do processo. Um processo que limite injustificadamente o exercício da liberdade não pode ser considerado um processo devido. Um processo jurisdicional hostil ao exercício da liberdade não é um processo devido, nos termos da Constituição brasileira.²⁴⁶

Um processo adequado e justo deve atender aos preceitos do contraditório e ampla defesa, ser conduzido por autoridade judiciária imparcial, pré-constituída, com tratamento paritário das partes, e receber um julgamento público e fundamentado, após o curso de uma tramitação processual eficiente e que assegure às partes o exercício de suas liberdades constitucionalmente previstas, entre elas a de autorregular seus interesses no âmbito do processo, dispondo acerca de situações

²⁴⁴ O devido processo legal tem sido examinado em doutrina com duas conotações: substancial e procedimental. Na primeira acepção, se relaciona à necessidade de observância dos deveres de razoabilidade e proporcionalidade. No aspecto procedimental, indica um processo justo, adequado, que garanta ao jurisdicionado todas as ferramentas previstas no ordenamento para fazer valer seu direito. Neste sentido, confira-se: “A cláusula *due process of law* não indica somente a tutela processual, como à primeira vista pode parecer ao intérprete menos avisado. Tem sentido genérico, como já vimos, e sua caracterização se dá de forma bipartida, pois há o *substantive due process* e o *procedural due process*, para indicar a incidência do princípio em seu aspecto substancial, vale dizer, atuando no que respeita ao direito material, e, de outro lado, a tutela daqueles direitos por meio de processo judicial ou administrativo”. (NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 35). Nada obstante, Humberto Ávila defende a impropriedade da divisão do conteúdo do devido processo legal nas conotações acima indicadas, sustentando que referido princípio deve ser encarado somente sob a perspectiva procedimental, pois a ela também se aplica a necessidade de observância da razoabilidade e da proporcionalidade. (ÁVILA, Humberto. *O que é devido processo legal? Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 163, set. 2008, p. 56.)

²⁴⁵ BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal às relações jurídicas particulares*. 2007. 234 f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado). Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2007, p. 157.

²⁴⁶ DIDIER JR., *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*, 2018, p. 19.

jurídicas processuais ou promovendo alterações procedimentais para ajustar a técnica às vicissitudes da situação material.

A liberdade processual, embora limitada, aqui se reconhece, é direito fundamental e deve ser respeitada sob pena de o processo não se afigurar “*giusto*”, devido²⁴⁷. E os negócios jurídicos processuais atípicos procedimentais se revelam como a técnica de mais elevado grau de exercício da liberdade no âmbito do processo, concedendo às partes a possibilidade de dispor acerca do trilho a ser percorrido para o alcance da decisão que, ressalte-se, a elas diz respeito, como regra, ainda que os processo seja imbuído de escopos que transcendam os interesses dos sujeitos parciais, como visto.

De todo o exposto nos itens precedentes, conclui-se que a abertura do sistema aos negócios jurídicos processuais atípicos é condizente com o devido processo legal e tem fundamento suficiente na própria Constituição, muito embora tenha sido garantida explicitamente na legislação infraconstitucional com a vigência do CPC/2015.²⁴⁸

2.3 REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS

Quando se remete ao tema dos negócios jurídicos processuais, especialmente em função da possibilidade de que sejam celebrados de maneira prévia à configuração do litígio, inclusive como cláusula específica de negócio de natureza material, surge a inquietação acerca do regime jurídico aplicável a referidas avenças. Indaga-se se aplicar-se-á o regime jurídico de direito material ou de direito processual; ou, ainda, se ambos os regimes se aplicariam aos negócios jurídicos processuais e sob quais perspectivas deveria prevalecer um regime em detrimento do outro.

Antes de avançar, contudo, é preciso rememorar que o negócio jurídico processual é uma espécie de negócio jurídico, categoria pertencente à Teoria Geral do Direito, consoante defendido na primeira parte deste trabalho. Por conseguinte, o esquema de invalidades já estruturado pelos civilistas para os atos jurídicos em geral, se aplica

²⁴⁷ Como bem salienta Trícia Navarro Xavier Cabral, a “[...] liberdade pode ser exercida pelas partes dentro do processo. Por esta razão, a intenção do legislador foi transpor o direito fundamental à liberdade para o processo civil, reconhecendo-o como meio legítimo de manifestação da vontade das partes, harmonizando, assim, a participação dos sujeitos processuais”. CABRAL, *Limites da liberdade processual*, 2019, p. 23.

²⁴⁸ CABRAL, *Limites da liberdade processual*, 2019, p. 33.

às convenções processuais, naturalmente. Algumas dessas regras, apesar de previstas na codificação civil material, se espraiam para todos os ramos do Direito, por possuírem raízes na Teoria Geral do Direito, como bem observou Teresa Arruda Alvim:

Os contornos gerais dessas regras, apesar de estarem formalmente contidas num diploma legal formado de normas de natureza de direito privado, dizem respeito a todo o direito, como já se disse. Entretanto, pelo fato de integrarem o Código Civil, sua aplicação a outros ramos de direito não é de todo automática. Nesses artigos se contém normas gerais, mas não se pode perder de vista que foram concebidas por civilistas, para o direito civil, portanto, para o direito privado.²⁴⁹

Foram também os civilistas os primeiros a desenvolver metodologia de exame dos atos jurídicos em três planos: existência, validade e eficácia, construção útil ao Direito Processual. Também os primeiros passos rumo ao desenvolvimento das ideias de nulidade, anulabilidade e eficácia foram dados no âmbito do direito privado material, “assim, não há alternativa senão reconhecer que esses conceitos e teorias, embora cunhadas no âmbito do direito civil, servem a outros ramos jurídicos, enquadrando-se, em verdade, como parte da ‘teoria geral do direito’”.²⁵⁰

Necessário advertir, ainda que os negócios jurídicos celebrados visando a produção de efeitos em processo futuro, nos termos da posição defendida neste trabalho, já possuem natureza processual em estado de latência, haja vista a referibilidade a um procedimento porvindouro, a título de elemento completante do núcleo do suporte fático. Não é descabido considerar que um mesmo fato jurídico receba a incidência concomitante de normas de direito material e processual, como já discutido.

Feitos esses esclarecimentos, afirma-se que os negócios jurídicos processuais submeter-se-ão a um regime jurídico híbrido, sujeito à observância dos preceitos de validade materiais e processuais, conforme o caso, com entrelaçamento de normas de direito material e de direito processual.²⁵¹

²⁴⁹ ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 9. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 120.

²⁵⁰ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Contribuição ao estudo da teoria das nulidades: comparação entre o sistema de invalidades no código civil e no direito processual civil. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Impactos Processuais do Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 184.

²⁵¹ MOREIRA, Temas de direito processual, 1984, p. 93. No mesmo sentido: NOGUEIRA, *Negócios Jurídicos Processuais*, 2020, p. 196; CABRAL, *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*, 2020, p. 350; CABRAL, *Limites da liberdade processual*, 2019, p. 106.

Parece consenso em doutrina e na jurisprudência que a disciplina das invalidades do direito material se aplica aos atos do processo.²⁵² Há passagens no próprio Código de Processo Civil que revelam tal conclusão, como no caso da possibilidade de rescisão da decisão de mérito, transitada em julgado, por erro (art. 966, inciso VIII), dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei (art. 966, inciso III). No mesmo sentido, dispõe o § 4º, do art. 966, do CPC/2015, ao estipular que atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo estão sujeitos à anulação, nos termos da lei, sendo patente a aplicação do regime civil para fins de verificação da higidez destes atos.

Assim, os vícios de vontade e vícios sociais previstos na lei material, como o erro, dolo, coação, estado de perigo, fraude, lesão e simulação podem ensejar a nulidade ou anulabilidade dos negócios jurídicos processuais, podendo a declaração judicial ser obtida em demanda específica ou mesmo no curso do próprio processo em que o pacto houver de produzir efeitos. Entretanto, é de se ressaltar que a arguição da aplicação das regras reservadas aos defeitos dos negócios jurídicos, no curso do processo, se sujeitará, por óbvio, à disciplina e limites impostos pelas regras processuais, notadamente no que se refere à preclusão e ao aproveitamento de atos que não importem em prejuízo (*pas de nullité sans grief*).²⁵³

Portanto, embora seja possível se obter a invalidade de negócios jurídicos processuais com base na ocorrência de vícios descritos na lei material, é preciso haver pronunciamento judicial a respeito, a fim de que sua eficácia também seja suprimida, pois “o negócio nulo subsiste, se escapa à apreciação do juiz”.²⁵⁴

Sujeitam-se, ainda, os negócios jurídicos processuais aos elementos acidentais dos negócios jurídicos em geral, como o termo, a condição e o encargo.²⁵⁵ Perfeitamente possível a celebração de um negócio processual com eficácia protraída no tempo ou sujeita à ocorrência de uma condição ou de algum evento processual específico.

²⁵² CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 19.

²⁵³ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. Negócios jurídicos materiais e processuais - Existência, validade e eficácia - Campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 244, jun. 2015, p. 415.

²⁵⁴ VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico, nulidade e anulabilidade, de acordo com o novo Código Civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 98.

²⁵⁵ CABRAL, *Limites da liberdade processual*, 2019, p. 109.

Citam-se como exemplos marcantes a celebração de pacto de *non petendo* sujeito a termo e o acordo para afastar a possibilidade de um futuro arresto ou penhora, desde que ofertada determinada garantia.

Por fim, aos negócios jurídicos processuais também se aplicam as normas de interpretação dos negócios jurídicos em geral, tendo em conta a boa-fé em observância aos §§ 1º e 2º, do art. 113, do Código Civil, com a redação dada pela Lei nº 13.874/2019, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, notadamente nas relações entre partes que se situem em posições mais equilibradas, até porque a validade dos negócios processuais depende da inexistência de manifesta vulnerabilidade. No mesmo sentido, é possível afirmar a aplicação dos preceitos da lei material relativos à liberdade contratual, previstos nos arts. 421 e 421-A do Código Civil, de maneira a restringir a intervenção estatal no conteúdo do negócio processual celebrado no âmbito de relações paritárias.

Inafastável, então, a conclusão de que os pactos processuais estão sujeitos a um duplo regime, ou ainda a um regime híbrido, conjugando as regras de direito material e processual.²⁵⁶

2.4 A CLÁUSULA GERAL DE ATIPICIDADE DE NEGOCIAÇÃO DO ART. 190 DO CPC/2015 – LIMITES LEGAIS EXPRESSOS

Verificados a ideologia que rege predominantemente o atual momento da processualística civil brasileira, os aspectos que evidenciam a receptibilidade do modelo estruturado para o CPC/2015 para com os negócios jurídicos processuais, e tendo sido constatado que a categoria representa uma ferramenta a mais à disposição do sistema de solução de conflitos, para o alcance de um acesso à justiça mais qualificado e, por fim, revelado o regime jurídico aplicável ao instituto, passa-se agora a examinar a cláusula geral de atipicidade de negociação do art. 190 do CPC/2015:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento

²⁵⁶ Neste sentido, confira-se: [...] portanto, e aqui se trata apenas de primeiras reflexões a respeito do tema, o negócio jurídico processual, porque é contrato, se submete ao regime de nulidades do direito civil. Mas é contrato cujo objeto é especial, o que nos faz tender a sustentar que o regime de nulidades civis, sozinho, não resolve todos os problemas, pois não abrange o viés público que emana do objeto destes negócios. ALVIM, Teresa Arruda. *Embargos de declaração*: como se motiva uma decisão judicial? 4. ed. São Paulo: RT, 2018, p. 124-125.

para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

2.4.1 Matéria de fundo: direitos que admitam autocomposição

De início, o art. 190 do CPC/2015 já evidencia que os negócios jurídicos processuais somente serão admissíveis quando o direito subjacente à demanda admitir autocomposição.

Retomando o tema, estabeleceu-se linhas acima que os métodos de tratamento adequado de conflitos podem ser categorizados em heterocompositivos e autocompositivos. Na heterocomposição há solução decidida a partir da atividade imparcial de um terceiro, enquanto na autocomposição a solução é encontrada a partir da atividade dos próprios envolvidos no conflito, via negociação direta, conciliação ou mediação.

Por autocomponível se compreende o direito que é renunciável, reconhecível, transacionável.²⁵⁷ Apesar de o negócio jurídico processual dizer respeito à relação jurídica processual, o fato é que, a depender do que restar convencionado, é possível a produção de consequências que afetem o direito material subjacente à causa, razão pela qual a exigência se mostra de bom alvitre. Um negócio que verse sobre direito probatório, por exemplo, potencialmente pode interferir na tutela do próprio direito material disputado em juízo.²⁵⁸

Mas é preciso chamar a atenção para um detalhe: a possibilidade de autocomposição de um direito não se confunde com a sua disponibilidade. Em regra, os direitos autocomponíveis são, de fato, os patrimoniais disponíveis, porém é plenamente possível – e verdadeira tendência – a admissão de transação acerca de certos aspectos mesmo nas relações que envolvam direitos indisponíveis, embora não seja

²⁵⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Convenções processuais atípicas na execução civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, a. 15, v. 22, n 1, jan./abr. 2021, p. 291.

²⁵⁸ DIDIER JR., *Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015*, 2018, p. 37.

possível abdicá-los de plano e de forma integral, como bem observa Fernando da Fonseca Gajardoni:

É o caso dos direitos difusos/coletivos, que, apesar de objeto indisponível (o interesse público ou coletivo), admitem a autocomposição por meio da celebração de TAC. Ou os direitos trabalhistas, que apesar tidos por indisponíveis, admitem a celebração de convenção de arbitragem (art. 507-A da CLT, com redação pela Lei n.º 13.467/2018) e autocomposição.²⁵⁹

Portanto, o que se exige para fins de celebração de negócios jurídicos processuais com espeque no art. 190 do CPC/2015 é a possibilidade de que as partes possam dispor ou transacionar em relação a certos aspectos de seu direito material, sendo neste sentido o Enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC.²⁶⁰

Cabe destacar ainda a ressalva realizada por Bruno Garcia Redondo, à qual se adere, de que o direito em jogo deve preferencialmente comportar autocomposição. Assim, mesmo nos raros casos em que não se admita a autocomposição, será possível celebrar negócios jurídicos processuais se do que restar pactuado não resultar qualquer prejuízo para a parte que se afirma detentora do direito.²⁶¹

2.4.2 Aspecto subjetivo: partes plenamente capazes

No que concerne ao aspecto subjetivo, o art. 190 do CPC/2015 restringe a celebração de negócios jurídicos processuais às partes plenamente capazes.

De antemão, evidencia-se que não há consenso doutrinário acerca do tipo de capacidade a que se refere o art. 190 do Código Processual. Fredie Didier Jr. compreende a capacidade prevista no CPC/2015 como a processual, ou seja, a de estar em pleno gozo do exercício de seus próprios direitos na relação jurídica processual, assentando que embora seja raro, é possível que um sujeito seja relativamente incapaz no âmbito civil, mas possua capacidade processual, como no caso da ação popular.²⁶² Diogo Assumpção Rezende Almeida possui posicionamento

²⁵⁹ GAJARDONI, *Convenções processuais atípicas na execução civil*, 2021, p. 291.

²⁶⁰ Enunciado nº 135: (art. 190) A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual. (Grupo: Negócios Processuais).

²⁶¹ REDONDO, *Negócios jurídicos processuais atípicos no Direito Processual Civil brasileiro*, 2019, p. 166.

²⁶² DIDIER JR., *Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015*, 2018, p. 34.

semelhante, apenas ressalvando que nos negócios jurídicos processuais extraprocedimentais a capacidade exigida é a material.

Fernando da Fonseca Gajardoni sustenta que a capacidade para celebração de convenções processuais atípicas é a material genérica, de modo que os incapazes não poderiam pactuar a disposição de situações jurídicas materiais ou a alteração do procedimento, ainda que devidamente assistidas ou representadas²⁶³. O autor ainda considera que a capacidade de convencionar depende da titularidade da situação sobre a qual se irá dispor, não sendo possível pactuar acerca de situações jurídicas titularizadas pelo Estado ou por terceiros, pois o art. 190 do CPC/2015 é claro ao indicar que as partes podem estipular sobre “seus” ônus, poderes, faculdades e deveres, concluindo que:

Este “seus” constante do art. 190, caput, do CPC, reafirma a incapacidade de as partes celebrarem convenções que: a) afetem situações jurídicas de terceiros (v.g., vedando que terceiros possam requerer o ingresso no processo na condição de assistentes, na forma do art. 119 do CPC; retirando dos advogados da ação a titularidade sobre os honorários de sucumbência arbitrados pelo juiz, em desconformidade com o art. 85, § 14, do CPC; etc); ou b) subtraíam deveres, poderes e obrigações cogentes do Estado-juiz (como o de sancionar a litigância ímproba na forma dos artigos 77, 80 e 81 do CPC, ou determinar oficiosamente a produção de provas, na forma do art. 370 do CPC).²⁶⁴

Concorda-se, em parte, com o que aduz Gajardoni, porém com uma importante ressalva: a disposição acerca de situações acerca das quais a parte não é titular se trata, tecnicamente, de ausência de legitimidade *ad actum*, e não falta de capacidade.

Adere-se à linha que considera a capacidade referida no art. 190 do CPC/2015 como processual, com exceção dos negócios jurídicos processuais celebrados de maneira prévia à litispendência, quando então será o caso de se considerar apenas a capacidade material. Disso resulta que o incapaz, desde que representado ou assistido, pode ser parte no negócio jurídico processual.

2.4.3 Finalidade: Mudanças no procedimento

Dispõe ainda o art. 190, caput, do CPC/2015 que os negócios jurídicos processuais atípicos poderão ter como finalidade a modificação do procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa.

²⁶³ GAJARDONI, *Convenções processuais atípicas na execução civil*, 2021, p. 287.

²⁶⁴ GAJARDONI, *Convenções processuais atípicas na execução civil*, 2021, p. 288.

Trata-se da flexibilização procedimental voluntária, decorrência do princípio da adaptabilidade do procedimento. A ideia subjacente à modulação procedimental negocial advém do fato de as partes serem as destinatárias da prestação jurisdicional e conhecedoras de todas as nuances do litígio, possuindo assim condições de avaliar as providências necessárias para melhor solucionar a demanda, caso o procedimento previsto para a hipótese não se ajuste perfeitamente às características mais peculiares da causa.²⁶⁵

Mas note-se: a modificação procedimental autorizada pela cláusula geral de atipicidade de negociação se destina a ajustar o procedimento às eventualidades da lide, não para a promoção de alterações de natureza diversa, ao arbítrio das partes. O ajuste deve possuir objeto claro e buscar a promoção de maior efetividade à prestação jurisdicional ou, ao menos, proporcionar um deslinde igualmente efetivo àquele que se teria como resultado a partir da aplicação do procedimento padrão.²⁶⁶ Notoriamente, em alguns casos será tarefa bastante árdua a verificação da proficuidade da modificação proposta pelas partes para amalgamar o procedimento às peculiaridades do litígio, devendo prevalecer a aplicação da convenção em caso de dúvida, nos termos da máxima *in dubio pro libertate*, já discutida neste trabalho.

Caberá ao juiz, portanto, aferir se este requisito foi atendido, podendo recusar aplicação à convenção que manifestamente não proporciona adequação do procedimento à natureza da lide, pois o procedimento *standard* ainda é a via preferencial, podendo ser modificado apenas nos limites autorizados pelo ordenamento, observados os pressupostos do art. 190 do CPC/2015.²⁶⁷

2.4.4 Finalidade: Disposição de situações jurídicas processuais

A segunda finalidade possível de obtenção a partir da negociação processual atípica é a disposição acerca dos ônus, deveres, poderes e faculdades das partes, sem

²⁶⁵ FEITOSA, Dulce Anne Freitas. *Flexibilização procedimental como técnica de efetivação da tutela jurisdicional*. 2019. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Programa de pós-graduação da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019, p. 78.

²⁶⁶ REDONDO, *Negócios jurídicos processuais atípicos no Direito Processual Civil brasileiro*, 2019, p. 200.

²⁶⁷ REDONDO, *Negócios jurídicos processuais atípicos no Direito Processual Civil brasileiro*, 2019, p. 200.

qualquer alteração no procedimento²⁶⁸. Possibilidade que se insere no contexto da aplicação do direito fundamental à liberdade ao processo, que resulta, entre outras consequências, na necessidade de prestígio ao autorregramento da vontade no âmbito processual civil.

A disposição de situações jurídicas depende da vontade manifestada do sujeito, podendo ser efetivada inclusive de forma unilateral e independentemente da concordância de outros sujeitos processuais, quando envolver apenas a esfera jurídica da parte que renuncia à situação, como por exemplo na desistência de um recurso.²⁶⁹

Reitera-se a ressalva já realizada linhas acima no que concerne à legitimidade *ad actum* para a disposição de situações jurídicas. A ninguém é dado dispor sobre situações jurídicas que não estejam na sua esfera de autonomia. Neste sentido, não seria possível convencionar acerca dos poderes do juiz, afastar a intervenção do Ministério Público, limitar a possibilidade de intervenção de terceiros, eliminar as custas judiciais, suprimir a publicidade do processo, reduzir honorários advocatícios etc. via acordo processual.²⁷⁰

2.4.5 Controle judicial

De acordo com o parágrafo único do art. 190, do CPC/2015, o juiz controlará a observância dos pressupostos de existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos processuais.

Como consideração introdutória, deixa-se assente que o juiz está vinculado ao conteúdo da convenção validamente estipulada, que terá eficácia independentemente de manifestação judicial²⁷¹, exceto se houver previsão legal ou convencional específica da homologação pelo juiz como requisito para a produção de efeitos, por

²⁶⁸ Embora seja perfeitamente possível cumular a alteração procedimental com disposição de situações jurídicas processuais.

²⁶⁹ NOGUEIRA, *Negócios jurídicos processuais*, 2020, p. 267.

²⁷⁰ CABRAL, *Convenções processuais*, 2020, p. 331-333.

²⁷¹ Neste sentido, o enunciado nº 133 do FPPC: (art. 190; art. 200, parágrafo único) salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial. (Grupo: Negócios Processuais).

força do art. 200 do CPC/2015²⁷². Antonio do Passo Cabral bem resume a vinculação do juiz às convenções como “heterolimitação da atuação judicial, incidente sobre os atos e formalidades do processo, operada pelo atuar legítimo das partes no espaço de autonomia que o ordenamento processual lhes assegura”.²⁷³

Cabe ao magistrado o papel de incentivar e controlar os negócios jurídicos processuais, bem como o de fazer valer as disposições contidas no instrumento, assegurando o cumprimento do pacto, desde que validamente estipulado. Ademais, conforme expressa previsão legal, o juiz poderá conhecer de ofício da convenção e tomar as providências necessárias à sua implementação, ainda que não exista requerimento específico a respeito²⁷⁴.

Dito isso, expõe-se que o magistrado, para controlar a validade dos negócios jurídicos processuais atípicos, deverá observar seus requisitos subjetivos (capacidade processual, capacidade postulatória), os requisitos do art. 104 do Código Civil, assim como os pressupostos específicos do art. 190, caput e parágrafo único, do CPC/2015, a respeito dos quais se debruça em seguida.²⁷⁵

2.4.6 Causas de afastamento

Nos termos do parágrafo único do art. 190, do CPC/2015, o juiz recusará a aplicação do negócio processual se constatar nulidade, inserção abusiva em contrato de adesão ou a manifesta situação de vulnerabilidade de uma das partes. Vejamos cada uma das hipóteses separadamente.

²⁷² CPC/2015. Art. 200 Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

²⁷³ CABRAL, *Convenções processuais*, 2020, p. 278.

²⁷⁴ Em sentido parcialmente diverso, Antonio do Passo Cabral aduz que o juiz somente poderá conhecer de ofício dos acordos processuais dispositivos, ou seja, aqueles que versem sobre modificações procedimentais. Em relação às convenções de natureza obrigacional, que versem sobre prerrogativas processuais, o autor entende que cabe à parte requerer a aplicação da convenção, caso contrário estaria indiretamente renunciando ao que restou estipulado. CABRAL, *Convenções processuais*, 2020, p. 300.

²⁷⁵ NOGUEIRA, *Negócios jurídicos processuais*, 2020, p. 271.

2.4.6.1 Nulidade

Ao se referir especificamente à nulidade, parece ter querido o legislador deixar evidente que além das hipóteses de afastamento da convenção subsequentes (abusividade em contrato de adesão e vulnerabilidade), o negócio jurídico processual está sujeito a ser invalidado por qualquer nulidade que se identifique.

Em suma, a inobservância dos pressupostos de validade dos negócios jurídicos em geral, assim como daqueles previstos no art. 190, caput e parágrafo único, do CPC/2015, e a inobservância dos limites implícitos, objeto de estudo do próximo capítulo, caracterizam-se como circunstâncias que poderão levar à nulidade da convenção, a ser declarada judicialmente.

2.4.6.2 Inserção abusiva em contrato de adesão

Os contratos de adesão são aqueles nos quais uma das partes celebrantes redige unilateralmente seus termos, cabendo aos demais sujeitos da avença apenas aderir ao que já se encontra previamente estipulado, sem possibilidade de deliberação sobre as cláusulas que compõem o instrumento.

Trata-se de vedação deveras importante, uma vez que neste tipo de contrato não há discussão substancial quanto ao seu conteúdo. Sendo fundamentos dos negócios jurídicos processuais o autorregramento da vontade e a cooperação, espera-se que tais acordos sejam construídos a partir da efetiva deliberação das partes, tendo acesso a todas as informações relevantes do negócio e ciência quanto às implicações dele decorrentes, em prestígio à boa-fé objetiva.

Porém, não é qualquer inserção de negócio processual em contrato de adesão que será inválida de plano. Para que se afaste a aplicação da convenção, a inserção deve ser abusiva, assim entendida aquela que reduz ou restringe desproporcionalmente as prerrogativas processuais da parte aderente, ocasionando o seu “enfraquecimento processual”.²⁷⁶ Além disso, não basta que a cláusula seja desfavorável à parte aderente, sendo “[...] essencial a demonstração do nexo de causalidade, isto é, que a inserção da cláusula prejudicial tenha resultado, exatamente, do desequilíbrio gerado

²⁷⁶ WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 16. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v1, p. 517.

pelo engessamento (inexistência de liberdade do prejudicado para excluir tal disposição).²⁷⁷

Bem colocada a afirmação de Pedro Nogueira em deferência à aplicabilidade do art. 423, do Código Civil, às convenções processuais estabelecidas em contratos de adesão, no sentido da preferência pela interpretação mais favorável à parte aderente, em caso de cláusulas ambíguas ou contraditórias.²⁷⁸

Portanto, a estipulação de convenções processuais em contratos de adesão será possível, desde que não acarrete prejuízo para a parte aderente. Visando sistematizar algumas das situações em que não se admitirá a convenção, por abusividade, em contratos de adesão no âmbito do Direito do Consumidor, Marco Paulo Denucci do Spirito afirma:

[...] não podem ser admitidos negócios jurídicos processuais que: (a) estabeleçam a inversão do ônus da prova em desfavor do consumidor (arts. 6º, VIII; 51, IV); (b) limitem as hipóteses da desconsideração da personalidade jurídica (teoria menor ou objetiva art, 28); (c) pretendam cobranças de serviços em patamares não estabelecidos em orçamento prévio (arts. 39, VI; 40); (d) imponham a aplicação de fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido (art. 39, XIII); (e) autorizem negativas sem parâmetros e ilícitas (arts. 43, 44); (f) dispensem os deveres de informações e transparência (arts. 4º, caput, 4º, IV; 6º, III; 8º; 9º; 12; 14; 30; 31. 39, VII; 46; 52; 54, § 3º e 4º); (g) permitam a interpretação do contrato contra o consumidor (art. 47); (h) nulifiquem a vinculação das declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos (art. 48); (i) afastem a complementariedade entre a garantia legal e a contratual (art. 50); (j) imponham cláusula de decaimento (arts. 51, II; 53); (k) permitam ao fornecedor a alteração unilateral do conteúdo do contrato (art. 52, XIII); (l) criem empecilhos ou requeiem para outra via a indenização por benfeitorias necessárias (art. 51, XVI); e (m) sejam contrários ao sistema de proteção ao consumidor (art. 51, XV).

2.4.6.3 Manifesta vulnerabilidade

Como último pressuposto expresso de afastamento das convenções processuais, tem-se a constatação de manifesta vulnerabilidade de uma das partes.

Abordou-se, no primeiro capítulo desta pesquisa, sistemática segundo a qual, nos negócios jurídicos, o autorregramento da vontade viabiliza o poder de escolha da categoria jurídica ou das situações jurídicas que modularão sua eficácia. Além da

²⁷⁷ REDONDO, *Negócios jurídicos processuais atípicos no Direito Processual Civil brasileiro*, 2019, p. 152.

²⁷⁸ NOGUEIRA, *Negócios jurídicos processuais*, 2020, p. 283-284.

manifestação de vontade autorregrada e livre de vícios, é necessário que a convenção seja celebrada em condições de relativo equilíbrio negocial, sem com que uma das partes ostente condição que a torne vulnerável a aceitar os termos do pacto, ainda que desfavoráveis.²⁷⁹

A vulnerabilidade consiste em termo jurídico indeterminado. Em termos gerais, a vulnerabilidade de um sujeito é definida a partir da “[...] ocorrência de uma situação ou oposição física ou moral que torna este ser mais frágil do que ele é normalmente, ou que ele não deveria ser”.²⁸⁰ No ponto, cabe destacar que:

A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é apenas a “explicação” destas regras ou da atuação do legislador, é a técnica para as aplicar bem, é a noção instrumental que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da igualdade e da justiça equitativa.²⁸¹

Pode ocorrer, outrossim, a denominada hipervulnerabilidade, hipótese na qual um sujeito que integra um grupo já tomado como vulnerável pela própria lei (v.g. consumidor) passa por uma situação de agravamento fático de sua fragilidade, por circunstâncias pessoais, que podem ser permanentes ou temporárias, como enfermidade, senilidade, incapacidade etc.²⁸²

A doutrina consumerista identifica, em síntese, três tipos de vulnerabilidade: fática, técnica e jurídica. A vulnerabilidade técnica se relaciona com a ausência de aptidão técnica do consumidor face ao produto ou serviço adquirido, ao passo que a vulnerabilidade fática decorre de fatores diversos de debilidade do consumidor, sendo a fragilidade econômica a circunstância mais notória.²⁸³ De seu turno, a vulnerabilidade jurídica “[...] se dá na hipótese da falta de conhecimentos, pelo consumidor, dos direitos e deveres inerentes à relação de consumo que estabelece, assim como a ausência da compreensão sobre as consequências jurídicas dos contratos que celebra”.²⁸⁴

²⁷⁹ REDONDO, *Negócios jurídicos processuais atípicos no Direito Processual Civil brasileiro*, 2019, p. 147.

²⁸⁰ MELKEVIK, Bjarne. Vulnerabilidade, direito e autonomia: um ensaio sobre o sujeito de direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 71, jul./dez. 2017, p. 643.

²⁸¹ MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 117.

²⁸² BASAN, Arthur Pinheiro. O contrato existencial: análise de decisão judicial que assegura a sua aplicação. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 7, jan./mar 2016, p. 24.

²⁸³ MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 129-130.

²⁸⁴ MIRAGEM, *Curso de direito do consumidor*, 2016, p. 129.

Realizado este introito, afirma-se, sem maiores dificuldades, que a mera constatação de vulnerabilidade não é suficiente para o afastamento do negócio jurídico processual. Imprescindível que o ajuste, celebrado em condições de desequilíbrio, promova manifesta desvantagem ou um sacrifício desarrazoado à parte vulnerável, sendo possível identificar o nexo entre a condição de vulnerável e a aceitação do pacto desvantajoso.²⁸⁵

De igual sorte, ainda que se identifique que determinada cláusula do negócio jurídico processual é desfavorável ao vulnerável, é preciso analisar se, do contexto global da convenção, não há outras concessões da contraparte que justifiquem a assunção de uma ou algumas situações de desvantagem pela parte em situação de vulnerabilidade. É possível, portanto, que, de um modo geral, a convenção se mostre mais favorável do que desvantajosa para o vulnerável, embora este tenha que renunciar a determinadas situações das quais seja titular.

A vulnerabilidade a ensejar a nulidade do negócio jurídico processual é a aquela constatada no momento da celebração do pacto, e não a resultante do próprio acordo. Em outros termos, o que o parágrafo único do art. 190 do CPC/2015 está a vedar é a estipulação de situação desvantajosa que decorra diretamente da condição de desequilíbrio entre as partes, não aquela que seja resultado da própria convenção, pois “os maus negócios processuais são, a priori, válidos”.²⁸⁶

Salienta-se, em fechamento, a existência de enunciado orientativo do FPPC, no sentido de que a ausência de assistência técnico-jurídica por advogado denota indício de vulnerabilidade, evidência que, a nosso ver, poderá ser afastada de acordo com as circunstâncias do caso concreto.²⁸⁷

2.5 CONCLUSÕES PARCIAIS – CAPÍTULO II

Do que se investigou no presente capítulo, conclui-se pela assertividade da afirmação de Antonio do Passo Cabral, segundo a qual “[...] o tema das convenções processuais

²⁸⁵ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 238

²⁸⁶ REDONDO, *Negócios jurídicos processuais atípicos no Direito Processual Civil brasileiro*, 2019, p. 150.

²⁸⁷ Enunciado nº 18 do FPPC: (art. 190, parágrafo único) Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica. (Grupo: Negócio Processual).

coloca-se no centro do debate entre publicismo e privatismo porque reflete a tensão entre o processo e a vontade privada dos indivíduos envolvidos”.²⁸⁸ Realmente, os negócios jurídicos processuais estão intimamente ligados ao resgate da importância da participação dos jurisdicionados no processo, a ser garantida não apenas via efetivo contraditório, mas também pela atribuição de relevância à vontade e liberdade dos sujeitos parciais.

Desde a promulgação da Carta Política de 1988 e, sobretudo com o amadurecimento das ideias de ressignificação do acesso à justiça e de instrumentalidade processual, observou-se paulatina guinada da doutrina e jurisprudência no sentido da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais, ainda que de forma tímida ou limitada aos casos típicos. Com o Código de Processo Civil de 2015, no entanto, positivou-se cláusula geral de atipicidade de negociação, tornando expressa a viabilidade de negociação processual fora dos padrões legais pré-estabelecidos (negócios típicos), embora já se pudesse extrair conclusão neste sentido dos direitos fundamentais à liberdade e ao devido processo legal.

Esta mudança de paradigma se mostra significativamente mais consentânea com o regime democrático, prestigiando a atuação cooperativa das partes visando a formação de consenso sobre as técnicas ou caminhos a serem percorridos para a solução do conflito, ou ainda a renúncia a situações jurídicas processuais.

O modelo de processo concebido pelo CPC/2015 dialoga perfeitamente com a instituição da cláusula geral de atipicidade de negociação processual. A atenção especial à consensualidade como método adequado de solução de conflitos, a instituição de princípio cooperativo, a possibilidade de conjugação de procedimentos e técnicas processuais, a calendarização processual, são, todas, circunstâncias que denotam a receptibilidade do sistema às convenções processuais.

De seu turno, a possibilidade de negociação processual atípica corresponde ao modelo cooperativo de processo do CPC/2015, amplificando o instrumental a disposição dos jurisdicionados para a obtenção de uma tutela mais condizente com o acesso substancial à justiça, conforme preconizado no art. 5, inciso XXXV, da CRFB/1988.

²⁸⁸ CABRAL, *Convenções processuais*, 2020, p. 130.

Inegável, portanto, que o mecanismo representou importante avanço rumo à flexibilização do procedimento, pois conquanto o princípio da adequação implique na necessidade de estipulação de procedimentos especiais para tutelar situações peculiares, a potencialidade da especialização se mostrou limitada e nem sempre ao legislador é possível antecipar todas as hipóteses passíveis de tutela, especialmente no contexto atual de complexificação das relações sociais. Assim, o negócio jurídico processual atípico desponta como ferramenta de modulação procedimental às especificidades do direito material, reforçando o caráter instrumental do processo.

Ao disciplinar o tema das convenções processuais, o CPC/2015 indica alguns dos pressupostos que deverão ser atendidos para que se repute válidos os pactos de tal natureza. Contudo, em que pese o legislador tenha estabelecido alguns parâmetros expressos para o controle de validade dos negócios jurídicos processuais, conjectura-se que outros fatores também limitarão o objeto dos negócios jurídicos processuais, uma vez que a liberdade de autorregramento, embora ampla, é limitada pelo próprio ordenamento e condicionada à satisfação de suas finalidades precípuas.

Malgrado seja deveras extenso o poder de autorregramento conferido pelo art. 190 do CPC/2015, e em perfeita consonância com a projeção do direito fundamental à liberdade na seara processual, pode-se afirmar, sem maiores dificuldades, que o espectro de atuação das partes na autogerência do processo não será ilimitado, como também não o é mesmo no âmbito do Direito Privado, que é deveras mais receptivo à autonomia, se comparado ao Direito Público.

Além das limitações concernentes à capacidade das partes e à natureza autocomponível do direito de fundo, o parágrafo único do art. 190 do CPC/2015 fornece outros dois parâmetros a nortear a análise judicial da avença, quais sejam, a necessidade de que o pacto processual não seja inserido de maneira abusiva em contrato de adesão e a imprescindibilidade de que nenhuma das partes celebrantes se encontre em situação de manifesta vulnerabilidade.

Nesse viés de formulação de negócios jurídicos processuais pelas próprias partes (negócios atípicos), em que pese se observe, em princípio, ampla liberdade negocial e uma relativa diversidade de hipóteses reputadas como aceitáveis pela doutrina, há certas situações que ensejam divergências teóricas, sobretudo quanto à extensão e limites das modificações procedimentais intentadas.

É neste ponto que o presente capítulo se conecta às investigações que serão efetivadas na próxima seção desta pesquisa, destinado a uma tentativa de sistematização que permita responder às seguintes indagações: ante a amplitude negocial conferida pelo legislador, sobre quais parâmetros, além daqueles legalmente expressos, o controle judicial deverá se basear para considerar válido ou não o objeto das convenções processuais atípicas entabuladas pelas partes? Quais são, de fato, os limites implícitos para a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos?

3 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL ATÍPICO E SEUS LIMITES IMPLÍCITOS

3.1 CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

Como visto no capítulo anterior, o art. 190, caput e parágrafo único, do CPC estabelecem requisitos e limites expressos aos negócios jurídicos processuais atípicos. Muito embora o legislador tenha se valido de conceitos jurídicos indeterminados em algumas das circunstâncias limitadoras, trata-se de balizas formalmente expressas no Código, as quais se convencionou denominar “limites expressos aos negócios jurídicos processuais”.

Cumprido agora investigar se há outros parâmetros para além daqueles previstos no art. 190 do Código de Processo Civil (implícitos), capazes de limitar o poder de autogerência da vontade no processo, a serem igualmente observados pelas partes no momento de celebração da avença e sobretudo pelo juiz ao exercer o controle de validade do negócio processual atípico.

Trata-se, de fato, do objetivo primordial do presente trabalho, consoante exposto nas considerações introdutórias, de modo a elucidar premissas que permitam confirmar ou afastar as hipóteses levantadas para responder ao problema de pesquisa, voltado à verificação dos limites implícitos, de ordem constitucional e infraconstitucional, que o ordenamento impõe à celebração de negócios jurídicos processuais atípicos.

A Constituição ocupa posição central no ordenamento jurídico, estando a legislação infraconstitucional integralmente subordinada aos preceitos constitucionais, o que evidencia a supremacia da Lei Maior. Nesse cenário, a partir da superação da concepção legicentrista e positivista do Estado Liberal, passaram a ganhar espaço o reconhecimento de força normativa à Constituição, com o incremento da jurisdição e exegese constitucional, além da constitucionalização dos direitos.²⁸⁹

Passou-se então a denominar este novo paradigma de neoconstitucionalismo, marcado pelas seguintes características principais:

(...) princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras);
ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção);

²⁸⁹ 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, 2005, p. 5-13.

justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei).²⁹⁰

Com os fenômenos da constitucionalização dos direitos e do reconhecimento da aplicabilidade direta da Constituição da República às relações jurídicas, os processualistas passaram a sustentar a conformação de um “modelo constitucional de processo”, que promove o “aprimoramento das relações entre processo e Constituição, deixando-se, aquele, de atender aos ditames frios das leis para ceder espaço às exigências do devido processo constitucional”.²⁹¹ Trata-se de verdadeira irradiação do conteúdo material e axiológico das normas constitucionais sobre o processo, condicionando a validade das normas processuais infraconstitucionais e determinando a sua interpretação conforme os preceitos da Constituição.

Os princípios e regras basilares que conformam o modelo do processo civil brasileiro se encontram previstos na Constituição da República de 1988, entre eles se destacando **a)** igualdade material; **b)** proibição de utilização de provas obtidas por meios ilícitos; **c)** acesso à justiça; **d)** proibição de juízo de exceção; **e)** juiz natural; **f)** devido processo legal; **g)** contraditório e ampla defesa; **h)** publicidade dos atos processuais; **i)** fundamentação das decisões judiciais; **j)** assistência judiciária gratuita e integral aos comprovadamente pobres; **k)** razoável duração do processo. Por se tratar de axiomas que disciplinam a ordenação, interpretação e aplicação das normas processuais e, considerando o caráter normativo dos negócios jurídicos processuais atípicos, é de simples constatação a necessidade de que as convenções processuais se compatibilizem com o conteúdo dos direitos e garantias previstos na Constituição.

Em que pese seja possível afirmar, de antemão, que os negócios jurídicos processuais atípicos deverão observar os preceitos constitucionais, a amplitude com que se dará a limitação da autonomia face aos princípios e regras insculpidos na Constituição não é tão evidente, sobretudo porquanto a própria liberdade processual, como já tratado neste trabalho, constitui direito fundamental. Desse modo, se por um lado a estipulação negociada de modulações procedimentais pode malferir a moldura

²⁹⁰ ÁVLIA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 17, jan./mar. 2009, p. 2. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=316>. Acesso em: 05/05/2022.

²⁹¹ FARIA, Márcio Carvalho. Neoconstitucionalismo, Neoprocessualismo, Pós-Positivismo, Formalismo-Valorativo... A supremacia constitucional no estudo do processo. *Revista Ética e Filosofia Política*, Juiz de Fora, n. 15, v. 2, dez. 2012, p. 107.

constitucional do processo, por outro, a imposição de limites deveras rígidos pode acabar por tornar improfícua a previsão do art. 190 do CPC.

Cabe, então, aferir em que medida os direitos e garantias fundamentais que conformam o modelo constitucional do processo civil brasileiro limitarão a liberdade de autogerência da vontade para a modificação procedimental ou disposição de situações jurídicas processuais. Seria, de fato, possível afastar a incidência de normas de natureza constitucional em prol da liberdade de modulação procedimental?

Para além das circunstâncias limitadoras implícitas de índole constitucional, é possível ainda conjecturar que o próprio sistema processual civil imponha a observância de certos limites para que o objeto dos negócios jurídicos processuais se harmonize com o formalismo processual, suas normas fundamentais e com as matérias consideradas de ordem pública, tradicionalmente reputadas como inderrogáveis por vontade das partes.

Também no âmbito da legislação infraconstitucional, embora seja possível antever a possibilidade de limitação da liberdade negocial no processo em razão da natureza pública do Direito Processual, os contornos e a profundidade com que o direito ao autorregramento da vontade será limitado não são tão óbvios, devendo ocorrer uma análise pormenorizada de cada uma das circunstâncias limitadoras identificadas nesta pesquisa.

Estabelecidas estas premissas, passa-se, nas seções seguintes, a investigar os limites implícitos de natureza infraconstitucional, para, em seguida, abordar as limitações de ordem constitucional aos negócios jurídicos processuais atípicos.

3.2 LIMITES IMPLÍCITOS INFRACONSTITUCIONAIS

No âmbito da legislação processual infraconstitucional há normas que, por sua íntima relação com os escopos do processo e com o seu carácter público, denotam a necessidade de análise mais cautelosa das convenções processuais que venham a suprimi-las total ou parcialmente.

No ponto, conjectura-se que o formalismo processual, as matérias destinadas à reserva de lei, as normas cogentes, a ordem pública processual e as regras de

administração judiciária constituirão fatores limitantes da liberdade de negociação processual, premissas que passam a ser objeto de análise nos tópicos subsequentes.

3.2.1 Formalismo processual

Por formalismo, ou forma em sentido amplo, compreende-se como a totalidade formal do processo, notadamente a “a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais”, não se confundindo com a forma propriamente dita dos atos processuais.²⁹²

Neste sentido, o formalismo processual possui o relevante escopo de delimitar o papel dos sujeitos processuais e como se dará a sua cooperação, além de estabelecer os limites a serem observados para o início, organização e desenvolvimento do processo. A forma em sentido amplo ainda desenvolve as importantes funções de disciplinar os poderes do magistrado, funcionando, neste aspecto como garantia contrajurisdicional de liberdade, e de impedir eventuais excessos de uma parte contra a outra, atribuindo de maneira proporcional às partes os poderes, faculdades e deveres, ensejando assim uma maior igualdade entre os litigantes.²⁹³

E o formalismo processual, em um modelo como o brasileiro, que possui raízes na própria Constituição, não abre espaço para o prestígio exacerbado às formalidades, como se o processo que representasse um fim em si mesmo, isento da necessidade de servir ao exercício dos direitos fundamentais previstos na Carta Política. Ao contrário, o formalismo processual deve se limitar à ordenação formal do processo com vistas a assegurar um acesso à justiça qualificado, isonômico, democrático e efetivo, servindo como verdadeira garantia de previsibilidade e segurança jurídica.

Assim, em uma primeira análise, são possíveis os negócios jurídicos processuais que alterem o *standard* formal do processo, ante a presunção relativa de validade das convenções. Todavia, deve-se ter um olhar mais atento aos pactos processuais que

²⁹² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 26, 2006, p. 60.

²⁹³ OLIVEIRA, *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*, 2006, p. 60-62.

promovam alterações: **a)** na divisão de trabalho entre os sujeitos processuais; **b)** nos limites impostos ao próprio poder jurisdicional; **c)** na “paridade de armas” entre as partes, e **d)** na estrutura procedimental indispensável ao processo, ante a possibilidade de vulneração do formalismo processual nuclear.

Focando inicialmente na divisão de tarefas e cooperação entre os sujeitos processuais, verifica-se que se, por um lado, os negócios processuais atípicos podem até promover uma melhor cooperação e equacionar mais adequadamente a divisão de tarefas no processo²⁹⁴, de outro vértice, podem existir convenções que maculem a essência do formalismo. Seria o caso, por exemplo, de uma convenção que autorizasse a uma das partes a se valer de expedientes protelatórios ou desleais no processo, ou ainda daquela que dispusesse que certos documentos, essenciais ao deslinde da controvérsia – v.g. um contrato –, não possam ser admitidos no processo.

No que atine aos limites impostos pelo formalismo à atividade jurisdicional, de igual modo os negócios processuais atípicos poderão ser declarados inválidos se pretenderem atribuir poderes ao magistrado que não se compatibilizem com a sua função no processo. Não se afigura legítima, v.g., a convenção que conceda ao juiz o poder para criar o procedimento a ser trilhado na demanda; ou ainda que o possibilite dispensar ao caso a solução que repute adequada, com supressão do regramento material pertinente.

Já em relação às regras de ordenação formal do processo que impõem uma equânime repartição de ônus, deveres, poderes e faculdades entre as partes, deve-se realizar uma análise ainda mais criteriosa, considerando a possibilidade de que a parte se coloque em situação de desvantagem em relação a certas circunstâncias, tendo, por outro lado, sua condição melhorada em outros aspectos, inclusive de natureza material.

Como anota Antonio do Passo Cabral, situações há em que a parte poderá reputar favorável a mitigação de uma situação jurídica de vantagem, o não exercício de uma faculdade processual ou ainda a estipulação prévia do procedimento a ser observado em caso de litígio, em troca de obter melhores condições nas estipulações contratuais

²⁹⁴ Um exemplo de acordo processual fixado com espeque na cooperação é o que fixa a ampliação dos prazos legalmente previstos. Pode-se citar, ainda, o pacto de apresentação prévia de documentação.

de direito material.²⁹⁵ Deveras, é possível obter vantagens no próprio negócio jurídico material, como a redução de valores ou a dispensa de apresentação de garantias, mediante o ajuste, em contrapartida, de negócio processual que estipule a renúncia a certas situações jurídicas como prazos etc.

Decerto, nem sempre será possível inferir, a partir da simples análise dos instrumentos contratuais, que determinada disposição se deu em função da obtenção de uma posição vantagem em relação a outras circunstâncias materiais ou processuais, competindo às partes submeter tais vicissitudes ao conhecimento do juiz, até por precaução.

Nesta senda, considera-se que os negócios jurídicos processuais que estabeleçam vantagens ou desvantagens excessivamente desproporcionais, em se tratando de disposição de situações jurídicas processuais decorrentes do formalismo (ônus, faculdades, direitos e deveres processuais), tornando a tutela do direito de ação ou de defesa inviável ou exacerbadamente difícil, deverão ser reputados inválidos pelo juiz. Cita-se, como exemplos, a renúncia prévia a todos os prazos processuais por uma das partes, ou a convenção que objetive atribuir a uma das partes a prerrogativa de se manifestar no lugar da *ex adversa*, ou ainda receber todas as comunicações processuais em seu nome.

Por fim, no que concerne às convenções processuais que venham a alterar a estrutura formal procedimental do processo, muito embora contem com previsão expressa no próprio caput do art. 190 do CPC, deve-se preservar uma estrutura procedimental indispensável ao atingimento dos fins do processo, sendo inviável suprimir etapas ou atos essenciais à prestação da tutela jurisdicional. Enfim, embora seja possível modificar o procedimento, é preciso que haja, de fato, um *iter* e que este seja consentâneo com o objetivo de melhor tutelar a causa, diante das suas peculiaridades, não sendo admissível a supressão ou inserção de atos ou etapas que em nada contribuam para um desfecho mais efetivo da demanda.

²⁹⁵ CABRAL, *Convenções processuais*, 2020, p. 261.

3.2.2 Reserva legal

As questões reservadas à lei parecem limitar consideravelmente a amplitude de atuação das partes ao firmarem negócios jurídicos processuais atípicos. De fato, há certas matérias que não se apresentam como suscetíveis de modulação convencional porquanto o ordenamento jurídico as reserva à lei formal: “o limite relativo à reserva legal indica que não podem ser objeto de disposição processual, questões – materiais ou processuais – que são reservadas exclusivamente ao legislador constitucional, infraconstitucional ou regimental”.²⁹⁶

Estes espaços reservados à lei, portanto, serão infensos à negociabilidade atípica, não se admitindo, por exemplo uma convenção que pretendesse ampliar as hipóteses de cabimento de um recurso ou dos casos de reexame necessário. De igual modo, não se admitiria a estipulação convencional de novos recursos, por se tratar de matéria reservada à lei (princípio da taxatividade), ou ainda a criação de novos pressupostos processuais.

Os regimentos internos dos Tribunais também podem constituir limite aos negócios processuais, especialmente nos casos em que a própria lei formal indica que a questão deverá ser disciplinada por norma regimental. Destarte, seria nula a convenção que alterasse o quórum de julgamento de recursos e ações autônomas de impugnação ou que estipulasse a competência de determinado órgão fracionário de maneira diversa da prevista no regimento.

Questão que tem sido objeto de divergências doutrinárias, em termos de reserva legal, verifica-se na possibilidade na atribuição de exequibilidade a um documento mediante celebração de negócio processual atípico. O cerne do debate deriva da noção há muito sedimentada de que os títulos executivos e seus requisitos formais precisam estar previstos em lei, e assim escapariam à possibilidade de criação convencional.

Ao discorrer sobre as características dos títulos de crédito, Arnaldo Rizzardo adota posição que bem expressa a ideia consolidada de que os títulos executivos e suas características são matérias reservadas à lei:

²⁹⁶ CABRAL, *Limites da liberdade processual*, 2019, p.143. No mesmo sentido: CABRAL, *Convenções processuais*, 2020, p. 389; DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.1, p. 393; CUNHA, *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*, 2015, p. 59.

Das demais características examinadas, conclui-se ser da própria essência do título de crédito o formalismo, pelo qual deve ele preencher todos os requisitos exigidos por lei, a fim de se lhe emprestar validade. Não existe liberdade para as pessoas quanto aos requisitos dos títulos de crédito. Encontram-se previstos em lei, que os considera indispensáveis para a própria eficácia do título.²⁹⁷

Nada obstante o entendimento no sentido de que os títulos executivos dependem de previsão legal, há quem defenda a possibilidade de atribuição negocial de exequibilidade a certos documentos, por força do próprio art. 190 do CPC. É o caso da posição defendida por Antonio do Passo Cabral, ao afirmar que a cláusula geral de atipicidade de negociação, como fonte normativa, é suficiente para estipulação negocial de cláusulas executivas, especialmente porque a lógica de que não há execução sem título (*nulla executio sine titulo*) não conduz à conclusão automática de que o título deve estar previsto em lei formal.²⁹⁸

Em que pese os bons argumentos expendidos por Antonio do Passo Cabral, a presente pesquisa assume posição diversa. Com base no que foi discutido no primeiro capítulo, a processualidade do ato jurídico decorre da sua referibilidade a um procedimento atual ou futuro e, nestes termos, pode-se afirmar que a previsão contida no inciso III do art. 784 do CPC/2015,²⁹⁹ representa um autêntico negócio jurídico processual típico, com requisito específico, qual seja: a assinatura do documento particular pelo devedor e por duas testemunhas.

De fato, a hipótese em comento consubstancia a atribuição negocial de exequibilidade a um documento particular, condicionada ao preenchimento do requisito legal. Portanto, a possibilidade de criação de títulos executivos de maneira convencional já está tipificada em lei, consistindo, portanto, em negócio jurídico processual típico.

Neste viés, sabe-se que quando a lei estabelece um negócio processual e estipula os seus requisitos de validade, está-se diante de reserva legal, não podendo a vontade das partes dispensar os requisitos legais.³⁰⁰ Assim, se a lei admite o negócio típico de atribuição de exequibilidade a um documento particular, os respectivos requisitos legais deverão ser observados, sob pena de nulidade do negócio.

²⁹⁷ RIZZARDO, Arnaldo. *Títulos de crédito*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 17.

²⁹⁸ CABRAL, *Convenções processuais*, 2020, p. 391.

²⁹⁹ Art. 784 [...] III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas;

³⁰⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, 2016, p. 393.

Destarte, como a opção para tornar executivo um documento particular já existe em lei, estando submetida a requisitos específicos, não há espaço para atribuição de exequibilidade a um documento sem a observância dos pressupostos legais.

3.2.3 Normas cogentes e a ordem pública processual

A ordem pública processual e as normas cogentes também despontaram, quando da elaboração das hipóteses para enfrentamento do problema de pesquisa, como circunstâncias de natureza infraconstitucional a impor limites aos negócios jurídicos processuais atípicos, especialmente em função do atributo da imperatividade, tradicionalmente imputado a essas normas.

A doutrina, de um modo geral, lista como matérias de ordem pública algumas das previstas nos arts. 337 e 485 do CPC/2015, tais como: **a)** ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; **b)** ausência de legitimidade ou interesse processual; **c)** existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada; **d)** inexistência ou nulidade da citação; **e)** incompetência absoluta; **f)** incapacidade de parte, dentre outras.³⁰¹ Em síntese, as matérias de ordem pública abrangem os requisitos da ação e dos recursos, os pressupostos processuais e as nulidades absolutas.³⁰²

Conquanto não exista uma definição precisa do que seria a “ordem pública processual”, habitualmente as conceituações doutrinárias partem da premissa de que as normas de ordem pública são instituídas no interesse público³⁰³ e, portanto, constituem espaços inderrogáveis por vontade das partes. Neste sentido, em sendo o processo um instrumento estatal, as normas de ordem pública não poderiam ser objeto de disposição pelos demandantes, sob pena de violação dos preceitos

³⁰¹ GARCIA, Julia Nolasco. *O conhecimento de matérias de ordem pública no âmbito do plano de recuperação judicial*. 2021. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021, p. 24.

³⁰² APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem Pública e Processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 119.

³⁰³ Nesta linha, confira-se: “Algumas questões processuais são dotadas de elevado grau de interesse público, visando à proteção do Estado ou das partes. Por isso, se tornam absolutamente indisponíveis pelos sujeitos, merecendo um tratamento diferenciado. Podem ser consideradas as verdadeiras questões de ordem pública, justificando todos os graves efeitos processuais daí inerentes, como o conhecimento de ofício pelo juiz, a qualquer tempo, podendo ensejar desde o indeferimento da inicial, até a extinção do feito sem resolução do mérito, bem como a declaração de nulidade absoluta, sem possibilidade de superação”. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem Pública Processual*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 162.

imperativos e indisponíveis, que constituiriam a regra, dentre as normas processuais.³⁰⁴

Identifica-se, ainda, autores que relacionam a ordem pública processual às normas que se prestem a preservar a segurança jurídica, as garantias processuais, ou ainda o devido processo legal e seus consectários.³⁰⁵

A razão para a instituição de normas de ordem pública “decorre de sua finalidade de manutenção de valores sociais relevantes, que se sobrepõem à esfera particular e subordinam interesses de pessoas individualmente consideradas e de grupos sociais, organizados ou não”.³⁰⁶ Desse modo, a ordem pública disciplinaria a marcha progressiva do processo atuando ora de maneira restritiva, impondo limites às partes, ora de forma permissiva, autorizando certas condutas ou a superação de formalismos em nome de uma maior eficiência processual.³⁰⁷

Como decorrência da falta de sistematização em relação ao conteúdo ou conceito da ordem pública processual, há quem defenda, como Antonio do Passo Cabral, que o critério não representa boa opção para a definição dos limites ao objeto das convenções processuais.³⁰⁸ Todavia, talvez seja até de bom alvitre que a definição de “ordem pública processual” não possua um sentido engessado, sendo, ao revés, passível de densificação a partir do caso concreto e sujeita a uma evolução exegética no espaço e no tempo, conforme os valores e princípios de cada ordenamento.³⁰⁹

³⁰⁴ CABRAL, *Negócios jurídicos processuais*, 2020, p. 379.

³⁰⁵ Cf. Ricardo de Carvalho Aprigliano, ao asseverar que “embora o conceito de ordem pública tenha sido desenvolvido inicialmente por conta de questões de direito material, os direitos inerentes ao devido processo legal, como o respeito ao contraditório, à ampla defesa e à coisa julgada, e.g., de cunho eminentemente processual, revestem-se do *status* de direitos e garantias fundamentais, constitucionalmente prestigiados e protegidos”. Neste sentido, as normas processuais que visem a proteção de garantias processuais, sobretudo os corolários do devido processo legal, seriam de ordem pública. APRIGLIANO, *Ordem pública e processo*, 2011, p. 221. Na mesma linha, Nathaly Campitelli Roque: “é lícito dizer que, no âmbito do direito processual civil, a ordem pública se volta a garantir o amplo acesso à Justiça, assegurados os ditames da legalidade no processo, a fim de afirmar este último como garantia fundamental do jurisdicionado, traçando limites claros à atuação do poder estatal, que deve agir de forma célere e efetivar o direito reconhecido ao pleiteante”. ROQUE, Nathaly Campitelli. A ordem pública e seu regime jurídico do direito processual civil – as questões de ordem pública. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, v. 100, n. 908, jun. 2011, p. 268.

³⁰⁶ ROQUE, *A ordem pública e seu regime jurídico do direito processual civil*, 2011, p. 271.

³⁰⁷ CABRAL, *Ordem pública processual*, 2015, p. 223.

³⁰⁸ CABRAL, *Negócios jurídicos processuais*, 2020, p. 381.

³⁰⁹ Neste sentido, a ordem pública processual “é um conteúdo sempre aberto, indefinível e volátil, de acordo com o tempo e o espaço que se analisa, tendo em vista a necessidade de se adequar às frequentes mutações valorativas, sociais, econômicas, políticas e jurídicas”. CABRAL, *Ordem pública processual*, 2015, p. 57.

É de se salientar, ainda, que a ordem pública processual há muito vem sendo utilizada pela doutrina e jurisprudência – ainda que sem uma uniformidade conceitual – para delimitar os espaços de predominância do interesse público e da segurança jurídica processual, razão pela qual opta este trabalho por considerar tal critério como um dos pontos de partida relevantes no que se refere à verificação dos limites infraconstitucionais à liberdade negocial no processo.

Ainda como reforço em favor da eleição da ordem pública processual como critério idôneo no que se refere à análise dos limites dos negócios jurídicos processuais atípicos, rememora-se que a Lei de Arbitragem – Lei 9.307/1996 prevê que as partes poderão escolher as regras de direito aplicáveis à solução do caso, desde que estas não importem em violação da ordem pública. Ora, se até a arbitragem, que se apresenta como um método de solução de conflitos em que impera o princípio dispositivo, toma a ordem pública como fator limitante à liberdade das partes, com maior razão a mesma lógica deve ser transposta para o processo estatal, que exhibe feição predominantemente pública.

Assim, considerando que a ordem pública processual se constitui de normas estipuladas em função da tutela do interesse público, afirma-se, *a priori*, que ela constituirá barreira para a autorregulação formal, muito embora já se tenha delineado neste trabalho que o direito público não se mostra de todo adverso à liberdade processual. Cabe, então, verificar se estes obstáculos são transponíveis e sob quais condições.

Classificação difundida na Teoria Geral do Processo é aquela que segrega as normas processuais em cogentes e dispositivas, conforme a predominância dos princípios inquisitivo ou dispositivo. Neste sentido, ao discorrer sobre os referidos princípios, Rodrigo Klippel assevera:

O princípio inquisitivo expressa, de modo geral, um predomínio do interesse público na constituição da norma, a impedir que as partes convençam, por exemplo, a sua não incidência; o princípio dispositivo, a ausência desse predomínio, o que termina por gerar a possibilidade de que os destinatários de certa norma disponham acerca dela, afastando total ou parcialmente a sua incidência.³¹⁰

Nesse contexto, normas de ordem pública, por sofrerem forte influência do princípio inquisitivo, sempre foram tratadas como de observância obrigatória e como

³¹⁰ KLIPPEL, *Teoria geral do processo & teoria do processo civil brasileiro*, 2018, p. 70.

cognoscíveis de ofício pelo magistrado. Somente as normas dispositivas seriam passíveis de afastamento ou mesmo alteração mediante convenção entre as partes, por se tratar de normas impregnadas pelo princípio dispositivo.

Mas nem toda norma imperativa será automaticamente de ordem pública. Deveras, o universo das normas processuais cogentes não corresponde ao das normas de ordem pública, sendo possível identificar normas cogentes/imperativas que não necessariamente veiculam questões atreladas ao interesse público ou à preservação da segurança jurídica e do devido processo legal.³¹¹

Portanto, não há correlação necessária entre a cogência da norma e a sua categorização como de ordem pública, malgrado o atributo da imperatividade se apresente como um indicativo de que a matéria é de interesse que transcende a esfera individual, como bem pondera Flávio Luiz Yarshell: “embora não se reconheça indefectível correspondência entre os conceitos de norma de ordem pública, de um lado, e norma cogente, de outro, a indicação legal não deixa de ser um parâmetro objetivo”.³¹²

Em relação às normas imperativas, verifica-se que, na prática, nem sempre é tão simples diferenciar as normas cogentes das dispositivas, e mais: será que há, de fato, sempre uma separação estanque entre as normas processuais ou a depender da situação concreta pode ocorrer substancial alteração na natureza da norma (de imperativa para dispositiva e vice-versa)?

As regras sobre competência dão um bom indicativo de que, conforme as circunstâncias do caso concreto, uma norma que a princípio teria natureza dispositiva pode assumir caráter imperativo, como no caso da cláusula de eleição de foro abusiva, que determinará a desconsideração do foro eleito e a observância das regras ordinárias de determinação da competência.

Ademais, a partir da instituição da cláusula geral de atipicidade de negociação processual, com possibilidade de formulação de ajustes procedimentais ou que ensejem a disposição de situações jurídicas processuais, vislumbra-se uma verdadeira “zona cinzenta” em que normas imperativas podem ser parcial ou

³¹¹ Nesta linha: “nem toda ofensa a normas cogentes representa uma ofensa à ordem pública, porque esta corresponde a um universo menor do que o conjunto das regras imperativas” CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 309.

³¹² YARSHELL, *Convenção das partes em matéria processual*, 2015, p. 71.

totalmente afastadas e normas dispositivas podem se tornar obrigatórias, conforme a vontade das partes, segundo vem aduzindo a doutrina:

A partir da vigência do CPC/15, muitas normas que eram consideradas, pura e simplesmente, de ordem pública à luz do sistema processual anterior (regulado primordialmente pelo CPC/73), por sofrerem incidência exclusiva do princípio inquisitivo, passaram a sofrer também a incidência do princípio dispositivo, o que faz com que assumam características atinentes tanto ao regime publicista quanto ao regime privatista.³¹³

Tem-se, dessarte, que a partir do CPC/2015 praticamente carece de sentido prático a tentativa de delimitação estanque das normas cogentes e dispositivas, pois ao prever o art. 190 do Código a possibilidade de que a vontade altere inclusive o procedimento, é de singela constatação que normas antes consideradas imperativas poderão ter sua aplicabilidade afastada, desde que válida a convenção processual que a determine.

Dessarte, salienta-se que as normas cogentes poderão ser objeto de convenções processuais, visando afastá-las ou modificar a sua forma de incidência no processo. Contudo, no que atine às normas de ordem pública, notadamente aquelas voltadas à proteção de garantias processuais, à tutela da segurança jurídica e as reservadas à lei em sentido estrito, perfilha-se aqui a linha que considera nulo o objeto dos negócios jurídicos processuais que violem tais preceitos.

Ao discorrer sobre a possibilidade de que as convenções processuais versem acerca de normas de ordem pública, Adriana Buchmann sinaliza a existência de um núcleo mínimo de garantias a ser preservado, pontuando que as normas de ordem pública consistirão em limites ao autorregramento da vontade no processo:

A definição de ordem pública processual circunda, portanto, um 'núcleo duro de princípios e garantias' a funcionar como um mínimo existencial para a possibilitação de uma tutela justa. Coincide com um núcleo mínimo indicado enquanto fomentador de um processo justo. Dessume se, portanto, a existência de um conjunto maior de normas ditas cogentes, ditando rigores formais por vezes flexíveis, e um conjunto menor, denominado ordem pública, ditando rigores processuais de caráter material absolutamente inflexíveis, os quais se identificam com os limites estruturais supramencionados.³¹⁴

Em posição semelhante, Trícia Navarro Xavier Cabral estatui como limites à disponibilidade processual as garantias processuais (entre elas as de caráter infraconstitucional), a reserva legal, os poderes-deveres do juiz, entre outros. E o parâmetro da cogência e da ordem pública processual é tomado como relevante,

³¹³ KLIPPEL, *Teoria geral do processo & teoria do processo civil brasileiro*, 2018, p. 72.

³¹⁴ BUCHMANN, *Limites objetivos ao negócio processual atípico*, 2017, p. 199-200.

ainda, por Pedro Henrique Nogueira³¹⁵, Leonardo Carneiro da Cunha³¹⁶, Flavio Luiz Yarshell³¹⁷, Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior³¹⁸, entre outros.

Fixados estes contornos, passa-se, adiante, a analisar a admissibilidade de convenções processuais que versem sobre as seguintes matérias de ordem pública: **a)** condições da ação (legitimidade e interesse processual), e **b)** pressupostos processuais.

3.2.3.1 Condições da ação

Conquanto o CPC/2015 não faça menção ao termo “condições da ação”, trata-se de categoria amplamente difundida no plano da ciência processual pátria, sobretudo pela influência que Liebman – e sua Teoria Eclética – exerceu sobre a escola processualista brasileira. Não se desconhece existência de divergência doutrinária acerca da adoção ou não da Teoria Eclética das condições da ação pelo CPC/2015, tal qual o fez o CPC/73, assim como a discussão acerca da própria existência de condições sem as quais a análise do mérito fica prejudicada, contudo, a análise destas questões desborda dos limites da presente pesquisa.

O que se analisa na presente seção é a possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que versem sobre os requisitos comumente denominados “condições da ação”, quais sejam, a legitimidade *ad causam* e o interesse processual.

3.2.3.1.1 Legitimidade *ad causam*

Questão relevante envolvendo a legitimidade *ad causam* diz respeito à possibilidade de atribuição de legitimidade extraordinária negocial. O legitimado extraordinário é

³¹⁵ NOGUEIRA, *Negócios jurídicos processuais*, 2020, p. 285-286.

³¹⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 75-76.

³¹⁷ YARSHELL, *Convenção das partes em matéria processual*, 2019, p. 90.

³¹⁸ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos processuais – existência, validade e eficácia – campo invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 317-319.

aquele que pleiteia direito alheio em nome próprio, o que em regra é vedado pelo CPC.

Contudo, o art. 18 do CPC, ao tratar da legitimidade extraordinária, apresenta diferença em relação ao tratamento da matéria dado pelo CPC/1973, que se revela *a priori* sutil, mas que consagra, na verdade, mudança substancial. O Código de 1973 previa que ninguém poderia pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei (art. 6º, CPC/1973). A seu turno, o CPC/2015 praticamente repete a redação do diploma revogado, porém substituindo a locução “autorizado por lei” por “autorizado pelo ordenamento jurídico”.

E essa alteração logo despertou a atenção dos juristas, que passaram a perquirir acerca da possibilidade de estipulação de legitimidade extraordinária convencional. A posição do presente trabalho é no sentido da admissibilidade da atribuição negocial de legitimidade a terceiro, consoante as razões adiante expostas.

Em primeiro lugar, deve-se rememorar que os negócios jurídicos, em geral, e os negócios jurídicos processuais, em especial, possuem caráter normativo. Por decorrência do art. 190 do CPC/2015, os negócios processuais constituem fonte de normas a serem observadas no processo, desde que validamente celebrados. Neste contexto, como o atual Código de Processo dispõe ser possível a legitimação extraordinária nos casos autorizados pelo ordenamento jurídico, forçoso concluir que os negócios jurídicos processuais, enquanto fontes de normas jurídicas, poderão autorizar seja demandado direito alheio em nome próprio.³¹⁹

Ademais, há que se reconhecer que se ao titular do direito é lícito – em regra – dispor ou transmitir o próprio direito material, *a fortiori* seria possível transmitir a legitimidade para a tutela do direito em juízo.³²⁰

Não há, portanto, razões para se opor à legitimação extraordinária pela via negocial. Importante ressaltar, todavia, que a atribuição de legitimidade passiva exclusiva a

³¹⁹ É o que defendem os seguintes autores: Leonardo Carneiro da Cunha (CUNHA, *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*, 2015, p. 50); Fredie Didier Jr. (DIDIER JÚNIOR, Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. *Revista de Processo*, São Paulo, v.39, n.232, p. 137-143, jun./2014, p. 72.); Daniela Santos Bomfim (BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Processuais*. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 347.); Adriana Buchmann (BUCHMANN, *Limites objetivos ao negócio processual atípico*, 2017, p. 275).

³²⁰ BUCHMANN, *Limites objetivos ao negócio processual atípico*, 2017, p. 269.

terceiro não se revela possível, por se tratar de prática por vezes improfícua ou que poderia servir a fins ilícitos:

Já ao se permitir que através de convenção processual, por exemplo, a legitimidade passiva seja transmitida exclusivamente a outrem, estar-se-ia permitindo a criação de “laranjas” judiciais, isto é, uma pessoa (física ou jurídica) a responder civilmente pelos ilícitos cometidos por outra, a qual permaneceria desembaraçada para continuar a desenvolver suas práticas ilícitas na vida civil ou no mercado, sem que terceiros desavisados pudessem ter acesso ao histórico desse indivíduo ante à ausência de registros o envolvendo no Poder Judiciário. O abalo impactado na segurança jurídica das relações em decorrência da adoção dessa blindagem artificial seria, portanto, imensurável, não se vislumbrando, em contrapartida, qualquer vantagem na adoção da prática.³²¹

Sendo assim, ao menos no que se refere à atribuição de legitimidade extraordinária ativa mediante celebração de negócio jurídico processual, a prática se mostra consentânea com o ordenamento jurídico, não se vislumbrando impeditivo para a sua adoção.

Outra possibilidade, em tese, de convenção sobre legitimidade *ad causam* consiste na exclusão convencional de determinado legitimado ordinário ou extraordinário. Seria a hipótese, v.g., de limitação da atuação de algum(ns) dos legitimados à propositura de ação civil pública ou da execução de sentença proferida em ação coletiva (art. 100 do Código de Defesa do Consumidor – CDC).

Sem necessidade de maiores aprofundamentos, verifica-se que a convenção processual que se destine a limitar a legitimação prevista em lei esbarra na reserva legal, consistindo em ofensa à ordem pública processual.

3.2.3.1.2 Interesse processual

O interesse processual se conecta à noção de que o exercício da jurisdição só será legítimo e indispensável se dele se puder extrair um resultado útil, ou seja, apenas se houver a “[...] imprescindibilidade do processo para a tutela de um direito material ameaçado ou violado”.³²² Pode-se afirmar, em suma, que o interesse de agir poderá

³²¹ BUCHMANN, *Limites objetivos ao negócio processual atípico*, 2017, p. 270-271.

³²² KLIPPEL, *Teoria geral do processo & teoria do processo civil brasileiro*, 2018, p. 231.

ser constatado quando existir para o demandante a utilidade, a necessidade e a adequação do provimento jurisdicional para a satisfação de um direito subjetivo.

Por decorrência lógica da própria definição do interesse de agir, constata-se de plano a inviabilidade de se convencionar para permitir o acesso de demandas desnecessárias ou inúteis à jurisdição estatal, sob pena de ofensa aos próprios escopos do processo, tal como afirma a doutrina:

Assim sendo, a conotação de interesse público na reserva do Judiciário a causas que preencham os requisitos de utilidade e necessidade jurisdicional é nítido, não se encontrando, novamente, justificativa a legitimar a extensão da máquina estatal para além dos mencionados limites a uma porque essa já encontra dificuldades em operar na sua dimensão atual; a duas porque a coletividade teria de arcar com os custos dessa dilatação operativa convencional.³²³

Desse modo, patente a impossibilidade de negociação processual envolvendo o requisito do interesse processual, dispensando-se maiores considerações a respeito.

3.2.3.2 Pressupostos processuais

A categoria “pressupostos processuais” foi inicialmente desenvolvida por Bülow, a partir da noção de que a relação jurídica processual não se confunde com a relação material subjacente, sendo que ambas as relações dependem da verificação de certos requisitos de existência e validade. No que concerne à relação jurídica processual, estes elementos que condicionam a existência e validade são denominados pressupostos processuais.³²⁴

Tradicionalmente, subdivide-se os pressupostos processuais em pressupostos de existência e requisitos de validade, havendo inúmeras classificações da categoria. Adota-se aqui a proposta por Fredie Didier Jr.³²⁵, segundo a qual os pressupostos processuais podem ser classificados conforme segue:

a) Pressupostos de existência;

a.1) Subjetivos;

³²³ BUCHMANN, *Limites objetivos ao negócio processual atípico*, 2017, p. 276.

³²⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 1, p. 265.

³²⁵ DIDIER JR., *Curso de Direito Processual Civil*, 2013, v. 1, p. 268.

- a.1.1) Órgão investido de jurisdição;
- a.1.2) Capacidade de ser parte;
- a.2) Objetivo – existência de pedido/demanda;
- b) Requisitos de validade;
 - b.1) Subjetivos;
 - b.1.1) Competência e imparcialidade;
 - b.1.2) Capacidade processual e capacidade postulatória;
 - b.2) Objetivos;
 - b.2.1) Intrínseco – respeito ao formalismo processual;
 - b.2.2) Extrínsecos – ausência de preempção, litispendência, coisa julgada, convenção de arbitragem.

Considerando que os pressupostos processuais veiculam situações ligadas à própria existência da relação processual, ou mesmo a sua validade, constituindo questões de ordem pública que objetivam, em grande medida, assegurar o devido processo legal e a regularidade do processo, em regra, será inviável convencionar acerca destes requisitos.

Como exceção, citam-se as convenções sobre a competência relativa e a convenção de arbitragem, que são, na verdade, negócios jurídicos processuais típicos, ou seja, com previsão expressa na legislação processual.

Fixada a premissa de que o campo de disposição das partes para convencionar acerca da limitação ou desconsideração de pressupostos processuais é deveras restrito, ressalta-se que, de outro turno, a estipulação de novos requisitos se apresenta como viável, em tese. Neste sentido, poder-se-ia cogitar de negócios jurídicos processuais atípicos que determinem a realização compulsória de audiência de conciliação ou mediação pré-processual, a tentativa de resolução administrativa prévia obrigatória, ou ainda a impossibilidade de propositora da demanda ou da execução por certo lapso temporal (pactos de *non petendo* e *non exequendo*, respectivamente).

Assim, afigura-se possível a criação consensual de condições de procedibilidade, que conquanto não constituam tecnicamente pressupostos de existência e requisitos de validade do processo, determinarão a observância de requisitos adicionais para que se obtenha a prestação jurisdicional.

3.2.4 Administração judiciária

Uma das questões intrigantes quando se cogita das variadas hipóteses de negócios processuais atípicos consubstancia-se na interação das estipulações convencionadas com o regramento e a estrutura da máquina estatal, responsável por prestar os serviços judiciários. O Poder Judiciário presta um serviço público, regido tanto por normas de natureza processual e procedimental, quanto por regramentos previstos no Direito Administrativo, estando a atividade jurisdicional submetida aos princípios norteadores da atuação da Administração Pública.

Assim, ressaí como possível fator limitante aos negócios jurídicos processuais a Administração da Justiça, na medida em que a transferência de custos e encargos decorrentes das estipulações convencionais ao Poder Judiciário pode tornar inviável a própria prestação da atividade-fim do sistema de justiça. Disto resulta a necessidade de que as convenções dispositivas, ou seja, aquelas que prevejam alterações procedimentais, sejam avaliadas pelo juiz com acuidade adicional, em uma verdadeira análise de custo-benefício que busque repelir acordos que transfiram ao Judiciário mais custos ou demandem mais recursos materiais e humanos do que este ordinariamente já dispõe.

Não se poderia admitir que um negócio jurídico processual atípico, sob a justificativa de assegurar um procedimento mais rente às especificidades da causa, implicasse na criação de despesas específicas ou na necessidade de atividades ou diligências além daquelas afetas aos serviços ordinariamente prestados pelo Poder Judiciário, apenas para atender às modificações procedimentais convencionadas. Tal situação acabaria por afetar a eficiência global do sistema de justiça, com reflexos no tratamento dispensado a outros conflitos, sacrificando os recursos já escassos do Poder Público para o atendimento a necessidades específicas e extraordinárias advindas da modulação procedimental convencional.

O quadro poderia se agravar exponencialmente na hipótese de inserção de modificações procedimentais extravagantes em contratos de massa por litigantes habituais, aumentando sobremaneira os custos da litigância e criando embaraços até para a formulação das previsões orçamentárias do Poder Judiciário, ante a imprevisibilidade quanto às despesas extraordinárias para o atendimento aos termos destas convenções processuais.

Por outro lado, não parece ser de todo adequado, sob o ponto de vista da fundamentação adequada das decisões judiciais, que o magistrado negue aplicação à convenção procedimental de modo sumário e com base apenas em argumentação genérica, invocando expressões de tessitura aberta como “boa administração da justiça”, “celeridade e eficiência processual” etc.³²⁶

O ponto chave, então, no que atine ao controle judicial das convenções processuais procedimentais é verificar se, no momento da execução das alterações propostas, o pacto será exequível com os recursos ordinariamente disponíveis. Se ficar constatada a necessidade de custos adicionais não razoáveis ou não rotineiramente previstos no cotidiano forense, deverá o magistrado recusar aplicação à convenção por impossibilidade material de transferência de externalidades ao Poder Judiciário ou a terceiros.³²⁷

Estas conclusões são reforçadas por algumas das normas fundamentais do processo civil previstas no Código de Processo Civil, que sinalizam para a necessidade de análise parcimoniosa das convenções processuais procedimentais. Pactos procedimentais que prevejam etapas ou atos repetitivos, desnecessários ou que resultem na transferência de custos extraordinários ao sistema de justiça podem inviabilizar o acesso efetivo à justiça em tempo razoável (CPC, art. 4º), atentando ainda contra a cooperação entre os sujeitos processuais (CPC, art. 6º).

Também se observa que o art. 8º do CPC dispõe sobre a necessidade de que o juiz, ao aplicar o ordenamento jurídico, atenda aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

³²⁶ LIMA, Renata Rodrigues Silva e. *Limites dos negócios jurídicos processuais: um estudo sobre o objeto das convenções atípicas*. São Paulo: Dialética, 2020, edição Kindle, p. 46.

³²⁷ CABRAL, *Convenções processuais*, 2020, p. 404.

Negócios jurídicos processuais procedimentais que prevejam a transferência de externalidades ao Judiciário decerto violarão os postulados da proporcionalidade, razoabilidade e eficiência, devendo ser afastados.

Neste viés, pode-se exemplificar a questão a partir do negócio processual de suspensão do processo, previsto no art. 313, inciso II, do CPC, convenção de natureza típica, pois expressamente prevista no Código. A suspensão máxima prevista neste negócio típico é de seis meses, nos termos do § 4º, do art. 313, do CPC. Todavia, defende-se a ampliação deste prazo mediante celebração de negócio jurídico processual atípico – porquanto inexistente previsão expressa para suspensão superior a seis meses. A suspensão por convenção atípica, porém, não poderá superar o prazo de um ano, pois este é o prazo máximo admitido pelo Código, de maneira que a estipulação de sobrestamento que ultrapasse tal lapso encontrará óbice nas normas fundamentais do processo, especialmente as previstas nos arts. 4º, 6º e 8º do CPC.

A doutrina elenca como macro fatores indicativos de que a convenção processual procedimental repercutirá na administração da justiça os negócios que: **a)** transfiram ao Poder Judiciário custos extraordinários para a implementação dos ajustes procedimentais perpetrados convencionalmente (ex.: publicação de atos de comunicação processual em jornais de grande circulação ou a realização de audiências em locais específicos); **b)** demandem a contratação de recursos humanos ou que repassem atos processuais a terceiros não integrantes dos quadros do Poder Judiciário (ex.: eleição de conciliador ou mediador descredenciado); **c)** resultem na alteração da prestação jurisdicional como prejuízo para os demais jurisdicionados ou para a organização interna dos serviços (ex.: alteração de horário de expediente); **d)** acarretem tratamento anti-isonômico entre os jurisdicionados a partir da alocação de maiores recursos para certas demandas em detrimento de outras; **e)** exijam das próprias partes recursos não disponíveis ou materialmente inacessíveis na localidade (ex.: exigência de realização de audiências por videoconferência em localidade não abrangida por serviço de internet).³²⁸

Importante ressaltar, em fechamento, que as partes poderão subsidiar o Poder Judiciário com os recursos necessários à implementação do acordo procedimental, desde que, é claro, sejam observados os princípios e regras de direito administrativo

³²⁸ LIMA, *Limites dos negócios jurídicos processuais*, 2020, edição Kindle, p. 46-47.

aplicáveis. Assim, seria lícito às partes fornecer o aparato tecnológico em caso de convenção procedimental que preveja a realização de audiências virtuais por videoconferência, ou ainda o fornecimento de espaço e material adequado para a realização de atos que dependam da presença de muitas partes e testemunhas, entre outros ajustes.

3.2.5 Limites infraconstitucionais: balanço conclusivo

Consoante delineado nos tópicos precedentes, o poder de autorregramento da vontade no processo pode ser limitado por normas infraconstitucionais, especialmente quando estas veiculam valores indispensáveis à regularidade do processo e ao atingimento de seus escopos.

Verifica-se que, em certa medida, as limitações identificadas também refletem na proteção de valores constitucionais, embora estejam previstas em normas hierarquicamente inferiores. Esta constatação não surpreende, pois a legislação processual está repleta de normas que espelham axiomas e garantias previstas na Constituição, sendo natural que um limite identificado, por exemplo, no próprio Código de Processo Civil, corresponda a uma barreira que possa ser extraída, também, do texto constitucional.

É o caso, v.g., das normas de ordem pública e dos pressupostos processuais, que em regra tutelam interesses constitucionalmente relevantes, de natureza pública. Em boa parte destas hipóteses, observa-se claramente que o objetivo da norma infraconstitucional é assegurar um direito fundamental de matiz processual.

Entretanto, ainda que se possa argumentar que, nestes casos, o limite seria a própria Constituição, e que, portanto, o limite infraconstitucional não existira, não se reputa tal premissa como de todo verdadeira.

É que em um sistema de jurisdição como o brasileiro, que contempla cortes extraordinárias com competências específicas, torna-se relevante a concomitância de proteção de determinado valor na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.

Como se sabe, ao Superior Tribunal de Justiça – STJ cabe a uniformização da interpretação da lei federal, ao passo que ao Supremo Tribunal Federal – STF

incumbe a guarda da Constituição, assim como a revelação do sentido das normas constitucionais. Neste contexto, consolidou-se na jurisprudência do STF o entendimento de que o recurso extraordinário só seria admissível se, ao apreciar a norma constitucional supostamente violada, a corte pudesse prescindir da análise de lei infraconstitucional, ou seja, o apelo extremo deve ser fundado em ofensa direta à Constituição.

Sendo assim, é possível que uma considerável parcela dos recursos que tratem da temática dos limites implícitos ao objeto das convenções processuais, por envolverem a suposta violação de dispositivos infraconstitucionais, acabem por ficar limitados ao âmbito da competência do STJ, nada obstante estas normas veiculem, também, a proteção de direitos fundamentais como pano de fundo.

Portanto, a identificação de limites de ordem infraconstitucional é importante para subsidiar até mesmo a atividade interpretativa levada a efeito pela Corte Superior, fornecendo parâmetros para o controle dos recursos que logrem ser admitidos na via especial.

Mesmo que a inobservância de certos limites infraconstitucionais implique na violação reflexa do texto constitucional, defende-se a identificação segregada das balizas infraconstitucionais e constitucionais aos negócios jurídicos processuais, como forma de melhor sistematizar o controle das convenções processuais no âmbito das cortes excepcionais.

3.3 LIMITES IMPLÍCITOS CONSTITUCIONAIS

No âmbito da Constituição há uma série de regras e princípios de ordem processual e de organização judiciária. Do rol de direitos e garantias fundamentais é possível extrair normas de evidente aplicação no âmbito do direito processual, como as que asseguram o devido processo legal e o acesso à justiça.

Mas as normas de relevância para o processo não se resumem àquelas previstas no Título II da Constituição, havendo importantes regras de competência, organização judiciária, direitos fundamentais e garantias processuais ao longo do texto constitucional, especialmente no Capítulo III, do Título IV, que trata da organização do Poder Judiciário.

Os direitos fundamentais são comumente apontados como indisponíveis, pois buscam resguardar uma esfera mínima de proteção ao indivíduo. Trata-se de direitos que, em um primeiro momento, visavam conferir tutela frente ao Estado, seja evitando a ingerência deste em determinadas situações ou mesmo constringendo-o a garantir materialmente a fruição de certos direitos. Com o tempo, objetivando aprimorar a proteção dos direitos e garantias fundamentais, passou-se a difundir a ideia de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, caracterizada pela incidência direta dos preceitos constitucionais nas relações entre particulares, conforme relata Ingo Sarlet:

A concepção adotada, no sentido de uma eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, significa, em termos gerais, que, em princípio, podem e devem ser extraídos efeitos jurídicos diretamente das normas de direitos fundamentais também em relação aos atores privados, não restando obstaculizada pela falta ou insuficiência de regulação legal.³²⁹

Nada obstante, o termo “direito indisponível” não é unívoco na doutrina, possuindo tratamento igualmente vacilante na jurisprudência. Costuma-se relacionar a indisponibilidade com os termos “irrenunciabilidade” e “inalienabilidade” ou, ainda, tratá-la como sinônimo de outros termos, como bem sintetiza Antonio do Passo Cabral:

é comum a associação do conceito de disponibilidade com os direitos patrimoniais; outros ligam a disponibilidade à renunciabilidade; há ainda aqueles para quem a disponibilidade é um predicado próprio de situações jurídicas alienáveis, enquanto a intransmissibilidade do direito significaria a sua indisponibilidade. Há também autores que defendem ser indisponível o que não pode ser objeto de transação.³³⁰

Em razão dessa dificuldade de uniformização do que seria “indisponibilidade”, Cabral defende a improficuidade de utilização do conceito para aferir a validade do objeto das convenções processuais, consignando que o CPC prevê a expressão “direitos que admitam autocomposição”, mais abrangente, segundo o autor.³³¹ Malgrado o acerto de Cabral quanto à falta de uniformização em torno da (in)disponibilidade, o fato é que, como já visto, também em relação ao termo “direito autocomponível” não há definição precisa em doutrina, o que nos remete à mesma inconsistência denunciada pelo autor.

³²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: o caso Brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUMER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 132.

³³⁰ CABRAL, *Convenções processuais*, 2020, p. 364.

³³¹ CABRAL, *Convenções processuais*, 2020, p. 367.

Na tentativa de precisar o termo “direito indisponível”, opta-se, aqui, por perfilhar o entendimento trilhado por Adriana Buchmann³³², segundo o qual os direitos fundamentais podem ser revestidos de dupla dimensão: **a)** uma subjetiva, de caráter individual e disponível (ou não exercitável), e **b)** uma objetiva, que transcende ao interesse do titular, sendo, em função do seu significado para a coletividade e para o interesse público, indisponível.

Tem-se, assim, que somente será possível dispor do direito fundamental se a limitação não repercutir em sua acepção objetiva, como bem pontua Pedro Augustin Adamy:

a disponibilidade de um direito fundamental se refere somente às situações em que o direito tem esse caráter personalíssimo, que não afeta terceiros e que não possua uma dimensão de proteção estatal ou que tenham como fundamento a proteção de um valor constitucionalmente relevante para todos os atingidos pela garantia ao bem jurídico.³³³

Exemplificando, seria possível dispor do direito à integridade física mediante a realização de uma intervenção cirúrgica, pois, neste caso, apenas a dimensão subjetiva do direito foi pontualmente afastada. O mesmo não se poderia dizer da hipótese em que o indivíduo aceitasse se submeter à tortura como forma de adimplemento contratual, caso em que a acepção objetiva do direito fundamental impediria a disposição, dados os valores subjacentes a serem preservados, segundo a principiologia constitucional.³³⁴

Realizados estes esclarecimentos, pontua-se que os negócios jurídicos processuais que venham a limitar direitos e garantias fundamentais deverão ser analisados de

³³² BUCHMANN, *Limites objetivos ao negócio processual atípico*, 2017, p. 182-183.

³³³ ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 83. No mesmo sentido, Robson Renaut Godinho: “A dimensão objetiva do conteúdo essencial de um direito fundamental ultrapassa a esfera subjetiva de um titular, implica não restringi-lo a ponto de afetar seu significado para a sociedade ou parcela dela”. GODINHO, Robson Renault. A Autonomia das Partes no Projeto de Código de Processo Civil: a atribuição convencional do ônus da prova. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle et al. *Novas Tendências de Processo Civil*. Estudos sobre o projeto do Novo CPC. Vol.3, Salvador: JusPodivm, 2014, p. 567.

³³⁴ Deve-se sempre atentar o fato de que os dispositivos constitucionais devem ser objeto de interpretação sistêmica, tendo em mente outros preceitos da Lei Maior, que possuam maior ou menor correlação com o direito objeto de análise. No exemplo citado, verifica-se que a Constituição alça ao *status* de fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, o que por si só já afastaria qualquer convenção – processual ou mesmo material – que previsse a submissão à tortura como forma de adimplemento. Ademais, o texto constitucional também prevê a proibição da pena de tortura, outro elemento que indicaria que tal ato é repudiado pela principiologia constitucional. É justamente quando o direito fundamental comporta dimensão objetiva, que desborda do âmbito do titular, que se precisará analisar cautelosamente o negócio jurídico processual, para afastá-lo caso malfira o direito sob exame.

maneira casuística, verificando, na hipótese concreta, se houve vulneração de preceito constitucional que possua dimensão objetiva, o que, em caso afirmativo, levará ao afastamento da convenção. Caso tenha ocorrido limitação de direitos de dimensão subjetiva, vinculada aos interesses próprios do titular, deve o juiz realizar um juízo de ponderação entre o direito ou garantia restringidos e o direito à liberdade de autogerência processual, pois ainda que o direito comporte apenas acepção subjetiva, este não poderá ser restringido de maneira desproporcional.³³⁵

Tendo em conta estes parâmetros, realiza-se a seguir a análise pormenorizada das circunstâncias limitadoras de natureza constitucional.

3.3.1 Devido processo legal

O devido processo legal constitui parâmetro comumente indicado pelos juristas que exploram a temática dos negócios jurídicos processuais como potencialmente limitador da liberdade de convencionar acerca de alterações procedimentais ou da disposição de situações jurídicas exercitáveis no processo.

Embora não exista consenso quanto à origem da garantia, predomina o entendimento de que o devido processo legal teve seu berço no Capítulo 39 da Magna Carta de 1.215, selada pelo rei João Sem-Terra, na Inglaterra, e naquele momento incipiente a garantia *due process of law* possuía conotação no sentido de conferir proteção aos bens de maior relevância – vida, liberdade e propriedade – dos barões feudais frente ao poder do déspota governante.³³⁶ A partir de então, a garantia se difundiu nos mais variados ordenamentos jurídicos e o seu conteúdo passou por oscilações no espaço e no tempo³³⁷, de acordo com o contexto sócio-político vigente, o que nos permite afirmar que o devido processo legal é uma garantia em permanente construção.³³⁸

³³⁵ BUCHMANN, *Limites objetivos ao negócio processual atípico*, 2017, p. 185.

³³⁶ BRAGA, *Aplicação do devido processo legal às relações jurídicas particulares*, 2007, p. 135-137.

³³⁷ Tendo como base a evolução da garantia no ordenamento dos Estados Unidos da América, Carlos Roberto Siqueira Castro afirma: “A velha concepção de liberdade em que se enraizavam as expressões sinônimas *law of land* e *due process of law*, e que informava as instituições jurídicas anglo-americanas desde a medieval Magna Carta, deu ensejo a que, na América do Norte, a cláusula do devido processo legal se transmudasse num autêntico *standard* de justiça, ao sabor das variantes histórico-culturais de cada tempo e lugar”. CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 46.

³³⁸ OLIVEIRA, Paulo Mendes. Negócios Processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 431, v. 1.

Assim, constata-se que o devido processo legal consubstancia garantia de tessitura aberta, não havendo definição precisa sequer na Constituição, o que, a princípio, pode sinalizar uma aparente dificuldade na utilização do devido processo legal como paradigma de controle dos negócios jurídicos processuais atípicos. No entanto, é bastante difundida na doutrina processualista a identificação de regras e subprincípios corolários do devido processo legal, a partir dos quais se pode obter um panorama menos abstrato em relação ao conteúdo desta garantia constitucional fundamental, tornando-a elegível como parâmetro de controle das convenções processuais atípicas.

Na tentativa de evidenciar o conteúdo normativo do devido processo legal, também é comum na doutrina a consideração da garantia sob duas acepções: “uma ‘substancial’, denotativa das exigências de proporcionalidade e de razoabilidade; e uma ‘procedimental’, indicativa da garantia de um processo adequado ou justo”.³³⁹ Em todo caso, é importante assentar que o devido processo legal não corresponde à necessidade de observância de um rígido procedimento legalmente previsto, mas sim ao conceito de “processo valorativamente conformado com as garantias constitucionais”³⁴⁰, ou seja, o que é necessário é a existência de um autêntico processo – pautado pelo respeito ao contraditório e à ampla defesa –, conforme preceitua Eduardo Couture: “O que é necessário não é um procedimento, mas um processo. O processo não é um fim, mas um meio; mas é o meio intransponível da própria justiça. Privar as garantias de defesa em juízo equivale praticamente a privar o direito”.³⁴¹

Sob ambos os aspectos, substancial e procedimental, o devido processo legal pode funcionar como fator limitante ao exercício do poder de autorregramento da vontade no processo.

No capítulo anterior firmou-se proposição no sentido de que os negócios jurídicos processuais atípicos não apenas são compatíveis com o devido processo legal, como podem ser considerados ainda verdadeiros fomentadores desta garantia

³³⁹ ÁVILA, *O que é devido processo legal?*, 2008, p. 50.

³⁴⁰ BUCHMANN, *Limites objetivos ao negócio processual atípico*, 2017, p. 203.

³⁴¹ Tradução livre de: “Se necesita, no ya un procedimiento, sino un proceso. El proceso no es un fin sino un medio; pero es el medio insuperable de la justicia misma. Privar de las garantías de la defensa en juicio, equivale, virtualmente, a privar del derecho”. COUTURE, Eduardo. Inconstitucionalidad por privación de la garantía del debido proceso. In: *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1979, t. 1, p. 194.

constitucional, especialmente quando se cogita dos negócios atípicos procedimentais, voltados à adequação do procedimento às peculiaridades da causa, amplificando a possibilidade de uma tutela justa e efetiva. Partindo desse pressuposto, pode-se concluir que o devido processo legal e os negócios jurídicos processuais se relacionam de maneira dual, na medida em que as convenções, conquanto limitadas pelo *due process*, servem como ferramenta para a promoção da garantia constitucional.³⁴²

E, como delineado nas considerações preliminares à análise das limitações constitucionais aos negócios jurídicos processuais atípicos, em tese é possível admitir a limitação casuística de direitos fundamentais de caráter processual a partir do permissivo contido no art. 190 do CPC/2015. Especificamente em relação ao devido processo legal, as convenções processuais atípicas deverão observar as balizas da proporcionalidade e da razoabilidade (devido processo legal substancial), e da adequação do processo à tutela do direito material (devido processo legal procedimental).

O dever de observância da proporcionalidade é decorrente da própria instituição de princípios em si mesma, sendo “consectário da estrutura teleológica do direito”.³⁴³ Em outros termos, a instituição de princípios pressupõe logicamente a necessidade de que estes sejam promovidos de maneira adequada e proporcional:

O fundamento normativo do dever de proporcionalidade, nas suas exigências de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, reside, pois, na própria instituição de princípios. Ao instituir um princípio, está-se, ao mesmo tempo, estabelecendo o dever de promovê-lo adequadamente. Desse modo, onde houver um princípio, haverá o dever de adequação. Ao instituir dois princípios, está-se, simultaneamente, prescrevendo o dever de promovê-los sem os restringir desnecessariamente. Assim, onde houver dois princípios, haverá o dever de necessidade. E ao instituir um conjunto de princípios, está-se estabelecendo o dever de mais promovê-los do que restringi-los. Desse modo, onde houver um conjunto de princípios, haverá o dever de proporcionalidade.³⁴⁴

Neste sentido, a limitação do devido processo legal para promover o direito fundamental à liberdade – nele inserido o direito à liberdade processual – deve ocorrer de maneira proporcional, pois cabe ao Estado a promoção de ambos os postulados, somente sendo legítima a adoção de comportamentos que, para a promoção de um

³⁴² BUCHMANN, *Limites objetivos ao negócio processual atípico*, 2017, p. 203.

³⁴³ ÁVILA, *O que é devido processo legal?*, 2008, p. 52.

³⁴⁴ ÁVILA, *O que é devido processo legal?*, 2008, p. 52.

dos princípios em cotejo, limite o outro apenas na medida do indispensável, numa relação de causalidade entre meio e fim.³⁴⁵ No caso, os negócios jurídicos processuais atípicos que mitiguem garantias decorrentes da cláusula do devido processo legal só serão válidos se ficar constatada a proporcionalidade, ou seja, se o afastamento parcial da garantia se justificar para promover uma solução mais adequada à tutela jurisdicional.

No que se refere à razoabilidade, conquanto esta possua conotação autônoma, há quem defenda se tratar de princípio que se encontra abrangido pela proporcionalidade.³⁴⁶ Humberto Ávila, por seu turno, não vislumbra unidade ontológica entre a proporcionalidade e a razoabilidade, afirmando que esta se encontra intimamente relacionada à igualdade, na medida em que se exige a eleição de critérios razoáveis para que se justifique a distinção de tratamento entre dois ou mais sujeitos.³⁴⁷ Desta maneira, sempre que se estiver diante de uma situação de desigualdade, deve-se avaliar se os critérios que levaram à distinção são razoáveis. Transpondo a lógica para os negócios processuais atípicos, estes somente se apresentarão como válidos se, ao estipularem cláusulas que redefinam a igualdade processual e a paridade de armas, o façam a partir da eleição de critérios razoáveis, tendo como norte o alcance de um tratamento adequado do conflito.

No que concerne à acepção procedimental da garantia do devido processo, observa-se que, nesta conotação, o devido processo legal servirá como baliza para os negócios jurídicos processuais que visem alterar o procedimento. Nesta hipótese, o próprio art. 190 do CPC/2015 já indica que a instituição de mudanças no procedimento *standard* tomará como pressuposto o ajuste da técnica às especificidades da causa, sendo possível afirmar que a redação do dispositivo sinaliza no sentido da observância do devido processo legal procedimental. Portanto, a atividade moduladora do procedimento, consoante a vontade das partes, ficará condicionada ao atingimento de um resultado mais profícuo para o deslinde da causa, se comparado àquele que seria alcançado pela utilização do procedimento típico para a hipótese.

³⁴⁵ ÁVILA, *O que é devido processo legal?*, 2008, p. 51.

³⁴⁶ Neste sentido, confira-se: Razoabilidade e proporcionalidade podem até ser magnitudes diversas, entretanto, cremos que o princípio da proporcionalidade carrega em si a noção de razoabilidade, em uma relação inextrincável, e que não pode ser dissolvida, justificando, assim, a intercambialidade dos termos proporcionalidade e razoabilidade no ordenamento brasileiro. LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, p. 287.

³⁴⁷ ÁVILA, *O que é devido processo legal?*, 2008, p. 52.

Superada a investigação acerca dos pressupostos que irão reger a interação entre os negócios jurídicos processuais atípicos e o devido processo legal, passa-se a analisar as garantias processuais que dele decorrem, embora estejam previstas em dispositivos constitucionais autônomos. Como já salientado, um processo adequado e justo deve atender aos preceitos do contraditório e ampla defesa, ser conduzido por autoridade judiciária imparcial, pré-constituída, com tratamento paritário das partes, recebendo um julgamento público e fundamentado, após o curso de uma tramitação processual eficiente e efetiva. Adiante, cuida-se de cada um destes parâmetros de maneira individualizada.

3.3.2 Isonomia

Da análise do texto constitucional, percebe-se que a igualdade não apenas foi alçada ao *status* de direito fundamental de especial relevância, eis que destacada no próprio caput do art. 5º, da CRFB/1988, mas também foi eleita pelo constituinte como um dos axiomas essenciais a nortearem a interpretação e aplicação da Constituição como um todo, a partir de sua inserção expressa no preâmbulo da Carta Política.

No plano do Direito Civil, o modelo contratual clássico dos séculos XVIII e XIX era fortemente marcado pelo voluntarismo e sustentado por três princípios básicos: **a)** autonomia da vontade; **b)** igualdade formal entre os contratantes, e **c)** observância obrigatória das disposições contratuais (*pacta sunt servanda*).³⁴⁸ Naquele momento, as disposições contratuais eram consideradas intangíveis à intervenção do Estado, cabendo a este apenas assegurar o cumprimento das obrigações estipuladas, pois se entendia que a vontade fazia lei entre as partes.

Posteriormente, com as transformações socioeconômicas verificadas na virada para o século XX, com consolidação do modelo capitalista e massificação das relações jurídicas, paulatinamente o dogma da vontade como fundamento principal dos contratos passou a ser objeto de revisitação, pois se identificou que o modelo contratual clássico já não atendia a contento ao paradigma social então vigente. Nesta senda, o voluntarismo passa a ceder espaço ao solidarismo contratual, a partir da verificação de que a análise do contrato sob o viés exclusivo da vontade nem sempre

³⁴⁸ NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais – autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 42.

seria suficiente para legitimá-lo, havendo que se analisar o contexto e a realidade no momento da manifestação volitiva.³⁴⁹

A constatação de que o contrato nem sempre decorria de uma vontade livre e igual fez com que a categoria passasse a ser objeto de críticas, cogitando-se até de uma suposta “crise do contrato”, porém, “na verdade, não é o contrato que está em crise, e sim a autonomia da vontade que não mais o sustenta”.³⁵⁰ Nesta mudança de paradigma de um Estado liberal para um de cunho predominantemente social, observa-se incremento da intervenção estatal nas relações privadas, bem como a emergência de outros princípios a nortear a interpretação e aplicação contratual, tais como a função social, equivalência material e boa-fé objetiva, os quais se somaram àqueles da era clássica, identificados linhas acima.

Com isso, torna-se relevante para os fins de avaliação quanto à licitude do objeto dos contratos a verificação da ocorrência de vontade manifestada em situação isonômica e o equilíbrio de prestações, com proporcionalidade entre ganhos e perdas. Tais premissas se mostram ainda mais relevantes quando se constata a vulnerabilidade de um dos sujeitos do negócio jurídico, circunstância que sinaliza para a necessidade de uma maior intervenção estatal objetivando afastar situações que venham a exacerbar a já existente disparidade.

Esta lógica deve ser transposta para a análise das convenções processuais, a fim de que a estipulação de situações desiguais via negociação atípica não resulte em quebra da isonomia material, da paridade de armas e da proporção entre benefícios e desvantagens. Portanto, não se filia à ideia de que os negócios jurídicos processuais atípicos que estabeleçam situações de desigualdade serão, de plano, inadmissíveis³⁵¹, devendo ser realizada uma análise casuística e que leve em conta o

³⁴⁹ CORDEIRO, Eros Belin de Moura. Repersonalização, solidarismo e preservação do contrato: em busca do papel contemporâneo da revisão contratual. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 2, n. 2, jan/jun. 2010, p. 157-158.

³⁵⁰ CORDEIRO, *Repersonalização, solidarismo e preservação do contrato: em busca do papel contemporâneo da revisão contratual*, 2010, p. 158.

³⁵¹ Tal como defende Adriana Buchmann na seguinte passagem: “Com efeito, se a relação jurisdicional for desequilibrada, os resultados dela tendem a ser falaciosos e a justiça da decisão, por sua vez, questionável. [...] Assim, uma vez constatado que o equilíbrio da relação processual consiste em conditio *sine qua non* para o desenvolvimento da atividade jurisdicional e para o alcance de seu objetivo, imperioso reconhecer a vedação de negociações o envolvendo”. BUCHMANN, *Limites objetivos ao negócio processual atípico*, 2017, p. 206.

também o aspecto subjetivo, até porque a isonomia é um conceito relacional, “ou seja, sempre se é igual ou diferente em relação a algo/alguém”.³⁵²

A igualdade servirá, certamente, como parâmetro genérico para o controle de validade dos negócios jurídicos processuais atípicos.³⁵³ A estipulação de cláusulas com desproporção exacerbada entre benefícios e perdas, ou que coloquem uma das partes em situação de desvantagem manifesta, inviabilizando o exercício do direito de ação ou de defesa, são indicativos de que o conteúdo da convenção processual pode estar em desconformidade com o que se espera de um processo isonômico, justo e devido.

É preciso ressaltar, no entanto, que a mera constatação de que uma das partes dispõe de situações jurídicas de maneira mais ampla e contundente do que a outra não significa, *a priori*, quebra de isonomia. Na verdade, é até comum e esperado que exista certa desproporção no negócio processual atípico, sendo ele mais favorável a uma das partes, mesmo porque, como já explorado neste trabalho, pode se mostrar vantajoso para uma das partes dispor de alguma situação processual ativa em troca de melhores condições de contratação no âmbito material. O que se busca evitar é que a situação de desvantagem amplifique a desigualdade já existente entre os sujeitos, criando embaraço para a parte desfavorecida, como no caso da estipulação, em contratos de consumo, de cláusula pela qual o consumidor dispensa a inversão do ônus da prova em qualquer hipótese, fazendo incidir a regra *standard* de distribuição do *onus probandi*, prevista no art. 373 do CPC/2015.

De outro giro, se é bem verdade que os negócios jurídicos processuais atípicos podem estabelecer situações de quebra de isonomia, com recrudescimento de situações de disparidade entre os sujeitos processuais, é certo também que o negócio poderá beneficiar a parte vulnerável, ainda que se observe manifesta desproporção na relação entre ganhos e perdas. Desse modo, mostra-se legítima a convenção atípica que estabeleça de maneira contundente a disposição de situações jurídicas processuais pela parte mais favorecida, em favor da vulnerável, como forma de

³⁵² SOUZA, Wilton Santos. Política de cotas para pessoas com deficiência: mitigação ao princípio da isonomia? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 48, n. 189, jan./mar. 2011, p. 283.

³⁵³ CABRAL, *Convenções processuais*, 2020, p. 393.

prestigiar a isonomia material. Trata-se, tão somente, de estabelecer uma situação desigual para, de modo global, se alcançar uma igualdade substancial.

Por fim, cabe anotar que as relações em que tipicamente se observa a existência de disparidade ou vulnerabilidade, como as demandas de consumo e trabalhistas, não deverão ser consideradas, *a priori*, como infensas à possibilidade de negociação de natureza processual. Defende-se a viabilidade, em tese, de celebração de convenções atípicas em contratos de consumo ou em relações de trabalho, desde que se observe as condições antes descritas, ou seja, o negócio processual não poderá embaraçar o exercício de poderes e faculdades processuais com prejuízo para o vulnerável.

3.3.3 Inafastabilidade da Jurisdição e acesso à justiça

Encontra-se consagrada no art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/1988, a garantia de acesso à justiça, por meio do exercício da atividade jurisdicional, estatal ou não. À primeira vista, a redação do dispositivo constitucional exprime o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que representa a garantia de acesso a órgão jurisdicional que, uma vez provocado, obrigatoriamente deverá analisar e apresentar sua conclusão quanto à demanda proposta.³⁵⁴

Todavia, a conotação atualmente conferida ao dispositivo não se limita à mera inafastabilidade ou garantia de ingresso nos órgãos do Poder Judiciário, compreendendo, deveras, o acesso substancial à justiça, não vinculado necessariamente à tutela jurisdicional estatal. De fato, o conceito teórico de acesso à justiça evoluiu de uma perspectiva meramente formal, individualista e desconectada da realidade pragmática dos cidadãos, constatada nos Estados liberais dos séculos XVIII e XIX, para se conformar, a partir da consolidação do Estado Social, em uma garantia de atuação estatal positiva visando assegurar o gozo dos direitos sociais emergentes à época.³⁵⁵

Em um Estado de Direito que reconheça a importância da atuação estatal para garantir uma fruição efetiva dos direitos, “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como

³⁵⁴ DONIZETTI, Elpídio. *Curso de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 31.

³⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988, p. 9-10.

o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”³⁵⁶

A concepção contemporânea de jurisdição e acesso à justiça parecem ter orientado o tratamento da matéria no CPC/2015, que dispôs, em seu art. 3º, que não se afastará da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. Note-se que, ao contrário do que se observa no inciso XXXV, do art. 5º, da CRFB/1988, o CPC/2015 se vale do termo “apreciação jurisdicional”, que é mais amplo do que “Poder Judiciário” e abarca as justiças arbitral e consensual.³⁵⁷

Fincadas estas premissas, assevera-se que os negócios jurídicos processuais atípicos possuem potencial mais para prestigiar o acesso substancial à justiça, do que propriamente limitá-lo, pois uma das funções primordiais do instituto consiste na modulação do procedimento às especificidades da causa, amplificando, portanto, a possibilidade de solução efetiva. Admite-se que o CPC/2015, ao prever em seu art. 3º, parágrafo 2º, que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, estaria a estimular a resolução de conflitos mediante consenso em todos os níveis, inclusive no âmbito processual, a partir da modulação procedimental atípica.

Nada obstante, é possível identificar situações em que o acesso à justiça, ou mesmo algum de seus desdobramentos, como o direito de ação, pode sofrer certa limitação mediante a celebração de negócios processuais atípicos, tais como os pactos de *non petendo* e *non exequendo* e a submissão obrigatória à conciliação, mediação ou outros métodos de solução de conflitos de maneira prévia à provocação da tutela jurisdicional estatal.

Os pactos de *non petendo* e de *non exequendo* se relacionam à perspectiva do direito de ação, corolário do acesso à justiça, consistindo em pactos que incidem, respectivamente, sobre as pretensões de dedução do litígio em juízo e de execução de um título executivo judicial ou extrajudicial. Atente-se para o fato de que os pactos de *non petendo* e de *non exequendo* se diferenciam da remissão, pois não se irradiam sobre o direito de crédito em si, mas sobre pretensão de exigí-lo judicialmente, como

³⁵⁶ CAPPELLETTI; GARTH, *Acesso à justiça*, 1988, p. 12.

³⁵⁷ GRINOVER, *Ensaio sobre a processualidade*, 2016, p. 20.

faculdade decorrente da situação jurídica material, conforme acentua Paula Costa e Silva:

O pactum de non petendo, bem como outros contratos com efeitos análogos, incide sobre a pretensão jurídico-material ou, noutras palavras, sobre a possibilidade de exigir o cumprimento da obrigação. Não se pretende, com isto dizer que é afectado o conteúdo do direito de crédito, mas tão só a respectiva exigibilidade, a qual não deve, porém, considerar-se elemento necessário ao conceito de obrigação.³⁵⁸

Na verdade, tais pactos não obstaculizam o exercício do direito de ação, em sua essência, pois a garantia de inafastabilidade da jurisdição assegura a propositura da ação de conhecimento ou executiva, ainda que tenham sido celebrados negócios jurídicos processuais atípicos da natureza ora examinada. Ocorre, no entanto, que a demanda será julgada improcedente ou extinta, conforme o caso, caso a parte a quem favoreça o pacto alegue em juízo, ante a recusa de exercício da pretensão.³⁵⁹

Quando se trata destes pactos, questão relevante a ser perquirida concerne na possibilidade de que sejam celebrados sem termo certo, vinculando as partes por tempo indeterminado ou de forma inespecífica, mantendo-as subordinadas à pactuação sob qualquer circunstância e em todo e qualquer litígio futuro.

Em que pese a existência de posicionamento doutrinário contrário à possibilidade de celebração de pactos de *non petendo* e de *non exequendo*³⁶⁰, admite-se aqui a viabilidade destes negócios, mesmo de maneira prévia à instauração do conflito, desde que celebrados por prazo determinado ou com adstrição a situações específicas, possibilitada sempre a obtenção de tutelas provisórias de urgência. Neste sentido, posiciona-se Luiz Antonio Ferrari Neto:

[...] o que não se pode aceitar, porque ofensivo ao art. 5º, XXXV, da Constituição, é a inserção de cláusula que proíba, de modo indistinto, o ajuizamento de demanda para um negócio jurídico de trato sucessivo, por exemplo. Tal limitação seria abusiva e contrária à Constituição. É diferente da celebração de um acordo com vistas a compor litígio. Da mesma forma, será inconstitucional qualquer vedação de acesso ao Judiciário para se pleitear tutelas de urgência.³⁶¹

³⁵⁸ SILVA, Paula Costa e. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Processuais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, v. 1, p. 469.

³⁵⁹ BUCHMANN, *Limites objetivos ao negócio processual atípico*, 2017, p. 225.

³⁶⁰ Neste sentido, confira-se: CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Novo CPC traz mudanças na arbitragem, conciliação e mediação*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-dez-08/paradoxo-corte-cpc-traz-mudancas-arbitragem-conciliacao-mediacao#author>. Acesso em 15/07/2022.

³⁶¹ FERRARI NETO, *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial*, 2016, p. 151.

Desse modo, tendo se tornado litigiosa a relação entre as partes, é possível ajustar pacto de *non petendo* por tempo determinado. Não havendo ainda conflito entre as partes, mostra-se viável celebrar o pacto previamente, desde que preveja termo certo e especifique em que aspecto restará inviabilizada a dedução da pretensão em juízo. Portanto, não seria legítima, por afronta ao acesso à justiça, a celebração de um negócio jurídico processual prévio que previsse, em uma relação locatícia, por exemplo, a impossibilidade de manejo de qualquer técnica de tutela prevista na legislação (ações de despejo, renovatória, revisória etc.), de modo indistinto.

Já no que se refere à celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que prevejam a submissão prévia de eventual demanda à conciliação, mediação, negociação ou outro método adequado de solução de conflitos, não se vislumbra óbice que importe em violação do acesso à justiça, ressalvada, por óbvio, a obtenção de tutelas provisórias de urgência de maneira independente. A previsão no ordenamento da convenção de arbitragem, que é típica, já sinaliza no sentido da possibilidade de submissão consensual de litígios a métodos distintos da jurisdição estatal contenciosa, e, neste âmbito, também se admite o recurso ao Poder Judiciário para a concessão de tutela provisória de urgência, corroborando com a posição ora defendida.

3.3.4 Contraditório

Por meio do contraditório assegura-se às partes a efetiva participação no processo, com a possibilidade de apresentação de postulações, de requerimento de provas e diligências, bem como de manifestação quanto aos atos e termos do procedimento. Mas o contraditório não garante apenas a oportunização de ciência e manifestação quantos aos termos do processo, compreendendo, também, e especialmente, a possibilidade de influência na construção das decisões judiciais e no resultado do processo.

Com efeito, o contraditório assegura que sejam tomados em consideração pelo magistrado os argumentos apresentados pelas partes em suas postulações, seja para acolhê-los, seja para refutá-los, de maneira fundamentada. A configuração dialética do processo é decorrência direta do contraditório, que demanda tanto seja franqueado às partes apresentarem fundamentos para sustentar suas posições, quanto que as

teses suscitadas sejam efetivamente apreciadas pelo magistrado no momento de decidir.³⁶²

Nestes termos, o princípio do contraditório se projeta sobre todo o sistema processual, inclusive no âmbito administrativo e nos processos não estatais, como o da justiça desportiva, da arbitragem e aqueles desenvolvidos no seio das associações, sendo comum a afirmação de que o contraditório é da essência do próprio processo:

Revela-se como direito fundamental à participação das partes no processo de produção e cumprimento da decisão judicial, como a mais clara manifestação da democracia no exercício do poder jurisdicional. É tão intimamente relacionado ao exercício do poder que, para alguns, pode ser considerado inerente à própria noção de processo.³⁶³

Na perspectiva de Fazzalari, “[...] o ‘processo’ é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor não possa obliterar as suas atividades”³⁶⁴. Já a partir da teoria discursiva de Habermas, da qual se extrai a concepção de democracia deliberativa, pode-se afirmar que o contraditório legitima a produção democrática das decisões judiciais³⁶⁵, especialmente no modelo brasileiro, em que os magistrados não são escolhidos mediante escrutínio popular.

Há autores que relacionam o contraditório ao fundamento republicano da dignidade da pessoa humana, na medida em que as partes não poderiam ser consideradas apenas objeto da tutela jurisdicional, mas sujeitos ativos e participantes da construção da solução do litígio.³⁶⁶ Outros, por sua vez, consideram o contraditório como dimensão da isonomia, pois por meio dele se garante igualdade de condições de participação e influência entre as partes.³⁶⁷

³⁶² GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil* – Introdução ao Direito Processual Civil. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1, p. 513.

³⁶³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 234, ago. 2014, p. 48.

³⁶⁴ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006, p. 118-119.

³⁶⁵ Neste sentido, confira-se a seguinte passagem: “[...] a teoria do discurso dá destaque ao processo de formação política da vontade e da opinião, sem, no entanto, considerar a Constituição como elemento secundário. Ao contrário, concebe os princípios do Estado Constitucional como resposta consistente à questão de como podem ser institucionalizadas as exigentes formas comunicativas de uma formação democrática da vontade e da opinião”. HABERMAS, Jürgen. *Três modelos normativos de democracia*. Trad. Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira. Belo Horizonte: Cadernos da Escola do Legislativo, 1995, p. 117.

³⁶⁶ CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 126, ago. 2005, p. 59.

³⁶⁷ FERRARI NETO, *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial*, 2016, p. 156.

De toda sorte, como já delineado, o contraditório integra o rol de garantias derivadas do devido processo legal, com previsão expressa no art. 5º, inciso LV, da CRFB/1988. E, tal como o devido processo legal, há quem repute que o contraditório possua duas dimensões: formal e material.

Pela acepção formal, o contraditório garante a participação a partir da informação acerca dos termos e atos do processo, viabilizando ainda a manifestação quanto ao conteúdo sobre o qual fora dada ciência. De outra banda, a dimensão material compreende o poder de influência sobre o convencimento do magistrado, que tem o dever correspondente de adotar postura dialógica, tomando efetivamente em consideração os argumentos suscitados pelas partes, exprimindo em suas razões os motivos pelos quais os acolhe ou os rejeita.³⁶⁸

Nestes termos, considerando que o contraditório é inerente ao processo, pode-se até admitir que as partes o limitem mediante a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, desde que a restrição ocorra sobre a perspectiva formal da garantia. Assim, seria válida, por exemplo, a convenção pela qual as partes dispensam a comunicação quanto aos atos e termos de um processo que tramita em autos eletrônicos, comprometendo-se a acompanhar a marcha processual para o fim de se manifestarem, quando necessário.

Flavio Yarshell, nesta linha, considera que as convenções processuais atípicas que limitem a garantia do contraditório não necessariamente devem ser reputadas inconstitucionais. Para o autor, seria em tese admissível a limitação do contraditório, desde que as concessões sejam recíprocas, em prestígio à isonomia.³⁶⁹ Adere-se parcialmente à posição sustentada pelo autor, apenas acrescentando que a possibilidade se restringe às convenções que versem sobre a concepção formal da garantia.

Todavia, negócios jurídicos processuais atípicos que se destinem a limitar o aspecto substancial do contraditório serão inadmissíveis, como decorrência da constatação de que o contraditório material é inerente à própria estrutura do processo, não se podendo conceber como legítimo o pronunciamento judicial que não seja proferido com observância da dialeticidade processual, ou seja, com debate efetivo acerca das

³⁶⁸ BUCHMANN, *Limites objetivos ao negócio processual atípico*, 2017, p. 210.

³⁶⁹ YARSHELL, *Convenção das partes em matéria processual*, 2015, p. 70.

posições sustentadas pelos litigantes e enfrentamento, por parte do juiz, das questões arguidas, de forma pontual, expressando as razões de seu convencimento pela procedência ou não dos argumentos suscitados.

Nesta senda, violam o contraditório as seguintes convenções atípicas: a) que possibilite ao magistrado o proferimento de decisões “surpresa”; b) que permitam a decisão judicial com desconsideração dos fundamentos arguidos pelas partes; c) de diminuição de prazos a ponto de tornar inviável a manifestação da parte³⁷⁰, entre outras.

3.3.5 Ampla defesa

O direito de defesa se apresenta como uma dimensão do próprio acesso à justiça – direito de ação –, na perspectiva daquele contra quem se move uma pretensão, viabilizando a veiculação de fatos, documentos, provas, impugnações etc. em contraposição ao que fora postulado pelo demandante.³⁷¹

É preciso que o direito de defesa seja garantido em sua plenitude, com acesso aos meios de prova lícitos e legítimos, segundo o ordenamento jurídico, com observância do contraditório efetivo. Neste contexto, os fundamentos de defesa deverão ser apreciados pelo juiz que, antes de proferir decisão, deverá fomentar o debate acerca das questões controvertidas ou daquelas que, ainda que não alegadas pelas partes, tenham sido deduzidas das postulações ou provas produzidas. Neste viés, a ampla defesa, embora não se confunda com o contraditório³⁷², representa uma das facetas do deste, pois o exercício pleno daquela depende do desenvolvimento do processo como um ambiente dialógico.

No que se refere à relação entre as convenções processuais e a ampla defesa, a própria legislação processual civil sinaliza no sentido da possibilidade de que a autonomia da vontade restrinja ou modifique a maneira de se exercer o direito de

³⁷⁰ Neste mesmo sentido, embora no âmbito da arbitragem: MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. 2010. 415 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

³⁷¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 431.

³⁷² CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 255, mai. 2016, p. 124.

defesa no processo, haja vista a previsão de negócio processual típico envolvendo o ônus da prova (vide art. 357, § 2º, CPC/2015). Como bem pondera Ovidio Baptista, a definição de ampla defesa demanda seja levado em consideração que a disponibilidade é inerente ao processo civil:

Aos que se dedicam ao processo civil, no entanto, cabe proceder a uma investigação séria, e preventiva, destinada a determinar, conceitualmente, o que poderá significar, neste campo particular do fenômeno jurídico, o conceito de 'ampla defesa', especialmente tendo em vista a acentuada marca 'dispositiva' de nosso processo civil e a histórica relação entre este princípio e os processos penais, de tipo acusatório.³⁷³

Aliás, se é possível até mesmo delimitar o objeto litigioso da demanda, com maior razão deve-se admitir a delimitação consensual da atividade instrutória.³⁷⁴ Então, é legítima a restrição da ampla defesa via negócio jurídico processual atípico, desde que a limitação não acarrete a supressão do direito ou o torne de fruição inviável.

Portanto, negócios processuais atípicos que prevejam, antes de proposta a demanda, a impossibilidade de utilização de certos meios de prova ou do manejo de reconvenção, por exemplo, seriam inadmissíveis por violação à ampla defesa. Não se pode conceber que a parte, de modo prévio e indiscriminado, renuncie ao direito de defesa, notadamente porque no momento da declaração de vontade não teria sido possível antever todos as nuances de eventual conflito futuro. Noutra giro, tendo sido deduzida em juízo a demanda, reputa-se possível a dispensa consensual de certos meios de prova, desde que o negócio não objetive inviabilizar, ainda que indiretamente, o direito de defesa.

Em todo caso, ainda que a parte tenha renunciado a determinado meio de prova, tal circunstância não pode ser oposta ao magistrado, caso este repute que o meio dispensado é essencial para a formação de seu convencimento. Nestes termos, o juiz poderá determinar a produção das provas que entender necessárias à solução da demanda, ainda que não tenham sido requeridas ou tenham sido dispensadas pela parte, com base no art. 370 do CPC/2015³⁷⁵. Até mesmo em função disso, há quem

³⁷³ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A Plenitude de Defesa no Processo Civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 150.

³⁷⁴ Note-se que o próprio ato de demandar possui natureza negocial, pois ao propor a ação, o autor delimita o objeto sobre o qual recairá a cognição judicial, em verdadeiro ato de vontade. Neste sentido, em alguns casos é possível que a relação jurídica material possua contorno mais amplo do que efetivamente foi deduzido em juízo, conforme autoriza o princípio dispositivo.

³⁷⁵ Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

defenda, como Leonardo Greco, a impossibilidade de celebração de convenções atípicas sobre prova, sendo permitida unicamente a distribuição do ônus probatório via convenção típica (art. 373, § 3º, CPC/2015):

Inócuas, por outro lado, e até mesmo nulas, seriam outras espécies de convenções probatórias, como, por exemplo, a designação de comum acordo do perito único ou a limitação da investigação probatória à produção apenas de provas orais. No sistema brasileiro, não podem as partes limitar os poderes do juiz na investigação da verdade. Ainda que deva exercê-los normalmente em caráter subsidiário, não pode deles abrir mão.³⁷⁶

Discorda-se da posição acima destacada. A renúncia consensual a determinados meios de prova não se confunde com a negociação incidente sobre situação jurídica de titularidade do juiz. Deveras, quando as partes celebram acordos probatórios que limitem a ampla defesa, está-se a dispor de situação jurídica processual que a elas diz respeito, decorrente da liberdade processual.³⁷⁷ Contudo, como o magistrado dispõe de poderes instrutórios, poderá determinar a produção da prova que considerar essencial ao seu convencimento, o que importará na ineficácia reflexa da convenção processual que tenha dispensado a prova determinada pelo juiz.

Se os negócios processuais atípicos podem, sob certo ângulo, limitar a ampla defesa, é possível, de outro enfoque, verificar que acordos desta natureza podem vir a beneficiar o direito à defesa, como no caso em que uma das partes, que ostente melhores condições técnicas e financeiras, se encarregue de fornecer todo o lastro probatório necessário para a solução do caso. A pactuação de negócios atípicos probatórios pode, assim, fortalecer o devido processo e o contraditório, “porquanto confere, de forma legítima, mecanismos para que as partes possam interferir na solução do litígio”.³⁷⁸

3.3.6 Duplo grau de jurisdição

Há intensa divergência doutrinária sobre a previsão ou não do princípio do duplo grau de jurisdição como garantia constitucional, uma vez que a CRFB/1988 não o prevê de

³⁷⁶ GRECO, *Os atos de disposição processual*, 2007, p. 24.

³⁷⁷ CARVALHO, Frederico Ivens Miná Arruda de. *Convenções processuais probatórias: limites objetivos e aplicações*. 2022. 331 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Programa de pós-graduação em Direito Processual, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2022, p. 109.

³⁷⁸ SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1, p. 403.

forma expressa em seu texto. E embora a Convenção Interamericana de Direitos Humanos – Pacto de San José da Costa Rica –, de *status* supralegal, garanta o direito de recorrer a um juiz ou tribunal superior, esta previsão se encontra limitada ao âmbito processual penal.³⁷⁹

Nada obstante, adere-se ao posicionamento doutrinário que atribui ao duplo grau de jurisdição a natureza constitucional, ainda que de forma implícita, como decorrência da ampla defesa e da previsão de tribunais de segunda instância e tribunais de instância extraordinária na Constituição.³⁸⁰ Neste sentido, assevera Ada Pellegrini Grinover:

Apesar da inexistência de regra constitucional expressa que garanta o duplo grau de jurisdição, parece-nos, com José Frederico Marques, que a regra é imanente na Lei Magna, a qual, como as anteriores, mais que a dualidade de graus de jurisdição, adota o sistema da pluralidade deles.³⁸¹

Importante observar, no entanto, que o reconhecimento do duplo grau de jurisdição como princípio inerente ao modelo constitucional de processo não resulta na obrigatoriedade de sua observância na prática, mas, apenas, de que seja facultado o acesso à instância recursal. Sabe-se que os recursos são regidos pelo princípio da voluntariedade³⁸², sendo possível abdicar do direito de recorrer ou mesmo desistir do recurso já interposto, portanto não há sentido em alçar o duplo grau de jurisdição como garantia inafastável e não sujeita à supressão convencional.

Deveras, se a parte possui a liberdade de demandar ou não, de delimitar o objeto litigioso ao propor a ação, e até de renunciar ao direito objeto do litígio, com maior razão deve ser considerada legítima a renúncia à possibilidade de acesso à instância recursal, ainda que de maneira prévia à instauração do conflito. Portanto, a supressão de instâncias recursais via celebração de negócio jurídico processual atípico, prévio

³⁷⁹ SILVA, Ticiano Alves e. O devido processo convencional: levando a sério os direitos humanos processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v.41, n.259, set. 2016, p. 71-72.

³⁸⁰ Nesta mesma linha, confira-se: “O duplo grau é, por exemplo, prestigiado pela Constituição Federal quando esta prevê o cabimento de recursos ordinários dirigidos ao STF e STJ, em determinadas causas de competência originária dos tribunais locais (arts. 102, II, e 105, II). Nestes casos, o STF e o STJ funcionam como órgãos de jurisdição ordinária, exatamente para preservar o direito ao duplo grau de jurisdição nas hipóteses ali contempladas”. ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha. *Direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 200.

³⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: J. Bushatsky, 1975, p. 141.

³⁸² BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 448.

ou concomitante à litispendência, é possibilidade que se apresenta como válida em nosso ordenamento.³⁸³

É possível, outrossim, convencionar que apenas algumas espécies recurso não serão admitidas no procedimento (v.g. agravo de instrumento, embargos de declaração), ou que somente se admitirá recurso ao respectivo tribunal de segunda instância, com fechamento da via aos Tribunais Superiores.

Verifica-se em doutrina posicionamentos intermediários, como o de Luiz Antonio Ferrari Neto³⁸⁴, que não admite a restrição ao duplo grau de jurisdição para a hipótese de *error in procedendo*, pois as partes possuem a legítima expectativa de que a demanda seja resolvida de acordo com as regras procedimentais previstas em lei. Nesta linha, seria sempre possível interpor recurso caso se constate que a decisão foi proferida de maneira contrária ao que prescreve a legislação processual. O argumento não convence, uma vez que, se é verdade que as partes almejam uma solução adequada do ponto de vista procedimental, também é certo que elas esperam, na mesma medida, que a contenda seja resolvida com a aplicação esmerada do direito ao caso concreto, ou seja, sem incorrer em *error in iudicando*.

João Paulo Bocalon³⁸⁵, a seu turno, compreende que nem todo recurso poderia ser suprimido pela atividade convencional das partes. Defende o autor que os embargos de declaração, por ostentarem função integrativa, não poderiam ser suprimidos por negócio processual atípico. Contudo, adere-se à crítica ao posicionamento realizada por Renata Rodrigues Silva e Lima³⁸⁶, no sentido de que não faria sentido admitir a convenção apenas sobre algumas espécies recursais, em detrimento de outras, além do que, seria perfeitamente possível alegar, via simples petição, eventual matéria de

³⁸³ Admitindo a limitação de instâncias recursais, confira-se: CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina das. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v.16, n.64, out./dez. 2015, p. 241; LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, v.1, p. 468; NOGUEIRA, *Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil Brasileiro*, 2019, p. 111; BUCHMANN, *Limites objetivos ao negócio processual atípico*, 2017, p.250; LIMA, *Limites dos negócios jurídicos processuais*, 2020, edição Kindle, p.208-209.

³⁸⁴ FERRARI NETO, *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial*, 2016, p. 167.

³⁸⁵ BOCALON, *Os negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil brasileiro*, 2016, p. 204.

³⁸⁶ LIMA, *Limites dos negócios jurídicos processuais*, 2020, edição Kindle, p. 210.

ordem pública cognoscível de ofício, suprimindo a possibilidade de correção de vícios graves.

Sobre a relação entre negócios processuais atípicos e duplo grau de jurisdição, questão intrigante é a da possibilidade de se convencionar o denominado recurso *per saltum*, que consiste na supressão de instâncias intermediárias para remessa do recurso diretamente às cortes superiores. Destarte, os que seguem esta linha defendem a possibilidade de se convencionar que, em caso de recurso, a instância revisora seria, diretamente, o Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal.

Não se concorda com tal posição. Em primeiro lugar, no que se refere ao recurso *per saltum* para o Superior Tribunal de Justiça, o próprio texto constitucional (art. 105, inciso III) já destaca a necessidade de que a decisão a ser impugnada na via especial deve ter sido proferida por tribunal, não sendo possível, portanto, que uma decisão de juiz singular seja desafiada por Recurso Especial *per saltum*. Já em relação ao Supremo Tribunal Federal, embora a Constituição não contemple a necessidade de que a decisão seja oriunda de tribunal, conclui-se que, de igual maneira, o recurso *per saltum* não seria admissível, por ofensa ao art. 62³⁸⁷ do CPC/2015 e às regras de organização judiciária.

E, nos moldes do atual sistema de precedentes obrigatórios do CPC/2015, com cada vez maior valorização da função uniformizadora dos Tribunais Superiores, espera-se que uma boa parte das demandas sejam resolvidas pelos tribunais de segunda instância já com a aplicação da interpretação acerca da lei federal ou sobre questão constitucional emanada, respectivamente, pelo STJ e pelo STF, de modo que admitir o recurso *per saltum* para os tribunais de cúpula poderia assoberbar estas cortes com demandas que teriam sido resolvidas em segunda instância.

3.3.7 Razoável duração do processo

Como visto no item 2.2.7 do Capítulo anterior, os negócios jurídicos processuais atípicos possuem potencial para a promoção da eficiência, da duração razoável do

³⁸⁷ Art. 62. A competência determinada em razão da matéria, da pessoa ou da função é inderrogável por convenção das partes.

processo e da economia processual, tendo sido abordados estes conceitos com maior detença, razão pela qual reporta-se à seção em questão, sendo despidendo acrescentar novas explicações introdutórias a respeito do tema.

Todavia, é possível vislumbrar também as convenções atípicas atuando como fator de embaraço à consecução de uma tutela jurisdicional célere e efetiva. Sob este ponto de vista, o negócio atípico poderá ser considerado inválido por ofensa à razoável duração processo.

Isto não quer dizer que a pactuação de convenções atípicas que elasteçam o tempo de tramitação serão, *prima facie*, inválidas. É até natural esperar que certas cláusulas prevejam alterações que venham a acrescentar etapas procedimentais ou a dilatar os prazos ordinariamente previstos na legislação processual. Não parece violar a razoável duração do processo a alteração procedimental que, com vistas a tornar o procedimento mais adequado à tutela do direito material, torne a prestação jurisdicional relativamente mais morosa, em comparação com o que seria no caso de escolha do procedimento *standard*.

O que não se pode admitir, no entanto, é o prolongamento abusivo da tramitação processual, sem qualquer ganho em termos de incremento das condições para o alcance de uma solução mais adequada para o conflito. Neste sentido, não se afigura legítima a inclusão de etapas procedimentais irrazoáveis e que não possuam relação de causalidade com a adequação do processo às especificidades da causa, tanto por ofensa ao próprio art. 190 do CPC/2015, quanto por violação à razoável duração do processo.

No caso da dilação dos prazos previstos em lei ou de suspensões da tramitação processual, é preciso atentar para o fato de que, também nestas hipóteses, a alteração deve fazer sentido do ponto de vista de uma tutela mais adequada. Mostra-se razoável, por exemplo, convencionar sobre o aumento dos prazos de contestação e réplica em demandas de conteúdo extremamente complexo. Contudo, não havendo qualquer peculiaridade a justificar a alteração neste sentido, poderá o juiz declarar inválido o pacto se o elástico dos prazos for estipulado de forma irrazoável, pois é dever do juiz zelar para que a tramitação processual dure somente o tempo

necessário à solução eficaz da contenda, sendo de interesse público a duração razoável do processo.³⁸⁸

Nesta linha, conquanto seja possível alterar o procedimento, com impacto no tempo de tramitação processual, a alteração deverá ser norteadada pela promoção de outros valores constitucionalmente protegidos, como o acesso efetivo à justiça.

3.3.8 Publicidade

Estabelece o art. 93, inciso IX, da CRFB/1988, que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

A finalidade essencial da publicidade é assegurar o controle dos atos judiciais pela opinião pública, tornando a prestação jurisdicional transparente e democrática. Conforme sintetiza Roberto José Ferreira de Almada, “a garantia da publicidade, para o processo, cumpre exatamente o papel de revelar aos jurisdicionados, e ao povo em geral, a legitimidade dos atos estatais exercidos no âmbito jurisdicional”.³⁸⁹

Entretanto, como se dá com as demais garantias, a publicidade processual não é preceito absoluto. É possível limitar o acesso aos atos, termos e documentos do processo às partes e a seus advogados, “quando outros valores, também constitucionalmente previstos, estejam em jogo e possam ser por ela – publicidade – violados”.³⁹⁰ Também quando o interesse público ou social assim determinar, poderá a publicidade ser restringida, dada a predominância dos interesses públicos sobre os particulares.

Inviável, nesta linha, convencionar acerca da atribuição de sigilo processual quando não amparado na proteção à intimidade ou ao interesse público.³⁹¹ Renata Rodrigues

³⁸⁸ CADIET, Loïc. NORMAND, Jacques; MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie générale du procès*. 2. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 2013, p. 541.

³⁸⁹ ALMADA, Roberto José Ferreira de. *A garantia processual da publicidade*. São Paulo: RT, 2005, p. 36.

³⁹⁰ KLIPPEL, *Teoria geral do processo & teoria do processo civil brasileiro*, 2018, p. 173.

³⁹¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 188 ao 293*; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, v. 3, p. 60.

Silva e Lima ressalva, no entanto, ser possível convencionar sobre a atividade probatória para evitar que seja realizada perícia em questões envolvendo segredo industrial ou propriedade intelectual ou para admitir testemunhas anônimas, na forma da Lei nº 9.807/1999, desde que ouvidas extrajudicialmente. Nada obstante o acerto das conclusões da autora, considera-se que, nestas hipóteses, não se está propriamente a convencionar acerca da publicidade processual, mas questões diversas, como o direito probatório.

A relevância da publicidade para o controle de legitimidade dos atos judiciais impede que este valor seja suprimido pelas partes fora das exceções constitucionalmente previstas, especialmente porque é a publicidade do processo que permitirá a verificação da observância das demais garantias decorrentes do devido processo legal.

Adriana Buchmann defende ser possível, em certas hipóteses, convencionar sobre o sigilo em uma ótica inversa, ou seja, da retirada do sigilo em processos que, ordinariamente, seriam sigilosos. Segundo a autora, a medida não seria possível quando houver a presença de incapazes e a publicidade puder ferir a intimidade destes, mas, por outro lado, seria admissível no caso de partes plenamente capazes que desejarem dispor do sigilo que lhes é garantido.³⁹²

Anui-se à posição sustentada por Adrian Buchmann, uma vez que, se as próprias partes consideram que o conteúdo do processo não é passível de lhes causar violação à intimidade ou de expor indevidamente a sua vida privada, deve-se afastar, excepcionalmente, a regra prevista no art. 189 do CPC/2015³⁹³, em caso de convenção atípica neste sentido.

³⁹² BUCHMANN, *Limites objetivos ao negócio processual atípico*, 2017, p. 243.

³⁹³ Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:
I - em que o exija o interesse público ou social;
II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes;
III - em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade;
IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

3.3.9 Juiz natural, competência, independência e imparcialidade do magistrado

O devido processo legal compreende, ainda, princípios e garantias relacionados à manifestação da função jurisdicional, objetivando assegurar um julgamento realizado por autoridade imparcial e pré-constituída. De fato, o princípio do juízo natural, a competência e as garantias de independência e imparcialidade constituem fatores de grande importância para garantir a equidistância do magistrado em relação às partes. Por se tratar de temas que se interrelacionam, opta-se por abordá-los conjuntamente neste tópico.

O princípio do juiz natural pode ser extraído dos incisos XXXVII e LIII do art. 5º, da CRFB/1988, e comporta, em síntese, três garantias: a) vedação à instituição de tribunal de exceção, ou seja, aquele criado para apreciar fatos já ocorridos – tribunal *ad hoc* ou *post factum*; b) garantia de julgamento por autoridade competente, segundo as regras de distribuição de competência previstas na Constituição, legislação processual e regras regimentais, e c) imparcialidade do julgador.³⁹⁴

Pode-se apreciar a garantia do juiz natural sob duas óticas: a) formal, segundo a qual o juiz natural “é o juiz competente de acordo com as regras gerais e abstratas previamente estabelecidas”³⁹⁵, e b) substancial, aspecto em que o juiz natural consistirá na exigência de julgamento por autoridade imparcial e independente. Como bem acentua Fredie Didier Jr., “não basta o juízo competente, objetivamente capaz, é necessário que seja imparcial, subjetivamente capaz”.³⁹⁶

As garantias ora sob exame se apresentam como essenciais para inviabilizar qualquer tentativa de direcionamento de demandas ou a livre escolha da autoridade judiciária, circunstâncias que não se coadunam com um processo devido. Acerca da preocupação com a definição prévia e objetiva do juiz competente, Luigi Ferrajoli assevera:

[...] o problema do juiz natural relaciona-se, hoje, essencialmente, ao poder de avocação, isto é, ao perigo de prejudiciais condicionamentos dos processos através da designação hierárquica dos magistrados competentes para apreciá-los, sejam judicantes ou inquiridores; e que o único modo de satisfazer plenamente o princípio é pré-constituir por lei critérios objetivos de

³⁹⁴ KLIPPEL, *Teoria geral do processo & teoria do processo civil brasileiro*, 2018, p. 168-169.

³⁹⁵ DIDIER JR., *Curso de Direito Processual Civil*, 2013, v. 1, p. 131.

³⁹⁶ DIDIER JR., *Curso de Direito Processual Civil*, 2013, v. 1, p. 131.

determinação da competência de cada magistrado singularmente, e não só dos órgãos a que eles pertencem.³⁹⁷

A competência, amplamente difundida em doutrina como a “medida de jurisdição”³⁹⁸, pode ser relativa – determinada em função do território ou do valor da causa – ou absoluta – definida em função da matéria, da pessoa ou da função. As regras de distribuição de competência estão previstas na Constituição, na legislação processual federal, nas normas estaduais de organização judiciária e nos regimentos internos dos Tribunais e, em regra, não poderão ser derogadas ou alteradas pela via convencional.³⁹⁹

Somente nos casos típicos – com previsão expressa na legislação – é que se admitirá a convenção processual que verse acerca da competência, como no caso da cláusula de eleição de foro, prevista no art. 63 do CPC/2015, que autoriza a modificação convencional da competência relativa. A previsão em comento, não reproduzida para as hipóteses de competência absoluta, por si só, já sinaliza que o legislador pretendeu restringir a modificação convencional aos casos de competência relativa, o que faz sentido, pois nesta há predominância de interesses particulares.

Seria possível argumentar no sentido de que se na arbitragem, que se institui a partir da celebração de um negócio jurídico processual típico, é possível a escolha consensual do árbitro, o mesmo deveria se dar no âmbito dos negócios jurídicos processuais atípicos praticados na jurisdição estatal. Contudo, a arbitragem é método de solução de conflitos marcado pela disponibilidade, haja vista ser restrita às causas que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, fazendo sentido, nesta via, a abertura de possibilidade para a escolha do árbitro. No âmbito da jurisdição estatal, embora existam espaços para o exercício da liberdade processual, a disponibilidade é deveras

³⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão* – teoria geral do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002, p. 474.

³⁹⁸ “Competência, portanto, é a medida da jurisdição; é a jurisdição na medida em que pode e deve ser exercida pelo juiz. Todos os órgãos jurisdicionais detêm jurisdição, ou seja, todos eles exercem a função jurisdicional em nome do Estado, são porta-vozes da vontade do Estado; mas a lei delimita esse exercício para que cada um se dedique apenas a uma parcela dessa extensa e complexa função. Essa parcela da jurisdição que cabe, segundo critérios legais, a cada órgão jurisdicional individualmente é a competência”. GRECO, *Instituições de processo civil*, 2015, v. 1, p. 123.

³⁹⁹ Neste sentido, sustentando a impossibilidade de celebração de negócio atípico envolvendo competência absoluta / juiz natural: BUCHMANN, *Limites objetivos ao negócio processual atípico*, 2017, p. 221; CABRAL, *Limites da liberdade processual*, 2019, p. 28-29; CUNHA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2016, p. 60; LIMA, *Limites dos negócios jurídicos processuais*, 2020, edição Kindle, p. 224; FERRARI NETO, *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial*, 2016, p. 153.

mais limitada do que na arbitragem, não sendo possível admitir convenções processuais atípicas que versem sobre regras de competência absoluta.⁴⁰⁰

Daniel Gomes de Miranda⁴⁰¹ defende a possibilidade de celebração do negócio atípico de eleição de foro incidental, ou seja, no curso da ação. Segundo o autor, além de válido, o negócio consagraria a eficiência processual, na medida em que se evitaria a desistência da ação e repositura em foro diverso, com repetição desnecessária de atos processuais. Considera-se, no entanto, que a posição defendida pelo autor abre espaço, em certos casos, para a escolha da autoridade competente. Poder-se-ia cogitar, exemplificativamente, da pactuação incidental de cláusula de eleição de foro após a obtenção de decisão interlocutória desfavorável, objetivando a reconsideração da matéria por outro magistrado, que possua posição no sentido do acolhimento das teses suscitadas, o que implicaria na seleção do juízo mais favorável, em ofensa ao princípio do juiz natural.

Também não é possível, até mesmo por se tratar de situações titularizadas pelo juiz, convencionar sobre a imparcialidade e independência do magistrado, por ofensa ao devido processo legal. Portanto, no que atine ao juiz natural e seus corolários, o âmbito de liberdade de negociação se limitará às hipóteses legalmente previstas, que constituem negócios típicos.

3.3.10 Vedação à utilização de provas ilícitas

Tem-se por ilícita a prova que possua conteúdo, a fonte ou o modo de obtenção em desacordo com o ordenamento jurídico. O inciso LVI do art. 5º, da CRFB/1988 veda expressamente a utilização, no processo, de provas obtidas por meio ilícito. Esta proibição se baseia na premissa da “necessidade de resguardar a proteção de direitos fundamentais, especialmente os direitos da personalidade”.⁴⁰²

Como o próprio conteúdo da prova ou o seu meio de produção se mostram em desconformidade com o ordenamento jurídico, é de se tomar com absoluta ressalva a possibilidade de se convencionar sobre a utilização de provas ilícitas no processo, até

⁴⁰⁰ BUCHMANN, *Limites objetivos ao negócio processual atípico*, 2017, p. 222.

⁴⁰¹ MIRANDA, Daniel Gomes de. Sobre o afastamento negocial da *perpetuatio jurisdictionis*, ou sobre a convenção de eleição de foro incidental. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 467-468.

⁴⁰² GRECO, *Instituições de processo civil*, 2015, v. 1, p. 514.

mesmo como forma de evitar que a prática ilícita seja “premiada” com a sua consideração na instrução probatória.

Para Adriana Buchmann, seria possível que gravações particulares sem autorização de uma das partes sejam objeto de convenção para que sirvam de meio de prova no processo civil, estando referida prática inserida em âmbito de disponibilidade consentâneo com o ordenamento jurídico.⁴⁰³ Parece correta a conclusão da autora, pois muito embora a gravação tenha ocorrido sem o consentimento prévio, é possível que a anuência da parte que desconhecia a gravação ocorra em momento posterior, inclusive no curso do processo, validando a prova.⁴⁰⁴ Nada obstante, não se poderia chegar a mesma conclusão na hipótese de interceptação telefônica ilegal, por se tratar de medida que depende de autorização judicial e que potencialmente afetaria a intimidade de terceiros com os quais o interceptado interagisse.⁴⁰⁵

Em todo caso, a admissão de provas ilícitas no processo dependerá de uma análise casuística que pondere a violação ao preceito do art. 5º, inciso LVI, da Constituição da República, com o direito à liberdade e disponibilidade processual, questão que poderá ser, inclusive, fundamentada pelas partes em suas postulações:

Destaca-se que inexistente dever de ponderação entre os convenientes, que poderão, entretanto, aduzir em seus considerandos os motivos pelos quais relevam a inadmissibilidade do meio de prova ilícito, sendo controlada a validade das convenções postas, com socorro a balizas como a gravidade do direito fundamental violado, sua titularidade e o objeto do direito submetido à tutela jurisdicional.⁴⁰⁶

Com exceção da gravação ambiental não consentida, as demais provas obtidas por meio ilícitos vêm sendo taxadas como insuscetíveis de utilização via pactuação processual, tratando-se de questão que não pode ser subtraída da apreciação judicial, de forma que não prevaleceriam as convenções neste sentido.⁴⁰⁷⁻⁴⁰⁸

⁴⁰³ BUCHMANN, *Limites objetivos ao negócio processual atípico*, 2017, p. 231.

⁴⁰⁴ De qualquer modo, há na doutrina e jurisprudência posição no sentido de que a gravação de conversa com interlocutor sequer constituiria prova ilícita, podendo ser utilizada como meio de prova. Neste sentido, vide: STJ, REsp 1113734/SP, 6a T., j. 28.09.2010, rel. Min. Og Fernandes, DJe 06.12.2010; ALVIM; GRANADO; FERREIRA, *Direito processual civil*, 2019, p. 194.

⁴⁰⁵ BUCHMANN, *Limites objetivos ao negócio processual atípico*, 2017, p. 232.

⁴⁰⁶ CARVALHO, *Convenções processuais probatórias*, 2022, p. 258.

⁴⁰⁷ LIMA, *Limites dos negócios jurídicos processuais*, 2020, edição Kindle, p. 225.

⁴⁰⁸ Na mesma linha: ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 17. Ed. São Paulo: RT, 2017, p. 589.

3.3.11 Fundamentação das decisões judiciais

Com previsão no inciso IX, do art. 93, da CRFB/1988, o dever de fundamentação das decisões judiciais representa uma das garantias processuais de maior relevância em um Estado Democrático de Direito, tratando-se de elemento que, tal qual o contraditório e a publicidade, servirá de fundamento de legitimidade e de controle jurídico e popular dos pronunciamentos jurisdicionais.⁴⁰⁹

Pelo viés exclusivo das partes, a fundamentação é que permitirá a elas acessar as razões de fato e de direito que embasaram a racionalidade judicial ao proferir a decisão, servindo ainda como elemento de persuasão, de maneira a evitar impugnações desnecessárias.⁴¹⁰

Por ser um dever constitucionalmente atribuído ao magistrado, é de simples constatação a impossibilidade de as partes convencionarem para tolher do magistrado a necessidade de fundamentar suas decisões.⁴¹¹ Como já tratado em outras oportunidades nesta pesquisa, é vedado às partes dispor de situações jurídicas que não lhe pertençam, como na hipótese ora examinada.

De toda sorte, ainda que o magistrado participasse da convenção, propondo-a ou aderindo ao ajuste celebrado entre as partes, o negócio processual seria inadmissível, devendo qualquer decisão proferida neste contexto ser anulada, em caso de recurso – até mesmo de ofício, se não alegado pelo recorrente –, ou desconstituída via ação rescisória.

Pretender retirar do magistrado a necessidade de fundamentação de seus pronunciamentos decisórios inviabilizaria inclusive a observância do contraditório substancial, ferindo o caráter dialógico do processo, que é de sua essência.⁴¹² Tal previsão é contra o próprio Regime Democrático, uma vez que viabiliza a tomada de decisões arbitrárias, com total desconsideração das razões externadas pelas partes

⁴⁰⁹ KLIPPEL, *Teoria geral do processo & teoria do processo civil brasileiro*, 2018, p. 181.

⁴¹⁰ OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. A garantia fundamental de motivação das decisões judiciais. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 12, jul./dez. 2013, p. 330.

⁴¹¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil*: artigo por artigo: de acordo com a Lei 13.256/2016. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 356.

⁴¹² Como bem pontua Daniel Mitidiero: “Tem-se sustentado, acertadamente, que o dever de fundamentação das decisões consiste na ‘última manifestação do contraditório’, porquanto a motivação ‘garante às partes a possibilidade de constatar terem sido ouvidas’”. MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, v.1, n.2, jul./dez. 2015, p. 95.

em suas postulações, tornando inócua a participação destas na conformação da decisão judicial:

Quando o magistrado apenas decide, sem necessitar demonstrar empiricamente as premissas legais que o conduziram a obter seu resultado, bem como as razões pelas quais as teses apresentadas pelas partes foram descartadas, abre-se enorme margem para o cometimento de arbitrariedades. Ainda que não intencionalmente, com forte margem de probabilidade virá o togado a impregnar sua decisão de subjetivismos.⁴¹³

Em reforço ao argumento de impossibilidade de restrição ao dever de fundamentação das decisões judiciais via negócio processual atípico, observa-se que a medida inviabilizaria o sistema recursal. Sem ter acesso à *ratio decidendi*, as partes ficam impedidas de expressar as razões de sua irresignação e as instâncias recursais não seriam capazes de fundamentar racionalmente as suas decisões, tornando impossível o controle endoprocessual⁴¹⁴ das decisões judiciais.

Ademais, a permissão negocial de que as decisões judiciais dispensem a fundamentação atenta, ainda, contra a formação dos precedentes, que “consistem no resultado da densificação de normas estabelecidas a partir da compreensão de um caso e suas circunstâncias fáticas e jurídicas”⁴¹⁵, possuindo raízes constitucionais nos princípios do contraditório, isonomia e segurança jurídica.⁴¹⁶ A ausência de fundamentação, portanto, impede a consideração das razões tomadas no caso precedente como *ratio decidendi* nos casos futuros, tornando inviável que as causas que contenham negócios jurídicos processuais afastando o dever de fundamentação contribuam para o sistema de precedentes.

Seria ainda possível conjecturar a celebração de convenção processual atípica prevendo a vinculação da decisão judicial a fontes diversas das normas jurídicas, ou estipulando consensualmente a lei aplicável ao caso. Leonardo Greco extrai do art. 2º

⁴¹³ BUCHMANN, *Limites objetivos ao negócio processual atípico*, 2017, p. 239.

⁴¹⁴ De acordo com Mônica Teresa Costa Sousa e Roberto de Oliveira Almeida, a exigência de motivação das decisões judiciais possui duas funções: uma extraprocessual, que possibilita o controle da atuação do judiciário pela via democrática, pela população, e outra endoprocessual, que “consiste na circunstância de a fundamentação permitir que as partes tomem conhecimento das razões que levaram àquela decisão e realizem o controle por meio dos recursos legalmente previstos”. SOUSA, Mônica Teresa Costa; ALMEIDA, Roberto de Oliveira. *Fundamentação das decisões judiciais no CPC 2015 e o Superior Tribunal de Justiça: uma análise do mandado de segurança nº 21.315/DF*. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 44, n. 142, jun. 2017, p. 260

⁴¹⁵ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 304.

⁴¹⁶ DIDIER JR., Fredie. *Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos Tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência*. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 64, abr./jun. 2017, p. 136.

da Lei nº 9.307/96 – Lei de Arbitragem, analisado sob o viés do autorregramento da vontade no processo estatal, a possibilidade de que o magistrado receba das partes autorização para proferir decisão baseada em critérios alheios à estrita legalidade.⁴¹⁷

Todavia, como acertadamente assevera Adriana Buchmann, é o ordenamento jurídico que impõe limites aos negócios jurídicos processuais. Desta forma, admitir a pactuação autorizando ao juiz decidir sem se balizar na Constituição e na legislação infraconstitucional, ensejaria a eliminação de qualquer limite aos negócios jurídicos processuais atípicos, o que obviamente não se mostra condizente com as funções do instituto.⁴¹⁸ Assim, adere-se à posição no sentido de ser ofensiva ao dever de fundamentação das decisões judiciais a autorização consensual para a realização de juízos alheios aos preceitos do ordenamento jurídico.

3.3.12 Coisa julgada

A coisa julgada material, definida no art. 502 do CPC/2015 como a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso, constitui instituto de fundamental importância prática “e existe para assegurar estabilidade à tutela jurisdicional dispensada pelo Estado”.⁴¹⁹ A proteção à coisa julgada se encontra prevista também no texto constitucional, vide art. 5º, inciso XXXVI⁴²⁰, como decorrência da valorização da segurança jurídica.

Dito isto, observa-se que há posicionamento doutrinário no sentido da possibilidade de afastamento convencional dos efeitos da coisa julgada material⁴²¹, posição com a qual não se coaduna.

Humberto Theodoro Júnior considera a coisa julgada material não como efeito da decisão irrecorrível, mas uma qualidade que o *decisum* assume a partir do trânsito em julgado:

O que a coisa julgada acarreta é uma transformação qualitativa nos efeitos da sentença, efeitos esses que já poderiam estar sendo produzidos antes ou

⁴¹⁷ GRECO, *Os atos de disposição processual*, 2007, p. 21.

⁴¹⁸ BUCHMANN, *Limites objetivos ao negócio processual atípico*, 2017, p. 242.

⁴¹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 59, n. 416, jun. 1970, p. 10.

⁴²⁰ XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

⁴²¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. rev., ampl., e atual. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 2, p. 522.

independentemente do trânsito em julgado. Uma sentença exequível provisoriamente produz, por exemplo, efeitos, sem embargo de ainda não se achar acobertada pela coisa julgada. Quando não cabe mais recurso algum, é que o decisório se torna imutável e indiscutível, revestindo-se da autoridade de coisa julgada. Não se acrescentou, portanto, efeito novo à sentença. Deu-se-lhe apenas um qualificativo e reforço, fazendo que aquilo até então discutível e modificável se tornasse definitivo e irreversível.⁴²²

Neste sentido, para os que preconizam a possibilidade de que um negócio jurídico processual atípico preveja o afastamento da coisa julgada material, a descon sideração das qualidades que a decisão assume com o trânsito em julgado representa situação jurídica processual disponível pelas partes, de modo que, em sendo a causa autocomponível, deve-se admitir o pacto que afaste o pressuposto processual em comento.

Ocorre que o processo possui escopos que transcendem a tutela de interesses particulares, havendo finalidades públicas voltadas à satisfação do interesse da sociedade como um todo. Muito embora a tutela jurisdicional efetiva solucione conflitos de interesses que se cingem à esfera das partes, há em paralelo o alcance de outros escopos políticos igualmente importantes, de ordem social, política, jurídica e educacional, o que torna insubsistente a possibilidade de afastamento convencional da coisa julgada material para rediscussão perante a justiça estatal.

Imagine-se os efeitos nefastos que a admissão de tal negócio atípico ocasionaria para a segurança jurídica, um dos pilares do Estado de Direito, possibilitando a indefinida repositura de demandas já decididas e a redefinição de questões consolidadas, que inclusive poderiam repercutir, ainda que indiretamente, na esfera de direitos de terceiros. Ademais, há tempos se reconhece a incapacidade estrutural e gerencial do Poder Judiciário para absorver o alto grau de beligerância judicial que se observa no Brasil, não sendo crível que diante das atuais taxas de congestionamento do sistema de justiça se permita a reapreciação de conflitos já decididos, apenas por deferência à vontade das partes.

Em suma, permitir a descon sideração das qualidades assumidas pela decisão irrecorrível estimula uma litigância injustificada, afeta a economia do sistema de justiça – com recursos deveras escassos para fazer frente à demanda – e compromete a

⁴²² THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 63. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, v. 1, p. 931.

segurança jurídica, razões por si suficientes para se repelir a possibilidade de afastamento convencional da coisa julgada material.⁴²³⁻⁴²⁴

3.3.13 Limites constitucionais: balanço conclusivo

Os princípios e regras constitucionais, como visto, impactarão no controle de validade dos negócios jurídicos processuais atípicos, embora não sejam, de maneira geral, limites absolutamente intransponíveis. Deveras, identifica-se no texto da Carta Política uma série de direitos e garantias de matiz processual, que em regra deverão ser observados no processo civil, conformando o denominado modelo constitucional de processo.

A legislação infraconstitucional deve ser harmônica com os preceitos que integram o conteúdo do devido processo legal, sob pena de violação material da Constituição. Nesta ordem de ideias, as convenções processuais atípicas, que podem ser analisadas sob o viés normativo – na medida em que estabelecem regras a serem observadas entre os convenientes – devem, de igual modo, respeitar o núcleo essencial dos direitos e garantias processuais.

Identificou-se que o devido processo legal e seus corolários poderão, desde que de maneira razoável e proporcional e sempre com vistas a propiciar um procedimento mais adequada ao direito material, ser parcialmente restringidos a partir da pactuação de negócios jurídicos processuais atípicos. Com exceção de algumas garantias, tais como a publicidade processual, o dever de fundamentação das decisões judiciais, a proteção à coisa julgada e o juiz natural, que representam limites praticamente infensos à convencionalidade, os demais direitos que conformam o modelo constitucional de processo apresentam margem – de amplitudes variadas – para a restrição mediante celebração de negócios processuais atípicos.

⁴²³ TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, abr. 2016, p. 6.

⁴²⁴ No mesmo sentido: BERTÃO, Rafael Calheiros. *Limites às convenções processuais*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 166; CABRAL, *Limites da liberdade processual*, 2019, p. 142; FERRARI NETO, *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial*, 2016, p. 172; LIMA, *Limites dos negócios jurídicos processuais*, 2020, edição Kindle, p. 228.

A quantidade de critérios e fatores constitucionais limitantes das convenções processuais indica ser tarefa de significativa complexidade a verificação da validade da pactuação, devendo ser efetivada pelo juiz com extrema parcimônia. Dada a infinidade de possibilidades decorrentes da cláusula geral do art. 190 do CPC/2015, somente uma análise casuística das convenções, abalizada nas contribuições advindas do plano científico, é que permitirá a identificação mais precisa de eventual pactuação que vá além dos limites impostos pelas normas constitucionais.

De toda sorte, é característica marcante do direito contemporâneo a veiculação de normas de textura aberta, sendo certo que a jurisprudência, há tempo, lida com a necessidade de interpretação casuística de cláusulas gerais e preceitos indeterminados, ou seja, a atividade judicante não mais se resume ao superado silogismo juspositivista, mas representa verdadeira construção da norma atinente ao caso concreto, a partir da exegese do ordenamento jurídico.

Portanto, o controle de validade dos negócios jurídicos processuais atípicos, com base nos preceitos constitucionais, não deverá escapar da lógica de determinação conforme as circunstâncias do caso concreto e das características dos convenientes, sendo tarefa árdua e deveras inócua a enumeração taxativa de hipóteses suscetíveis de pactuação.

4 CONCLUSÃO

Como etapa inicial da pesquisa, demarcou-se o referencial teórico de análise dos negócios jurídicos processuais, com suporte na Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais. Firmadas as premissas teóricas fundamentais, construiu-se o conceito de negócio jurídico processual adotado no trabalho, a partir das definições legal e doutrinária da categoria, adequando-o ao referencial antes explorado.

A partir de então, identificou-se que a admissão dos negócios jurídicos processuais em nosso ordenamento possui fundamento dogmático nos princípios do autorregramento da vontade no processo, da adaptabilidade procedimental e da cooperação, que dispensariam a previsão contida no art. 190 do CPC/2015, embora se reconheça que a positivação da cláusula geral de atipicidade de negociação processual tenha sido de bom alvitre para incrementar a segurança jurídica das partes.

Abordou-se, ainda, as classificações tradicionais dos negócios jurídicos processuais, seguindo-se com a sua síntese histórica nos ordenamentos jurídicos considerados de maior relevância para o desenvolvimento da categoria. Na experiência brasileira, concluiu-se que a doutrina, até há poucas décadas, não havia se debruçado com maior detença sobre a categoria, destacando-se como um dos trabalhos pioneiros, de maior fôlego, o de Barbosa Moreira, de 1984, denominado “convenção das partes sobre matéria processual”. Todavia, na última década e especialmente após o advento do CPC/2015, o tema foi impulsionado na processualística pátria, tendo sido identificada a proliferação de estudos com foco nos negócios jurídicos processuais típicos e atípicos.

No segundo capítulo da pesquisa foi possível constatar que a cláusula geral de atipicidade de negociação processual do art. 190 do CPC/2015 se harmoniza com o devido processo legal e se apresenta como um dos traços mais significativos do modelo cooperativo de processo perfilhado pelo Código, resgatando a importância da participação dos jurisdicionados no processo, a ser garantida não apenas via efetivo contraditório, mas também pela atribuição de relevância à vontade e liberdade dos sujeitos parciais.

Verificou-se que esta mudança de paradigma se mostra significativamente mais consentânea com o regime democrático, prestigiando a atuação cooperativa das

partes visando a formação de consenso sobre as técnicas ou caminhos a serem percorridos para a solução do conflito, potencializando o caráter instrumental do processo e a consecução de um acesso à justiça mais qualificado.

Foi possível observar, ainda, que o mecanismo do art. 190 do CPC/2015 representou importante avanço rumo à flexibilização do procedimento, pois em que pese o princípio da adequação indique a necessidade de elaboração de procedimentos especiais para tutelar situações peculiares, nem sempre é possível antecipar as hipóteses passíveis de tutela, sobretudo em uma sociedade cada vez mais complexa. Desta forma, o negócio jurídico processual atípico aparece como ferramenta de modulação procedimental às especificidades do direito material, reforçando o princípio da adequação.

Em seguida, analisou-se o regime jurídico aplicável os negócios jurídicos processuais atípicos, constatando-se que a categoria se submete a um duplo regime, de Direito Civil e de Direito Processual. Em fechamento do segundo capítulo, examinou-se os parâmetros legais expressos para o controle de validade dos negócios jurídicos processuais atípicos, previstos no art. 190, caput e parágrafo único, do CPC/2015.

Reservou-se o terceiro capítulo para a análise da questão-problema levantada por ocasião da elaboração do projeto de pesquisa, consistente na averiguação dos limites não expressos aos negócios jurídicos processuais atípicos. Como descrito nas considerações introdutórias do trabalho, partiu-se da hipótese de que os direitos fundamentais e garantias constitucionais incidentes no processo civil potencialmente representariam barreiras para a amplitude negocial no processo. Conjecturou-se, outrossim, a possibilidade de que outras circunstâncias de ordem infraconstitucional, pudessem impactar na liberdade de regramento do processo.

Optou-se por iniciar a investigação do problema a partir dos limites de ordem infraconstitucional, identificando-se como potenciais restrições às convenções processuais atípicas as normas cogentes, o formalismo processual, a reserva legal e questões atinentes à administração judiciária.

Concluiu-se que as normas cogentes poderão ser objeto de convenções processuais, visando afastá-las ou modificar a sua forma de incidência no processo, todavia, no que se refere às normas de ordem pública, especialmente aquelas dedicadas à proteção de garantias processuais, à tutela da segurança jurídica e as reservadas à

lei em sentido estrito, adotou-se a linha que considera nulo o objeto dos negócios jurídicos processuais que violem tais preceitos.

Ainda, foi possível verificar que o formalismo processual impõe que as modificações procedimentais perpetradas pelas partes não retirem do procedimento as formas e atos essenciais para o encadeamento do rito até a solução final do processo. De igual modo, outras características advindas do formalismo processual, como a adequada divisão de tarefas e a limitação dos poderes do juiz também deverão ser observados, sob pena de nulidade.

Como última questão de natureza infraconstitucional, evidenciou-se que as normas de organização e administração judiciária poderão limitar o âmbito convencional, em função da impossibilidade de que os negócios jurídicos processuais atípicos impliquem a transferência de externalidades para o Poder Judiciário ou para terceiros.

Passando à análise dos fatores limitantes de ordem constitucional, apurou-se que os direitos fundamentais constituem barreiras eventualmente transponíveis, desde que não se vulnere por completo uma garantia que possua dimensão objetiva, com finalidades que transcendem o interesse do próprio titular.

Nesta linha, o devido processo legal se apresenta como circunstância que se relaciona com os negócios jurídicos processuais atípicos com certa dualidade, na medida em que se limitam reciprocamente. De fato, as convenções processuais atípicas são suscetíveis de aprimorar a tutela jurisdicional, prestigiando o processo devido. Por outro lado, é possível violar a cláusula do processo devido a partir da pactuação de convenções que desbordem dos critérios de razoabilidade, proporcionalidade (devido processo legal substancial) e da adequação do processo à tutela do direito material (devido processo legal procedimental).

Aufere-se como principal contribuição do trabalho a análise do problema com avanços em questões ainda incipientemente exploradas na doutrina, além da revisitação de temas já objeto de trabalhos científicos anteriores, sob viés crítico e de acordo com o recorte nos limites implícitos aos negócios jurídicos processuais atípicos. Com isso, obtém-se subsídios teóricos adicionais, que se somam aos já delineados em pesquisas pretéritas, na tentativa de melhor sistematizar o tema no plano científico.

Identifica-se potencial para estudos complementares objetivando a verificação das conclusões obtidas na pesquisa no campo prático, cotejando-as com os ajustes convencionais que vem sendo reputados válidos pela jurisprudência. De todo modo, encontram-se atingidos os objetivos inicialmente propostos para o trabalho, dado o recorte, abordagem metodológica e técnica de pesquisa eleitos.

Fincadas estas premissas, considera-se que as hipóteses inicialmente levantadas foram confirmadas a partir das conclusões extraídas ao longo do trabalho, sendo possível afirmar, assim, que o controle de validade dos negócios jurídicos processuais não se limitará aos parâmetros previstos no art. 190 do CPC/2015, mas, igualmente, submete-se a outros critérios de natureza constitucional e infraconstitucional, de especial relevância. Nestes termos, o parágrafo único do art. 190, do CPC/2015, ao estatuir que o juiz recusará aplicação das convenções processuais atípicas em caso de nulidade, esta poderá advir não apenas dos parâmetros do próprio dispositivo, mas de limites não expressos, decorrentes do ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ADAMY, Pedro Augustin. *Renúncia a Direito Fundamental*. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALMADA, Roberto José Ferreira de. *A garantia processual da publicidade*. São Paulo: RT, 2005.

ALTOÉ, Maria Izabel Pereira Azevedo. *Flexibilização das normas processuais: entre "discricionariedade judicial" e controle*. 2020. 239 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Programa de pós-graduação em Direito Processual, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2020.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Manual de direito processual civil*. 17. ed. São Paulo: RT, 2017.

ALVIM, Eduardo Arruda. *Manual de direito processual civil*. 18. ed. São Paulo: RT, 2019.

ALVIM, Eduardo Arruda; GRANADO, Daniel Willian; FERREIRA, Eduardo Aranha. *Direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ALVIM, Teresa Arruda. *Embargos de declaração: como se motiva uma decisão judicial?* 4. ed. São Paulo: RT, 2018.

ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 9. ed. São Paulo: RT, 2018.

ANCHIETA, Natascha Silva. *Direito à tutela jurisdicional efetiva, ação e pretensão processual: uma análise da evolução das relações entre direito material e processo na perspectiva do estado democrático de direito*. 2013. 300 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-graduação em Direito, UNISINOS, São Leopoldo, 2013.

ANDRADE, Erico. Gestão processual flexível, colaborativa e proporcional: cenários para implementação das novas tendências no CPC/2015. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 76, p. 183-212, jan./jun. 2020.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues. Negócios jurídicos materiais e processuais - Existência, validade e eficácia - Campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 244, p. 393-423, jun. 2015.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos processuais – existência, validade e eficácia – campo invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

AUILO, Rafael Stefanini. *O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC*. Salvador: Juspodivm, 2017.

ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, Salvador, n. 17, p. jan./mar. 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=316>. Acesso em: 05/05/2022.

ÁVILA, Humberto. O que é devido processo legal? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 163, p. 50-59, set. 2008.

ÁVILA, Humberto. *Sistema Constitucional Tributário*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ÁVILA, Raniel Fernandes de. *A teoria dos fatos jurídicos processuais no processo civil do Estado Democrático Constitucional brasileiro*. 2017. 370 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do modelo processual cooperativo no direito brasileiro*. 2011. 237 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: JusPodivm, 2017.

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, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BASAN, Arthur Pinheiro. O contrato existencial: análise de decisão judicial que assegura a sua aplicação. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 7, p. 9-28, jan./mar 2016.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

BERTÃO, Rafael Calheiros. *Limites às convenções processuais*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

BETTI, Emilio. *Diritto processuale civile italiano*. 2. ed. Roma: Il Foro Italiano, 1936.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda, 2008.

BOCALON, João Paulo. *Os negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil brasileiro*. 2016. 241 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual Civil) - Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma nova legitimidade*. 3. ed. Malheiros: São Paulo, 2003.

BONOMO JÚNIOR, Aylton. *Utilização das técnicas processuais diferenciadas do mandado de segurança no procedimento comum tributário, sob a perspectiva do*

princípio da adequação jurisdicional. 2017. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Programa de pós-graduação em Direito Processual, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2017.

BORGES, José Souto Maior. *Lançamento Tributário*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRAGA, Paula Sarno. *Aplicação do devido processo legal às relações jurídicas particulares*. 2007. 234 f. Dissertação (Mestrado em Direito Privado). Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2007.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. *Revista de processo*, São Paulo, v. 148, p. 293-320, jun. 2007.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

BUFULIN, Augusto Passamani; VILARINHO, Tiago Aguiar. Flexibilização do procedimento a partir do trânsito de técnicas processuais: implementação via adequação judicial ou convenção atípica? *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, a. 29, n. 115, p. 33-53, jul./set. 2021.

BÜLOW, Oskar Von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Tradução de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1964.

BURDESE, Alberto. *Manuale di diritto privato romano*. Turim: UTET, 1977.

CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 126, p. 59-81, ago. 2005.

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

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. Teoria das nulidades processuais no direito contemporâneo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 255, p. 117-140, mai. 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem pública processual*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2015.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

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

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

CADEMARTORI, Sérgio Urqhart; ROSA, Alexandre Morais da; BORBA, Isabela Souza de. O dilema da eficiência na democracia constitucional. In: DIDIER JR., Fredie; NALINI, José Renato; RAMOS, Glauco Gumerato; LEVY, Wilson (coord.). *Ativismo judicial e garantismo processual*. Salvador: JusPodivm, p. 313-328, 2013.

CADIET, Loïc. Propos introductif: “faire lien”. In: CHASSAGNARD-PINET, Sandrine; HIEZ, David (Dir.). *La contractualisation de la production normative*. Paris: Dalloz, p.169-184, 2008.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Frederico Ivens Miná Arruda de. *Convenções processuais probatórias: limites objetivos e aplicações*. 2022. 331 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Programa de pós-graduação em Direito Processual, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2022.

CAPONI, Remo. O princípio da proporcionalidade na justiça civil: primeiras notas sistemáticas. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 192, p. 397-415, fev. 2011.

CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 13, p. 733-749, jan./jun. 2014.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1959, v.1.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CASTRO, Isabella Silveira de. Por uma compreensão da teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda afinada ao pensamento integral do autor: da definição à aplicação do direito. *Revista Eletrônica da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, mai./ago. 2021.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Tradução de José Casais Y Santaló. Madrid: Editorial Reus, 1925.

CHIOVENDA, Giuseppe. De la acción nacida del contrato preliminar. In: *Ensayos de derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJE, 1949, v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas: Bookseller, 1998, v. 1.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Campinas: Bookseller, 2002, v. 3.

CHIZZINI, Augusto. Konventionalprozess e poteri delle parti. *Rivista di diritto processuale*, Milano, v. 70, n. 1, p. 45-60, 2015.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il principio di economia processuale*. Padova: CEDAM, 1980, v. 1.

CORDEIRO, Eros Belin de Moura. Repersonalização, solidarismo e preservação do contrato: em busca do papel contemporâneo da revisão contratual. *Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 152-180, jan./jun. 2010.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1958.

COUTURE, Eduardo. Inconstitucionalidad por privación de la garantía del debido proceso. In: *Estudios de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1979, t. 1.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Novo CPC traz mudanças na arbitragem, conciliação e mediação*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-08/paradoxo-corte-cpc-traz-mudancas-arbitragem-conciliacao-mediacao#author>> Acesso em 15/07/2022.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 188 ao 293*; São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, v. 3.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 75-76.

DIDIER JR., Fredie. Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento. *Revista dos Mestrados em Direito Econômico da UFBA*, Salvador, n. 9, p. 226-238, jan./dez. 2001.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010, v. 1.

DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 198, p. 213-226, ago. 2011.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013, v. 1.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 18. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v.1.

DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos Tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, n. 64, p. 135-147, abr./jun. 2017.

DIDIER JR. Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: DIDIER JR., Fredie. *Ensaios sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, p. 17-23, 2018.

DIDIER JR. Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. In: DIDIER JR., Fredie. *Ensaios sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Juspodivm, p. 25-45, 2018.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Carta psicografada como fonte de prova no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 234, p. 33-61, ago. 2014.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. 10. ed. rev., ampl., e atual. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 2.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais – dos procedimentos às técnicas*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2021.

DIDIER JR., Fredie. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil*. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, v. 4.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v.2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 2.

DODGE, Jaime, The Limits of Procedural Private Ordering. *Virginia Law Review*, Virginia, v. 97, n. 4, p. 723-799, jan. 2011.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso de direito processual civil*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

FARIA, Márcio Carvalho. Neoconstitucionalismo, Neoprocessualismo, Pós-Positivismo, Formalismo-Valorativo... A supremacia constitucional no estudo do processo. *Revista Ética e Filosofia Política*, Juiz de Fora, n. 15, v. 2, p. 103-117, dez. 2012.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Trad. Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

- FEITOSA, Dulce Anne Freitas. *Flexibilização procedimental como técnica de efetivação da tutela jurisdicional*. 2019. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público). Programa de pós-graduação da Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria geral do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.
- FERRARI NETO, Luiz Antonio. *Limites objetivos e subjetivos à celebração de negócios jurídicos processuais bilaterais no Novo Código de Processo Civil brasileiro e seu controle judicial: tentativa de sistematização*. 2016. 239 f. Tese (Doutorado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 48, n. 190, p. 167-177, abr./jun. 2011.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca; SOUZA, Maurício Bearzotti. Os princípios da adequação, da adaptabilidade e da flexibilização procedimental pelo juiz no novo CPC. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 82, n. 3, p. 165-187, jul./set. 2016.
- GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Convenções processuais atípicas na execução civil. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, a. 15, v. 22, n 1, p. 283-321, jan./abr. 2021.
- GARCIA, Julia Nolasco. *O conhecimento de matérias de ordem pública no âmbito do plano de recuperação judicial*. 2021. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2021.
- GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, Salvador, v. 4, n. 1, p. 36-86, jan./abr. 2013.
- GODINHO, Robson Renault. *Convenções sobre o ônus da prova: estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro*. 2013. 259 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013.
- GODINHO, Robson Renault. A Autonomia das Partes no Projeto de Código de Processo Civil: a atribuição convencional do ônus da prova. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle et al. *Novas Tendências de Processo Civil: Estudos sobre o projeto do Novo CPC*. Salvador: JusPodivm, 2014, v.3.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Barcelona: Labor, 1936.
- GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 7-28, out./dez. 2007.

- GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil – Introdução ao Direito Processual Civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, v. 1.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: J. Bushatsky, 1975.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- HABERMAS, Jürgen. *Três modelos normativos de democracia*. Trad. Anderson Fortes Almeida e Acir Pimenta Madeira. Belo Horizonte: Cadernos da Escola do Legislativo, 1995.
- HESPANHA, António Manuel. *Categorias. Uma Reflexão Sobre a Prática de Classificar*. *Análise Social*, Lisboa, v. 38, n. 168, p. 823-840, 2003.
- JORGE, Flávio Cheim. *Teoria geral dos recursos cíveis*. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.
- KLIPPEL, Rodrigo. *Teoria geral do processo & teoria do processo civil brasileiro*. Indaiatuba: Editora Foco, 2018.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 1.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. Tradução e notas de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005.
- LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido Processo Legal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999.
- LIMA, Renata Rodrigues Silva e. *Limites dos negócios jurídicos processuais: um estudo sobre o objeto das convenções atípicas*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.
- LIMA, Renata Rodrigues Silva e. *Limites dos negócios jurídicos processuais: um estudo sobre o objeto das convenções atípicas*. São Paulo: Dialética, 2020, edição Kindle.
- LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. *Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, p. 581-616, 2015.
- LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 2.
- LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MADUREIRA, Cláudio Penedo. *Formalismo, instrumentalismo e formalismo-valorativo*. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir/UFRGS*, Porto Alegre, v. 10, n. 3, p. 253-283, 2015.

MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. Direito fundamental à duração razoável do processo. *Estação Científica* (Ed. Especial Direito), Juiz de Fora, v. 1, n. 4, p. 82-97, out./nov. 2009.

MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1974, v. 1.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MAZZEI, Rodrigo. Breve história (ou estória) do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. In: DIDIER JR., Fredie; MACEDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). *Coleção novo CPC - Doutrina Seleccionada - Parte Geral*. v. 1. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Métodos ou tratamento adequados dos conflitos?. *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, Curitiba, a. 3, n. 1, p. 323-350, maio 2018.

MELKEVIK, Bjarne. Vulnerabilidade, direito e autonomia: um ensaio sobre o sujeito de direito. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 71, p. 641-673, jul./dez. 2017.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Normas fundamentais do código de processo civil de 2015: breves reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 2, p. 38-56, jul./dez. 2016.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, v. 2.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. Pressupostos sociais, lógicos e éticos. Coleção temas atuais de direito processual civil. São Paulo: RT, 2011, v. 14.

MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, v.1, n.2, p. 83-97, jul./dez. 2015.

MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. 2010. 415 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ainda e sempre a coisa julgada. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 59, n. 416, p. 9-17, jun. 1970.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O problema da "divisão do trabalho" entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, p. 7-14, jan./mar. 1986.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Privatização do processo? *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v.1, n.3, p. 13-25, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O processo, as partes e a sociedade: temas de direito processual (oitava série)*. São Paulo, Saraiva, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

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

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios fundamentais – teoria geral dos recursos*. 4. ed. São Paulo: RT, 1997.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. 2011. 243 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 101-113.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais – autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *Conexidade e efetividade processual - conceito e efeitos da conexidade a serviço dos escopos do processo*. 2006. 327 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-graduação em Direitos e Garantias Constitucionais Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória – FDV, Vitória, 2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 26, p.59-88, 2006.

OLIVEIRA, Guilherme Peres de. *Negócio jurídico processual: a amplitude da cláusula geral de negociação no processo civil*. 2017. 202 f. Tese (Doutorado em Direito) Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017.

- OLIVEIRA, Humberto Santarosa de. A garantia fundamental de motivação das decisões judiciais. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 12, p. 316-338, jul./dez. 2013.
- OLIVEIRA, Paulo Mendes. Negócios Processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, v. 1.
- OROSO, Catharina Peçanha Martins. Fundamentos de aplicação dos negócios jurídicos processuais atípicos ao direito processual penal. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 291, p. 43-59, mai. 2019.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1.
- PIMENTA, Henrique de Souza. *A cooperação no CPC-2015: colaboração, comparticipação ou cooperação para o processo?* 2018. 149 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Programa de pós-graduação em Direito Processual, Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2018.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. STANCATI, Maria Martins Silva. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do CPC/2015. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, p. 17-44, abr. 2016.
- POKER, José Geraldo Alberto Bertocini. Os sentidos de compreensão nas teorias de Weber e Habermas. *Trans/Form/Ação Revista de Filosofia*, São Paulo, v. 36, p. 221-244, 2013.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, t. 3.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000, t. 1.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Campinas: Bookseller, 2000, t. 2.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado: bens e fato jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t.2.
- POSADA, Giovani F. Piori. La influencia de la litiscontestatio en la determinación de la litis en el proceso civil latinoamericano. *Revista de Processo Comparado*, São Paulo, v. 8, p. 341-359, jul./dez. 2018.
- RAATZ, Igor. *Desvelando as bases do processualismo científico: ou de como a teoria do processo nasceu comprometida com o protagonismo judicial*. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/abdpro-6-desvelando-as-bases-do-processualismo-cientifico-ou-de-como-a-teoria-do-processo-nasceu-comprometida-com-o-protagonismo-judicial-por-igor-raatz>>. Acesso em: 03 jan. 2022.
- RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha Silva. Uma “teoria do processo” sem processo? A breve história de uma ciência processual servil à jurisdição. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, a. 26, n. 103, p. 173-192, jul./set. 2018.

RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha Silva; DIETRICH, William Galle. Processualismo científico e “fases metodológicas do processo”: a tática erística do adjetivo científico e das “novas fases metodológicas”. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 3, p. 296-327, set./dez. 2020.

REDONDO, Bruno Garcia. Eficiência da prestação jurisdicional e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. *Revista Jurídica UNIGRAN*, Dourados, v. 15, n. 30, p. 97-110, Jul./Dez. 2013.

REDONDO, Bruno Garcia. Princípio da cooperação e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 133, p. 09-14, abr. 2014.

REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios jurídicos processuais atípicos no Direito Processual Civil brasileiro: existência, validade e eficácia*. 2019. 304 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

REZENDE FILHO, Gabriel. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1963, v. 2.

RIZZARDO, Arnaldo. *Títulos de crédito*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. O novo CPC e a tutela jurisdicional executiva (parte 1). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 244, p. 87-150, jun. 2015.

ROQUE, Nathaly Campitelli. A ordem pública e seu regime jurídico do direito processual civil – as questões de ordem pública. São Paulo, *Revista dos Tribunais*, v. 100, n. 908, p. 263-291, jun. 2011.

SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. A crise do Judiciário e a visão dos juízes. *Revista USP*, São Paulo, n. 21, p. 34-45, 1994.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981, v. 1.

SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Teoria geral do direito civil*. Tradução Manoel de Alarcão. Coimbra: Atlântica, 1967.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Influência dos Direitos Fundamentais no Direito Privado: o caso Brasileiro. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUMER, Jörg; SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado*. Coimbra: Almedina, 2007.

SATTA, Salvatore. *Contributo ala dotrina dell'arbitrato*. Milano: Societa Editrice Vita e Pensiero, 1931.

SATTA, Salvatore. *Direito processual civil*. 7. ed. Tradução de Luiz Autuori. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema del derecho romano actual*. Tradução de Jacinto Mesia e Manuel Poley. 2. ed. Madrid: Góngora, 1879, v. 2.

SCHLOSSER, Peter. *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß*. TÜBINGEN: J. C. B. MOHR (PAUL SIEBECK), 1968.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Contribuição ao estudo da teoria das nulidades: comparação entre o sistema de invalidades no código civil e no direito processual civil. In: BUENO, Cassio Scarpinella (coord.). *Impactos Processuais do Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, p. 183-201, 2008.

SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade como objeto do negócio jurídico processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, p. 383-406, 2015, v. 1.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A Plenitude de Defesa no Processo Civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, p. 149-166, 1993.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Curso de processo civil*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008, t. 1.

SILVA, Paula Costa e. *Pactum de non petendo*: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Processuais*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2019, v. 1.

SILVA, Ticiano Alves e. O devido processo convencional: levando a sério os direitos humanos processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v.41, n.259, p. 55-78, set. 2016.

SILVA FILHO, Taciano Domingues da. *O negócio jurídico processual de saneamento e organização do processo*. 2017. 165 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; NEVES, Guilherme Valli de Moraes. Negócio jurídico: um conceito histórico revitalizado pelo novo Código de Processo Civil. *Revista Internacional de Estudios sobre Derecho Procesal y Arbitraje*, La Rioja, v. 3, n. 16, p. 1-45, 2016.

SOUSA, Diego Crevelin de. *Imparcialidade*: a divisão funcional de trabalho entre partes e juiz a partir do contraditório. Coleção Devido Processo Legal. FILHO, Antônio Carvalho; COSTA, Eduardo José da Fonseca (coord.). Belo Horizonte: Casa do Direito, 2021, v. 2.

SOUSA, Mônica Teresa Costa.; ALMEIDA, Roberto de Oliveira. Fundamentação das decisões judiciais no CPC 2015 e o Superior Tribunal de Justiça: uma análise do mandado de segurança nº 21.315/DF. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 44, n. 142, p. 245-264, jun. 2017.

SOUZA, Márcia Cristina Xavier. A competência constitucional para legislar sobre processo e procedimentos e o Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Direito da Faculdade Guanambi*, São Sebastião, v. 4, n. 1, p. 126-148, jan./jul. 2017.

SOUZA, Wilton Santos. Política de cotas para pessoas com deficiência: mitigação ao princípio da isonomia? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 48, n. 189, p. 277-302, jan./mar. 2011.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil: aspectos teóricos e práticos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, p. 91-109, abr. 2016.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 1.

THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*. 63. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, v. 1, p. 931.

THEODORO JR. Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, Rogério Lauria. Negócio jurídico processual. In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977, v. 54.

VECHIATO JUNIOR, Walter. *Direito processual civil – atos processuais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico, nulidade e anulabilidade, de acordo com o novo Código Civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 63-80.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 79-97.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. 16. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v1.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo: de acordo com a Lei 13.256/2016*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WONTROBA, Bruno Gressler. *Negócios jurídicos processuais atípicos: objeto lícito, disponibilidade do direito material e disponibilidade da tutela jurisdicional*. 2019. 233 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Curso de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do estado democrático constitucional*. 2005. 407 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. O valor vinculante dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.