

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Faculdade de Direito / Curso de Pós-Graduação

Tiago Augusto Leite Retes

**LIMITES ÀS CONVENÇÕES PROCESSUAIS NA SISTEMÁTICA RECURSAL DO
PROCESSO CIVIL DEMOCRÁTICO**

Belo Horizonte

2018

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito / Curso de Pós-Graduação

Tiago Augusto Leite Retes

**LIMITES ÀS CONVENÇÕES PROCESSUAIS NA SISTEMÁTICA RECURSAL DO
PROCESSO CIVIL DEMOCRÁTICO**

Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como um dos requisitos para obtenção do Grau de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito: Fundamentação, Participação e Efetividade.

Área de estudo: Fundamentos do novo Processo Civil brasileiro.

Orientador: Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves

Belo Horizonte

2018

R4371 Retes, Tiago Augusto Leite
Limites às convenções processuais na sistemática recursal do
processo civil democrático / Tiago Augusto Leite Retes. – 2018.

Orientador: Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves.
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

1. Processo civil – Brasil – Teses 2. Recursos (Direito) – Brasil
3. Atos jurídicos – Teses 4. Liberdade – Teses I.Título

CDU(1976) 347.9(81)

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço CRB 6/3167.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

A dissertação intitulada “Limites às convenções processuais na sistemática recursal do processo civil democrático”, de autoria de Tiago Augusto Leite Retes, foi considerada _____ pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Professor Doutor Gláucio Maciel Ferreira Gonçalves
(UFMG – Orientador)

Professor Doutor Érico Andrade
(UFMG)

Professor Doutor Antonio do Passo Cabral
(UERJ)

Belo Horizonte, 22 de agosto de 2018

AGRADECIMENTOS

Ao Colégio Santo Antônio, por ter me brindado com valores e amigos que carregarei por toda a vida.

A Faculdade de Direito da UFMG, minha segunda casa há mais de uma década.

Ao Prof. Dr. Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves, pelo diálogo sincero e aberto, virtude rara e preciosa no mundo acadêmico.

Ao Prof. Dr. Fernando Gonzaga Jayme, pelo contraponto de ideias tão enriquecedor, provocativo e fundamental no desenvolvimento do trabalho.

Ao Prof. Dr. Christian Sahb Batista Lopes e aos colegas das disciplinas de Contratos e Arbitragem, pelos ricos debates semanais ao longo de quase um ano.

A Prof.^a Dr.^a Juliana Cordeiro de Faria e ao Prof. Dr. Edgard Audomar Marx Neto, pela contribuição no desenvolvimento do trabalho.

Aos amigos do IDPro, em especial Délio Mota, Guilherme Leroy, Marcelo Franco, Suzana Cremasco e Victor Dutra pelo incentivo ao estudo do processo civil.

Aos amigos do Machado, Retes & Carvalho Advogados, no particular Felipe e Henrique, pelo apoio incondicional às atividades acadêmicas e pelo suporte diário.

Aos meus pais, Lílian e Rogério, e aos irmãos, Marina e Pedro. Sortudo eu em tê-los.

A Aline, pela compreensão na ausência e pela sincera torcida.

Ao meu avô Alberto, valente advogado e incansável professor, pelo exemplo. Eternas saudades.

Meu mais sincero muito obrigado.

RESUMO

Este trabalho procura posicionar os negócios jurídicos processuais dentro da nova roupagem do direito processual civil, em que há forte presença do direito à liberdade na sua formação, para, em seguida, estruturar uma metodologia de controle dos negócios processuais e, por fim, promover a sua testagem especificamente na sistemática recursal. É percorrida a evolução contemporânea do instituto dos negócios processuais com o objetivo de se esclarecer o porquê da aceitação da liberdade como elemento estruturante do processo, bem como seus influxos na dinâmica processual. Mostra-se de que forma os negócios processuais podem ser benéficos e podem aportar vantagens aos indivíduos. Ressalta-se a necessidade de que sejam controlados, apresentando métodos de outras áreas do Direito, a fim de tentar transplantá-los para o processo. São afastados conceitos que, não obstante adotados em larga escala pela literatura jurídica, são considerados imprestáveis ou inconclusivos para uma teoria sólida. Constrói-se, então, uma estrutura de controle dos negócios processuais, baseada no núcleo duro de princípios processuais, e se faz sua testagem na sistemática recursal, tendo em mira a aplicabilidade do instituto e seu potencial transformador.

Palavras-chave: direito processual civil | direito à liberdade | autorregramento da vontade | negócios jurídicos processuais | recursos

ABSTRACT

This paper aims to set the procedural agreements within the new guise of civil procedural law, in which there is a strong presence of the right to freedom in its formation, to then structure a methodology of control of the procedural agreements and, finally, to promote its test in the appeal systematics. In order to clarify the reason for the acceptance of freedom as a structuring element of the process, the historical evolution of the procedural agreements is analyzed, as well as its influence on the process dynamics. It shows how business deals can be beneficial and can bring benefits to individuals. The need for them to be controlled, presenting methods from other areas of law, is emphasized in order to try to transplant them into the civil procedure. Concepts that are considered useless or inconclusive within a solid theory, although adopted in large scale by legal literature, are removed. A structure of control of the procedural business is built, based on the hard core of procedural principles, and its testing in the appeal system is carried out, with a view to the applicability of the institute and its transforming potential.

Keywords: civil procedure | right to freedom | autonomy of will | civil procedure agreements | appeal

LISTA DE FIGURAS

FIGURA 1 - Categorias processuais do gênero fato jurídico processual lícito.....	18
FIGURA 2 - Controle de validade e eficácia dos negócios jurídicos processuais.....	107

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CPC	Código do Processo Civil
ENFAM	Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados
EUA	Estados Unidos da América
LC	Livre convencimento
NCPC	Novo Código do Processo Civil
OJ	Orientação Jurisprudencial
ORTN	Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal de Relação do Porto
UERJ	Universidade do Estado do Rio de Janeiro
UFBA	Universidade Federal da Bahia

SUMÁRIO¹

1	INTRODUÇÃO.....	12
2	TIPOLOGIA DOS FATOS PROCESSUAIS	15
2.1	Conceito de ato (fato) jurídico processual.....	15
2.2	Classificação dos fatos processuais em sentido amplo.....	17
2.2.1	Fatos jurídicos “stricto sensu” processuais.....	20
2.2.2	Atos-fatos jurídicos processuais	21
2.2.3	Atos jurídicos “stricto sensu” processuais	21
2.2.4	Negócios jurídicos processuais.....	22
3	CONVENÇÃO PROCESSUAL COMO RESULTADO DO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO	24
3.1	A evolução do processo civil: do liberalismo ao publicismo processual	24
3.2	Influxo da autonomia da vontade no processo civil: as convenções processuais e a experiência francesa	26
3.3	As convenções processuais no direito processual civil brasileiro	30
3.4	Benefícios e vantagens das convenções processuais	33
4	LIMITES ÀS CONVENÇÕES PROCESSUAIS	36
4.1	Teorias sobre os limites à liberdade de contratar.....	37
4.1.1	Teorias limitativas à autonomia da vontade no direito civil.....	38
4.1.2	Teorias limitativas à autonomia da vontade no direito processual	44
4.2	Novas balizas para o entendimento dos limites às convenções processuais.....	49
4.2.1	Pressupostos e requisitos de validade e eficácia das convenções processuais.....	54
4.2.1.1	Capacidade dos contratantes.....	55
4.2.1.2	Licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto	57
4.2.1.3	Forma.....	65
4.2.1.4	Consentimento livre e informado: ausência de vulnerabilidade lesiva	66
4.2.1.5	Direitos que admitem autocomposição	72
4.2.1.6	Não geração de externalidades Princípio da relatividade dos efeitos dos contratos ⁷⁵	
4.2.2	Renúncia prévia a direitos processuais	76
4.2.3	Núcleo duro de princípios processuais	80
4.2.3.1	Contraditório.....	83

¹ Este trabalho foi revisado de acordo com as novas regras ortográficas aprovadas pelo Acordo Ortográfico assinado entre os países que integram a Comunidade de Países de Língua Portuguesa (CPLP), em vigor no Brasil desde 2009. E foi formatado de acordo com a ABNT NBR 14724 de 17.04.2016.

4.2.3.2	Cooperação	86
4.2.3.3	Duração razoável do processo	88
4.2.3.4	Boa-fé processual objetiva.....	90
4.2.3.5	Fundamentação racional das decisões	94
4.2.3.6	Sistemática de precedentes	97
4.2.3.7	Publicidade dos atos processuais.....	102
4.2.3.8	Princípios que expressamente não o integram.....	105
4.3	Conclusão do capítulo 4.....	106
5	LIMITES NA SISTEMÁTICA RECURSAL.....	110
5.1	Irrecorribilidade decisória.....	111
5.2	Efeito suspensivo da apelação contra sentença (ou suspensão da eficácia imediata da sentença)	117
5.3	Depósito recursal e negócios processuais sobre pressupostos de admissibilidade ..	121
6	CONCLUSÃO	127
	REFERÊNCIAS	131

1 INTRODUÇÃO

Liberdade é possibilidade inerente a todo ser humano de encontrar e buscar seus próprios fins². Traz, em sua essência, a possibilidade dada a um indivíduo de escolher entre modos de ação alternativos. Logo, um homem seria livre na medida em que lhe fosse permitido eleger os seus fins e os meios a empregar para atingi-los³.

O processo, por sua vez, consiste em uma série ou sequência de atos que se desenvolvem progressivamente e estão dirigidos a obter a resolução de um litígio por uma autoridade, de modo que o processo não é uma meta em si, mas um método para à meta chegar⁴. Essa meta é a solução de um conflito, isto é, a resolução da crise de direito material.

Dentro de um Estado Democrático, liberdade e processo deveriam ser expressões comportáveis na mesma sentença. Se o processo é um método para que se alcance um fim, por que não permitir aos próprios indivíduos que decidam os meios para que o fim seja alcançado?

Uma lei ou um código, seja qual for a matéria que regule, é sempre expressão da concepção ideológica própria da sociedade em que editado foi e fruto dos responsáveis políticos de sua elaboração⁵. Nada mais natural que as leis de procedimento civil da Alemanha nazista e da União Soviética fossem afirmativas de uma posição sobrepujante do Estado-juiz em relação aos indivíduos, pois eram Estados com traços marcantes de autoritarismo. De igual maneira, códigos processuais editados em 1939 e 1973, no Brasil, certamente espelhariam, em algum grau, as bases ideológicas dos regimes autoritários e opressores (do Estado com relação ao indivíduo) em que inseridos.

Por outro lado, se se edita uma lei processual sob a ideologia de um regime democrático, em que há valorização do papel do indivíduo na construção de seu próprio destino, reafirmando, portanto, as liberdades civis, parece claro que ela refletirá esse cenário avesso ao paternalismo e à intromissão estatal na esfera privada.

² ROTHBARD, Murray N. **A ética da liberdade**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p. 336.

³ MISES, Ludwig von. **Ação humana**. 3.1. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p. 339.

⁴ VELLOSO, Adolfo Alvarado. La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento. *In*: AROCA, Juan Montero (coord.). **Proceso e ideología**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 222-226.

⁵ AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. *In*: AROCA, Juan Montero (coord.). **Proceso e ideología**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 222-226.

Liberdade, pilar da democracia, e processo, então, não se excluem; pelo contrário, é fundamental que a liberdade seja realçada no processo, se se tem em mira democratizar o processo como instrumento de solução de conflitos⁶.

Seguindo essa lógica, a edição do Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105 de 16 de março de 2015), primeira legislação processual nacional gerada em período democrático no Brasil, veio a atender os reclames da processualística por mais liberdade no âmbito processual, dando ênfase ao princípio do autorregramento da vontade⁷.

O estímulo à autocomposição, reflexo da liberdade no processo ao permitir que os indivíduos possam, entre várias opções, escolher a que lhe melhor atenda, permeia integralmente a legislação processual: (i) as soluções consensuais devem ser fomentadas pelo Estado (§§ 2º e 3º do art. 3º do Código do Processo Civil - CPC/15); (ii) ampla regulação da mediação e da conciliação (art. 165 a 175 do CPC/15; e Lei nº. 13.140 de 26 de junho de 2015); (iii) estabelecimento da tentativa de autocomposição ser prévia ao ato de oposição de resistência pelo réu à pretensão do autor (arts. 334 e 695 do CPC/15); (iv) autorização para homologação judicial de transação extrajudicial de qualquer natureza (arts. 515, III; art. 725, VIII); (v) permissão para que, em transação judicial, seja incluída matéria estranha ao objeto da lide (art. 515, §2º, do CPC/15); (vi) autorização expressa para a formulação de negócios processuais atípicos, mediante inserção de uma cláusula geral de negociação processual (art. 190 do CPC/15); (viii) ampliação do rol de negócios processuais típicos (arts. 63, 65, 191, 225, 313, II, 337, §6º, 357, §2º, 362, I, 373, §§ 3º e 4º, 432, parágrafo único, 471, 485, §4º, 775, 998, 999 e 1.000, todos do CPC/15).

Os negócios processuais têm se mostrado importantes instrumentos de outorga de efetividade no processo, na medida em que, para além de aumentarem as possibilidades de barganhas entre as partes (fomentando as trocas voluntárias entre os sujeitos, fundamental para o desenvolvimento econômico), podem tornar o método de solução de conflitos mais adaptável ao direito material debatido (mesma premissa dos procedimentos especiais) e à solução do conflito ser entregue em tempo mais adequado do que em comparação ao do procedimento comum.

⁶ Nesse sentido, Fredie Didier Jr. opina que “[é] curioso, e um tanto contraditório, como processualistas estufam o peito para falar em democratização do processo, defendendo técnica de facilitação do acesso à justiça, p. ex., e, simultaneamente, ignoram o papel da liberdade, pilar da democracia, no processo. Discurso que afasta a liberdade do ambiente processual tem ranço autoritário. Processo e liberdade convivem. Liberdade não é nem pode ser palavra maldita na Ciência do Direito Processual e no próprio Direito Processual Civil” (DIDIER JR., Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 19).

⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: março de 2018.

No entanto, talvez seja nesse campo em que a liberdade e seus influxos sejam colocados mais à prova. Sem dúvidas a possibilidade de as partes negociarem sobre o procedimento é a faceta da liberdade que mais incomoda e desafia a processualística, por ingressar em áreas que sempre foram hostis à influência privada (como a conformação do procedimento, a produção de provas, os recursos, etc.).

Dessa forma, com o presente estudo procura-se investigar e desenvolver um método de controle dos negócios processuais, para, em seguida, dar concretude ao trabalho, passando-se à experimentação desse método no campo do sistema recursal brasileiro.

Com a meta de atingir tais objetivos, o estudo se dividirá em quatro capítulos.

Inicialmente, ter-se-á em mira, sob a ótica da teoria geral do direito, a exploração do que viria a ser um negócio processual. Para tanto, é indispensável abordar o que outorga a um ato o adjetivo “processual”, a fim de segregá-lo daqueles que não os sejam. Após, diferencia-se negócio processual de seus pares, pois apenas ao primeiro se aplicará o regramento previsto no art. 190 do CPC/15.

Isso posto, em breve digressão histórica, demonstra-se a evolução do processo civil sob a ótica das ideologias e suas implicações para apresentar como foi possível a liberdade finalmente poder influenciar a conformação do processo brasileiro e, por consequência, oxigenar o desenvolvimento dos negócios processuais. Ao final desse capítulo, com o objetivo de legitimar a presença da liberdade no processo, apresentam-se os benefícios e vantagens que os negócios processuais podem trazer às partes e ao desenvolvimento econômico.

Identificada a gênese dos negócios processuais a partir dos influxos da autonomia da vontade, dirige-se à análise das teorias limitativas da liberdade tanto no processo quanto em sua interface com outros ramos do direito, com a meta de se desenvolver um novo método de controle dos negócios processuais que seja compatível com o processo civil democrático.

Por fim, com o escopo de dar concretude ao trabalho, passa-se à testagem desse método especificamente no campo do sistema recursal brasileiro, terreno fértil para a germinação de acordos sobre o procedimento, a fim de se extrair a possível eficiência da técnica adotada para fins de controle da validade e eficácia dos negócios processuais.

2 TIPOLOGIA DOS FATOS PROCESSUAIS

2.1 Conceito de ato (fato) jurídico processual

A conceituação de ato (ou fato, em sentido amplo) jurídico processual é de fundamental importância para a abordagem dos negócios jurídicos processuais. Toda a construção teórica que tem em mira o presente estudo terá sua aplicação direcionada aos atos processuais em sentido amplo e, em especial, aos negócios processuais, excluindo-se as demais categorias. Justamente aquilo que os aproxima que facilita os equívocos no tratamento, gerando relevantes repercussões práticas.

De longa data a teoria geral do direito, em especial a teoria geral do processo civil, procura equacionar o conceito de ato (fato) jurídico processual. Giuseppe Chiovenda afirmava que “[a]tos jurídicos processuais [são] os que têm importância jurídica em respeito à relação processual, isto é, atos que têm por consequência imediata a constituição, a conservação, o desenvolvimento, a modificação ou a definição de uma relação processual”⁸.

Na concepção chiovendiana, haveria dois critérios para definir um ato como processual: (i) de natureza objetiva, entendidos como aqueles que constituam, modifiquem, conservem ou desenvolvam uma relação jurídica processual; (ii) de natureza subjetiva, isto é, apenas os atos praticados pelos sujeitos da relação processual seriam classificados como processuais.

Para Enrico Tullio Liebman, em visão restritiva em relação à de Giuseppe Chiovenda, os atos processuais se caracterizariam como manifestações de pensamento, dentro de um dado procedimento, levadas a efeito por um dos sujeitos processuais, com eficácia modificativa, extintiva ou constitutiva sobre certa relação processual⁹.

Foi atribuída ênfase, na concepção de Liebman, ao sujeito, na medida em que o ato se caracterizaria como processual quando praticado por quem integra a relação processual, e à sede, no momento em que para o ato ser processual deve integrar o procedimento.

As definições de Chiovenda e de Liebman guardam certa semelhança, já que comungam das premissas de que para um ato ser caracterizado como processual deve-se ter em consideração apenas os sujeitos processuais, bem como os efeitos do ato diretamente sobre a relação jurídica processual¹⁰.

⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução Paolo Capittanio. Campinas: Bookseller, v. 3, 1998, p. 20.

⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil, I**. Tradução e notas Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 286.

¹⁰ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais**. Salvador: Tese (Doutorado em Direito) - UFBA, 2011, p. 33.

Mais recentemente, o tema ganhou novos contornos com a abordagem de Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira.

A análise de Fredie Didier Jr. parte da diferenciação entre atos do processo e atos processuais. Enquanto aqueles iriam integrar a cadeia de atos do procedimento, estes não possuiriam inexoravelmente uma relação de pertinência com o procedimento¹¹.

Segundo o autor baiano, “o fato jurídico ganha o qualificativo de processual quando é tomado como *fattispecie* (suporte fático) de uma norma jurídica processual e se refira a algum procedimento, atual ou futuro”¹².

A abordagem de Paula Sarno Braga vem em sentido próximo. Para a autora, o fato processual seria “o fato ou complexo de fatos que, juridicizado pela incidência de norma processual, é apto a produzir efeitos dentro do processo”¹³.

Em comum às definições dos autores, o desinteresse pela sede do ato, isto é, não afeta a sua caracterização como processual se praticado no curso do procedimento ou se deflagrado fora dele. Por outro lado, a essência das análises se funda na previsão do fato no suporte fático de uma norma processual, aliado à aptidão do fato para produzir efeitos em uma dada relação jurídica processual¹⁴.

Induidosamente está-se falando de uma concepção ampla, uma vez que engloba, dentro do signo de fatos processuais, alguns atos ou fatos que se desenrolaram fora e de forma marginal a um procedimento, como é a hipótese de transações extrajudiciais e outorga de procuração judicial.

Desenvolvendo com profundidade a concepção dos autores antecedentes, Pedro Henrique Pedrosa Nogueira descreve que devem ser tratados como processuais os fatos jurídicos (em sentido amplo) que, ainda que localizados fora do procedimento, gerem repercussão no plano da eficácia processual¹⁵.

Nessa perspectiva, observa que “a existência de um procedimento a que se refira o fato jurídico [...] parece ser um dado imprescindível para caracterizá-lo como processual”¹⁶. Exclui-se, portanto, a possibilidade de um fato ser tido como processual caso não haja um processo de referência¹⁷:

¹¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17. ed., v. 1, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 373,.

¹² DIDIER JR.. Curso..., 2015, p. 373, *Op Cit*.

¹³ BRAGA, Paula Sarno. **Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual**: plano de existência. Revista de Processo, n. 148. São Paulo: RT, junho, 2007, p. 309.

¹⁴ BRAGA, 2007, p. 309, *Op Cit*.

¹⁵ NOGUEIRA, 2011, p. 45, *Op Cit*.

¹⁶ NOGUEIRA, 2011, p. 52, *Op Cit*.

¹⁷ Segundo o autor, “sem a pendência do procedimento, portanto, pode até haver fato jurídico (*lato sensu*), mas não há fato jurídico processual” (NOGUEIRA, 2011, p. 52, *Op Cit*).

Assim, para nós, não há fato jurídico processual que não possa se relacionar a algum processo (procedimento) existente, mas há fatos processuais não integrantes da cadeia procedimental, desde que ocorridos enquanto pendente o procedimento a que estejam relacionados¹⁸.

Assim, propõe uma divisão em dois agrupamentos: (i) fatos jurídicos processuais procedimentais, isto é, os fatos que ocasionem situações jurídicas processuais e componham o procedimento (exemplificativamente, a deflagração de uma demanda e a prolação de uma decisão pelo órgão judicial); (ii) fatos jurídicos processuais extraprocedimentais, é dizer, os atos que, não obstante gerem situações jurídicas processuais, estão localizados fora do procedimento (são as hipóteses de transação, morte das partes ou de seus procuradores).

A única rejeição à concepção de Pedro Henrique Pedrosa Nogueira se funda na impossibilidade de se classificar um fato como processual caso ainda inexistia a pendência de um processo. A concepção aqui adotada parece estar em mais sintonia com o idealizado por Fredie Didier Jr. e Paula Sarno Braga, na medida em que **fato (em sentido amplo) processual seria aquele que, ainda que situado fora do procedimento e mesmo antes de sua deflagração, gere eficácia no plano processual.**

Não se trata de posição e discussão meramente acadêmicas, pois, ao se permitir a caracterização de um fato como processual mesmo antes de existir um processo, está-se aplicando a regência de toda a sistemática processual àquele fato, afastando-se a aplicação das normas de direito material, em especial no campo das nulidades.

A título de exemplo, a existência de uma norma processual em um contrato de direito material que elasteça o prazo recursal para o incapaz signatário, sob a ótica do direito material, certamente teria como desfecho sua declaração de nulidade, ao passo que sob o ângulo processual pode vir a ser mantida, uma vez que não traria prejuízo ao incapaz, pelo contrário.

2.2 Classificação dos fatos processuais em sentido amplo

Ensina Pontes de Miranda que o fato jurídico é o fato ou o complexo de fatos sobre o qual a regra jurídica incidiu:

¹⁸ NOGUEIRA, 2011, p. 53, *Op Cit.*

O fato jurídico provém do mundo fático, porém, nem tudo que o compunha entra, sempre, no mundo jurídico. À entrada no mundo do direito, selecionam-se os fatos que entram. É o mesmo dizer-se que à soma dos elementos do mundo que, no mundo fático, teríamos como fato, ou, como complexo de fatos, nem sempre corresponde suporte fático de regras jurídicas: no dizer o que é que cabe no suporte fático da regra jurídica, ou, melhor, no que recebe a sua impressão, a sua incidência, a regra jurídica discrimina o que há de entrar, e, pois, por omissão, o que não pode entrar¹⁹.

Partindo da teoria do fato jurídico da autoria de Pontes de Miranda, aperfeiçoada por Marcos Bernardes de Mello, Paula Sarno Braga classifica os fatos processuais lícitos em: (i) fato jurídico processual em sentido estrito; (ii) ato-fato processual; (iii) atos processuais em sentido estrito; (iv) negócios processuais²⁰.

Já os fatos processuais ilícitos seriam classificados em: (i) atos ilícitos processuais, que poderiam ser subdivididos em: a) indenizativos, b) caducificantes, c) invalidantes, d) autorizantes; e ii) negócios processuais ilícitos²¹.

Segundo a autora, lícitos são aqueles fatos que “se concretizam em conformidade com as prescrições normativas – constituindo-se em afirmação à ordem jurídica”²², ao passo que os ilícitos “são aqueles que se concretizam violando prescrições normativas (fatos contrários ao direito) – constituindo-se em negação à ordem jurídica”.

Anota que não se pode confundir licitude com juridicidade. É plenamente aceitável que um fato seja ilícito, mas ainda assim não jurídico. Inexiste diferença ontológica entre lícito e ilícito, dado que ambos são jurídicos (pois sofrem incidência da hipótese normativa). O que se apresenta e que os separa é uma diferença no campo da axiologia²³.

Fredie Didier Jr. promove idêntica classificação dos fatos processuais lícitos, discordando apenas quanto à inclusão, nos ilícitos, da categoria de “negócios processuais”²⁴.

A essência do critério adotado para a classificação dos fatos processuais reside no núcleo do suporte fático do fato jurídico. Como são os elementos nucleares do suporte fático que fazem o fato jurídico adentrar no campo jurídico, torna-se intuitivo identificar as espécies em razão daquilo que se extrai de seu núcleo²⁵.

¹⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000, t. II, p. 222.

²⁰ BRAGA, 2007, p. 294, *Op Cit.*

²¹ BRAGA, 2007, p. 318-319, *Op Cit.*

²² BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. In: DIDIER JR., Fredie; ERHARDT JR., Marcos (coord.). **Revisitando a teoria do fato jurídico**: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 448.

²³ BRAGA, 2010, p. 448, *Op Cit.*

²⁴ DIDIER JR., Curso..., 2015, p. 376-377, *Op Cit.*

²⁵ NOGUEIRA, 2011, p. 100, *Op Cit.*

Marcos Bernardes de Mello, ponto de partida para a teorização de Fredie Didier Jr, e Paula Sarno Braga, ressalta que “os suportes fáticos são compostos por vários elementos, dentre os quais um constitui o cerne do próprio fato jurídico, portanto, o elemento nuclear básico que define e caracteriza como espécie”²⁶.

Valendo dessa diretriz metodológica, o autor alagoano indica dois elementos nucleares diferenciais para o prosseguimento da classificação: “(i) a conformidade ou não conformidade do fato jurídico com o direito; (ii) a presença, ou não, de ato humano volitivo no suporte fático hipotético”²⁷.

Os benefícios da adoção desse critério são vários, conforme esclarece Pedro Henrique Pedrosa Nogueira:

i) propicia uma sistematização capaz de abarcar as espécies de fatos processuais lícitos e ilícitos; ii) propicia uma diferenciação nítida entre fatos processuais e os fatos processuais inexistentes (que não são jurídicos, mas acabam tendo, às vezes, aparência de juridicidade), já que a classificação toma em consideração justamente os elementos capazes de fazer o fato ingressar no mundo jurídico; iii) a sistematização das diferentes espécies independe do sujeito a que se liga a prática do ato (o que se mostra relevante para justificar a existência de negócios processuais praticados no processo pelo juiz); iv) permite segregar as espécies de fatos processuais que, apesar da presença humana em sua configuração (atos-fatos processuais), não estão sujeitas ao regime jurídico das invalidades processuais²⁸.

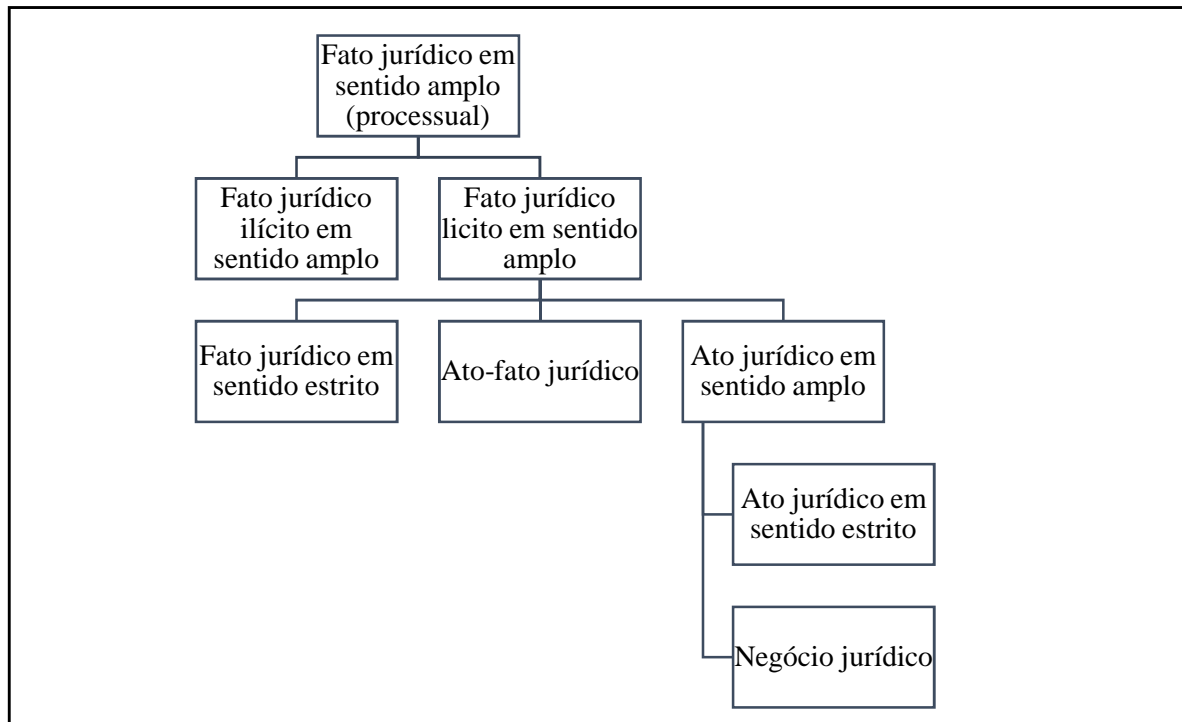
Assim posto, passa-se a esmiuçar as categorias processuais desmembradas do gênero fato jurídico processual lícito: (i) fato jurídico processual em sentido estrito; (ii) ato-fato processual; (iii) atos processuais em sentido estrito; (iv) negócios processuais, conforme esquematização gráfica da FIG. 1:

²⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 97-98.

²⁷ MELLO, 2000, p. 97-98, *Op Cit.*

²⁸ NOGUEIRA, 2011, p. 100, *Op Cit.*

FIGURA 1 – Categorias processuais do gênero fato jurídico processual lícito



2.2.1 Fatos jurídicos “*stricto sensu*” processuais

Fato jurídico (lícito) em sentido estrito é “aquele cujo suporte fático é integrado por simples fatos da natureza ou de animal, não exigindo para sua existência ato humano”²⁹. Os exemplos tradicionais são o nascimento, o implemento e o avançar da idade, a morte, enchentes, incêndio, naufrágio, o parentesco, a perda dos autos, entre outros.

Nada impede que o suporte fático tenha vínculo com um ato humano, no entanto, sem integrar o núcleo do suporte fático, configurando-se como elemento acidental ou indireto. É o caso do nascimento, que tem como origem a concepção (ato humano), bem como da morte ocasionada por um homicídio.

Levando em consideração a definição aqui adotada de fato processual (em sentido amplo), é totalmente recomendável que se considere como “processual” eventos exteriores ao procedimento, desde que a ele referíveis (mesmo que o procedimento seja potencial e futuro).

²⁹ BRAGA, 2010, p. 450, *Op Cit.*

2.2.2 *Atos-fatos jurídicos processuais*

O ato-fato jurídico é “aquele cujo suporte fático é integrado por ato humano (conduta humana), sendo juridicamente irrelevante a existência ou não de vontade em praticá-lo”³⁰: “Como o ato que está à base do fato é da substância do fato jurídico, a norma jurídica o recebe como a volitivo, abstraindo dele qualquer elemento volitivo que, porventura, possa existir em suas origens”³¹.

Entre os exemplos, costuma-se salientar o adiantamento de custas e do preparo (art. 1.007 do CPC/15), a revelia (art. 344 do CPC/15) e a execução provisória que gerou prejuízo ao executado, desde que sobrevindo reforma ou anulação do título judicial (art. 520, I, do CPC/15)³².

Não há dúvidas de que os atos-fatos citados podem ser condutas praticadas de modo voluntário pelas partes, porém não é essa voluntariedade que as qualifica. Para a ciência processual, é irrelevante a averiguação da existência de vontade em tais atos, sendo essa a razão para serem tratados como fatos³³.

2.2.3 *Atos jurídicos “stricto sensu” processuais*

Para os atos jurídicos em sentido estrito, o Direito assume como relevante a vontade do sujeito em praticar o comportamento descrito na norma jurídica, caracterizando-se tais atos como “aquele[s] cujo suporte fático é integrado por ato humano (conduta humana), sendo que a vontade em o praticar não só é relevante, como é indispensável para a sua configuração (compõe cerne do suporte fático)”³⁴.

Como suas subespécies encontram-se o ato jurídico em sentido estrito e o negócio jurídico. Segundo Paula Sarno Braga:

O ato jurídico em sentido estrito (ato não negocial) configura-se quando a vontade exteriorizada se limita a compor o suporte fático de uma categoria jurídica, sendo que o fato jurídico daí resultante tem seus efeitos previamente definidos pela norma. Seus efeitos são invariáveis e inafastáveis pela vontade do interessado³⁵.

³⁰ BRAGA, 2010, p. 450, *Op Cit.*

³¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da existência. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 130.

³² DIDIER JR. Curso..., 2015, p. 375-376, *Op Cit.*

³³ DIDIER JR. Curso..., 2015, p. 376, *Op Cit.*

³⁴ BRAGA, 2010, p. 452-453, *Op Cit.*

³⁵ BRAGA, 2010, p. 454, *Op Cit.*

Isto é, no ato jurídico em sentido estrito há a vontade livre e consciente quanto à prática do ato, porém não exige a vontade da produção de um resultado eleito³⁶.

São exemplos de atos jurídicos *stricto sensu* a citação, intimação, a atribuição de valor à causa, a juntada de documento, a penhora, a confissão, etc.

2.2.4 *Negócios jurídicos processuais*

Ao lado do ato jurídico processual *stricto sensu*, o negócio jurídico processual integra a categoria de ato jurídico processual em sentido lato.

Mas, à sua diferença, o negócio jurídico (ou ato negocial) tem como característica marcante quando a vontade exteriorizada não se limita a integrar o suporte fático de uma predeterminada categoria jurídica. Nele, a vontade exteriorizada compõe o suporte fático, na qualidade de elemento nuclear, ofertando-se ao sujeito, sob os limites fornecidos pela lei, o poder de escolha da categoria jurídica e de regramento dos seus efeitos³⁷.

Em resumo, com Marcos Bernardes de Mello entende-se que o traço diferencial de ambos está na “particularidade de que no ato jurídico *stricto sensu* [...] o poder de escolha da categoria jurídica é, praticamente, inexistente, enquanto no negócio jurídico [...] esse poder sempre existe, embora com amplitude que varia conforme seus tipos”³⁸.

Sob a ótica do processo civil, a conceituação é bastante próxima. Para Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, negócio processual é o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais³⁹.

A literatura processual costuma enumerar uma série de negócios processuais típicos, tais como: (i) a eleição negocial do foro (art. 63, CPC/15); (ii) o acordo para suspensão do processo (art. 225, CPC/15); (iii) a organização consensual do processo (art. 313, II, CPC/15); (iv) o adiamento negociado da audiência (art. 362, I, CPC/15); (v) a convenção sobre ônus da prova (art. 373, §§3º e 4º, CPC/15); (vi) a escolha consensual do perito (art. 471, CPC/15); (vii)

³⁶ Nesse sentido, Marcos Bernardes de Mello assinala que o ato jurídico *stricto sensu* seria o “[...] fato jurídico que tem por elemento nuclear o suporte fático manifestação ou declaração unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas respectivas” (MELLO, 2003, p. 159, *Op Cit.*).

³⁷ BRAGA, 2010, p. 455, *Op Cit.*

³⁸ MELLO, 2003, p. 150, *Op Cit.*

³⁹ DIDIER JR; Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 59-60.

a convenção de escolha do arbitramento como técnica liquidatória (art. 509, I, CPC/15); (viii) a desistência do recurso (art. 999, CPC/15), etc.⁴⁰.

No entanto, é recente a aceitação da existência de negócios processuais (ou convenções processuais⁴¹) na processualística brasileira. Conforme se verá, até a edição do Código de Processo Civil de 2015, muito se questionava se seria admissível as partes negociarem sobre o rito e/ou sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

⁴⁰ DIDIER JR. Curso..., 2015, p. 377, *Op Cit.*

⁴¹ No tocante à terminologia, a despeito do ensinamento de Trícia Navarro Xavier Cabral no sentido de a expressão “convenção em matéria processual” atender à melhor técnica, este autor a intercalará, por razões didáticas, com “negócios processuais” e “acordos sobre o procedimento” (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 215-243)

3 CONVENÇÃO PROCESSUAL COMO RESULTADO DO PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO

3.1 A evolução do processo civil: do liberalismo ao publicismo processual

O direito processual, como ciência jurídica autônoma, é campo ainda bastante recente do Direito. Costuma-se atrelar sua origem à publicação, por Oskar Bülow, em 1868, da notável obra intitulada “Teoria das exceções e dos pressupostos processuais”⁴² que identificou a existência de uma relação jurídica (processual) díspar da relação de direito material, que estaria sujeita a requisitos e pressupostos autênticos.

É igualmente, nesse período histórico, que a Europa continental assiste a uma importante virada ideológica.

Eram, na segunda metade do século XIX, três os modelos processuais mais difundidos: (i) o processo advindo das reformas dos déspotas esclarecidos; (ii) o processo liberal; (iii) o processo social⁴³.

O processo do despotismo iluminado, cujo principal expoente foi o processo do governo austríaco de José II, caracterizava-se pela supremacia dos interesses do soberano no processo, em que o serviço estatal de resolução dos conflitos apresentava-se como uma concessão imperial. O ativismo judicial era a característica desse sistema jurisdicional⁴⁴.

Contrapondo-se a esse modelo, emergem os códigos de ideal liberal (em particular o napoleônico, do qual derivaram o italiano e o germânico). À jurisdição⁴⁵ é conferido o *status* de serviço essencial do Estado aos cidadãos. O processo transpõe-se ao absoluto domínio das partes, buscando alcançar fins exclusivamente privados (*Sache der Parteien*)⁴⁶.

⁴² “A relação jurídica processual se distingue das demais relações de direito por outra característica singular, que pode ter contribuído, em grande parte, para o desconhecimento de sua natureza de relação jurídica contínua. O processo é uma relação jurídica que avança gradualmente e que se envolve passo a passo. Enquanto as relações jurídicas privadas que constituem a matéria de debate judicial apresentam-se totalmente concluídas, a relação jurídica processual se encontra em embrião” (BÜLOW, Oskar. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. 2. ed. (trad. Bras. Ricardo Rodrigues Gama). São Paulo: LZN, 2005, p. 5-6).

⁴³ “Erano i tre modelli di processo che, nell’Europa continentale, si erano svolti nell’epoca moderna in quanto reazione diretta o indiretta al processo di diritto comune. Si trattava dei tre modelli costitutivi: dal processo riformato dei sovrani illuminati (in particolare dal processo giuseppino); dal processo liberale (in particolare dal processo napoleonico, e dai suoi derivati come l’italiano ed il germanico); dal nuovo (allora) processo autoritario (cioè il processo austriaco dopo la riforma attuata dal Klein)” (TARELLO, Giovanni. **Dottrine del processo civile**: studi storici sulla formazione del processuale civile. Bologna: il Mulino, 1989, p. 10).

⁴⁴ TARELLO, 1989, p. 11-13, *Op Cit.*

⁴⁵ “Al fijar el concepto de Jurisdicción, conviene (...) referirse a una idea más amplia, la idea de función, en virtude de la cual la Jurisdicción, o administración de justicia en sentido estricto, se define como la función específica estatal por la cual el poder publico satisface pretensiones” (GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. 2 ed., v. 1, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1962, p. 105).

⁴⁶ TARELLO, 1989, p. 15, *Op Cit.*

O rompimento do paradigma do liberalismo processual se dá com a percepção de que a jurisdição deveria atender primordialmente à consecução de interesses públicos. Esse novo delineamento (nomeado publicismo ou socialização processual⁴⁷), trazido pelos ideais sociais do governo austríaco do final do século XIX, estruturou o processo mediante uma relação publicística em que as partes se apresentavam como meros colaboradores⁴⁸; o juiz seria o protagonista processual que estaria autorizado pelo Estado a “realizar determinações jurídicas não contidas no direito posto pelo legislador, mas sim por ele buscar, em certo sentido inventada, determinação que a lei não escolheu e muito menos desejou”⁴⁹.

Nas décadas que se seguiram, o movimento publicista espalhou-se por outros ordenamentos (como, por exemplo, o alemão⁵⁰ e o italiano⁵¹).

Nesse contexto, em razão da grande penetração da doutrina italiana nos países latino-americanos, não tardou a que esses Estados transpusessem ao ordenamento interno as técnicas previstas nessa nova estrutura de processo⁵².

Quando da elaboração do Código de Processo Civil brasileiro de 1939, asseverava-se que “ao princípio dispositivo, que é a expressão, no processo, do individualismo liberal, opõe-se hoje o princípio inquisitório que se afirma como expressão do autoritarismo, que não pode deixar à mercê das iniciativas individuais a realização das finalidades da justiça”⁵³.

Nas décadas seguintes, a partir do influxo das teorias socializantes que conduziram as alterações legislativas, com a bandeira de aceleração do procedimento, passou-se a defender

⁴⁷ Expressão empregada, entre outros, por NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2012.

⁴⁸ ALMEIDA, Diogo Assumpção Resende de. **Das convenções processuais no processo civil**. 2014. 247 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 102.

⁴⁹ BÜLLOW, Oskar. *Gesetz und Richteramt. Juristische Zeitgeschichte*. Berlin: Berliner Wissenschafts, 2003, v. 10. In: NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 103.

⁵⁰ NUNES, 2012, p. 88, *Op Cit*.

⁵¹ CIPRIANI, Franco. **Il processo civile nello stato democratico**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2006, p. 10-11. “De fato, qualquer um que confrontasse as obras de Klein com aquelas de Grandi poderia reconhecer as mesmas ideias: ambos acreditavam que a solução de todos os males do processo estava em neutralizar as partes (isto é, os advogados) e em assegurar ao juiz largos poderes discricionários para administrar e gerir o processo do início ao fim”. No original: “*Infatti, chiunque confrontasse le pagine di Klein con quelle di Grandi non potrebbe non riconoscere che i due avevano le stesse identiche idee: entrambi reputavano che la soluzione di tutti i mali del processo stesse nel neutralizzare le parti (e cioè gli avvocati) e nell’assicurare al giudice larghi poteri discrezionali per amministrare e gestire il processo dall’inizio alla fine*”.

⁵² “O fim do século XIX viu surgir o primeiro grande monumento legislativo inspirado numa concepção social, o código austríaco de 1895. Em boa parte, sob sua influência, e ao longo de sucessivas modificações, o ordenamento alemão foi-se inclinando no mesmo sentido. Na Itália, gigantes do pensamento processual esforçadamente pregaram à necessidade de reformas e trataram de concretizar em projetos arrojados as novas ideias. A doutrina italiana incumbiu-se de transmiti-las a outros países latinos, que se habituaram à busca na península à sua estrela-guia” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O processo, as partes e a sociedade*. **Temas de direito processual**, 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 29-40).

⁵³ MARTINS, Pedro Baptista. *A defesa do anteprojeto de código de processo civil*. **Processo Oral**, Rio de Janeiro: Forense, 1940, p. 225-238.

uma racionalidade instrumental aplicada pela sabedoria e sensibilidade do magistrado - hipoteticamente dotado de virtudes superiores e com acesso privilegiado ao que seria o bem comum -, em contraposição a uma racionalidade discursiva⁵⁴.

A legitimação adviria da compatibilidade do sistema processual com uma presumida realidade axiológica⁵⁵.

Acentuando ainda mais essa perspectiva do processo de produção de resultados e mitigação da forma, a ideologia introduzida a partir da década de 1980 se apropriou do discurso socializante “para desnaturá-lo e utilizá-lo contra si mesmo e em favor de seus imperativos funcionais”⁵⁶. Por conseguinte, “qualquer discurso garantista, fruto de uma perspectiva democrática constitucional, é visto e desnaturado pelo discurso dominante como defesa de uma perspectiva formalista e burocratizante”⁵⁷.

O que se observou com as reformas processuais ocorridas ao longo do século XX foi que a promessa feita pela corrente da socialização do processo de que a mentalidade publicista iria acelerar a solução do litígio – moroso supostamente por estar na “mão das partes” e utilizado exclusivamente para alcançar objetivos privados – não foi cumprida.

3.2 Influxo da autonomia da vontade no processo civil: as convenções processuais e a experiência francesa

A partir de uma leitura democrática, construiu-se, em inúmeros países da tradição ocidental⁵⁸, um *novo modelo processual* sob a visão de uma “comunidade de trabalho” direcionada a uma estrutura policêntrica e participativa, afastando qualquer protagonismo e se edificando a partir do arquétipo constitucional de processo, com a convivência de poderes

⁵⁴ “Imbuído dos valores dominantes, o juiz é um intérprete qualificado e legitimado a buscar cada um deles, a descobrir-lhes o significado e a julgar os casos concretos na conformidade dos resultados dessa busca e interpretação. Esse iter lógico-axiológico está inserido na vida dos direitos e só poderia ser negado à custa de reduzir a ordem jurídica às dimensões do texto legal. Cada direito, em concreto (ou cada situação em que a existência de direito é negada), é sempre resultante da acomodação de uma concreta situação de fato nas hipóteses oferecidas pelo ordenamento jurídico: mediante esse enquadramento e o trabalho de investigação do significado dos preceitos abstratos segundo os valores que, no tempo presente, legitimam a disposição, chega-se à “vontade concreta da lei”, ou seja, ao concreto preceito que o ordenamento dirige ao caso em exame. Por isso é que, quando os tribunais interpretam a Constituição ou a lei, eles somente canalizam a vontade dominante, ou seja, a síntese das opções axiológicas da nação” (DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 41-42).

⁵⁵ NUNES, 2012, p. 137, *Op Cit*.

⁵⁶ NUNES, 2012, p. 165, *Op Cit*.

⁵⁷ NUNES, 2012, p. 163, *Op Cit*.

⁵⁸ THEODORO JR. *et al.* **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015: “Toda essa mudança conduziu à busca de se adotar um **modelo processual participativo/cooperativo** em inúmeros países [Alemanha, Portugal, dentre outros]”.

diretivos e gerenciais do juiz juntamente a uma renovada autonomia privada das partes e dos advogados^{59 60}.

O direito à liberdade se colocou como um dos pilares dessa transformação. Sendo um dos principais e mais antigos direitos fundamentais, em seu plano de eficácia comporta o direito ao autorregramento, isto é, “o direito que todo sujeito tem de regular juridicamente os seus interesses, de poder definir o que reputa melhor ou mais adequado para a sua existência”⁶¹.

O direito processual civil, embora ramo do direito público, também comporta a atuação do direito fundamental à liberdade, não podendo dele se afastar o autorregramento da vontade.

Nessa perspectiva, o processo colaborativo-democrático, em cuja essência reside o respeito ao autorregramento da vontade como expoente do direito fundamental à liberdade (sem que com isso se defenda um processo estruturado em uma premissa adversarial), propõe-se a “articular os papéis processuais das partes e do juiz, com o propósito de harmonizar a eterna tensão entre a liberdade individual e o exercício do poder pelo Estado”⁶².

À luz desse novo paradigma processual, como fruto de mais autonomia privada, a consensualidade invadiu o Estado e o direito público, mediante a revisão da “atuação imperativa do poder público, a fim de buscar maior consenso com os cidadãos, inclusive como técnica para alcançar enquadramento mais democrático da atuação estatal”⁶³.

Conduzida por essa visão de consensualidade e policentrismo, a literatura processual francesa, na década de 1980, identificou algumas questões que dificultavam a tramitação de processos ou a prestação jurisdicional e que poderiam ser enfrentadas mediante convenções, denominadas *contrats de procédure*, celebradas por advogados com a aquiescência das cortes⁶⁴.

De acordos que previam, em um primeiro momento, apenas a fixação de um calendário processual (estipulação de datas para realização dos atos processuais), as convenções evoluíram e passaram, no início do século XXI, a ter como escopo a adequação do procedimento ao caso

⁵⁹ NUNES, 2012, p. 80, *Op Cit.*

⁶⁰ 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. 46: “O modelo cooperativo diminui o protagonismo do juiz, mas também restringe sua *passividade*, evitando o resgate da ideia liberal do processo como uma ‘luta’ ou ‘guerra’”.

⁶¹ DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 20.

⁶² DIDIER JR., Fredie. *Princípio...*, 2015, p. 22, *Op Cit.*

⁶³ ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de.; LAUAR, Maira Terra. **Processo civil, novas tendências, em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 141-169, p. 147.

⁶⁴ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no novo CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 247.

concreto (*clause de différend*⁶⁵). Surge no direito francês, desse modo, a “contratualização”⁶⁶ do processo, que se lastreia na permissão de ajustes entre as partes e o juiz no que toca à forma de condução do processo. Vale-se da tão propalada técnica de cooperação⁶⁷ entre os sujeitos processuais, como mecanismo de gestão do processo^{68,69}.

Segundo a literatura francesa, os acordos passam a apresentar uma dupla dimensão, no sentido de não apenas, sob a ótica material, evitar o litígio, como também, no campo processual, facilitar a solução judicial de eventual conflito:

A antecipação das partes em negociar e transigir pode levá-las a considerar uma solução extrajudicial de sua disputa: o objetivo do acordo é, então, evitar processos judiciais; no entanto, pode também levá-los simplesmente a organizar a solução legal de seu possível litígio⁷⁰ (tradução livre do francês).

Dessa forma, a liberdade alcança no processo civil francês espaço de destaque, permitindo às partes, por exemplo, estabelecerem a chamada cláusula de paz. Por meio dela, as partes se vinculam a tanto executar o contrato com lealdade e boa-fé, como também, caso advenha uma situação litigiosa, que seja tentada a busca de uma solução consensual antes do ingresso no Judiciário ou na arbitragem⁷¹. Trata-se, portanto, de contrato celebrado entre as partes que condiciona o exercício do direito de ação a uma tentativa de autocomposição prévia à instauração formal do litígio. Outro exemplo de acordo procedimental é a cláusula colaborativa, em que se impõe mutuamente às partes a obrigação de que, caso um litigante se envolva em conflito com terceiro, o outro deverá prestar informações relativamente àquele litígio⁷². Tem-se notícia ainda de convenções⁷² que determinem quais normas legais o julgador

⁶⁵ A *clause de différend* viria inserida em negócios jurídicos previstos na lei civil ou empresarial, como contratos de prestação de serviço, compra e venda, acordo de quotistas e acionistas etc., somente produzindo efeito caso o litígio venha a ser instaurado perante o judiciário (CADIET, Loïc. **Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisation du règlement des litiges**. Revista de processo, São Paulo: RT, n. 160, ano 33, p. 61-82, 2008, p. 64).

⁶⁶ Expressão cunhada por ANDRADE, 2011, p. 158, *Op Cit*.

⁶⁷ THEODORO JR. *et al.*, 2015, p. 71, *Op Cit*: “Não é possível mais ler, sob a égide do Novo CPC, a cooperação como singela colaboração, como realizado pela doutrina legatária da socialização processual (que advoga o protagonismo do Estado-juiz tão somente na aplicação do Direito). É preciso ler a referida cooperação, como corolário do contraditório e como garantia de influência”.

⁶⁸ THEODORO JR. *et al.*, 2015, p. 252, *Op Cit*.

⁶⁹ CADIET, Loïc. **Droit Judiciaire Privé**. 12. ed., Paris: Litec, 1998, p. 69-381.

⁷⁰ No original: “*l’anticipation des parties peut les conduire à envisager carrément une solution extrajudiciaire de leur différend: la convention a alors pour objet d’éviter le procès judiciaire; elle peut aussi les amener simplement à aménager la solution judiciaire de leur éventuelle querelle*” (CADIET, 2008, p. 64, *Op Cit*).

⁷¹ CADIET, 1998, p. 381, *Op Cit*.

⁷² CADIET, 2008, p. 70, *Op Cit*.

poderá utilizar no caso sob análise⁷³, bem como que modifiquem as regras de repartição de custos do processo⁷⁴.

Para além de contribuir para a redução no tempo de tramitação dos processos e adequar o procedimento às peculiaridades do litígio (eventual ou concreto), Loïc Cadiet assevera que a contratualização processual também se apresenta como forma de contribuir para a aceitação social da atividade jurisdicional e promover uma justiça mais democrática:

Incentivar a contratualização da justiça nas condições indicadas é simplesmente contribuir para facilitar a aceitação da atividade jurisdicional, é, por conseguinte, contribuir para remendar os laços sociais e, quando esses se desenvolvem dentro do Poder Judiciário, promove-se uma justiça mais cidadã, uma justiça mais democrática, sob a tutela de um Estado moderador encarregado do equilíbrio social, que se poderia chamar de o Estado-mediador, depois do Estado-polícia do século XIX e do Estado de bem-estar social do século XX⁷⁵ (tradução livre do francês).

No Brasil, ainda que tardiamente em comparação ao sistema processual francês, passou-se igualmente a defender a comparticipação dos sujeitos processuais no desenvolvimento e na construção dos pronunciamentos judiciais que devam solucionar os casos submetidos ao crivo judicial⁷⁶. O direito à liberdade, dentro de uma estrutura democrática de processo (“comunidade de trabalho”), permitiu o robustecimento do princípio do contraditório, não mais tratado apenas como garantia de bilateralidade de audiências, mas, sim e fundamentalmente, como direito de influência sobre as decisões. Impôs também deveres ao juiz relativos ao princípio da cooperação, como os de prevenção, esclarecimento e assistência. E, por fim, de um lado, exigiu do Estado o fomento à tentativa de autocomposição dos litigantes e, de outro, finalmente permitiu maior amplitude à autonomia das partes, consagrando o princípio do autorregramento da vontade no processo, estrutura base para a construção de uma teoria dos negócios processuais.

Todavia, a evolução no trato do tema das convenções processuais no Brasil foi lenta, praticamente largada à ociosidade por décadas. Os reclames da sociedade e de parte da literatura processual por um processo mais adequado à tutela do caso concreto e, por consequência, com

⁷³ CADIET, 2008, p. 69, *Op Cit.*

⁷⁴ CADIET, 1998, p. 387, *Op Cit.*

⁷⁵ CADIET, 2008, p. 82, *Op Cit.* No original: “Favoriser la contractualisation de la justice aux conditions que je viens d’indiquer, c’est simplement contribuer à faciliter l’acceptation de l’activité juridictionnelle, c’est donc contribuer à retisser du lien social et, lorsque ces modes se développent au sein même de l’institution judiciaire, c’est promouvoir une justice plus citoyenne, une justice plus démocratique, sous la tutelle d’un Etat modérateur en charge des équilibres sociaux, qu’on pourrait appeler l’Etat-médiateur, après l’Etat-gendarme du 19eme siècle et l’Etat-providence du 20eme siècle”.

⁷⁶ CUNHA, 2015, p. 45, *Op Cit.*

entrega mais célere de uma prestação jurisdicional efetiva foram fundamentais para o despertar do instituto.

3.3 As convenções processuais no direito processual civil brasileiro

3.3.1 A tradicional negativa à admissão das convenções processuais no Brasil

Notáveis processualistas brasileiros, tradicionalmente atrelados à corrente publicista de processo, manifestaram-se, ainda na vigência do CPC/73, de modo contrário à admissão das convenções em matéria processual⁷⁷.

Cândido Rangel Dinamarco, em adoção à linha liebmaniana⁷⁸, não concebia a existência das aludidas convenções, pois os efeitos dos atos processuais resultariam sempre da lei, nunca da vontade dos sujeitos. Negócio jurídico seria ato de autorregulação de interesses, firmado no princípio do autorregramento da vontade; todo negócio jurídico pressuporia que seus efeitos fossem exata e precisamente aqueles que as partes objetivam, o que não sucede no processo:

[...] processo em si mesmo não é um contrato ou negócio jurídico e em seu âmbito inexistente o primado da autonomia da vontade: a lei permite a alteração de certos comandos jurídicos por ato voluntário das partes, mas não lhes deixa margem para o autorregramento, que é inerente aos negócios jurídicos. A escolha voluntária não vai além de se direcionar em um sentido ou outro, sem liberdade para construir o conteúdo específico de cada um dos atos realizados⁷⁹.

Daniel Mitidiero, seguindo a mesma linha de raciocínio, não admitia a existência de convenções processuais no CPC/73, haja vista o processo não se compatibilizar com o

⁷⁷ Negando a existência de convenções em matéria processual no direito brasileiro, ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973: CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 25. ed., São Paulo: Atlas, v. 1, 2014, p. 276; GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 20. ed., São Paulo: Saraiva, v. 2, n. 1, 2009, p. 6; SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil: processo de conhecimento**. 13. ed., São Paulo: Saraiva, v. 1, n. 341, 2009, p. 205-206.

⁷⁸ Enrico Tullio Liebman não aceitava a existência de acordos sobre o procedimento: “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**, I. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 226-227).

⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual, v. II, São Paulo: Malheiros, 2009, p. 484.

autorregramento da vontade, estando todos os efeitos decorrentes de atos dos sujeitos processuais previamente normatizados⁸⁰.

José Joaquim Calmon de Passos era adepto de posição intermediária: o art. 158 do CPC/73⁸¹ possibilitaria às partes que convencionassem sobre o processo, no entanto, para que essas declarações negociais produzissem efeitos, seria necessária a chancela judicial. Logo, sem o pronunciamento judicial no sentido da eficácia das declarações, estas não seriam oponíveis ao juiz⁸².

Em suma, as opiniões contrárias à existência da convenção em matéria processual consideraram que a vontade não tem qualquer relevância na produção de efeitos no processo, uma vez que estes derivariam sempre da lei ou do pronunciamento judicial. Esse pensamento formou o *dogma da irrelevância da vontade* no processo, na medida em que não seria possível vincular o juiz à vontade de quem se encontrasse em posição de inferioridade⁸³.

3.3.2 A aceitação das convenções processuais no Brasil

Inspirada em grande medida pelo influxo do autorregramento da vontade no processo civil europeu, com suas consequências de valorização do policentrismo e superação estanque entre direitos público e privado, a processualística brasileira começou a defender a possibilidade de se realizar convenção em matéria processual.

Importantes estudos^{84,85,86,87} foram divulgados, defendendo enfaticamente a possibilidade de as partes convencionarem sobre matéria processual mesmo sob a égide do Código de Processo Civil brasileiro de 1973 (Lei 5.869), em razão de a matriz do processo

⁸⁰ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: RT, 2009, p. 15-16.

⁸¹ Art. 158. Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais.

Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeito depois de homologada por sentença.

⁸² PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 69-70.

⁸³ CUNHA, 2015, p. 38, *Op Cit.*

⁸⁴ BRAGA, 2007, p. 318, *Op Cit.*

⁸⁵ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *In*: MEDINA, José Miguel Garcia *et al.* (coord.). **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais**: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 2008, p. 290.

⁸⁶ LIMA, Bernardo Silva de. Sobre o negócio jurídico processual. *In*: DIDIER JR. Fredie; EHRHARDT JR. Marcos (coord.). **Revisitando a teoria do fato jurídico**: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 122.

⁸⁷ REDONDO, Bruno Garcia. **Flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes no direito processual civil brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) - São Paulo: PUC-SP, 2013.

colaborativo e policêntrico residir no Estado Democrático de Direito, insculpido no art. 1º da Constituição Federal Brasileira⁸⁸.

Em 2011, Pedro Henrique Pedrosa Nogueira defendeu tese de doutorado na Universidade Federal da Bahia (UFBA), sob orientação de Fredie Didier Jr., com expressa intercessão em favor da existência de negócios processuais atípicos no código reformado:

Seguramente que o autorregramento da vontade, na sua relação com as normas processuais cogentes, encontrará limites significativamente maiores do que no espaço que lhe é deixado no âmbito do direito privado. Apesar disso, ao menos no direito brasileiro, parece inquestionável a existência de um espaço deixado aos diversos sujeitos processuais, para que possam influir a participar na construção da atividade procedimental, sem que isso represente o reflexo ou a consagração de uma postura “neoprivatista” do direito processual, pois não se está por ora a discutir ou a defender os limites, em maior ou menor extensão, desse campo da autonomia, mas sim e somente a sua própria existência⁸⁹.

Já em 2014, Diogo Assumpção Rezende de Almeida concluiu sua tese de doutorado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), sob a orientação de Leonardo Greco, apresentando defesa veemente à existência, no CPC/73, de uma cláusula geral de negociação processual (art. 158):

Se o CPC prevê expressamente a existência e a licitude de uma convenção prévia, como é a eleição de foro, e o art. 158 do aludido diploma não restringe sua aplicação aos atos praticados no processo, não é lícito delimitá-la se o legislador assim não o procedeu. Destarte, a previsão geral contida no referido artigo alcança os contratos processuais entabulados antes ou depois de instaurada a relação jurídica processual⁹⁰.

Equacionando a discussão, o Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/15) - adotando textualmente o modelo cooperativo de processo (arts. 6º, 7º, 9º e 10), com valorização das partes e equilíbrio nas funções dos sujeitos processuais⁹¹ - apresentou uma cláusula geral de convenção em matéria processual e a calendarização do processo nos artigos 190 e 191⁹²,

⁸⁸ Anteriormente à Constituição Federal de 1988, José Carlos Barbosa Moreira, em posição de vanguarda, defendia a existência de negócios processuais típicos no ordenamento brasileiro e questionava a absoluta escassez de monografias a respeito do tema no Brasil em comparação à Alemanha (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual. Temas de direito processual*, 3ª série, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87-98).

⁸⁹ NOGUEIRA, 2011, p. 139, *Op Cit.*

⁹⁰ ALMEIDA, 2014, p. 119, *Op Cit.*

⁹¹ CUNHA, 2015, p. 49, *Op Cit.*

⁹² Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

respectivamente. Fugiu-se, dessa maneira, de uma proposta teórica centrada somente no juiz, em que caberia exclusivamente a este a gestão do procedimento, eliminando-se, inclusive, a possibilidade de adaptação do procedimento pelo juiz⁹³.

Em 2016, Antonio do Passo Cabral publicou a célebre obra “Convenções Processuais”, a partir de sua tese de livre-docência apresentada, em 2015, ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo. Representou o estudo a mais rica sistematização da teoria dos negócios processuais, apresentando-se como texto de vanguarda na tratativa dos limites às convenções.

Em 2018, Fredie Didier Jr., como fruto da reflexão do tema em seu grupo de pesquisa na Universidade Federal da Bahia, publicou a obra “Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais”, em que é apresentada sua visão geral sobre as convenções processuais.

Toda essa evolução doutrinária e legislativa demonstra, inequivocamente, preocupação com a valorização do consenso e em criar no âmbito do Judiciário uma arena não apenas de julgamento, mas, principalmente, de resolução de conflitos^{94 95}.

Nessa perspectiva, as convenções em matéria processual se configuram como fator de legitimação democrática do processo e expressão maior do respeito ao autorregramento da vontade, vez que, ao permitirem a participação dos sujeitos processuais na construção do *iter* até a decisão que deva solucionar o caso submetido ao crivo judicial, potencializa a aceitação do provimento⁹⁶.

3.4 Benefícios e vantagens das convenções processuais

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.

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

⁹³ Inclusive, no relatório do Deputado Sérgio Barradas, excluiu-se a possibilidade de o juiz adaptar, oficiosamente, o procedimento. *In*: BRASIL. **Relatório-geral Substituto**. Deputado Sérgio Barradas. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/dl/relatorio-cpc-sergio-barradas.pdf>>. Acesso em: 03.07.2015.

⁹⁴ “Põe-se a descoberto, no novo CPC, o prestígio da autonomia da vontade das partes, permitindo que elas negociem sobre o processo, de modo mais evidente do que no CPC/1973. O autorregramento da vontade no processo é permitido, assegurado e respeitado” (CUNHA, 2015, p. 49, *Op Cit.*).

⁹⁵ “É nessa linha que o Novo CPC resolve adotar a possibilidade de “negociação” do procedimento; e, com isso, caminha a passos sincronizados com uma concepção mais democrática de processo, valorizando ainda mais um modelo participativo de processo e trilhando uma linha de raciocínio importante para combater o mito do protagonismo judicial” (THEODORO JR. *et al.*, 2015, p. 289, *Op Cit.*).

⁹⁶ CADIET, 2008, p. 82, *Op Cit.*

Para além de potencializar a aceitação ao desfecho da causa, as convenções processuais, como instrumento de dinamicidade, apresentam inúmeras outras vantagens comparativamente ao modelo processual estático.

As convenções (1) permitem mais adaptabilidade do processo às especificidades do direito material em litígio, estruturando o rito “de modo a atender às suas conveniências e necessidades”⁹⁷, o que outorga inquestionável eficiência (celeridade na tramitação e qualidade na construção do provimento) à atividade jurisdicional.

Durante a primeira metade do século XX, já se havia identificado que o direito material demandava uma diversificação de modelos de tutela processual, para que obtivesse uma resposta adequada quando infringido ou ameaçado o direito, o que desencadeou a multiplicação dos procedimentos especiais⁹⁸.

No entanto, conforme anota Antonio do Passo Cabral, os procedimentos especiais ainda assim eram rígidos, não conseguindo satisfazer as exigências do direito material. Ademais, “a tutela diferenciada não conseguiu ofertar uma série tão grande e variada de instrumentos como são as especificidades do litígio”⁹⁹.

Nessa medida, a estruturação dos negócios processuais permite que as próprias partes, conhecedoras do direito em debate, possam lapidar o procedimento, bem como seus ônus, faculdades, deveres e direitos, de modo a que a resposta judicial seja a mais adequada possível.

Em sentido próximo, as convenções (2) podem outorgar “economia processual, que pode se desdobrar na celeridade de tramitação dos procedimentos e na redução de custos”¹⁰⁰.

Isso porque, por um lado, as partes podem dispor de instrumentos que aceleram a resolução da demanda (como a irrecorribilidade de certas decisões, a substituição da intimação e citação pelos meios previstos em lei por *e-mail* ou mensagens instantâneas, e a produção de determinadas provas). E, por outro, podem reduzir o ônus financeiro do processo (acordos sobre o foro competente podem minimizar custos de deslocamento das partes e de seus advogados, bem como a escolha consensual do perito pode racionalizar as despesas).

Paralelamente a isso, é possível que os acordos processuais reduzam os custos de implementação de determinado negócio de direito material. As partes podem transigir direito material com direito processual. Pense-se, a título de exemplo, em um contrato de compra e venda, em que o titular do bem (vendedor), ao estabelecer uma cláusula de ampliação das

⁹⁷ CUNHA, 2015, p. 44, *Op Cit.*

⁹⁸ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 195.

⁹⁹ CABRAL, 2016, p. 195, *Op Cit.*

¹⁰⁰ CABRAL, 2016, p. 204, *Op Cit.*

hipóteses de tutela de evidência (ciente de que isso facilitará o recebimento de seu crédito em caso de inadimplemento), dê certo desconto sobre o preço a ser pago pelo comprador.

É dizer, inegavelmente os negócios processuais podem reduzir os custos de transação e implementação dos acordos materiais, na medida em que facilitará a execução forçosa do acordado.

Outro ganho evidente da adoção dos negócios processuais (3) está na certeza e previsibilidade. O tempo de duração do litígio, as despesas com peritos, advogados (honorários de sucumbência, por exemplo) e custas judiciais, o juiz da causa e o local de tramitação indubitavelmente são variáveis que produzem um quadro de grande incerteza na parte.

A possibilidade de as partes previamente negociarem algumas dessas variáveis descritas certamente colabora para atribuir mais alto grau de previsibilidade e certeza ao procedimento:

Podendo alterar as regras do processo, as convenções processuais representam uma nova técnica de redução da incerteza e, com isso, os acordos processuais assumem importante função de gestão do risco [...] uma ferramenta para que as partes possam ter maior previsibilidade sobre o resultado e sobre as despesas que o litígio possa trazer¹⁰¹.

Seguindo essa lógica, as convenções em matéria de processo favorecem a entrega de uma tutela judicial mais adequada, eficiente, tempestiva, previsível e menos onerosa comparativamente ao modelo estático do processo civil estatal, dado que imprime adaptabilidade aos mecanismos processuais de tutela dos direitos em conformidade às necessidades dos jurisdicionados¹⁰².

¹⁰¹ CABRAL, 2016, p. 212, *Op Cit.*

¹⁰² CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Nota dos coordenadores. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 15.

4 LIMITES ÀS CONVENÇÕES PROCESSUAIS

Com o advento do art. 190 do CPC/15, muito da discussão em torno da existência de convenções processuais no direito processual civil brasileiro não mais prospera¹⁰³.

Ocorre que, não obstante seja no cenário atual plenamente admissível a existência dos negócios processuais, seus limites ainda permanecem em estado de total obscuridade.

Ante a vagueza do art. 190, a incipiente literatura a respeito do tema já advertiu a dificuldade e enfatizou a importância em delinear os contornos às convenções, visto que “não há limites previamente estabelecidos pelo legislador de modo claro, pormenorizado e específico”¹⁰⁴, sendo este, inclusive, “o grande desafio da doutrina”¹⁰⁵.

A ausência de definição precisa dos limites das convenções - instituto resultante de um modelo processual que busca legitimidade democrática e eficiência - é pernicioso, podendo resultar na violação de garantias processuais duramente conquistadas, seja (i) pelo esvaziamento do conteúdo convencional (com a atribuição de limites muito estreitos e rígidos), seja (ii) pelo seu exacerbamento (mediante limites altamente elásticos, quase inexistentes).

Assim, é preciso compatibilizar o equilíbrio entre o público e o privado no processo. Se a reação ao liberalismo processual, com o escopo de evitar que o processo continuasse a ser “coisa das partes”, gerou um reforçado caráter público, chegou-se o momento de compreender que “há maturidade cultural suficiente para que o processo passe a ser uma *coisa com partes*, ou seja, as conquistas do publicismo não excluem o respeito ao autorregramento da vontade das partes”¹⁰⁶.

Sem embargo, o autorregramento da vontade, em sua interface com as normas processuais, certamente encontrará limites significativamente maiores do que no campo que lhe é deixado na seara do direito privado¹⁰⁷.

Nessa trilha de ideias, passa-se a investigar os limites às convenções processuais sob a perspectiva do processo participativo-democrático, a fim de que se averigue até onde é

¹⁰³ “Há quem não admita a existência de negócios processuais, posicionamento que, com o CPC-15, ao que parece, será simplesmente *contra legem*” (DIDIER JR. Curso...2015, p. 379, *Op Cit.*).

¹⁰⁴ REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 269-278, p. 276.

¹⁰⁵ CUNHA, 2015, p. 58, *Op Cit.*

¹⁰⁶ GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 407-416, p. 409.

¹⁰⁷ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 81-92, p. 284.

possível chegar a autonomia da vontade das partes no ambiente processual sem que se afronte os ideais caros ao Estado Democrático, consubstanciados no *núcleo duro de princípios e garantias*¹⁰⁸ que configuram a ordem jurídica processual¹⁰⁹, e, igualmente, sem se esvaziar o poder de participação das partes na construção do provimento jurisdicional¹¹⁰.

Com o objetivo de estruturar uma teoria que possibilite identificar os limites aos negócios processuais, passa-se à análise de importantes teorias referentes à liberdade de contratar, seja no campo do direito material, seja no âmbito processual.

4.1 Teorias sobre os limites à liberdade de contratar

A liberdade, conforme Murray Newton Rothbard, seria a possibilidade inerente a todo ser humano de encontrar e buscar seus próprios fins¹¹¹. Para Ludwig von Mises, liberdade “refere-se à situação em que um indivíduo tem a possibilidade de escolher entre modos de ação alternativos. Um homem é livre na medida em que lhe seja permitido escolher os seus fins e os meios a empregar para atingi-los”¹¹².

Vista dessa forma, a celebração de um contrato constitui, desde logo, uma limitação à liberdade, dado que uma de suas consequências é justamente a vinculação das partes a seu cumprimento; retira-se das partes a possibilidade de escolher entre modos de ação alternativos ou, ao menos, reduz-se a gama de alternativas. No entanto, esse efeito nada mais é do que um exercício prévio da autonomia privada, configurando a autolimitação uma das faculdades atribuídas às partes pela liberdade de contratar¹¹³.

Como derivação do direito geral à liberdade, a liberdade de contratar¹¹⁴ (ou o direito ao autorregramento da vontade) é o direito que todo sujeito tem de regular juridicamente os seus interesses, praticando atos e celebrando negócios que entenda adequados.

A liberdade de contratar divide-se em quatro zonas de liberdade, conforme enfatiza Fredie Didier Jr, citando José de Oliveira Ascensão:

¹⁰⁸ GRECO, 2008, p. 18, *Op Cit.*

¹⁰⁹ ALMEIDA, 2014, p. 149, *Op Cit.*

¹¹⁰ GUNTHER, Klaus. Qual o conceito de pessoa de que necessita a teoria do discurso do direito? Reflexões sobre a conexão interna entre pessoa deliberativa, cidadão e pessoa de direito. *In: Teoria da responsabilidade no estado democrático de direito*. Flavia Portella Püschel (trad.). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 31.

¹¹¹ ROTHBARD, 2010, p. 336, *Op Cit.*

¹¹² MISES, 2010, p. 339, *Op Cit.*

¹¹³ CARVALHO, Jorge Morais. **Os limites à liberdade contratual**. Lisboa: Almedina, 2017, p. 7.

¹¹⁴ Em definição próxima, João de Matos Antunes Varela entende a liberdade contratual como “o pode reconhecido às pessoas de estabelecerem, de comum acordo, as cláusulas reguladoras (no plano do Direito) dos seus interesses contrapostos [...], que mais convenham à sua vontade comum” (VARELA, João Antunes. **Das obrigações em geral**. 10. ed., v. 1, Coimbra: Almedina, 2003, p. 226).

a) liberdade de negociação (zona das negociações preliminares, antes da consumação do negócio); b) liberdade de criação (possibilidade de criar novos modelos negociais atípicos que mais bem sirvam aos interesses dos indivíduos); c) liberdade de estipulação (faculdade de estabelecer o conteúdo negocial); d) liberdade de vinculação (faculdade de celebrar ou não o negócio)¹¹⁵.

Jorge Morais Carvalho, em subdivisão semelhante, classifica a liberdade de contratar em: (i) liberdade de celebração (opção entre celebrar ou não o contrato); (ii) liberdade de estipulação ou fixação (escolha do conteúdo do contrato, seja mediante formas típicas, derivações das típicas ou atípicas); (iii) liberdade de negociação ou de estudo (fases preliminares, em que há liberdade de apresentação de propostas ou de aceitação ou recusa); (iv) liberdade de execução (fase do cumprimento); e, por fim, (v) liberdade de celebrar outro contrato mediante o qual alterem ou extingam o contrato anterior^{116,117}.

É inquestionável que, no cenário da sociedade contemporânea, o princípio da autonomia privada constitui um dos pilares do sistema econômico e social e qualquer ataque ou redução a ele deve ser analisado sob a perspectiva de se tratar de uma base do nosso sistema. Entretanto, isso não significa que não possa haver limites, “até porque esses limites são, em muitos casos, o resultado de uma necessidade do próprio sistema econômico e social”¹¹⁸.

Não se pode esquecer que “o contrato, como fenômeno social e economicamente situado, deve ser instrumento de implementação de valores e princípios que interessam à sociedade, com vista à promoção do seu bem-estar e desenvolvimento econômico”¹¹⁹.

A partir dessa linha de entendimento, fundada na valorização da autonomia da vontade e da concepção de que há certos espaços em que ela não pode avançar, foram desenvolvidas teorias que objetivaram entender como deveria operar a limitação à liberdade de contratar.

4.1.1 Teorias limitativas à autonomia da vontade no direito civil

Jorge Morais Carvalho, à luz do direito português, afirma que a autonomia privada, por estar na base da concepção de sociedade e do modelo econômico e social adotado, mesmo não

¹¹⁵ DIDIER JR. Princípio... 2015, p. 20, *Op Cit.*

¹¹⁶ CARVALHO, 2017, p. 24-31, *Op Cit.*

¹¹⁷ A classificação de Paulo Roberto Froes Toniazzi adiciona, na subdivisão, a faculdade de definir com quem contratar, considerando a liberdade de contratar em quatro aspectos, “liberdade de contratar ou não contratar (faculdade de estabelecer a relação contratual), de escolher o tipo contratual (faculdade de definir como contratar: a forma do contrato), de escolher o outro contratante (faculdade de definir com quem contratar) e de escolher o conteúdo do contrato (faculdade de escolher o que contratar)” (TONIAZZO, Paulo Roberto Froes. **A função social do contrato privado**: limite de liberdade de contratar. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 96).

¹¹⁸ CARVALHO, 2017, p. 20, *Op Cit.*

¹¹⁹ MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Art. 421. In: IV JORNADA DE DIREITO CIVIL, v. I, Conselho da Justiça Federal, Brasília, *Anais...*, 2007, p. 290-291.

se tratando de um direito fundamental, se reveste de princípio fundamental. Desse modo, “apenas poderia ser afastado na medida em que tenha o objetivo de proteger outros interesses igualmente relevantes”. Em seguida, conclui que “as normas que coarctam a liberdade contratual têm de ser justificadas, pela lei através do intérprete, pela referência a um interesse determinado”¹²⁰.

Desenvolvendo esse raciocínio, o professor da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa estruturou sua teoria dos limites à liberdade contratual mediante a formulação de sete limites: (i) possibilidade física; (ii) possibilidade legal; (iii) determinabilidade do objeto; (iv) ordem pública; (v) bons costumes; (vi) boa-fé; (vii) conformidade com a lei.

A (i) possibilidade física seria um limite que resultaria da natureza do próprio objeto. Fisicamente se entenderia que a prestação é impossível, pelo que se concluiria não ser válido o contrato. O autor lusitano dá como exemplos comuns da literatura civilista (sob muita censura de sua parte, frise-se) alguém se obrigar a atravessar a nado o Oceano Atlântico de Brasil a Portugal, sem parar, ou a venda de um prédio urbano que já não existe por ter sido destruído por um incêndio¹²¹.

Conclui que “a impossibilidade física constitui, assim, uma categoria residual, apenas sendo causa de nulidade nos casos em que, verificados os pressupostos” (a prestação ser em abstrato possível, mas em concreto impossível), “não seja aplicado regime jurídico diverso”¹²².

Outro limite à liberdade contratual estaria situado na (ii) possibilidade legal. Segundo o autor português, “a impossibilidade legal ou jurídica implica a existência de um obstáculo, de natureza legal ou lógica, à produção de um determinado efeito jurídico”. Seriam exemplos da incidência desse limite: a vedação à estipulação de que duas pessoas são familiares, aquisição de uma coisa de que já se é proprietário ou ainda constituição de hipoteca sobre coisa móvel não registrada¹²³.

Um terceiro limite à autonomia privada seria a (iii) determinabilidade do objeto. O art. 280 do Código Civil português comina com nulidade o negócio jurídico que tenha objeto indeterminado ou indeterminável, isto é, ainda que o objeto não esteja determinado na conclusão do contrato, é indispensável que ele seja determinável implícita ou explicitamente pelos termos definidos pelos contratantes¹²⁴.

¹²⁰ CARVALHO, 2017, p. 31, *Op Cit.*

¹²¹ CARVALHO, 2017, p. 33-35, *Op Cit.*

¹²² CARVALHO, 2017, p. 36, *Op Cit.*

¹²³ CARVALHO, 2017, p. 38-39, *Op Cit.*

¹²⁴ CARVALHO, 2017, p. 53, *Op Cit.*

De acordo com o autor, a literatura e a jurisprudência portuguesas entendem, por exemplo, que seria nula a fiança em que o fiador garantisse o pagamento de todas as dívidas do devedor, sem qualquer referência a dívidas concretas que este possa ter ou vir a ter¹²⁵.

A (iv) ordem pública portuguesa constituiria outro limite, sendo nulo o negócio jurídico a ela contrário. Afirma que a “ordem pública é um conceito indeterminado. Trata-se de uma cláusula geral, que deve ser concretizada em cada caso pelo intérprete, tendo em conta as circunstâncias específicas de cada situação, não sendo possível nem desejável torná-la rígida”¹²⁶.

O conceito ainda oscilaria em conformidade com o sistema jurídico em que se encontra inserido, modificando-se conforme o contexto histórico, geográfico e econômico¹²⁷.

Porém, seu uso deveria ser apenas como último recurso para avaliar a conformidade do contrato com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico, não podendo ser invocada autonomamente, sem se fazer referência ao princípio afetado.

Desse modo, Jorge Morais Carvalho apresenta um método de aferição do controle de contrariedade do contrato à ordem pública: primeiro, analisam-se todos os elementos relevantes do contrato e avalia-se sua conformidade com a ordem jurídica na sua globalidade; segundo, suspeitando-se de sua não conformidade, o aplicador deve verificar se e em que medida algum princípio fundamental da ordem jurídica é afetado pelo negócio¹²⁸.

Como exemplo de contrato ultrajante à ordem pública, o autor cita o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL), de 13 de março de 2008, processo nº. 1758/2008-8 (Salazar Casanova), em que restou acertado que é lícito às partes outorgarem livremente contratos por prazo indeterminado, desde que haja possibilidade de livre denúncia, pois contratos de natureza perpétua contrariam a ordem pública¹²⁹.

O quinto limite abordado é o dos (v) bons costumes, previsto no art. 280 e 281 do Código Civil português. Similarmente à ordem pública, seu conceito seria indeterminado e teria de ser concretizado pelos aplicadores do direito. Sua substância seria um limite ético à autonomia privada das partes¹³⁰.

De modo a exemplificar negócio jurídico atentatório aos bons costumes, menciona o julgamento pelo acórdão do Tribunal de Relação do Porto (TRP), de 20 de abril de 2009,

¹²⁵ CARVALHO, 2017, p. 55, *Op Cit.*

¹²⁶ CARVALHO, 2017, p. 87, *Op Cit.*

¹²⁷ CARVALHO, 2017, p. 93, *Op Cit.*

¹²⁸ CARVALHO, 2017, p. 97-98, *Op Cit.*

¹²⁹ CARVALHO, 2017, p. 92, *Op Cit.*

¹³⁰ CARVALHO, 2017, p. 103-113, *Op Cit.*

processo nº. 0825355 (Maria Graça Mira), em que ficou assentada a nulidade de um contrato de mandato, em virtude de o outorgante, um idoso com mais de 90 anos, cuja esposa havia falecido há sete dias, fragilizado em termos físicos e emocionais, ter sido conduzido pelo único interessado e beneficiário ao notário, para outorgar uma procuração já minutada, em que não se enxergava qualquer benefício ao outorgante¹³¹.

Nesse sentido, os bons costumes constituiriam “um último recurso para avaliar da conformidade do contrato com os princípios éticos ou morais fundamentais, orientadores da vida em sociedade num determinado contexto histórico e geográfico”¹³².

A diferença entre os bons costumes e a ordem pública residiria em que, ao passo que o primeiro remeteria a princípios extrajurídicos, relativos à ética ou à moral, o segundo se fundaria nos princípios fundamentais do ordenamento jurídico.

O sexto limite, para o civilista português, seria a (vi) boa-fé, princípio fundamental do direito português. Igualmente se trataria de um conceito indeterminado, a ser concretizado em cada caso com base em elementos atinentes à situação em análise¹³³.

Entre as concreções da boa-fé objetiva, enumera os seguintes: (a) *venire contra factum proprium*, consistente em proibir a uma pessoa um comportamento ativo ou passivo contrário a comportamento ou declaração anterior¹³⁴; (b) inalegabilidades formais, isto é, a “designação comumente dada à categoria que abrange as situações em que, apesar de não ter sido observada a forma legal ou convencionalmente exigida para um negócio, essa inobservância não pode ser invocada”, pois: “cria-se na contraparte a confiança de que se considera que o contrato é válido”¹³⁵; (c) a *supressio*, ou seja, a situação em que o não exercício de um direito durante certo período torna ilegítimo o seu exercício posterior, justamente por o seu titular ter gerado na contraparte uma situação de confiança de que não o faria¹³⁶; (d) *tu quoque* que engloba as hipóteses em que a violação de uma norma é depois aproveitada pelo sujeito que a violou para impor algo a outrem, o que é vedado pela boa-fé¹³⁷; (e) situações em que o exercício do direito não traz qualquer vantagem para seu titular, mas apenas gera uma situação de desvantagem para outrem¹³⁸.

¹³¹ CARVALHO, 2017, p. 115, *Op Cit.*

¹³² CARVALHO, 2017, p. 117, *Op Cit.*

¹³³ CARVALHO, 2017, p. 126, *Op Cit.*

¹³⁴ CARVALHO, 2017, p. 130, *Op Cit.*

¹³⁵ CARVALHO, 2017, p. 130, *Op Cit.*

¹³⁶ CARVALHO, 2017, p. 130, *Op Cit.*

¹³⁷ CARVALHO, 2017, p. 131, *Op Cit.*

¹³⁸ CARVALHO, 2017, p. 131, *Op Cit.*

A boa-fé também incidiria quando houvesse alteração das circunstâncias, de modo a que libertasse uma das partes de uma vinculação que se tornou contrária ao sistema jurídico¹³⁹, bem como no cumprimento das obrigações¹⁴⁰.

Por fim, o último limite à liberdade de contratar seria a (vii) conformidade com a lei. A base legal seriam os artigos 280, aplicável quando o objeto do contrato fosse contrário à lei, 281, aplicável quando o fim do contrato é contrário à lei, e 294, incindível para os casos em que as circunstâncias da celebração sejam contrárias à lei¹⁴¹.

Segundo o autor lusitano, “a contrariedade à lei depende da existência de uma norma injuntiva ou imperativa que torne indisponível para uma ou ambas as partes determinada situação jurídica”¹⁴².

Nesse sentido, as normas imperativas estariam vinculadas à “possibilidade ou impossibilidade de uma ou ambas as partes de um contrato poderem dispor de determinada situação jurídica, regulando-a da forma que entenderem mais adequada a seus interesses”. E a existência de tais normas teria como justificativa a prevalência de interesses mais relevantes, quer ligados à comunidade quer ligados a uma ou a ambas as partes¹⁴³.

Jorge Morais Carvalho reconhece, porém, a dificuldade da literatura em identificar critérios válidos para a aferição da imperatividade de uma norma. Posiciona-se contrariamente à redutora visão de que as partes apenas poderiam dispor quando a própria norma contemplasse as fórmulas “salvo acordo em contrário”, “na falta de convenção em contrário” ou “salvo estipulação noutro sentido”, assinalando que:

O ponto fulcral consiste em saber quando é que uma norma pode ser afastada pelas partes ou, partindo de perspectiva ligada aos elementos que compõem a norma, quando e em que medida é que uma parte ou ambas as partes de um contrato podem dispor da sua previsão e da sua estatuição, independentemente de esta atribuir um direito, impor um dever ou simplesmente delimitar o âmbito de aplicação de um regime mais vasto¹⁴⁴.

Desse modo, estabelece que o primeiro indício do conteúdo imperativo advém do próprio preceito legal, de forma que este a tal aluda expressamente. Seriam os exemplos de normas que se autodeterminam imperativas¹⁴⁵ e outras que fixam nulidade ou anulabilidade

¹³⁹ CARVALHO, 2017, p. 133, *Op Cit.*

¹⁴⁰ CARVALHO, 2017, p. 134, *Op Cit.*

¹⁴¹ CARVALHO, 2017, p. 147, *Op Cit.*

¹⁴² CARVALHO, 2017, p. 158, *Op Cit.*

¹⁴³ CARVALHO, 2017, p. 168, *Op Cit.*

¹⁴⁴ CARVALHO, 2017, p. 174, *Op Cit.*

¹⁴⁵ O art. 12º do Decreto Legislativo 72/2008 de Portugal dispõe que determinadas normas do regime “são absolutamente imperativas, não admitindo convenção em sentido diverso”.

para certas situações¹⁴⁶. No entanto, entende que a utilização do verbo *dever* não gera a conclusão automática pela imperativa, não se tratando de elemento decisivo¹⁴⁷.

Em seguida, firma posição de que, ausente referência expressa à imperatividade, “o elemento essencial para determinar se uma norma tem conteúdo imperativo está relacionado com a identificação da natureza dos interesses protegidos”¹⁴⁸.

Explorando esse raciocínio, o civilista português adverte que os interesses gerais ou de terceiros extraíveis expressa ou tacitamente de uma norma são fortes indícios de seu caráter imperativo, ao passo que, se fonte de inspiração para a norma for os interesses de uma ou de ambas as partes, a análise se torna mais complexa¹⁴⁹.

Assim, caso a norma seja estruturada de forma a proteger o interesse de uma parte vulnerável, não necessariamente seu afastamento implicará a irregularidade do acordo, uma vez que se o afastamento propiciar uma vantagem ainda maior para o sujeito fragilizado, sob uma análise global do contrato, essa norma pode ser tida como adequada¹⁵⁰.

Nessa perspectiva, apenas e tão-somente se as disposições normativas estabelecidas entre as partes para regular a relação entre si não violar os limites traçados é que se poderá defender a validade do contrato.

No direito nacional, Paulo Roberto Froes Toniazzi, em obra fruto de sua dissertação de mestrado, defende a função social do contrato como limite angular da liberdade de contratar. Partindo de uma premissa de constante desigualdade social e econômica entre as partes, anota que a função social do contrato “pode ser compreendida como princípio restritivo da autonomia da vontade e deliberação dos homens nas suas relações contratuais e, ao mesmo tempo, princípio positivo de criação de iguais oportunidades de acesso aos bens e serviços disponíveis”¹⁵¹.

Em decorrência da aplicação da função social do contrato, estabelece como fatores limitadores à liberdade de contratar os (i) bons costumes, sendo estes entendidos como padrões comportamentais nos âmbitos social, profissional ou moral extraíveis da sociedade em que inserido o contexto do contrato; os (ii) interesses difusos e coletivos; (iii) regras pertinentes ao comércio, à economia de mercado e ao meio ambiente; (iv) boa-fé e a probidade; (v)

¹⁴⁶ O art. 14 do Decreto Legislativo 57/2008 de Portugal estabelece que “é nula a cláusula pela qual o credor renuncia antecipadamente a qualquer dos direitos que lhe são facultados”.

¹⁴⁷ CARVALHO, 2017, p. 175, *Op Cit.*

¹⁴⁸ CARVALHO, 2017, p. 175, *Op Cit.*

¹⁴⁹ CARVALHO, 2017, p. 176, *Op Cit.*

¹⁵⁰ CARVALHO, 2017, p. 179, *Op Cit.*

¹⁵¹ TONIAZZO, 2008, p. 102, *Op Cit.*

obrigatoriedade de o agente ser capaz, de o objeto ser lícito, de a forma ser prescrita ou não defesa em lei e de o consentimento ser válido¹⁵².

Assinala que os limites impostos pela função social do contrato influenciaram sobremaneira na liberdade de escolha de com quem contratar, na forma de contratação e na estipulação do conteúdo do contrato¹⁵³.

Paula Sarno Braga, por sua vez, ao tratar dos limites do poder de escolha e regramento das partes, entende que (1) o ordenamento pode regular o conteúdo eficaz do ato jurídico de forma exauriente, quando apenas sobra espaço para a escolha da categoria jurídica (haveria vontade na escolha da categoria, porém não se pode dizer o mesmo para a regulação dos efeitos); ou (2) pode deixar livre aos sujeitos a escolha da categoria jurídica e dos efeitos a serem produzidos (haveria vontade na escolha da categoria e na regulação de efeitos)¹⁵⁴.

Seriam exemplo da primeira situação o casamento e renúncia a direitos, encontrando-se no campo das normas cogentes, enquanto a compra e venda exemplificaria a segunda hipótese, ingressando na esfera da dispositividade¹⁵⁵.

Contudo, mesmo o ato jurídico que se insira na esfera das normas dispositivas teria seu poder de autorregulamentação limitado. Seriam limites a esse poder, citando Roxana Cardoso Brasileiro¹⁵⁶, a Constituição, as leis, a ordem pública, a moral e os bons costumes¹⁵⁷.

4.1.2 Teorias limitativas à autonomia da vontade no direito processual

Passando à abordagem do direito processual, Steven Schwarcz, professor de Direito da *Duke University*, ao comentar os acordos processuais nos processos falimentares estadunidenses, desenvolve interessante raciocínio para identificar quando a liberdade de contratar poderia afastar as disposições legais.

Sustenta o autor que é possível às partes afastar a disciplina legal, desde que não afetem as políticas legislativas que inspiraram a criação da temática ou não tenha o acordo como objeto norma que a lei especificamente houver vetado a possibilidade de derrogação¹⁵⁸.

¹⁵² TONIAZZO, 2008, p. 103-107, *Op Cit.*

¹⁵³ TONIAZZO, 2008, p. 107, *Op Cit.*

¹⁵⁴ BRAGA, 2010, p. 455, *Op Cit.*

¹⁵⁵ BRAGA, 2010, p. 456., *Op Cit.*

¹⁵⁶ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada.** São Paulo: Saraiva, 2005, p. 54.

¹⁵⁷ BRAGA, 2010, p. 456, *Op Cit.*

¹⁵⁸ SCHWARCZ, Steven L. **Rethinking freedom of contract: A Bankruptcy Paradigm**, 77 TEx. L. REV. 524, 1999.

Nesse sentido, menciona a decisão da suprema corte dos Estados Unidos da América (EUA) no caso *United States v. Mezzanatto*, 513 U.S. 196, 200-01 (1995):

Ao invés de considerar a derrogação presumivelmente impossível em razão de algo que a justificasse, nós [a Suprema Corte] aderimos à presunção oposta [...] [N]a ausência de uma indicação afirmativa da intenção do legislador de excluir o afastamento das normas legais, presumimos que as normas legais estão sujeitas à alteração por acordo entre as partes (tradução livre do inglês)¹⁵⁹.

Enrica Angioni, em sua tese de doutorado defendida na *Università degli Studi di Cagliari*, em 2015, sob a orientação de Riccardo Fercia, entende que são inderrogáveis, pelo acordo entre as partes, as normas processuais que correspondam ao interesse geral e, portanto, sejam classificadas como imperativas. Essas normas inderrogáveis estariam inseridas nos cânones fundamentais do *giusto processo*¹⁶⁰.

Já na literatura processual brasileira é incipiente a abordagem sobre os limites à liberdade de contratar sobre o processo.

Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, em tese de doutorado na UFBA, datada de 2011, abraçava a existência dos negócios processuais na vigência do Código de Processo Civil de 1973. Os limites ao autorregramento da vontade no processo civil estariam nas normas cogentes:

O espaço para o exercício do autorregramento da vontade é aquele deixado pelas normas cogentes. No plano processual, os limites dessa autonomia são demarcados pelas normas processuais cuja aplicação seja inafastável pelos interessados¹⁶¹.

¹⁵⁹ No original: *Rather than deeming waiver presumptively unavailable absent some sort of express enabling cause, we [the Supreme Court] instead have adhered to the opposite presumption [...] [A]bsent some affirmative indication of Congress' intent to preclude waiver, we have presumed that statutory provisions are subject to waiver by voluntary agreement of the parties* (SCHWARCZ, 1999, *Op Cit.*).

¹⁶⁰ “[...] *l'inderogabilità convenzionale – similmente a quanto accade nel settore sostanziale – delle norme processuali che corrispondono a ragioni di interesse generale e, pertanto, sono classificabili come imperative.*

[...] *Procediamo quindi con l'esame del primo punto menzionato, afferente all'invalidità degli accordi processuali derivante dalla violazione di norme inderogabili previste dalla legge processuale, le quali, in ultima analisi, sembrano tendenzialmente rappresentare particolari applicazioni del canone fondamentale del giusto processo.*

[...] *le ragioni di carattere generale che giustificano l'imperatività della norma sembrano presentarsi in linea di principio quali specificazioni del principio del giusto processo*” (ANGIONI, Enrica. **Negoziio giuridico processuale e categoria generale di contratto nella scienza giuridica europea**. Tese (Doutorado em Direito) - Università degli Studi di Cagliari, 2014-2015, p. 42-44).

¹⁶¹ NOGUEIRA, 2011, p. 144, *Op Cit.*

Concordando parcialmente com Leonardo Greco¹⁶², o autor baiano afirma que os limites ao exercício da autonomia privada no processo se encontram no respeito ao formalismo processual. Isto é, um conceito que abrangeria a totalidade formal do processo, com seus princípios e subprincípios (princípio dispositivo, direito de defesa, juiz natural, publicidade, submissão do juiz à lei, livre convencimento, etc.) que comporiam o “estatuto básico processual”, bem como as regras, ordenadoras da atividade processual¹⁶³.

Assim, arremata que o “formalismo processual constitui o limite para o exercício da autonomia da vontade [...], quer o exercício se dê durante o procedimento, quer se dê antes de seu surgimento, mas que nele produza consequências”¹⁶⁴.

Diogo Assumpção Rezende de Almeida, em tese de doutorado na UERJ, datada de 2014, defendia igualmente a ampla possibilidade de convenções processuais ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973. O limite à autonomia das partes se encontraria no “respeito ao interesse público fundamental, traduzido na ordem pública processual”¹⁶⁵.

A ordem pública no processo seria meio de preservação de interesses gerais, fundamentais ao Estado e à coletividade, que estabeleceria as bases jurídicas essenciais em que se assentaria a ordem econômica e moral da sociedade. A partir da ordem pública, identificar-se-ia o interesse público inafastável, que estaria consagrado na Constituição Federal e poderia ser sintetizado nos seguintes vetores: (i) igualdade e capacidade das partes; (ii) contraditório e ampla defesa; (iii) devido processo legal; (iv) princípio do juiz natural, independência e imparcialidade do julgador; (v) fundamentação das decisões judiciais; (vi) busca da verdade; (vii) celeridade; (viii) coisa julgada material.

No entanto, antes que o juiz negue vigência a determinado acordo processual sob o argumento de violação à ordem pública processual, seria indispensável que se promovesse o controle sob o enfoque do princípio da instrumentalidade de formas, com o fito de se avaliar se, em concreto, o interesse público estaria sendo prejudicado com a avença.

Desse modo, para o autor fluminense, “os contratos processuais são vedados se violarem os princípios, direitos e garantias que formam a ordem pública processual, desde que se observe real prejuízo aos interesses públicos ditos inafastáveis”¹⁶⁶.

¹⁶² Para Leonardo Greco, a autonomia da vontade em sua interface com os atos processuais dispositivos apresentaria três limites: (1) disponibilidade do direito material objeto da demanda; (2) respeito ao equilíbrio das partes e paridade de armas; e (3) observância das normas fundamentais do processo (GRECO, 2008, p. 293, *Op Cit.*).

¹⁶³ NOGUEIRA, 2011, p. 146, *Op Cit.*.

¹⁶⁴ NOGUEIRA, 2011, p. 147, *Op Cit.*.

¹⁶⁵ ALMEIDA, 2014, p. 144, *Op Cit.*.

¹⁶⁶ ALMEIDA, 2014, p. 151, *Op Cit.*.

No entanto, possivelmente o autor que demonstrou mais avanços no trato da temática dos limites às convenções processuais foi Antonio do Passo Cabral. O processualista, em extensa obra, primeiramente observa que são três os vetores interpretativos no controle da legalidade dos negócios processuais: (i) *in dubio pro libertate*, é dizer, toma-se como premissa a possibilidade conformação do procedimento pela parte, impondo ao juiz uma necessidade de fundamentação mais intensa e específica para negar aplicação ao pacto processual; (ii) o controle do juiz sobre as convenções deve atender ao princípio da cooperação e do contraditório, em consonância com o art. 10 do CPC/15; (iii) aplicação do sistema de formas e invalidades processuais (princípio da instrumentalidade de formas), permitindo a convalidação ou o aproveitamento do negócio processual se suprido o vício, sanada a manifestação de vontade ou atingido o fim do ato¹⁶⁷.

Prosseguindo na análise dos limites à liberdade de contratar no âmbito processual, adverte que os artigos 104 e 166 do Código Civil também se aplicam às convenções processuais, impondo que as partes devem ser capazes, o objeto deve ser lícito, possível juridicamente e determinado (ou determinável), deve ser observada forma prescrita e não defesa em lei e a boa-fé deve ser levada em conta, invalidando-se o negócio que fraudar a lei¹⁶⁸.

A licitude do objeto seria abordada na perspectiva de que o negócio que verse sobre direitos que admitam autocomposição, tal qual estabelece o art. 190 do CPC/15, seria reputado válido. O autor fluminense foge das proposições que utilizam como critérios para a invalidade dos negócios o suposto caráter cogente ou imperativo da norma, bem como afasta os critérios do “interesse público”, “ordem pública” e “bons costumes” ante a sua insuficiência conceitual¹⁶⁹.

O princípio da relatividade, pertencente à teoria geral dos contratos, também se aplica, na medida em que “as partes não estão autorizadas a deliberar senão sobre situações jurídicas que estejam na sua esfera de autonomia”¹⁷⁰. Disso decorreria a inadmissibilidade de negócios jurídicos que afastem a intervenção do Ministério Público na qualidade de fiscal da ordem jurídica ou que imprima ao processo o trâmite em segredo de justiça.

No tocante à forma, seria desnecessária a forma escrita, salvo quando a lei expressamente o exigir¹⁷¹.

¹⁶⁷ CABRAL, 2016, p. 253-255, *Op Cit.*

¹⁶⁸ CABRAL, 2016, p. 268, *Op Cit.*

¹⁶⁹ CABRAL, 2016, p. 290-315, *Op Cit.*

¹⁷⁰ CABRAL, 2016, p. 269, *Op Cit.*

¹⁷¹ CABRAL, 2016, p. 288-289, *Op Cit.*

Em seguida, o processualista propõe balizamentos gerais antes de adentrar no enfrentamento de possíveis hipóteses concretas. O primeiro limite referido seria a (i) reserva da lei, isto é, quando o ordenamento estabelecer reserva de lei para a norma processual, não seria autorizado às partes criar regra que pudesse derrogar a norma legal¹⁷². A (ii) boa-fé e a (iii) cooperação processuais seriam igualmente limites, impondo às partes a prestação de informação de forma adequada, clara e precisa, além de primarem pela proteção da tutela da confiança e das legítimas expectativas criadas¹⁷³. Um quarto limite seria a (iv) isonomia entre os contratantes, de modo a impedir que a parte mais fraca, econômica ou culturalmente, seja subjugada pela mais forte. A quinta baliza seria a (v) vedação de transferência de custos e externalidades, impedindo que os negócios gerassem [mais] externalidades a terceiros, aí incluído o próprio Poder Judiciário¹⁷⁴.

Estabelecidas as etapas e balizas anteriores, Antonio do Passo Cabral alinha um último degrau a ser vencido em seu método, cuja função é “analisar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais envolvidos, conciliá-los com a autonomia das partes e proteger o seu núcleo essencial”¹⁷⁵.

Esse último estágio de controle da validade dos negócios processuais é subdividido em três etapas: (i) identificação dos direitos fundamentais envolvidos no ato de disposição; em seguida, (ii) verificar se há um grupo convencional que inclua um negócio tipicamente legislado, a fim de atrair a sistemática do acordo típico (busca por parâmetros); e, por fim, (iii) enxergar a margem de disponibilidade da garantia processual afetada, ou seja, seu núcleo essencial.

Segundo o autor, esse raciocínio seria fundamental para arrematar o controle dos limites, uma vez que “qualquer disposição ou renúncia deve ser relacionada a uma contrapartida legítima e proporcional, um incremento ou benefício equivalente à situação a que se renuncia”¹⁷⁶.

Lançadas essas balizas, em que se revisou a bibliografia relativa aos limites à liberdade de contratar, seja no direito material, sede em que ela primeiramente se viu necessária, seja no direito processual, espaço onde estão se inaugurando os debates contemporâneos, propõe-se uma sistemática forjada mediante a crítica e aproveitamento dos conceitos explorados.

¹⁷² CABRAL, 2016, p. 316, *Op Cit.*

¹⁷³ CABRAL, 2016, p. 318, *Op Cit.*

¹⁷⁴ CABRAL, 2016, p. 315-329, *Op Cit.*

¹⁷⁵ CABRAL, 2016, p. 331, *Op Cit.*

¹⁷⁶ CABRAL, 2016, p. 337, *Op Cit.*

4.2 Novas balizas para o entendimento dos limites às convenções processuais

Percebe-se nitidamente que as teorias que trataram a limitação ao autorregramento da vontade, seja em sua interface com o direito civil, seja com o direito processual civil ou, ainda, no direito estrangeiro, apresentaram, em maior ou menor grau, como obstáculos à vontade das partes os seguintes elementos: (i) ordem pública; (ii) normas cogentes ou imperativas; (iii) bons costumes; (iv) interesse público; e (v) boa-fé.

A grande maioria dos autores citados, na busca por um sistema de controle das ilegalidades nos negócios civis ou processuais, vale-se dos termos mencionados anteriormente, que são (com exceção da boa-fé) de difícil concreção, dando margem a posicionamentos passionais ou ideológicos no momento de aferição dos limites. Sobre o tema, será tratado no item 4.2.1.2., quando abordar o objeto dos negócios processuais.

O entendimento que se pretende adotar neste texto é de que é possível empregar um método de controle dos limites aos negócios processuais sem que o intérprete tenha que apelar a conceitos fortemente indeterminados e que não guardem legitimidade com o atual momento de valorização (para alcance do equilíbrio) do particular frente ao Estado.

Defende-se a possibilidade de um sistema previsível, em que **seja oportunizado aos contratantes, desde que capazes, iguais (ou ao menos não manifestamente vulneráveis), sem gerar externalidades a terceiros (aí incluído o Poder Judiciário) e sem afetar o núcleo duro de princípios processuais (contraditório, cooperação, duração razoável do processo, boa-fé objetiva, fundamentação racional, respeito ao sistema de precedentes e publicidade dos atos), convencionar sobre o procedimento, bem como sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.**

Recomenda-se que a análise das convenções processuais seja guiada por quatro vetores interpretativos, que irão conduzir o intérprete nas hipóteses de dúvida quanto à validade das convenções, bem como quanto à possibilidade de superação de vícios eventualmente existentes e ainda da imperiosidade de que o controle seja exercido em contraditório, fugindo de uma visão solipsista do julgador.

O primeiro desses vetores é o adágio *in dubio pro libertate*, cujo tratamento inaugural remonta à obra de Peter Schlosser, conforme indica Remo Caponi¹⁷⁷. Sua perspectiva de

¹⁷⁷ CAPONI, Remo. Autonomia privata e processo civile: gli accordi processual. **Civil procedure review**, v. 1, n. 2, p. 44, 2010. Disponível em: http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=19&embedded=true. Acesso em: 02.02.2018.

abordagem permite pressupor em favor da liberdade de manejo do procedimento pela vontade das partes, isto é, havendo dúvida quanto à validade do negócio processual, deve-se admiti-lo.

A assunção de tal ideário advém de uma ideia com relativa aceitação no direito alemão de que as partes podem, mesmo que sem uma regra legal permitindo, criar vínculos obrigacionais contratuais relativos ao cumprimento ou omissão quanto a um ato processual, se o oposto não resultar de vedações legislativas expressas, dos bons costumes ou do interesse da administração da justiça¹⁷⁸.

Dessa forma, caso, no momento de controle do negócio processual, não haja convicção quanto à validade ou invalidade do ato, é imperativo que se o considere como válido.

Em nosso ordenamento processual, é facilmente identificável essa pressuposição normativa. O parágrafo único do art. 190 do CPC/15 dispõe que o juiz recusará aplicação das convenções processuais **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.

Ao comentar o art. 190 do CPC/15, Antonio do Passo Cabral assinala que “a utilização do advérbio ‘somente’ parece pretender restringir a invalidação e a negativa de aplicação, e, portanto, apontar no sentido de validade e eficácia *prima facie* dos acordos processuais”¹⁷⁹. No mesmo sentido, Fredie Didier Jr. observa que “ressalvada alguma regra que imponha uma interpretação restritiva (art. 114 do Código Civil, p. ex.), na dúvida deve-se admitir o negócio processual”¹⁸⁰.

O fato de o pêndulo da balança tender favorável à validade e eficácia dos negócios processuais nada mais é do que uma manifestação do princípio da validez apriorística dos acordos processuais¹⁸¹. Isso quer dizer que há uma preferência normativa estabelecida pelo ordenamento, no entanto, ela é apenas *prima facie*, dado que se o magistrado desejar infirmar essa prioridade, recairá sobre si um ônus argumentativo, um esforço de argumentação mais acentuado.

Por essa razão, anota Antonio do Passo Cabral que:

Pensar um “princípio de validez dos atos processuais” como uma prioridade normativa apriorística (que impõe um peso argumentativo para a invalidação), permite um aumento do controle da atividade jurisdicional pela fundamentação das decisões. Ao mesmo tempo em que, inevitavelmente, é concedida ao juiz a prerrogativa de avaliar a existência de nulidades, pesa sobre ele um controle maior, já que, para pronunciar a invalidar, terá que ter razões mais fortes em sua motivação. Reduz-se, portanto, o campo da

¹⁷⁸ CAPONI, 2010, p. 44, *Op Cit.* .

¹⁷⁹ CABRAL, 2016, p. 145, *Op Cit.*

¹⁸⁰ DIDIER JR. Curso... 2015, p. 387, *Op Cit.*

¹⁸¹ CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 188.

discricionarietà, e, conseqüentemente, o risco de arbítrio na aplicação de juízos de conveniência¹⁸².

Adicionalmente ao reflexo do princípio de validade dos atos processuais no sentido de prevalência da máxima *in dubio pro libertate*, o mesmo princípio também irradia em terreno próximo, que é o da decretação da nulidade (segundo vetor interpretativo): a invalidação do ato processual se configura como a *ultima ratio*, justamente por ser uma solução custosa ao processo.

Diferentemente do que sucede no direito civil, no processo civil, em regra, todos os vícios são tidos como sanáveis, de modo que a nulidade insanável apenas ocorreria em último caso. É precisamente isso que se infere do art. 277 do CPC/15 ao dizer que “[q]uando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade” ou do art. 796 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que dispõe que “[a] nulidade não será pronunciada [...] quando for possível suprir-se a falta ou repetir-se o ato”.

Trata-se daquilo que parte da literatura igualmente nomeia de princípio da conservação¹⁸³, do aproveitamento dos atos processuais¹⁸⁴ ou de convalidação¹⁸⁵, facilmente sumariável em: apenas se pronuncia a invalidade se não se puder salvar o ato.

Nesse sentido, “o magistrado deve evitar ao máximo a pronúncia de nulidade, procurando sempre aproveitar o ato praticado, seja preventivamente, pela inadmissibilidade e correção de atos que se verifiquem viciados, seja corretivamente, buscando salvá-los”¹⁸⁶. Entre as técnicas para, por exemplo, salvar os atos estariam a aplicação da fungibilidade ou conversão (o que se dá, com mais incidência, na sistemática recursal), bem como a repetição ou renovação do ato.

Dessa forma, do princípio de validade apriorística se extraem dois vetores interpretativos: (i) *in dubio pro libertate*, que condiciona o intérprete a, na dúvida, admitir o negócio processual; (ii) a invalidação do ato processual é a *ultima ratio*, devendo o magistrado, antes de pronunciar a nulidade, procurar aproveitar o ato praticado, seja preventivamente, seja corretivamente.

A implicação prática da aplicação desses primeiros dois vetores interpretativos vai no sentido de que:

¹⁸² CABRAL, 2010, p. 190, *Op Cit.*

¹⁸³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 6. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 173.

¹⁸⁴ WAMBIER, 2007, p. 173, *Op Cit.*

¹⁸⁵ MAURINO, Alberto Luis. **Nulidades procesales**. 2. ed., 1ª reimpressão. Buenos Aires: Astrea, 2001, p. 61.

¹⁸⁶ CABRAL, 2010, p. 187, *Op Cit.*

- a) O juiz, ao se deparar com uma convenção processual que repute viciada, tem um ônus argumentativo para infirmar a validade do acordo, é dizer, deve se valer de mais esforço argumentativo, pois os acordos processuais são presumivelmente válidos. Logo, não seria necessário ao magistrado, sempre que estivesse diante de um negócio processual, declarar a sua validade, pois esta se presume legal;
- b) o juiz, ao se deparar com uma convenção processual que repute viciada, deve procurar aproveitar o ato, aplicando-se técnicas como a da fungibilidade, conversão, repetição etc., antes de pronunciar sua nulidade, pois esta apenas pode ser invocada em último caso;
- c) o juiz, ao tentar solucionar a equação relativa à validade ou não do ato sem ter sucesso em seu raciocínio, deve manter o ato (sem necessidade de declaração de sua validade), pois em caso de dúvida deve-se admitir o negócio processual;
- d) o juiz, ao se deparar com uma convenção processual que desde já repute válida, não precisa de se alongar em sua fundamentação, haja vista que a preferência normativa do sistema é a favor de sua validade.

Exemplificativamente, tem-se a hipótese de uma convenção processual apócrifa. Antes de o juiz pronunciar sua invalidade, por falta de assinatura das partes (se antes do processo) ou de seus advogados (se no curso processual), deve, em um agir cooperativo, intimar as partes para que se manifestem a respeito da concordância com aquele acordo ou que produzam provas de que, a despeito de faltar assinatura ao ato, todas as tratativas anteriores indicavam pela sua aceitação tácita.

Ainda no campo do controle das nulidades, emerge outro vetor interpretativo: as convenções processuais gozam de autonomia relativamente às demais cláusulas contratuais^{187,188}.

Trata-se de instituto emprestado do direito arbitral, possuindo previsão normativa no art. 8º da Lei 9.307/96 (Lei de Arbitragem), que dispõe ser a cláusula compromissória “autônoma em relação ao contrato em que estiver inserida, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”.

¹⁸⁷ ALMEIDA, 2014, p. 113, *Op Cit.*

¹⁸⁸ Nesse sentido, Marcela Kohlbach de Faria: “[n]a hipótese de o contrato conter alguma nulidade em outras cláusulas, essa nulidade não afeta a validade da cláusula que estabelece o negócio processual. No exemplo da cláusula de eleição de foro, a própria invalidade do contrato será debatida no foro de eleição, ainda que se conclua que o contrato, em suas demais disposições, é inválido” (FARIA, Marcela Kohlbach de. *Licitude do objeto das convenções processuais. In: Negócios processuais*. Salvador: Jus Podivm, v. 1, 2017, p. 363).

Carlos Alberto Carmona, ao comentar o referido artigo da Lei de Arbitragem, indica precisamente no sentido dessa autonomia entre a cláusula que elege o procedimento arbitral para resolução da controvérsia e as demais cláusulas que regulam a relação de direito material entre as partes:

As partes, ao encartarem em determinado contrato uma cláusula arbitral, inserem nele relação jurídica diferente, manifestando vontade apenas no que se refere à solução de eventuais litígios pela via arbitral; esta vontade, portanto, não tem ligação (senão instrumental) com o objeto principal do negócio jurídico (uma compra e venda, uma associação, um contrato de prestação de serviços), de tal sorte que eventual falha que importe nulidade da avença não afetará a eficácia da vontade das partes (que permanecerá válida para todos os efeitos) de ver resolvidas suas controvérsias (inclusive aquela relacionada à eventual nulidade do contrato e de seus efeitos) pela via arbitral¹⁸⁹.

Aliás, destaque-se que a comentada autonomia consiste em regra da teoria geral dos contratos. Orlando Gomes, abordando o tratamento de normas ilegais em um contrato, já dizia que sua consequência automática não seria a declaração de nulidade de toda a avença:

Corrige-se a transgressão pelo processo da superposição, segundo o qual o contrato não é declarado nulo, mas, tão-somente, ineficaz naquelas cláusulas que contrariam os preceitos imperativos. Em vez de se negar eficácia ao contrato, determina-se que a regra violada substitua, no conteúdo do contrato, a cláusula transgressora¹⁹⁰.

No entanto, em certas situações, é fácil perceber que o vício pode sim contaminar o contrato como um todo, hipótese em que a convenção processual também seria afetada e, por consequente, teria sua nulidade pronunciada. É o caso da falta de capacidade do contratante ou da ausência de consentimento válido.

Dessa forma, se a cláusula (de direito material), cujo vício seja sancionado com a nulidade, puder ser isolada, tal irregularidade não afeta as demais, que permanecerão válidas.

A partir desse raciocínio de autonomia entre cláusulas processuais e de direito material, é possível concluir que em ação cujo pedido seja a nulidade do negócio jurídico de direito material celebrado é plenamente possível cogitar a aplicação das convenções processuais constantes do instrumento.

¹⁸⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2007, p. 158-159.

¹⁹⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 184.

Logo, caso haja uma nulidade sob a ótica do direito civil no mesmo instrumento em que existente uma convenção processual (a princípio válida), a declaração de nulidade da primeira não necessariamente impacta na segunda, ante a independência entre os arranjos. As hipóteses de vícios que ensejam a nulidade do ato no direito civil são, muitas das vezes, absolutamente diversas daquelas do direito processual civil, bem como a forma de tratamento das nulidades. Disso se constata que a existência de um vício cuja sanção seja a declaração de nulidade no direito civil não contamina eventual acordo processual firmado no mesmo instrumento.

Um quarto vetor interpretativo que necessariamente deve ser acionado pelo juiz é o de que o controle de validade seja exercido com respeito ao contraditório, mesmo que a questão possa ser conhecida de ofício, conforme determina o art. 10 do CPC/15.

O princípio do contraditório, especialmente com o vigor que lhe foi trazido pelo CPC/15, se configura como elemento essencial da própria concepção de processo, pois processo nada mais é do que procedimento em contraditório¹⁹¹.

Logo, é inadmissível que a decretação de invalidade seja realizada sem que antes se oportunize às partes não apenas manifestar suas razões favoráveis ou desfavoráveis à validade do ato, mas que a manifestação seja levada em consideração no momento da decisão de controle, sob pena de nulidade do próprio ato decisório (art. 489, §1º, IV, CPC/15).

Seguindo a lógica exposta, o juiz ao se encontrar diante de um negócio processual deve ter como critérios interpretativos: (i) a máxima *in dubio pro libertate*; (ii) a decretação de invalidade apenas em último caso; (iii) a autonomia das convenções processuais com relação às demais cláusulas contratuais; e que (iv) o controle de validade se dê em contraditório, oportunizando previamente às partes, caso anteveja a possibilidade de pronúncia de nulidade, a manifestação sobre a possível invalidade, a fim de que elas possam aportar elementos suficientes para melhor fundamentação do ato decisório.

Trazendo sempre à mente os vetores interpretativos descritos, o intérprete deve prosseguir com a análise de se a convenção processual preenche os pressupostos e requisitos de validade e eficácia, quais sejam: forma, objeto, capacidade do agente, consentimento, ausência de vulnerabilidade lesiva e não geração de externalidades.

4.2.1 Pressupostos e requisitos de validade e eficácia das convenções processuais

¹⁹¹ “O processo é procedimento que se realiza em contraditório entre as partes” (GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 14).

Exige o contrato, para valer, a conjunção de elementos extrínsecos e intrínsecos de validade e eficácia. Enquanto os extrínsecos são chamados de *pressupostos* (condições sob as quais se desenvolve e pode se desenvolver o contrato), os intrínsecos recebem a denominação de *requisitos* (todo elemento cuja presença é fundamental para que um ato exista)¹⁹².

As convenções processuais, por estarem inseridas na categoria dos negócios jurídicos, devem obedecer aos pressupostos e requisitos de validade e eficácia dos negócios jurídicos em geral. Nessa perspectiva, sobre si irradiam os elementos extrínsecos e intrínsecos da lei civil, que podem ser assim sumarizados, com base nos parâmetros dos artigos 104 e 166 do Código Civil: (i) capacidade dos contratantes; (ii) licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto; (iii) licitude do motivo determinante; (iv) forma prescrita em lei; (v) solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; (vi) ausência do objetivo de fraudar a lei imperativa.

Para fins deste trabalho, a organização dos pressupostos atenderá às peculiaridades das convenções processuais na interface com os padrões gerais, podendo ser subdivididas em: (i) capacidade dos contratantes; (ii) licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto; (iii) forma; (iv) consentimento livre e informado (ausência de vulnerabilidade lesiva); (v) direitos que admitam autocomposição; (vi) não geração de externalidades. No tocante à (vii) “ausência de objetivo de fraudar a lei imperativa”, sendo a “lei imperativa” entendida como o *núcleo duro de princípios processuais*, que não pode ser afastado pelos contratantes, será reservado um capítulo exclusivo para a abordagem.

4.2.1.1 Capacidade dos contratantes

Todo negócio jurídico possui como pressuposto agente capaz, ou seja, pessoa apta a realizá-lo, sendo cediço que o regramento da capacidade se aplica indistintamente aos negócios jurídicos unilaterais e bilaterais¹⁹³.

No Direito Civil, não se requer apenas aquela capacidade genérica, com as restrições do art. 3º (com a nova regência do Estatuto da Pessoa com Deficiência - Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015) e 4º do Código Civil. Demanda-se que nenhuma inaptidão inespecífica para contratar recaia sobre qualquer das partes, como, por exemplo, a restrição existente na compra e venda entre tutor e tutelado, mandante e mandatário (art. 497 do Código Civil), ascendente e

¹⁹² GOMES, 2009, p. 52, *Op Cit.*

¹⁹³ GOMES, 2009, p. 53, *Op Cit.*

descendente sem que os demais e o cônjuge expressamente o consintam (art. 496 do Código Civil)¹⁹⁴.

Contudo, no âmbito das convenções processuais, a capacidade é um requisito regulado tanto pelo direito material quanto pelo direito processual. Quando o art. 190 do CPC/15 diz que “é lícito às partes plenamente **capazes** estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”, está se referindo à capacidade processual.

A capacidade processual pode ser fragmentada em três vertentes: (i) capacidade de ser parte; (ii) capacidade de estar em juízo; (iii) capacidade postulatória.

A (i) capacidade de ser parte no processo é a aptidão genérica para ser sujeito de direitos processuais. É equivalente à capacidade de aquisição no direito privado. Como regra, as pessoas naturais e jurídicas podem ser parte processual e podem celebrar negócios processuais, devendo as pessoas jurídicas ser representadas por seus administradores ou por quem indicar a lei (75, I a IV, do CPC/15, para as pessoas jurídicas de direito público, e 75, VIII a X, do CPC/15, para as pessoas jurídicas de direito privado). E mais: no processo, é admissível que até mesmo alguns entes despersonalizados, como a massa falida, o espólio, o condomínio e a herança jacente, sejam parte¹⁹⁵.

O art. 70 do CPC/15 traz a (ii) capacidade de estar em juízo, afirmando que “[t]oda pessoa que se encontre no exercício de seus direitos tem capacidade para estar em juízo”. Seria a “possibilidade de exercício autônomo de situações processuais ativas”¹⁹⁶.

Assim, toda pessoa que autonomamente não possa estar em juízo para exercer seu direito seria considerada incapaz para fins processuais. Seria o caso das crianças e adolescentes de até 18 anos de idade (arts. 3º e 4º do Código Civil), bem como da pessoa casada, sem a participação do cônjuge, em ação de direito real imobiliário, salvo sob o regime da separação absoluta de bens (art. 73 do CPC/15).

O terceiro componente da capacidade processual é a (iii) capacidade postulatória, que é a “aptidão genérica de dirigir requerimentos ao Estado-juiz”¹⁹⁷. Em regra, a capacidade postulatória é privativa de advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil (art. 103 do CPC/15), sendo excepcionalmente admitida a intervenção direta da parte em poucos casos (Juizados Especiais, Justiça do Trabalho e *Habeas Corpus*, por exemplo).

¹⁹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. 21. ed., v. 3, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 26.

¹⁹⁵ CABRAL, 2016, p. 275, *Op Cit.*

¹⁹⁶ CABRAL, 2016, p. 276, *Op Cit.*

¹⁹⁷ CABRAL, 2016, p. 278, *Op Cit.*

Para firmar convenções processuais, portanto, a parte necessita de capacidade processual, o que implica: (i) não se aplicam as restrições do direito civil (inaptidões específicas para contratar) à capacidade, sendo consideradas as partes capazes para convencionar processualmente mesmo nessas hipóteses (compra e venda entre tutor e tutelado, art. 497 do Código Civil, por exemplo); (ii) alguns entes despersonalizados (como a massa falida, o espólio, o condomínio e a herança jacente) possuem capacidade processual; (iii) a pessoa casada, quando versar a convenção processual sobre ação de direito real imobiliário, precisa da participação do cônjuge na avença para que a ela seja atribuída capacidade processual; (iv) se a convenção processual for firmada incidentalmente no processo, há necessidade de que seja subscrita por advogado (porém, a regra é da desnecessidade de advogado em questões extrajudiciais, salvo se a lei civil assim exigir, como na escritura pública de partilha, inventário e divórcio).

Dirirjo, assim, do posicionamento de que “a capacidade é regida pelo direito material quando a convenção é pré-processual”¹⁹⁸. Quando a convenção for anterior à deflagração de um processo, aplicar-se-á o regramento da capacidade processual quanto às convenções processuais e o normativo da capacidade civil quanto às cláusulas de direito privado, o que poderá gerar a invalidade das primeiras e a validade das segundas, e vice-versa.

4.2.1.2 Licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto

Consoante ordena o art. 190 do CPC/15, a convenção processual modifica normas de procedimento¹⁹⁹ ou cria, altera e extingue situações jurídicas processuais (direitos, poderes, faculdades, ônus e deveres). Enquanto “[n]os acordos dispositivos, determina-se uma regra procedimental convencional; nos acordos obrigacionais, o objeto é uma prestação de dar, fazer ou não fazer”²⁰⁰.

O art. 104 do Código Civil determina que o objeto do negócio jurídico seja lícito, possível, determinado ou determinável, sob pena de invalidade. Por se tratar de categoria pertencente à teoria geral dos contratos, entendo que se aplica integralmente à sistemática dos negócios processuais, constituindo-se como pressupostos de validade a possibilidade, determinabilidade e licitude do objeto.

¹⁹⁸ ALMEIDA, 2014, p. 126, *Op Cit.*

¹⁹⁹ Destaque-se, com base na lição de Paula Sarno Braga, que “normas de processo e normas de procedimento têm o mesmo objeto e papel, sendo, portanto, coincidentes entre si. Disciplinam o exercício procedimental da jurisdição em contraditório, abrangendo todos os seus atos e fatos, em sua existência, validade e eficácia” (BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento**: o problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 455).

²⁰⁰ CABRAL, 2016, p. 291, *Op Cit.*

Inquestionavelmente, a possibilidade se trata do pressuposto de validade que atrai menos discussão na literatura jurídica. Conforme anota Jorge Morais Carvalho, a possibilidade se subdivide em (i) possibilidade física e (ii) possibilidade legal (ou jurídica)²⁰¹.

A possibilidade física seria um limite que resultaria da natureza do próprio objeto, porém de caráter residual. Isto é, apenas seria invocado excepcionalmente, quando outro limite não pudesse impedir a produção de efeitos daquele negócio. A título de exemplo, seria fisicamente impossível uma convenção processual que tivesse como objeto a necessidade de ser ouvida certa testemunha que, no entanto, já estivesse falecida no momento de sua oitiva.

Por sua vez, a “impossibilidade legal ou jurídica implica a existência de um obstáculo, de natureza legal ou lógica, à produção de um determinado efeito jurídico”²⁰². Nessa linha, seria impossível juridicamente tanto uma convenção processual cujo objeto estivesse vedado por norma expressa (como o é a competência em razão da matéria, da pessoa e função prevista no art. 62 do CPC/15²⁰³) quanto, por questões lógicas, houvesse essa vedação (seria o exemplo de acordos processuais que suprimissem o contraditório, a cooperação, a boa-fé, a fundamentação razoável das decisões ou que atentassem contra a duração razoável ou desobrigasse os juízes a seguirem a sistemática dos precedentes – sobre o assunto, remete-se ao subitem 4.2.3).

A determinabilidade do objeto impõe que é indispensável que o objeto do negócio processual, ainda que não seja identificável na conclusão do contrato, seja aferível implícita ou explicitamente pelos termos definidos pelos contratantes²⁰⁴. Nesse sentido, convenção processual que disponha uma renúncia a direitos processuais para processos inespecíficos ou para “toda e qualquer demanda judicial” certamente seria inválida por atentar contra a necessidade de determinação do objeto. Por outro lado, é válida convenção processual inserida em contrato de direito material que preveja certo regramento a eventual processo deflagrado, ainda que não se possa saber as especificidades do litígio (é a hipótese, por exemplo, das inúmeras cláusulas de eleição de foro há muito presentes no cotidiano contratual). Nessa última hipótese, não haveria que se falar em atentado à determinabilidade do objeto, uma vez que, a despeito de não determinado, é determinável.

O último pressuposto referente ao objeto é o mais polêmico e ainda sem equacionamento na literatura: a licitude.

²⁰¹ CARVALHO, 2017, p. 31 *Op Cit.*

²⁰² CARVALHO, 2017, p. 38-39, *Op Cit.*

²⁰³ Art. 62 (CPC/15). A competência determinada em razão da matéria, da pessoa ou da função é inderrogável por convenção das partes.

²⁰⁴ CARVALHO, 2017, p. 53, *Op Cit.*

Como identificar a licitude do objeto no âmbito das convenções processuais? São sustentáveis os critérios de que seria ilícito o objeto do negócio processual que envolvesse norma cogente? E ordem pública e interesse público? O parâmetro “bons costumes” teria utilidade e legitimidade? São essas as questões que se tenta responder nas próximas linhas.

Tradicionalmente, são propostos como ilícitos os negócios jurídicos que afrontem as normas cogentes ou imperativas^{205,206}. A conceituação do que seria norma cogente ou imperativa é de difícil concreção, prevalecendo o entendimento na literatura de que o conteúdo imperativo está relacionado à identificação da natureza dos interesses protegidos, quer ligados à comunidade quer ligados a uma ou a ambas as partes^{207,208}.

Desse modo, as normas cogentes não poderiam ser objeto de avença entre as partes, pois elas tratariam de interesses públicos ou de interesses das partes inderrogáveis.

Com Antonio do Passo Cabral concordo com a imprestabilidade do uso do conceito “interesse público” para afastar uma situação jurídica do alcance dos negócios processuais:

[...] o publicismo não significa que o processo seja exclusivamente conduzido no interesse público. A lógica da prevalência e da hierarquia entre os objetivos públicos e privados na jurisdição não parece ser a tônica do Estado contemporâneo. As finalidades do processo e da jurisdição devem ser concebidas como um ponto de partida para avaliar a técnica adequada para a tutela, mas não devem representar nem um ponto de chegada nem a prevalência absoluta de um escopo sobre o outro. Apesar de o processo ser um ramo do direito público, dada a presença do Estado na relação jurídica processual, disso não decorre que não existam interesses privados no processo, especialmente naqueles procedimentos em que debatidos direitos disponíveis²⁰⁹.

Não há como afirmar que o “interesse público” prevalece sobre o interesse do particular no processo judicial. Simplesmente inexistente essa hierarquia. O processo contemporâneo, forjado em superação ao publicismo e privatismo processuais, possui como balizas a coexistência de núcleos públicos e privados, que vivem em simbiose. Admitir que certa convenção seja inválida por atender ao interesse público, especialmente em processos que envolvam direitos disponíveis, seria propagar a prevalência do público sobre o privado, o que - repita-se -, em se tratando de processo civil, é inaceitável na contemporaneidade.

²⁰⁵ CARVALHO, 2017, p. 158, *Op Cit.*

²⁰⁶ NOGUEIRA, 2011, p. 144, *Op Cit.*

²⁰⁷ CARVALHO, 2017, p. 168-175, *Op Cit.*

²⁰⁸ TONIAZZO, 2008, p. 103-107, *Op Cit.*

²⁰⁹ CABRAL, 2016, p. 151-152, *Op Cit.*

Seguindo essa lógica, adota-se o entendimento de que normas cogentes ou dotadas de imperatividade - isto é, aquelas que não podem ser afastadas por acordo entre as partes - não são aquelas que tutelam o interesse público (ou o interesse de uma das partes quando inexistente vulnerabilidade manifesta entre elas), mas **sim – e apenas – aquelas normas que expressamente contêm a vedação a que as partes disponham em sentido diverso.**

Nesse sentido, “a contrariedade à lei depende da existência de uma norma injuntiva ou imperativa que torne indisponível para uma ou ambas as partes determinada situação jurídica”²¹⁰.

É dizer, norma imperativa, no conceito aqui adotado, é tão-somente aquela cuja vedação à derogabilidade ou modificação da situação jurídica seja expressamente nela prevista, eliminando-se o critério de que norma imperativa ou cogente possa ser aquela que milite em favor do interesse público (ou interesse de uma das partes).

No Código Civil não é rara a presença de normas de caráter cogente. Sua identificação, em regra, parte do uso de expressões como “é vedado”, “é defeso”, “é proibido”, como nos artigos 13²¹¹, 787, §2º²¹², 852²¹³ e 1.863²¹⁴.

Já o Código de Processo Civil traz, ao menos, uma norma cogente, sendo impossível que as partes transijam sobre a competência material, funcional ou em razão da pessoa, pois o art. 62 dispõe que “[a] competência determinada em razão da matéria, da pessoa ou da função é inderrogável por convenção das partes”.

Portanto, opta-se, no campo da licitude, pela manutenção da ideia de que é ilícito o negócio processual que contrarie norma cogente, porém, à diferença de significativo entendimento da literatura processual, entende-se que norma cogente não é aquela que atua em favor do interesse público ou do interesse de uma das partes, mas sim aquela que o legislador expressamente elegeu como não derogável por convenção das partes.

²¹⁰ CARVALHO, 2017, p. 158, *Op Cit.*

²¹¹ Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes.

²¹² Art. 787. No seguro de responsabilidade civil, o segurador garante o pagamento de perdas e danos devidos pelo segurado a terceiro.

[...]

§ 2º É defeso ao segurado reconhecer sua responsabilidade ou confessar a ação, bem como transigir com o terceiro prejudicado, ou indenizá-lo diretamente, sem anuência expressa do segurador.

²¹³ Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

²¹⁴ Art. 1.863. É proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo.

Quanto à ordem pública, a processualística, quase em uníssono, concorda que não é dado às partes negociarem sobre cláusulas que a afetem²¹⁵.

Jorge Morais Carvalho, ao comentar os limites à liberdade de contratar sob a ótica do direito privado, assevera que “ordem pública é um conceito indeterminado. Trata-se de uma cláusula geral que deve ser concretizada em cada caso pelo intérprete”²¹⁶. Sem embargo, seu uso deveria ser apenas como último recurso para avaliar a conformidade do contrato com os princípios fundamentais do ordenamento jurídico, não podendo ser invocada autonomamente, sem se fazer referência ao princípio afetado: de início, examinam-se todos os elementos relevantes do contrato e se avalia sua conformidade com a ordem jurídica na sua globalidade; em seguida, suspeitando-se de sua não conformidade, o aplicador deve verificar se e em que medida algum princípio fundamental da ordem jurídica é afetado pelo negócio²¹⁷.

Na literatura processual brasileira há poucas obras que abordam com profundidade o conceito de ordem pública processual.

Diogo Assumpção Resende de Almeida faz aproximação entre a ordem pública e o “interesse público fundamental”. A ordem pública no processo seria meio de preservação de interesses gerais, fundamentais ao Estado e à coletividade, que estabeleceria as bases jurídicas essenciais em que se assentaria a ordem econômica e moral da sociedade. Pela ordem pública, identificar-se-ia o interesse público inafastável²¹⁸.

Em sentido próximo, Trícia Navarro Xavier Cabral defende que as normas de ordem pública são fundadas na existência de um interesse público, permitindo o conhecimento de ofício pelo juiz²¹⁹. Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart, na mesma linha de ideias, entendem que as normas de ordem pública têm como escopo o atendimento ao interesse público²²⁰.

No julgamento do Recurso Especial 1.308.830/RS pelo Superior Tribunal de Justiça, a Ministra Nancy Andrighi igualmente sustentou que normas de ordem pública, por serem idealizadas com vistas ao atendimento do interesse público, não podem ser afastadas por atos das partes. Na hipótese objeto de julgamento, o recorrente desistiu de seu recurso depois de sua inclusão em pauta e na véspera de seu julgamento. A Ministra Nancy Andrighi inadmitiu a

²¹⁵ Observa-se que no §1º do art. 2º da Lei nº. 9.307/96 (Lei de Arbitragem) há expressa vedação às partes na escolha de normas que afrontem a ordem pública.

²¹⁶ CARVALHO, 2017, p. 87 *Op Cit.*

²¹⁷ CARVALHO, 2017, p. 97-98, *Op Cit.*

²¹⁸ ALMEIDA, 2014, p. 144, *Op Cit.*

²¹⁹ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem pública processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, pp. 205-209.

²²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: RT, 2010, p. 200.

desistência, afirmando que, por razões de ordem pública, haveria interesse público na definição da tese a ser adotada no caso²²¹.

Percebe-se que o tratamento majoritário dado à ordem pública processual parte da ideia de interesse público que seria inafastável pela vontade dos particulares. O processo civil seria um instrumento estatal de pacificação social e, sempre que a vontade das partes conflitasse com o interesse público que revestiria determinada norma, o interesse privado deveria ceder em prol dos anseios da coletividade.

Já Ricardo de Carvalho Aprigliano, fugindo de uma visão publicista de processo - isto é, calcada na supremacia do interesse público -, apresenta interessante concepção que classifica a ordem pública como o conjunto de regras necessárias para que o processo seja vocacionado a atingir seus objetivos de forma rápida, racional e econômica:

[...] a ordem pública processual pode ser definida como o conjunto de regras técnicas que o sistema concebe para o controle tempestivo da regularidade do processo, necessariamente voltadas para o objetivo maior de permitir que seus escopos sejam atingidos, com rapidez, economia e racionalidade, regras que devem ser suscitadas pelas partes ou pelo magistrado com obrigatória observância do contraditório, e que apenas excepcionalmente devem conduzir à extinção anômala do processo ou impedir que se realize o julgamento quanto ao mérito do litígio.[...] É fora de dúvida que os aspectos que a jurisdição elege como sensíveis recebem tratamento diferenciado, para escapar à disponibilidade das partes, para receber um tratamento sistemático próprio. Entretanto, são, ainda assim, mera etapa prévia ou, para usar expressão comum ao direito do trabalho, mera “atividade-meio”, para que se realize a atividade jurisdicional mais relevante (que se poderia até denominar de atividade jurisdicional propriamente dita), que é a de julgar o mérito da demanda, conceder a uma das partes o bem da vida em litígio. Nenhuma análise de aspectos estritamente processuais, como são as questões de ordem pública, pode receber mais ênfase do que se deve dar à “atividade-fim” da jurisdição²²².

A ordem pública não serviria para proteger o interesse público – expressão que, como vista, além de difícil definição, é inaplicável ao processo contemporâneo que prima pelo equilíbrio entre público e privado -, mas sim conglobaria as regras que permitiriam à atividade jurisdicional alcançar seu fim de resolver a crise de direito material entre as partes.

Com Antonio do Passo Cabral, pode-se dizer que:

²²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1308830/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2012, DJe 19/06/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1308830&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=tr>. Acesso em 18.02.2018.

²²² APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem pública e processo**: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011, p. 106.

[...] a utilização da “ordem pública” por vezes parece dominada por uma ideologia autoritária, que pensava, inclusive, que os interesses estatais seriam “superiores” aos interesses privados, e que pudessem suplantar e esmagar o indivíduo, um absurdo total se pensarmos no quadro das conquistas do séc. XX no campo dos direitos fundamentais. Trata-se, a toda evidência, de uma concepção que parte da premissa superada do antagonismo entre público e privado no processo, pregando uma disputa exclusivista entre estes interesses, ao invés do equilíbrio no paradigma da cooperação²²³.

Desse modo, o único emprego que se defende da ordem pública é aquele que a trate como um conjunto de regras técnicas aptas a permitir que a crise de direito material entre os litigantes seja resolvida, nunca como um mecanismo de imposição da vontade pública (ou estatal) sobre a dos particulares.

O objeto das convenções processuais será lícito, portanto, desde que não suprima ou elimine alguma dessas regras técnicas que permitam que a jurisdição alcance sua “atividade-fim” (julgar o mérito da demanda). A essas regras técnicas que comporiam o conceito de ordem pública dá-se o nome de “núcleo duro de princípios processuais”, que são inafastáveis pela vontade das partes; inderrogáveis não por atenderem ao interesse público, mas sim por serem fundamentais a que o processo resolva a crise de direito material²²⁴. Sobre o estudo do “núcleo duro de princípios processuais” dedica-se o subitem 4.2.3.

É comum a alusão à ilegalidade ou ilicitude dos negócios jurídicos ao argumento de afronta aos bons costumes^{225 226 227}.

Jorge Morais de Carvalho, ao tratar dos bons costumes no âmbito privatístico, afirma que constituiriam “um último recurso para avaliar da conformidade do contrato com os princípios éticos ou morais fundamentais, orientadores da vida em sociedade num determinado contexto histórico e geográfico”²²⁸. O traço distintivo entre ordem pública e bons costumes se assentaria no fato de que, enquanto a primeira se remeteria aos princípios fundamentais do ordenamento jurídico, o segundo trataria de princípios extrajurídicos, seja no campo ético, seja no da moral.

²²³ CABRAL, 2016, p. 314, *Op Cit.*

²²⁴ A título de exemplo, não se poderia dizer que seria defeso às partes modificar o regramento das normas de citação e intimação à alegação de que a comunicação dos atos processuais é matéria de ordem pública com intento de defender o interesse público. Caso se prossiga na investigação da validade de tal acordo processual, deve-se analisar se a convenção violaria algum dos princípios que comporiam o “núcleo duro de princípios processuais”.

²²⁵ CARVALHO, 2017, p. 117, *Op Cit.*

²²⁶ Nesse sentido: TONIAZZO, 2008, p. 103-107, *Op Cit.*

²²⁷ BRAGA, 2010, p. 456, *Op Cit.*

²²⁸ CARVALHO, 2017, p. 117, *Op Cit.*

A diferença entre os bons costumes e a ordem pública residiria em que, ao passo que o primeiro remeteria a princípios extrajurídicos, relativos à ética ou à moral, o segundo se fundaria nos princípios essenciais do sistema jurídico.

Maria Helena Diniz, em análise semelhante, posiciona o critério dos bons costumes como guardião da tradição axiológica de uma dada sociedade, o que encontraria suas raízes nos valores morais mais caros àquele agrupamento social²²⁹.

Mais proximamente ao direito processual civil, vê-se arbitragem a presença do parâmetro dos bons costumes: o §1º do art. 2º da Lei nº. 9.307/96 disciplina que “[p]oderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”.

Adoto o posicionamento de Antonio do Passo Cabral quanto ao tema, afastando por completo o uso do parâmetro bons costumes para averiguação ou controle da licitude dos negócios processuais, especialmente em uma sociedade contemporânea e plural como a em que nos inserimos:

Pois entendemos absolutamente imprestável o critério dos bons costumes para aferir a licitude do objeto dos acordos processuais. Trata-se de cláusula vaga que remete a padrões de moralidade que dificilmente têm guarida no quadro constitucional das sociedades plurais contemporâneas, nas quais se agasalham as diferenças, com respeito e tolerância, inclusive nos costumes da vida privada²³⁰.

Portanto, não admito como legal a possibilidade de se controlar uma convenção processual sob o argumento de que tal acordo fira os princípios morais ou éticos fundamentais ou ainda a tradição axiológica de dada sociedade, uma vez que, por um lado, é totalmente impossível identificar quais seriam os valores éticos e morais essenciais de uma sociedade heterogênea e diversificada, repleta de minorias nos campos social, político e religioso, por outro, permitir o emprego do aludido parâmetro possibilitaria, muitas das vezes, arbitrariedades e excessos por grupos majoritários.

Nessas ideias, são pressupostos de validade dos negócios processuais: (i) a possibilidade física e jurídica do objeto; a (ii) determinabilidade do objeto; e, ainda, sua (iii) licitude, consubstanciada na (iii.1) não infringência às normas cogentes (isto é, respeitar aquelas normas que expressamente contêm a vedação a que as partes disponham em sentido diverso) e (iii.2)

²²⁹ DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. São Paulo: Saraiva, 20. ed., v. 3, 2004, p. 28.

²³⁰ CABRAL, 2016, p. 302, *Op Cit.*

obediência à ordem pública processual (é dizer, regras que permitiriam à atividade jurisdicional alcançar seu fim de resolver a crise de direito material entre as partes).

Complementarmente, afasta-se expressamente do campo da licitude argumentados pautados na supremacia do “interesse público” sobre o privado no processo civil, bem como o padrão dos “bons costumes”.

4.2.1.3 Forma

Requisito de validade dos negócios jurídicos em geral é a forma pela qual devem ser realizados. No campo dos negócios processuais não é diferente. A forma constituiu-se como importante elemento de segurança ao ato jurídico.

Vigora o princípio da forma livre²³¹, conforme se extrai tanto das normas de direito privado (art. 104, III, 107 e 166, IV e V, do Código Civil) quanto das de direito processual (art. 188²³² e 277²³³ do CPC/15), em que os contratos formais ou solenes são exceção.

Desse modo, a forma escrita apenas se configurará como requisito de validade do negócio processual quando a lei expressamente o exigir, como o faz o CPC/15 no §1º do art. 63 ao dizer que “[a] eleição de foro só produz efeito quando constar de instrumento escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico”. Dado que o art. 190²³⁴ do CPC/15 não impõe qualquer exigência de que a convenção processual deva ser adotada na forma escrita, é plenamente possível que sejam realizados oralmente e provados, por exemplo, mediante a oitiva de testemunhas²³⁵.

²³¹ GOMES, 2009, p. 62, *Op Cit.*

²³² Art. 188. Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial.

²³³ Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.

²³⁴ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

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.

²³⁵ Em sentido contrário, o Enunciado nº. 39 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM): “[n]ão é válida convenção pré-processual oral (art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.307/1996 e 63, §1º, do CPC/2015)”. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>

Igualmente possível que os negócios processuais sejam celebrados oralmente em audiência, sendo reduzidos a termo, conforme possibilitam o §11 do art. 334²³⁶ e o art. 367²³⁷ do CPC/15.

Os acordos processuais poderão ser inseridos em contratos de direito material (contrato de compra e venda, de prestação de serviços, acordo de quotistas, etc.), inclusive seu emprego mais provável deverá ser nesses instrumentos híbridos, já que celebrados antes do nascimento da controvérsia e do litígio.

Observa-se, neste ponto, que o art. 190 expressamente permite que os negócios processuais sejam realizados antes ou durante o surgimento do processo, em qualquer de suas fases, mesmo em sede recursal ou em cumprimento de sentença (ou em execução).

4.2.1.4 Consentimento livre e informado: ausência de vulnerabilidade lesiva

O consentimento livre e informado é requisito de validade para os negócios jurídicos, entre os quais se incluem as convenções processuais.

Caio Mário da Silva Pereira anota que o consentimento, como requisito de validade subjetivo dos contratos, traduz em si o acordo de vontades (*cum + sentire*). Abrangeria três aspectos: (i) acordo sobre a existência e natureza do contrato, de modo que, se um dos contratantes quer aceitar uma doação e o outro objetiva a venda, ao fim e ao cabo contrato não há; (ii) acordo sobre o objeto do contrato, é dizer, se as partes divergem quanto ao objeto, fulmina a validade do contrato; (iii) acordo sobre as cláusulas que o compõem, logo se paira divergência sobre ponto essencial, o contrato não será dotado de eficácia²³⁸.

Em sentido próximo, Orlando Gomes observa que “para o consentimento ser perfeito, não basta que a vontade de celebrar o contrato seja livre e séria. Inexiste propósito de contratar em abstrato”. Assim, seria indispensável que a declaração de vontade fosse “emitida em correspondência ao conteúdo do contrato que o declarante tem em vista, atendo ao fim que o move a contratar”²³⁹.

²³⁶ Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

[...]

§ 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.

²³⁷ Art. 367. O servidor lavrará, sob ditado do juiz, termo que conterá, em resumo, o ocorrido na audiência, bem como, por extenso, os despachos, as decisões e a sentença, se proferida no ato.

²³⁸ PEREIRA, 2009, p. 27, *Op Cit.*

²³⁹ GOMES, 2009, p. 57, *Op Cit.*

Como trabalhado no item 4.2. (“Novas balizas para o entendimento dos limites às convenções processuais”), o processo, em sua abordagem contemporânea, não é terreno infenso à autonomia da vontade das partes; pelo contrário, o resgate da vontade nos atos processuais é premissa fundamental para a compreensão da formação dos negócios processuais.

Conforme comenta Orlando Gomes, porém, não basta a mera declaração de vontade. É essencial que a vontade seja declarada tendo em mira o conteúdo do contrato. Por tal razão, Antonio do Passo Cabral afirma que “para que estejamos diante de verdadeiros acordos processuais, os efeitos desencadeados pelo negócio devem ser queridos pelos sujeitos, i.e., os convenientes, através de sua autonomia, devem ter programado a produção daqueles efeitos”²⁴⁰.

Vital também que o consentimento seja livre, isto é, sem vícios. Quando houver divergência entre a vontade real e a vontade declarada, defeituosa será a declaração e, por natural, o consentimento não será livre (talvez o melhor a dizer fosse que inexistiria consentimento, dado que “consentimento não livre” parece ser expressão antitética).

Nessas situações, em que viciado o consentimento, os acordos processuais certamente poderão tomar emprestado do Direito Civil a teoria dos vícios dos negócios jurídicos, local em que se citam como exemplos o erro²⁴¹, o dolo²⁴², a lesão²⁴³, o estado de perigo²⁴⁴ e a coação²⁴⁵.

Para além de livre, o consentimento há de ser informado. E no campo das convenções processuais esse pressuposto alcança um grau de significância ainda mais alto.

As partes celebrantes de determinado negócio processual devem estar devidamente informadas a respeito do sentido e do alcance daquela convenção entabulada. Desse modo, ante a natural dificuldade de entendimento por uma parte sem formação jurídica quanto a termos técnicos do processo, é mister que, caso o acordo processual não seja acompanhado por advogado, haja a conceituação dos termos e seus potenciais efeitos no próprio instrumento (ou ao menos que as partes seja devidamente científicas da extensão do que ali consta)²⁴⁶.

²⁴⁰ CABRAL, 2016, p. 257, *Op Cit.*

²⁴¹ Art. 138. São anuláveis os negócios jurídicos, quando as declarações de vontade emanarem de erro substancial que poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio.

²⁴² Art. 145. São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.

²⁴³ Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta

²⁴⁴ Art. 156. Configura-se o estado de perigo quando alguém, premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

²⁴⁵ Art. 151. A coação, para viciar a declaração da vontade, há de ser tal que incute ao paciente fundado temor de dano iminente e considerável à sua pessoa, à sua família, ou aos seus bens.

²⁴⁶ O Enunciado 18 do Fórum Permanente de Processualistas Civis diz que “[h]á indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”. Disponível em: <http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>.

Tome-se como exemplo cláusula de negócio processual que subtraia da apelação interposta contra sentença o efeito suspensivo previsto no art. 1.012 do CPC/15. Indiscutivelmente a leitura por um leigo de enunciado contratual nesse sentido pouco esclareceria. Fundamental, portanto, que haja breve conceituação do que seriam “apelação”, “sentença” e “efeito suspensivo”, com o escopo de que haja total entendimento a fim de viabilizar o consentimento informado da parte contratante.

Esse consentimento, no entanto, seria presumível caso a convenção processual fosse vistada por advogado (ou ainda na hipótese de os próprios contratantes possuírem formação jurídica), ainda que não houvesse a referida conceituação dos termos técnicos.

Seguindo essa lógica, tanto o negócio processual que derive de um consentimento “não livre” quanto aquele que derive de um consentimento “não informado” estará contaminado por um vício capaz de lhe gerar a invalidade.

Essas pressuposições derivam da premissa de que a convenção processual será celebrada entre partes iguais, hipótese em que haveria simetria de informações e ausência de vulnerabilidades. Se uma das partes, porém, se encontrar em situação de manifesta vulnerabilidade, o negócio processual necessariamente deverá ter sua invalidade declarada?

O parágrafo único do art. 190 do CPC/15, justamente o que trata da cláusula geral de negociação processual, afirma que “[...] o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos [...] em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

Não há dúvidas de que a desigualdade entre os contratantes pode conduzir a que a parte mais fraca seja oprimida por aquela mais forte, emitindo uma vontade viciada. O vulnerável não é apenas aquele materialmente pobre ou hipossuficiente financeiro; a vulnerabilidade pode decorrer de fatores sociais, culturais, técnicos (inclusive técnico-jurídicos) e tecnológicos.

Aventa-se, a partir dessa premissa, não apenas o reconhecimento de uma manifesta vulnerabilidade nas hipóteses clássicas de uma relação de consumo entre um consumidor pessoa natural e uma grande corporação, mas igualmente entre duas sociedades empresárias ou até mesmo entre duas pessoas naturais.

Com Antonio do Passo Cabral concordo que a “igualdade deve ser analisada em relação a alguém: ninguém é igual ou desigual em si mesmo, mas cotejado com outro referencial; a isonomia é um conceito relacional, exigindo uma comparação casuística”^{247 248}.

²⁴⁷ CABRAL, 2016, p. 257, *Op Cit.*

²⁴⁸ “Devem ser consideradas *circunstâncias concretas* para avaliar a vulnerabilidade” *in*: CABRAL, 2016, p. 323, *Op Cit.*

Nesse sentido, plenamente possível de se cogitar a existência de manifesta vulnerabilidade nas seguintes hipóteses: (i) relação contratual entre duas sociedades, uma microempresa e a outra uma grande corporação; (ii) relação contratual entre duas pessoas naturais, uma pessoa de formação parca e mal instruída e a outra com vasta formação intelectual, inclusive jurídica.

Para esses cenários, o legislador objetivou justamente neutralizar esse descompasso abissal entre os contratantes, evitando a perda de posições jurídicas processuais que não sejam fruto de escolhas legítimas, mas sim decorrentes de sua fragilidade negocial.

Se entre partes potencialmente iguais uma ou ambas fazem escolhas processuais que eventualmente lhes causem prejuízos no âmbito do processo, está-se diante de um cenário não apenas tolerável, mas absolutamente legítimo, pois o contrato é instrumento de alocação de riscos.

Não é tolerável, entretanto, que uma parte celebre acordos processuais, quando naquela relação particular com a parte adversa efetivamente não lhe havia liberdade; as convenções processuais, nessa hipótese, não são fruto de sua escolha, mas sim de uma imposição da parte adversa. Nessas circunstâncias, a legislação processual é convocada a limitar a validade do acordo processual.

Ocorre que essa declaração de invalidade não é automática. Não basta a existência de uma situação de manifesta vulnerabilidade para que a convenção processual tenha sua nulidade declarada. É imperioso, quando se esteja diante de uma situação de flagrante vulnerabilidade, que o acordo processual seja analisado sob o ângulo da proporcionalidade entre perdas e ganhos.

Um parâmetro útil para a verificação da validade do acordo processual é analisar se o procedimento alterado pelas disposições do negócio processual tornou-se concretamente mais benéfico ao sujeito de direito que abdicou de situações jurídicas de vantagem. Desse modo, se o resultado da convenção beneficiar o sujeito vulnerável, a validade do negócio poderá ser mantida, mesmo que haja desigualdade manifesta entre as partes contratantes²⁴⁹.

Precisamente nesse sentido Jorge Morais Carvalho pontua que o elemento definitivo para a análise de se um acordo processual poderá persistir, mesmo se envolvida uma parte flagrantemente vulnerável, é a compensação adequada de eventual vantagem subtraída:

Não se pretende pôr em causa, como é óbvio, a necessidade, geral, de proteção por via legislativa da posição da parte teoricamente mais fraca. Trata-se de um

²⁴⁹ CABRAL, 2016, p. 327-328, *Op Cit.*

aspecto essencial para a obtenção do equilíbrio indispensável com vista ao objetivo de potenciar alguma justiça contratual e garantir a confiança de todos no funcionamento do sistema, com vantagens quer para os (teoricamente) mais fortes quer para os (teoricamente) mais fracos. No entanto, a interpretação apontada, segundo a qual as duas partes ficam limitadas, apesar da sua aparente simplicidade, nem sempre é a mais adequada. Limita muitos casos em que a limitação não se justifica, por poder prejudicar a parte que se pretende proteger.

[...]

Em suma, um acordo que incida sobre aspecto que não se encontra na disponibilidade de uma das partes, mas que se encontre na total disponibilidade da outra parte, deve ser avaliado, no que respeita à sua admissibilidade, tendo em conta esta especificidade, limitando apenas a liberdade contratual da parte visada.

Um ponto essencial é a circunstância de o acordo resultar de negociação entre as partes. Não pode ser imposto ou sequer induzido pela parte que não pode dispor da situação jurídica, presumivelmente a mais forte. Nestes termos, esse acordo nunca poderá ser objeto de uma cláusula não negociada individualmente.

[...]

Elemento interpretativo relevante, indiciador da existência de acordo efetivo (e não meramente aparente) entre as partes, é a circunstância de o afastamento da vantagem concedida pela norma com conteúdo injuntivo se encontrar compensado, no contrato, de forma adequada e porventura mais ajustada aos interesses da parte a favor da qual esse conteúdo injuntivo foi estabelecido. Uma conclusão neste sentido passa necessariamente pela análise dos termos do contrato na sua globalidade (grifei).

Nessa linha de ideias, realizada convenção processual em que seja parte sujeito manifestamente vulnerável e lhe haja concessões unilaterais, não haverá dúvidas quanto à validade dessa avença²⁵⁰. É o exemplo de acordo processual em que seja ampliado o prazo recursal para realização dos atos do vulnerável ou isentado do pagamento dos honorários periciais.

Por outro lado, igualmente poderia se cogitar da validade do negócio processual em que fosse subtraída certa situação processual do vulnerável, desde que devidamente compensada mediante a outorgada de outra situação ainda mais vantajosa (especulando, inclusive, que as trocas sejam entre direitos de cunho material e processual). Exemplificativamente, pense-se em um acordo processual entre consumidor e instituição financeira, em que o vulnerável (consumidor) admita que lhe seja aumentada a taxa de juros moratórios eventualmente devida em caso de inadimplemento em compensação da criação de um depósito recursal obrigatório para a interposição de apelação pela instituição financeira.

²⁵⁰ Nesse sentido, Marcela Kohlbach de Faria afirma que é “[e]vidente que um negócio jurídico que beneficie a parte supostamente vulnerável não pode ser considerado inválido. Nesse caso, a vulnerabilidade não teve o condão de desequilibrar a posição das partes” (FARIA, 2017, p. 361, *Op Cit.*).

O Tribunal de Justiça de São Paulo, ao julgar o Agravo de Instrumento tombado sob o nº. 2233478-88.2017.8.26.0000, em 21 de março de 2018, teve a oportunidade de fazer justamente essa ponderação.

Tratava-se de contrato de locação firmado entre locador e locatário, em que havia a inserção de uma série de negócios processuais, porém todos favoráveis exclusivamente ao locador: redução de prazos, tutela provisória modificativa do art. 59, §1º, da Lei do Inquilinato (Lei nº. 8.245 de 18 de outubro de 1991), de modo a subtrair a necessidade de caução e prevendo a reocupação do imóvel imediata, custeio da produção de provas pelo locatário e instituição de apelação sem efeito suspensivo.

Na análise do caso, o tribunal, à unanimidade, negou provimento ao recurso, mantendo a decisão interlocutória recorrida, para negar vigência aos referidos negócios processuais, argumentando que, ante uma situação de vulnerabilidade do locatário perante o locador, a convenção processual terá sua invalidade declarada caso não haja contrapartida à parte mais frágil:

O contrato foi firmado entre pessoas físicas para fins de locação de imóvel comercial. Muito embora aparentemente as partes estejam em situação de equivalência, igualdade, horizontalidade, a prática cotidiana demonstra que não é esta a relação travada entre locadores e locatários. Trata-se de verdadeiro contrato firmado na modalidade adesiva, no qual cabe ao locatário simplesmente aceitar ou não as cláusulas do pacto firmado pelo locador. Ademais, aquele que não é proprietário de imóvel deve se submeter às condições do mercado e dos locadores, em regra com maior poder econômico e aconselhamento jurídico, inclusive. Trata-se de relação diagonal (na ideia do professor chileno Sergio Gamonal Contreras, quando desenvolveu seus estudos sobre relações jurídicas assimétricas, ainda que relativas a outra seara do Direito), **figurando o locador na parte mais elevada e o locatário na inferior, afastando-se da ideia de horizontalidade na qual as partes estão no mesmo patamar.** [...]

Nota-se, inclusive, que especificamente no caso dos autos a cláusula que previu o “negócio jurídico processual” limitou-se a prever benefícios ao locador, como a redução dos prazos, desocupação do imóvel de forma imediata e sem garantia, recursos apenas com efeito devolutivo e custeio de eventuais provas sempre pelo locatário, **a quem não foi prevista qualquer garantia ou vantagem.** Em verdade, **não se configurou negócio processual fruto de autonomia de vontades**, mas sim de um modo de afastar a aplicação da lei específica quando esta se mostrava desfavorável ao autor da ação de despejo ou credor dos respectivos alugueis (grifei) ²⁵¹.

²⁵¹ Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP); Agravo de Instrumento 2233478-88.2017.8.26.0000; Relator (a): Maria Lúcia Pizzotti; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 22ª Vara Cível; Data do Julgamento: 21/03/2018; Data de Registro: 26/03/2018.

Dessa forma, o consentimento, como pressuposto de validade das convenções processuais, deve ser livre e informado. Quando se tratar de parte manifestamente vulnerável, não necessariamente há de se falar em invalidade do negócio processual, devendo ser analisado, casuisticamente, os termos do contrato em sua globalidade, para se aferir a proporcionalidade entre perdas e ganhos (se a balança pender positivamente ao vulnerável, será válido o acordo).

4.2.1.5 Direitos que admitem autocomposição

A cláusula geral de negociação processual, estampada no art. 190 do CPC/15, dispõe que “[v]ersando o processo sobre direitos que admitam autocomposição [...]”, é dado às partes convencionarem sobre o processo.

Seguindo essa lógica, caso o processo presente ou potencial a que se refira o negócio processual venha a versar sobre direitos que não admitam autocomposição, naturalmente a convenção sobre o processo será inválida, haja vista ser esse um pressuposto de sua validade.

No entanto, percebe-se que o código processual inovou ao apresentar a expressão “direitos que admitam autocomposição”. A Lei de Arbitragem (Lei nº. 9.307 de 23 de setembro de 1996) preferiu a terminologia “direitos patrimoniais disponíveis” para afirmar que as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios; o Código Civil (Lei nº. 10.406 de 10 de janeiro de 2002), editado pouco mais de cinco anos após a Lei de Arbitragem, disciplinou no sentido da exclusão, de modo que “questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial” estariam afastadas da competência do juízo arbitral²⁵². A Lei de Mediação (Lei nº. 13.140, de 26 de junho de 2015), por sua vez, editada após o código processual civil, optou em seu art. 3º²⁵³ por direitos que admitam transação.

Ante essa multiplicidade de opções terminológicas, questiona-se: encontraria a expressão “direitos que admitam autocomposição” identidade com o conceito de patrimonialidade? E com o conceito de disponibilidade? Qual seria o efetivo alcance do termo?

Orlando Gomes alerta que a patrimonialidade e a extrapatrimonialidade são subdivisões dos direitos subjetivos, sendo o traço distintivo justamente serem suscetíveis ou não de apreciação pecuniária. A possibilidade de ser produzida vantagem econômica, por sua vez, não

²⁵² BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: março de 2018.

²⁵³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei nº. 13.140, de 26 de junho de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm>. Acesso em: março.2018.

integraria esse conceito de separação, pois um direito extrapatrimonial pode ter um componente pecuniário (uma lesão que gere certo direito indenizatório ao ofendido)²⁵⁴.

Na mesma linha de raciocínio, Clovis Beviláqua define o termo “conceitual” como “apreciável em dinheiro, de valor pecuniário”. O autor cearense entende que dentro dos direitos patrimoniais estariam incluídos os direitos “intelectuais” (direitos autorais e de propriedade industrial, como hoje concebidos), assim como as relações econômicas do direito de família²⁵⁵.

A definição de Clovis Beviláqua é ainda bastante atual, sendo repetida pela literatura civilista contemporânea²⁵⁶.

Veja-se que a adoção pura e simples do critério de serem admissíveis convenções processuais (ou instauração de um juízo arbitral) em processos que versem sobre “direitos patrimoniais”, como bem anotado por Eduardo Damiano Gonçalves em sua tese de doutorado defendida na Universidade de São Paulo, representa uma marca da liberdade e amplitude possibilitada às partes em um dado sistema jurídico, pois todo e qualquer litígio que tenha expressão pecuniária poderá ser objeto de convenção processual ou arbitral²⁵⁷.

A disponibilidade do direito, critério também utilizado na Lei de Arbitragem, por sua vez, remonta à possibilidade de o direito ser constituído e extinto por ato de vontade de seu titular, “ou seja, quando está sob controle total do seu titular, de tal maneira que este pode fazer tudo a seu respeito, nomeadamente aliená-lo e a ele renunciar²⁵⁸”.

Caio Mário da Silva Pereira trabalha a noção de disponibilidade em outro plano, associando-a à ideia de transmissibilidade, isto é, “o direito que pode passar de uma a outra pessoa, mediante a substituição do sujeito que deixa de o ser, por outro que ocupa o seu lugar, e se sub-roga em todas as faculdades do substituído”²⁵⁹.

José Maria Rossani Garcez apresenta uma terceira visão sobre o que seria direito disponível, assentando que são aqueles que tanto podem ser renunciáveis quanto objeto de transação²⁶⁰.

²⁵⁴ GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 133-134.

²⁵⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. 3. ed. atual. por Achilles Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1946. p. 215.

²⁵⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa H.; BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 2, 2006, p. 659.

²⁵⁷ GONÇALVES, Eduardo Damiano. **Arbitrabilidade objetiva**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 171.

²⁵⁸ CAMELO, Antônio Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios: revisitando o tema. **Revista de Arbitragem e Mediação: RArb**, v. 7, n. 27, p. 141, out./dez. 2010.

²⁵⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 13. ed., Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2005, p. 47.

²⁶⁰ GARCEZ, José Maria Rossani. Arbitrabilidade no direito brasileiro e internacional. **Revista de Direito Bancário**, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, São Paulo: RT, n. 12, p. 340, abr.-jun. 2001, p. 190.

Segundo o autor português João de Castro Mendes, há graus de indisponibilidade. Poder-se-ia falar em indisponibilidade (i) absoluta e (ii) relativa, remetendo-se a esta última quando fosse o caso de uma pessoa poder dispor do direito só por certa forma ou só em certas circunstâncias ou só a favor de certas outras pessoas²⁶¹.

Haveria ainda, conforme anota Patrice Level, (i) direitos definitivamente indisponíveis (em matéria de estado e capacidade); (ii) direitos parcialmente disponíveis (os direitos nascidos do direito patrimonial da família); e, por fim, (iii) os direitos que se tornaram disponíveis, ou seja, aqueles que são indisponíveis no estado de direito eventual e disponíveis no estado de direito constituído e atual (como é o caso de alguns direitos em matéria de direito do trabalho)²⁶².

António Sampaio Caramelo faz uma terceira possibilidade de diferenciação entre (i) disponibilidade forte do direito (“consistente na possibilidade de se renunciar ao direito, não só quando este já se constituiu na esfera jurídica do seu titular, mas também antes de tal ocorrer, ou seja, sua renunciabilidade antecipada”²⁶³) e (ii) disponibilidade fraca do direito (“que se basta com possibilidade de este só vir a ser renunciável após a sua radicação na esfera jurídica do seu titular”²⁶⁴).

No entanto, a característica de o direito ser transacionável ou “admitir autocomposição”, como diz o *caput* do art. 190 do CPC/15, difere tanto do “direito disponível” quanto do “direito patrimonial”.

O aspecto de ser transacionável, em verdade, é mais amplo do que a disponibilidade. Como visto, para que um direito seja apelidado de disponível é indispensável que dele se possa renunciar. A renúncia à prestação alimentícia, nos termos do art. 1.707 do Código Civil, é vedada, sendo o direito a alimentos classificado como direito indisponível. No entanto, ele é transacionável, isto é, pode ser objeto de autocomposição entre credor e devedor.

Assim, em litígios que versem sobre direitos a alimentos, não está presente a arbitrabilidade, uma vez que o direito é indisponível; por outro lado, nessas mesmas demandas admite-se que as partes convençam sobre o processo, pois os direitos permitem a autocomposição (é dizer, são transacionáveis).

Sob outro ângulo, direitos que admitem autocomposição ou transação não se confundem com direitos patrimoniais, sendo de igual maneira os primeiros mais elásticos do que os

²⁶¹ MENDES, João Castro. **Direito processual civil**. Lições. Lisboa: AAFDL, v. 1, 1986-1987, p. 210-211.

²⁶² LEVEL, Patrice. L'Arbitrabilité. Revue de l'Arbitrage. Paris, 1992. p. *apud* CAMELO, 2010, p. 141, *Op Cit.*

²⁶³ CAMELO, 2010, p. 142, *Op Cit.*

²⁶⁴ CAMELO, 2010, p. 142, *Op Cit.*

segundos. Há uma gama de situações que não possuem patrimonialidade, como é o caso da ação de guarda, porém é totalmente aceitável que as partes transijam quanto ao referido direito, autocompondo-se.

Nessa linha de ideias, a expressão adotada pelo *caput* do art. 190 do CPC/15, “direitos que admitam autocomposição”, não guarda identidade com a noção de “direitos patrimoniais” tampouco com a de “direitos disponíveis”, sendo, inclusive, mais abrangente²⁶⁵, de modo a abarcar situações não contempladas pelos outros dois conceitos. Daí se conclui que todo direito patrimonial e todo direito disponível naturalmente admite autocomposição, no entanto, nem todo direito que admite autocomposição é patrimonial e disponível.

Logo, se o processo tratar de direitos que não admitam autocomposição, como é o caso de litígios relacionados a direitos personalíssimos (direito à vida, à liberdade, à integridade física e intelectual), naturalmente será inválido eventual negócio processual celebrado.

4.2.1.6 Não geração de externalidades | Princípio da relatividade dos efeitos dos contratos

Os contratos só produzem efeitos entre as partes, não aproveitando nem prejudicando terceiros. É essa a lição consubstanciada no princípio da relatividade dos efeitos dos contratos e bem esclarecida por Orlando Gomes:

O princípio da relatividade dos contratos diz respeito à sua eficácia. Sua formulação fez-se em termos claros e concisos ao dizer-se que o contrato é *res inter alios acto, aliis neque nocet neque prodest*, o que significa que seus efeitos se produzem exclusivamente entre as partes, não aproveitando nem prejudicando terceiros²⁶⁶.

Referido princípio, pertencente à categoria da teoria geral dos contratos, aplica-se às convenções em matéria processual com todo vigor.

Não é dado às convenções prejudicar terceiros, aí incluído o Poder Judiciário²⁶⁷. Portanto, é ineficaz qualquer convenção processual que gere custo ou transfira externalidades para o Judiciário ou a qualquer terceiro. As disposições negociais sobre o processo apenas serão

²⁶⁵ CABRAL, 2016, p. 297, *Op Cit.*

²⁶⁶ GOMES, 2009, p. 46, *Op Cit.*

²⁶⁷ Interessante discussão, não comportada no presente trabalho, é a que se refere a se violaria o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos de negócio processual que versasse sobre poderes e deveres do juiz. A Escola Judicial Edésio Fernandes, vinculada ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais, editou o enunciado de nº. 12 em 2016 sobre a temática, afirmando que “[é] vedado às partes convencionar sobre poderes e deveres do Juiz, inclusive sobre os seus respectivos prazos”. Disponível em: <http://ejef.tjmg.jus.br/enunciados-sobre-o-codigo-de-processo-civil2015/>.

eficazes se as próprias partes internalizarem os prejuízos advindos do regramento sob o procedimento.

Desse modo, seriam ineficazes perante o Judiciário acordos processuais que versassem sobre: (i) alteração dos horários de audiência para períodos estranhos ao horário de funcionamento ordinário do fórum, ocasionando custos com horas extras de funcionários e servidores, energia elétrica, etc.; (ii) eleição de determinada vara para julgar certo litígio²⁶⁸; (iii) acordo para que a audiência seja realizada por videoconferência em serventias judiciárias não equipadas com aparatos suficientes à transmissão; (iv) convenção para que as intimações sejam realizadas via aplicativos de mensagens instantâneas em serventia desprovida de aparelho de telefonia móvel com o item.

Contudo, na hipótese de as partes assumirem os custos necessários ao cumprimento do acordo, seja mediante fornecimento direto dos recursos e meios materiais à realização do ato²⁶⁹, seja ainda mediante a criação, pelo Poder Judiciário, de taxas judiciárias específicas e proporcionalmente compensadoras para realização de atos mais oneroso²⁷⁰, cogitar-se-ia da eficácia do negócio perante o Judiciário.

Assim, por força do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, é ineficaz a convenção processual que imponha prejuízos a terceiros, aí incluído o Poder Judiciário, salvo se as partes absorverem os custos e externalidades gerados.

4.2.2 Renúncia prévia a direitos processuais

O estabelecimento pelas partes de uma convenção processual frequentemente implicará a renúncia, parcial ou total, de certo direito processual fixado na legislação em favor da criação de uma nova norma que venha a reger a situação dos contratantes.

A renúncia conceitualmente é uma declaração de vontade em que o titular de certa situação jurídica abdica total ou parcialmente do seu exercício em benefício de terceiros, de modo que seja reduzida ou enfraquecida a sua esfera de direitos²⁷¹.

²⁶⁸ Pense-se no interesse das partes de submeterem o processo à determinada vara cível da comarca de Belo Horizonte/MG, ao passo que o foro naturalmente competente seria uma vara cível da comarca de Uberlândia/MG, pelo fato de o juiz titular da referida vara da capital possuir notável conhecimento sobre a matéria do litígio.

²⁶⁹ Por exemplo, entrega dos equipamentos para realização da videoconferência ou do aparelho de telefonia móvel com o aplicativo instalado e acesso à internet.

²⁷⁰ Por exemplo, custas judiciárias iniciais significativamente maiores para convenções em que haja eleição de vara específica, de modo a compensar os custos com a adequação do sistema de redistribuição dos demais processos.

²⁷¹ CABRAL, 2016, p. 173, *Op Cit.*

No cenário contemporâneo predomina o entendimento de que é possível renunciar, inclusive, a direitos fundamentais (como seria a hipótese de uma série de direitos processuais), configurando a renúncia, em verdade, como uma modalidade de exercício do direito fundamental, conforme anota o professor da Faculdade de Direito de Lisboa, Jorge Reis Novais:

Da própria dignidade da pessoa humana e do princípio da autonomia e de autodeterminação individual – que integram e moldam de algum modo o cerne de todos e de cada um dos direitos fundamentais – decorre o poder de o titular dispor dessa posição de vantagem, inclusivamente no sentido de a enfraquecer, quando desse enfraquecimento, e no quadro da livre conformação da sua vida, espera retirar benefícios que de outra forma não obteria.

[...]

Nesse sentido, a **renúncia é também uma forma de exercício do direito fundamental**, dado que, por um lado, a realização de um direito fundamental inclui, em alguma medida, a possibilidade de se dispor dele, inclusive no sentido de sua limitação, desde que esta seja uma expressão genuína do direito de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade individual, e porque, por outro lado, através da renúncia o indivíduo prossegue a realização de fins e interesses próprios que ele considera, no caso concreto, mais relevantes que os fins realizáveis através de um exercício positivo do direito²⁷².

Antonio do Passo Cabral, no mesmo entendimento, defende a renúncia a direitos fundamentais:

[n]ão se pode pensar que, ao estabelecer direitos (mesmo fundamentais) em favor dos indivíduos, estes deverão exercê-los impositivamente. Em se tratando de situações jurídicas de vantagem, o indivíduo tem a livre opção de delas abdicar, ou simplesmente não as exercer²⁷³.

Retomando a abordagem da renúncia sob a perspectiva dos negócios processuais, não há dúvidas, de que, (i) quando as partes se comprometem a não recorrer de uma sentença, estão renunciando ao direito de interposição do recurso de apelação. No mesmo sentido, (ii) se as partes avençam que não haverá produção de prova pericial em certo processo, estão renunciando ao direito de produção da prova pericial. Em ambos os casos há celebração, por lógico, de um negócio processual.

Igualmente é inquestionável a validade desses acordos se realizados, respectivamente, após a prolação da sentença e após a deflagração do processo; o ponto nodal da matéria é se

²⁷² NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 235.

²⁷³ CABRAL, 2016, p. 175, *Op Cit.*

essas convenções também seriam válidas se feitas previamente à prolação da decisão (primeiro caso) ou antecipadamente à existência de um litígio (segundo caso). Isto é, são válidas convenções processuais em que haja renúncia prévia a direitos processuais?

Contrariamente à possibilidade de se renunciar de maneira prévia a direitos, parte da literatura argumenta que não se pode renunciar a uma situação jurídica ainda inexistente, isto é, que não possui concreitude^{274, 275}.

Do raciocínio de José Carlos Barbosa Moreira e Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, deduz-se que seria impossível a renúncia prévia de direitos processuais. Ao tratar da renúncia ao direito de recorrer em específico, o primeiro concluiu que “renunciar ao direito de recorrer antes de proferida a decisão é renunciar a um direito que ainda não se tem e, a rigor, nem sequer (*sic*) se sabe se nascerá”²⁷⁶, ao passo que o segundo, na mesma linha de raciocínio, afirma que “[n]ão se poderia admitir, por exemplo, que, antes ou mesmo depois de iniciada a ação, [...] se permitisse a renúncia. O direito ao recurso ainda não nasceu. Só se renuncia ao direito ao recurso depois de conhecida a decisão”²⁷⁷.

José Paulo Cavalcanti, em visão moderada, afirma que no que se refere aos “direitos futuros de maneira absoluta”, por serem meras expectativas, a renúncia para que tenha validade deverá obedecer a dois elementos: (i) que o interesse do renunciante seja puramente privado; (ii) que o renunciante conheça o direito de que se está autoprivando, isto é, que o objeto seja dotado de determinabilidade. Já no tocante aos “direitos futuros relativamente”, ou seja, aqueles dotados de existência, porém sujeitos a condição ou termo, há possibilidade plena de renúncia²⁷⁸.

Dado que a renúncia é também uma forma de exercício do direito fundamental e, em se considerando que é possível que por meio da renúncia o titular do direito alcance a realização de interesses próprios que considere mais úteis do que aqueles realizáveis mediante o exercício

²⁷⁴ BARRETO, Bárbara Cotta. **Renúncia antecipada ao direito de recorrer**. Monografia (graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017, p. 20.

²⁷⁵ No campo do Direito do Trabalho, Américo Plá Rodríguez considera como carente de validade o ato de renúncia antecipada a direito: “Distingue-se entre a renúncia antecipada e a posterior aos fatos que dão origem ao direito, ou seja, entre a renúncia de benefícios e prestações futuras, por um lado, e a renúncia de direitos já outorgados, que tenham se convertido em verdadeiros direitos de crédito. A **renúncia antecipada é nula de pleno direito**, salvo se a própria lei o admitir, o que se verifica somente em casos excepcionalíssimos” (RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1993, p. 95).

²⁷⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 16. ed. rev. e atual, v. 5, Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 342.

²⁷⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. t. VII. São Paulo: Editora Forense, 1975, p. 108-109.

²⁷⁸ CAVALCANTI, José Paulo. **Da renúncia no direito civil**. Rio de Janeiro. Revista Forense, 1958, p. 112-119.

positivo do direito²⁷⁹, reconheço a possibilidade de renúncia prévia (ou antecipada) a situações jurídicas processuais.

Ora, se os direitos fundamentais, em seu ângulo subjetivo, revelam-se verdadeiras situações jurídicas de vantagens e, portanto, têm na razão de sua existência beneficiar (incluindo-se o não exercício como concreção dessa situação de vantagem) o próprio titular, parece-me claro que o titular possa desse direito renunciar, desde que o interesse seja puramente privado (é dizer, direitos patrimoniais disponíveis²⁸⁰) e haja determinabilidade do objeto.

Nessa perspectiva, não são válidas renúncias prévias amplas, irrestritas e inespecíficas, pois esse agir atenta contra a determinabilidade do objeto. É possível, por exemplo, renunciar à interposição de recurso de apelação em eventual litígio decorrente de um contrato de prestação de serviços celebrado entre as partes contratantes ou de eventual produção de prova pericial também decorrente de litígio oriunda desse contrato. Isso equivale a dizer que ainda não se sabe os pormenores do litígio, sequer se sabe se ele existirá, mas o objeto é determinável.

Por outro lado, não se pode renunciar à interposição de recursos em todo e qualquer processo que as partes venham a promover, desvinculando-se de uma situação concreta de direito material. Nessa hipótese, o objeto não será determinado ou determinável.

Somem-se aos dois requisitos anteriores para a validade da renúncia prévia processual (i) interesse do renunciante seja puramente privado; (ii) o objeto seja determinado ou determinável), um terceiro requisito: a renúncia necessariamente deve ser bilateral, pois o princípio do contraditório, norma fundante do sistema processual contemporâneo, exige a igualdade de armas entre os litigantes.

Nelson Nery Jr. conclui que apenas a renúncia prévia bilateral deve ser admitida:

[...] não se poderia conceber a renúncia anterior à decisão provinda de apenas uma das partes. Não cabe, pois, a objeção de que se trataria de direito disponível, e que, por isso, a renúncia poderia ser feita de maneira unilateral. O que se deve ter em mira é a paridade dos litigantes no processo²⁸¹.

Em conclusão, são válidos os negócios jurídicos processuais que prevejam a renúncia prévia (ou antecipada) a grande parte dos direitos processuais, mesmo os fundamentais, desde

²⁷⁹ NOVAIS, 2006, p. 235, *Op Cit.*

²⁸⁰ Esse raciocínio afasta a possibilidade de que haja negócios processuais de renúncia quando o processo versar sobre direitos que sejam extrapatrimoniais e indisponíveis, apesar de admitir autocomposição, como é o caso de um processo versante sobre guarda de menor.

²⁸¹ NERY JR., Nelson. **Teoria geral dos recursos**. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 380.

que: (i) o processo verse sobre direitos de natureza patrimonial disponível; (ii) o objeto sobre o qual incida a renúncia seja determinado ou ao menos determinável; (iii) a renúncia seja bilateral.

Investiga-se, no capítulo subsequente, quais são os direitos processuais, fundamentais ou não, que não podem ser objeto de renúncia, prévia ou em concreto, constituindo o núcleo duro de princípios processuais. A convenção processual que se despoje dos aludidos princípios será equiparada ao negócio que objetive fraudar a lei imperativa, sendo considerado inválido aos olhos do ordenamento jurídico.

4.2.3 *Núcleo duro de princípios processuais*

Na estruturação do raciocínio, promovida nos capítulos antecedentes, partiu-se da premissa de que o intérprete deve ser acompanhado, em toda a análise de controle de validade e eficácia das convenções processuais, por quatro critérios interpretativos: (i) a máxima *in dubio pro libertate*; (ii) a decretação de invalidade apenas em último caso; (iii) a autonomia das convenções processuais com relação às demais cláusulas contratuais; (iv) o controle de validade se dê em contraditório.

Em seguida, no campo dos pressupostos e requisitos, concluiu-se que **é aceitável, (i) em referência a litígios que versem sobre direitos que admitam autocomposição, que partes (ii) capazes convençionem, (iii) de forma livre, informada e sem vulnerabilidades lesivas, (iv) sobre objeto (procedimento ou direitos, poderes, faculdades, ônus e deveres processuais) jurídica e fisicamente possível, determinado ou determinável, lícito (não infringente às normas cogentes e respeitador da ordem pública processual), (v) antes ou durante o processo, mediante adoção de forma oral ou escrita e (vi) sem gerar externalidades ou custos a terceiros.**

Isso posto, para além do preenchimento dos pressupostos e requisitos de validade e eficácia das convenções processuais aqui descritos, a **avença deverá respeitar o núcleo duro de princípios processuais** - os direitos e garantias fundamentais do processo que compõem o conceito de *processo justo* e que, se ausentes isolada ou conjuntamente, fulminam a própria essência do processo contemporâneo.

A nomenclatura *processo justo* é preferível comparativamente a *devido processo legal* (*due process of law*), haja vista que esta remete ao contexto cultural do Estado de Direito (*Rechtsstaat*), época em que o processo era visto como mecanismo de legitimação ao arbítrio estatal. Hoje o Estado Constitucional (*Verfassungsstat*), estrutura em que concebido o *processo justo*, tem em mira assegurar uma decisão justa para as partes (pretensão à justiça –

Justizanspruch) e a unidade do direito para a sociedade civil (pretensão à tutela jurídica - *Rechtsschutzanspruch*)²⁸².

Igualmente nesse sentido, Marcelo Veiga Franco defende que a abordagem moderna assinala a preferência pela expressão *processo justo* em substituição à de *devido processo legal*:

O processo justo busca suplantiar uma visão formal e “desgastada” de devido processo legal, a qual encara o processo como um repositório de formalidades rígidas, ritualismos exacerbados e desprovido de pretensões de transformar a realidade social. Nessa perspectiva, o *giusto processo* traduz um devido processo legal dinâmico e substancial, vale dizer, um modelo de processo cuja estrutura constitucional é pautada na materialização de uma tutela jurisdicional legítima, efetiva, adequada e, sobretudo, *justa*, no sentido de dar concretude aos direitos fundamentais e ao conjunto das garantias processuais constitucionais²⁸³.

O *processo justo* (ou democrático), conforme ensinam Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes, Alexandre Melo Bahia Franco e Flávio Quinaud Pedron, “é aquele que se volta para as garantias processuais constitucionais”²⁸⁴.

Desse modo, ao promover a necessária interface entre convenção processual e processo justo, o “juiz deve velar pelo núcleo duro de princípios e garantias que formam a *ordem pública processual*, aceitando que as partes disponham com liberdade sobre a marcha do processo, desde que respeitado esse mínimo irreduzível”²⁸⁵.

É certo que é possível identificar esse núcleo duro, ou o “conteúdo mínimo essencial”, como define Andrea Proto Pisani²⁸⁶, sem o qual seguramente não se estará diante de um *processo justo*.

O rol, no entanto, dos direitos e garantias que viriam a integrar esse mínimo essencial integrador do processo democrático oscila sensivelmente na literatura processual.

Diogo Assumpção Rezende de Almeida assinala que os componentes desse núcleo são aqueles interesses públicos preservados na lei constitucional, sendo listados os seguintes: (i) igualdade e a capacidade das partes; (ii) o contraditório e a ampla defesa; (iii) o devido processo legal; (iv) o princípio do juiz natural, a independência e a imparcialidade do julgador; (v) a

²⁸² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. 2. ed., v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 491-492.

²⁸³ FRANCO, Marcelo Veiga. **Processo justo**: entre efetividade e legitimidade da jurisdição. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 39.

²⁸⁴ THEODORO JR. *et al.*, 2015, p. 67, *Op Cit.*

²⁸⁵ GRECO, 2008, *Op Cit.*

²⁸⁶ PROTO PISANI, Andrea. Giusto processo e valore dela cognizione piena. **Rivista di Diritto Civile**, Padova: Cedam, 2002, p. 267.

fundamentação das decisões judiciais; (vi) a busca da verdade; (vii) a celeridade; (viii) a coisa julgada material²⁸⁷.

Paulo Mendes de Oliveira, em rol mais enxuto, afirma que compõem o núcleo mínimo do processo civil os direitos a (i) segurança jurídica, (ii) acesso à justiça mediante tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva, (iii) isonomia, (iv) contraditório, (v) ampla defesa, (vi) motivação das decisões judiciais e (vi) publicidade dos atos e termos do processo²⁸⁸.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, partindo do ponto de vista da “divisão do trabalho” processual, estruturam esse conteúdo mínimo com os seguintes direitos: (i) princípio da colaboração; (ii) direito à igualdade e paridade de armas; (iii) direito ao contraditório como direito de influência e dever de debate, bem como a vedação à decisão-surpresa; (iv) direito à prova; (v) direito à publicidade; (vi) direito à fundamentação das decisões; (vii) direito à segurança jurídica no processo; (viii) direito à duração razoável do processo²⁸⁹.

Já sob o ângulo de análise de Eduardo Rodrigues dos Santos, os direitos e garantias processuais civis, de índole constitucional e inafastáveis, se consubstanciaram em: (i) devido processo legal; (ii) contraditório; (iii) ampla defesa; (iv) acesso à justiça; (v) duplo grau de jurisdição; (vi) publicidade; (vii) motivação; (viii) juiz natural, independente e imparcial; (ix) inadmissibilidade das provas ilícitas; (x) celeridade; (xi) eficiência²⁹⁰.

Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes, Alexandre Melo Bahia Franco e Flávio Quinaud Pedron, por sua vez, anotam que os fundamentos do *processo justo*, a partir de uma concepção democrática e de “comunidade de trabalho”, podem ser sintetizados em: (i) cooperação processual; (ii) contraditório dinâmico – garantia de influência e não surpresa; (iii) cooperação judiciária; (iv) duração razoável do processo e novo formalismo; (v) boa-fé objetiva; (vi) acesso à justiça; (vii) fundamentação racional e legítima das decisões judiciais; e, por fim, (viii) sistema de precedentes²⁹¹.

De forma a filtrar os direitos e garantias processuais a fim de procurar encontrar qual seria o mínimo irreduzível sem o qual não se pode falar em processo, especialmente sob os adjetivos justo ou democrático, eliminei, sem juízo de menoscabo ou desrespeito à construção histórico-institucional de cada direito, aqueles que, a despeito de importantes, não seriam

²⁸⁷ ALMEIDA, 2014, p. 149, *Op Cit.*

²⁸⁸ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 431.

²⁸⁹ MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 493-520, *Op Cit.*

²⁹⁰ SANTOS, Eduardo Rodrigues. **Princípios processuais constitucionais**. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 125-195.

²⁹¹ THEODORO JR. *et al.*, 2015, p. 69-396, *Op Cit.*

fundamentais para que o processo alcance seu escopo de resolução da crise de direito material entre as partes.

Seguindo essa lógica, a meu ver, o núcleo duro de princípios e garantias processuais, que são inafastáveis pelas partes na celebração de negócio processual, sob pena de invalidade, são: (i) contraditório; (ii) cooperação; (iii) duração razoável do processo; (iv) boa-fé objetiva; (v) fundamentação racional das decisões; (vi) sistemática de precedentes; e, por fim, (vii) publicidade dos atos processuais.

Lança-se a observação de que essa enumeração sugerida, a despeito de não poder ser suprimida por convenção das partes, pode ter seus elementos, em certas circunstâncias que serão exploradas nos tópicos subsequentes, mitigados, restringidos ou reduzidos, desde que não seja afetada sua substância.

4.2.3.1 Contraditório

Tradicionalmente, o princípio do contraditório no direito processual brasileiro foi tido como expressão da ciência bilateral dos atos e termos do processo, com a possibilidade de contrariá-los. Era assim que Joaquim Canuto Mendes de Almeida, em 1937, o conceituava²⁹².

Até a promulgação da Constituição Federal de 1988, o contraditório carecia de um dispositivo específico no sistema processual. Sua aplicação e seu desenvolvimento advinham do art. 8º da Declaração dos Direitos do Homem, bem como do princípio da igualdade. Era pouco.

Essa redução ao mero direito de dizer e contradizer, à bilateralidade de audiência, no entanto, não mais encontra guarida no processo civil contemporâneo, no processo justo, inspirado pelos valores democráticos.

O CPC/15, preocupado em tornar mais rica as facetas do contraditório, renovou-o, atendendo a reclamos antigos de parte da literatura processual²⁹³. Passou-se a entender o

²⁹² ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. **A contrariedade na instrução criminal**. São Paulo: Saraiva: 1937, p. 109.

²⁹³ Humberto Theodoro Jr., ainda em 1991, inseria no contraditório o poder de as razões das partes influírem efetivamente no convencimento do juiz e até de gerar dúvida em seu conhecimento, sendo o contraditório informado pelo princípio da dignidade da pessoa humana (THEODORO JR., Humberto. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no direito processual civil. **Revista dos Tribunais**, v. 665, p. 11-21, 1991). Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em 1994, defendia que as partes não poderiam ser surpreendidas por decisão que pretenda se sustentar numa visão jurídica da qual não tinham sido alertadas ou tenham dado menor atenção; nem mesmo o conhecimento de ofício, pelo magistrado, poderia ser precedido de prévio conhecimento pelas partes (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O juiz e o princípio do contraditório**. Revista de Processo, v. 73, p. 7-14, 1994).

contraditório como “direito de participação na construção do provimento, sob a forma de uma garantia processual de influência e não surpresa para a formação das decisões”²⁹⁴.

O contraditório deixa de ser uma mera condição formal para a produção da sentença pelo juiz e se estabelece como “condição institucional de realização de uma argumentação jurídica consistente e adequada e, com isso, liga-se internamente à fundamentação da decisão jurisdicional participada – exercício do poder participada”²⁹⁵.

Na contramão do entendimento de que ao revigorar o contraditório e exigir, por lógico, uma fundamentação das decisões judiciais mais robusta levaria ao incremento da morosidade do processo, o CPC/15 idealizou que a cooperação entre juiz, partes e advogados, realizando um debate bem feito, conduzirá à redução do tempo processual e à formação de decisões mais bem estruturadas, o que conseqüentemente diminuiria a utilização de recursos²⁹⁶.

Para que o contraditório atenda a essas metas de redução do tempo processual, fortalecimento da argumentação jurídica e construção de decisões mais bem fundamentadas, ele deve se desenvolver mediante um feixe de direitos e deveres²⁹⁷:

- a) **O dever de informação** (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar às partes dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes²⁹⁸;
- b) **o dever de orientação** (*Recht auf Orientierung*), que impõe ao juiz a necessidade de advertência às partes das questões relevantes para a solução da controvérsia estabelecida, sejam essas questões de fato ou de direito, sejam materiais ou processuais, a fim de estimular uma postura de participação efetiva dos sujeitos processuais;
- c) **o direito de manifestação** (*Recht auf Äusserung*), que dá concretude ao exercício pelas partes de um papel ativo na construção do provimento jurisdicional e está intrinsecamente ligado à garantia de fundamentação dos pronunciamentos judiciais, impondo ao juiz a análise de fatos e fundamentos discutidos previamente;

²⁹⁴ THEODORO JR., 2015, p. 93, *Op Cit.*

²⁹⁵ THEODORO JR. 2015, p. 94, *Op Cit.*

²⁹⁶ “[...] caso ocorra um debate profícuo para a formação de decisões (contraditório dinâmico), diminui-se o tempo do processo, eis que se diminuem os recursos, ou se reduz consideravelmente a chance de seu acatamento, viabilizando-se a utilização de decisões com executividade imediata” (THEODORO JR., 2015, p. 113, *Op Cit.*).

²⁹⁷ Em sentido próximo, Marcelo Veiga Franco dissecou o contraditório em “direito de informação e participação das partes; prerrogativa de influência e de controle do conteúdo do provimento pelos seus próprios destinatários; direitos das partes de terem os seus argumentos e provas apreciados, em correlação à função do juiz de motivar a decisão judicial unicamente com base nos elementos dialeticamente discutidos no processo” (FRANCO, 2016, p. 106, *Op Cit.*).

²⁹⁸ RE 434059, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2008, DJe-172 DIVULG 11-09-2008 PUBLIC 12-09-2008 EMENT VOL-02332-04 PP-00736 LEXSTF v. 30, n. 359, 2008, p. 257-279

- d) o **dever do juiz de levar em consideração os argumentos das partes**, ou o direito da parte de ver seus argumentos séria e detidamente considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que traduz a imposição ao julgador a capacidade de apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas²⁹⁹.

Em decorrência das garantias anteriormente inscritas, somem-se ainda: (i) o direito à prova, franqueando-o às partes toda vez que esta for relevante; (ii) o direito de assistir pessoalmente à assunção da prova e de impugnar as alegações de fato ou as atividades probatórias da parte adversa ou do órgão julgador; (iii) direito de ser ouvido por um juiz imune à ciência privada; e, por fim, (iv) direito a uma decisão fundamentada³⁰⁰.

Desse modo, o CPC/15, ao positivar em seus artigos 7º³⁰¹, 10º³⁰² e 489, §1º, IV³⁰³ diversas facetas do contraditório, afastou-se da visão do contraditório como mera garantia formal de bilateralidade de audiência, projetando-o como uma possibilidade real de influência³⁰⁴ das partes sobre o provimento jurisdicional, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa.

Portanto, com Rui Portanova, “pode-se dizer que o princípio do contraditório começa antes da citação e não termina depois da sentença”³⁰⁵, permeando totalmente o processo.

Aliás, seria paradoxal que o princípio do contraditório não se inserisse no núcleo duro de princípios processuais, dado que, conforme clássica lição preconizada no direito italiano e por nós em vanguarda afirmada por Aroldo Plínio Gonçalves, “[o] processo é procedimento que se realiza em contraditório entre as partes”³⁰⁶.

²⁹⁹ RE 434059, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2008, DJe-172 DIVULG 11-09-2008 PUBLIC 12-09-2008 EMENT VOL-02332-04 PP-00736 LEXSTF v. 30, n. 359, 2008, p. 257-279

³⁰⁰ THEODORO JR., 2015, p. 112, *Op Cit*.

³⁰¹ Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

³⁰² Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

³⁰³ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

[...]

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.

³⁰⁴ Dentro da ideia de influência se insere, inclusive, o direito à prova admissível, dado que, para influir no convencimento do órgão julgador indiscutivelmente a prova poderá ser necessária se pendem nos autos duas ou mais versões a respeito de determinado fato.

³⁰⁵ PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 163.

³⁰⁶ GONÇALVES, 2012, p. 14, *Op Cit*

Se extraído o contraditório do processo, tudo o será, menos propriamente processo.

No entanto, tal afirmação não é excludente com a possibilidade de o contraditório ser diferido ou mitigado em certas circunstâncias. Aliás, o próprio ordenamento jurídico já o faz pontualmente: quando o órgão julgador concede uma tutela provisória, sem a oitiva da parte contrária (isto é, liminarmente), o que se está a fazer é postergar o contraditório para momento futuro. Não se o está suprimindo, apenas diferindo-o. Na balança entre efetividade da tutela e contraditório, nessa circunstância, prevalecerá a primeira.

Esse raciocínio naturalmente se aplica às convenções processuais. Não é válido o acordo sobre procedimento que suprima o contraditório, por este integrar o núcleo duro de princípios e garantias processuais. Seu diferimento, porém, é aceitável em determinadas ocasiões. Assim, caso as partes disciplinem o aumento das hipóteses de tutela de evidência (art. 311 do CPC/15), por exemplo, a despeito de se estar mitigando o alcance do princípio do contraditório, certamente não o está eliminando, sendo, aprioristicamente, válido esse negócio processual.

4.2.3.2 Cooperação

O processo civil, cada vez mais, vem sofrendo a influência de princípios que já o compunham, porém eram despidos da força que o contemporâneo conceito de *processo justo* os emprestou. Esse é o caso do princípio da cooperação.

É inadequado conceber o processo civil atual como um sistema em que o juiz é sujeito passivo ao confronto entre as partes, como se fosse um verdadeiro espectador. O art. 6º³⁰⁷ do CPC/15 exige a cooperação processual das partes entre si e entre elas e o juiz, como consequência de um modelo processual policêntrico e participativo³⁰⁸.

O princípio da cooperação tem em mira a condução do processo sem destaques a algum sujeito em específico, devendo o juiz apenas distanciar-se das partes no momento de proferir sua decisão. O julgador assume dupla função na condução do processo: paritário no diálogo e assimétrico no ato decisório³⁰⁹.

Essa posição de paridade do órgão julgador implica dizer apenas que juiz trabalha conjuntamente com as partes para o alcance do deslinde final da controvérsia, para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

³⁰⁷ Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

³⁰⁸ FRANCO, 2016, p. 106, *Op Cit.*

³⁰⁹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos, 2. ed., col. Temas atuais de direito processual civil, v. 14, São Paulo: RT, 2011, p. 114-115.

Nesse sentido, Antonio do Passo Cabral salienta o poder transformador do princípio da colaboração, convertendo o juiz em um “agente-colaborador do processo”, obrigando-o não só a fomentar o debate e proteger as condições para seu desenvolver, mas também e principalmente impondo-lhe o dever de inserir-se neste diálogo”³¹⁰.

Ao mesmo tempo em que a condução do processo não é lançada na mão das partes, tampouco é permitida uma direção inquisitorial por parte do órgão julgante. O *processo justo* deve estar despido de qualquer protagonismo, desenvolvendo-se mediante forte diálogo até que seja alcançado o momento decisório (este sim ato solitário do juiz). Os sujeitos participam democraticamente do caminhar processual, cabendo ao juiz agir como uma autoridade reguladora e simultaneamente como um parceiro indiferenciado junto às partes, consagrando uma verdadeira comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*)³¹¹.

É isso que difere o dito *processo justo*, como sistema incorporador do princípio da cooperação, dos demais modelos de estrutura de processo. Enquanto no modelo inquisitivo a condução do procedimento tem seu foco no órgão julgante, sem imposição de correlatos deveres, no modelo adversarial as partes contendem sem grandes interferências do juiz.

Em decorrência dessa estrutura participativa, o princípio da cooperação cria para o órgão julgador uma série de deveres:

- a) **Dever de prevenção** que se funda no convite às partes para que aperfeiçoem seus articulados e suas conclusões sempre que essas proposições se demonstrem eivadas de irregularidades ou se mostrem insuficientes ou imprecisas³¹². Em suma, o juiz tem o dever de indicar as deficiências das postulações das partes, para que possam ser saneadas;
- b) **dever de esclarecimento**, que impõe a oitiva das partes ou de seus procuradores para fornecer esclarecimentos sobre os fatos ou o direito suscitado, dando sempre conhecimento à parte contrária do resultado da diligência³¹³. A ideia subjacente ao dever é de evitar que o juiz tome decisões baseadas em percepções equivocadas ou apressadas. O art. 139, VIII, do CPC/15 o prevê de modo expresso³¹⁴;

³¹⁰ CABRAL, 2010, p. 188, *Op Cit.*

³¹¹ AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC**. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 51.

³¹² SOUSA, Miguel Teixeira de. **Aspectos do novo processo civil português**. Revista de Processo, São Paulo: RT, n. 86, p. 174-184, abr.-jun. 1997, p. 176-177.

³¹³ SOUSA, 1997, p. 176, *Op Cit.*

³¹⁴ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;

- c) **dever de assistência às partes** que compele o juiz a, sempre que alguma das partes alegar justificadamente certo obstáculo na obtenção de informação ou prova capaz de condicionar o eficaz exercício de uma situação processual, providenciar a sua remoção³¹⁵.

Trata-se o princípio da cooperação, portanto, de princípio fundamental ao *processo justo* e, desse modo, componente do núcleo duro de direitos processuais³¹⁶, não podendo ser abolido por convenção das partes. Qualquer negócio processual que tenha em mira a supressão dos deveres de prevenção, de esclarecimento e de assistência às partes atacará a essência do processo contemporâneo e, por natural, será sancionado com sua invalidade.

4.2.3.3 Duração razoável do processo

O processo civil contemporâneo, resumido no conceito de *processo justo*, não exige apenas que se tenha o pronunciamento judicial construído por todos os sujeitos, inspirados por agir cooperativo. É fundamental que o processo seja célere e que de tudo se faça para que alcance a solução integral de seu mérito.

Não basta que ele seja célere, mas que seu desfecho seja anômalo e indesejável, como é o caso da extinção não resolutiva do mérito. A extinção sem solução do mérito não põe fim à crise de direito material instaurada entre os litigantes.

Tampouco atende aos reclamos da justiça que o processo atinja a solução integral do mérito, mas em tempo irrazoável. Na lição sempre rememorada de Rui Barbosa, “[a] justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

O Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), do qual o Brasil é signatário (tendo sido incorporado pelo Decreto 678 de 09 de novembro de 1992), previu, originariamente em nosso sistema, que “[t]oda pessoa tem o direito a ser ouvida com as devidas garantias **dentro de um prazo razoável**, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente na lei [...]” (grifei)³¹⁷.

³¹⁵ SOUSA, 1997, p. 177, *Op Cit.*

³¹⁶ “Para que o processo mereça o qualificativo de democrático/*justo*, e se torne real o clima de colaboração entre o juiz e as partes, a nova lei impõe uma conduta leal e de boa-fé, não só dos litigantes, mas também do magistrado, a quem se atribuíram os deveres de *esclarecimento*, de *diálogo*, de *prevenção* e de *auxílio* para com os sujeitos interessados na correta composição do conflito, criando-se um novo ambiente normativo contrafático de indução à participação (em decorrência dos comportamentos não cooperativos)” (THEODORO JR., 2015, p. 92, *Op Cit.*).

³¹⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm.

De modo a reforçar a previsão, a Emenda Constitucional nº. 45 de 2004 incluiu o inciso LXXVIII no art. 5º da Constituição Federal para afirmar que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a **razoável duração do processo** e os meios que garantam a **celeridade** de sua tramitação”. O CPC/15, a exemplo da inspiração constitucional, reforçou, em seus artigos 6º³¹⁸ e 139, II³¹⁹, o compromisso do processo civil com a duração razoável do processo.

O *processo justo*, como visto, não se satisfaz com o andamento açodado das atividades processuais, pois o trabalho malfeito induz retrabalho. Quando se profere decisão mediante análise perfunctória ou apegada a um formalismo arcaico, gera-se insatisfação nos demais sujeitos processuais, que será canalizada na apresentação de recursos e questionamentos, com conseqüente incremento das atividades dos órgãos judiciários.

Em uma visão macroscópica do processo, parece claro que o debate, se bem realizado, induz melhor aproveitamento dos atos processuais e menos tempo de duração. Uma decisão mais bem fundamentada, fruto da ampla participação das partes, certamente tomará mais tempo para ser produzida; contudo, desestimula a interposição de recursos e, em caso de seu manejo, facilita o trabalho do órgão judicante revisor.

Não há dúvidas de que o processo, por sua própria natureza, seja demorado^{320 321 322} (“ou pelo menos não acompanhe a pressa que o tempo presente exige”³²³), especialmente se o que se busca é a satisfação integral do mérito com a efetiva participação e cooperação dos sujeitos. Mas, o que se questiona é que, comparativamente a um processo com decisões superficiais e sem o devido espaço de participação das partes na construção do provimento, o *processo justo* é mais célere.

O ângulo de análise do princípio da duração razoável do processo não pode perder de vista ainda sua relação com o princípio da boa-fé processual, na medida em que quando o sujeito

³¹⁸ Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

³¹⁹ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
[...]

II - velar pela duração razoável do processo;

³²⁰ “[O] processo é feito para demorar! Isso porque, para julgar adequadamente, o julgador, seja ele juiz ou autoridade administrativa, deve se debruçar com cuidado sobre as questões postas para sua cognição” (CABRAL, Antonio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de Novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre *et al.* (orgs.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: Jus Podivm, 2014, v. II, p. 104).

³²¹ “O processo não ter que ser rápido/célere: o processo deve demorar o tempo necessário e adequado à solução do caso submetido ao órgão jurisdicional” (DIDIER JR. Curso..., 2015, p. 96, *Op Cit.*).

³²² “O direito fundamental à razoável duração do processo não significa que a prestação jurisdicional é necessariamente rápida, mas, sim, que o processo tramita o tempo necessário à solução do conflito, sem dilatações indevidas” (FRANCO, 2016, p. 84, *Op Cit.*).

³²³ PORTANOVA, 2013, p. 173, *Op Cit.*

processual se vale ilegitimamente do uso do direito de defesa/contraditório, extrapolando-o, entra no campo do abuso de direito processual³²⁴, que deve ser coibido, pois tem como objetivo o retardo injustificado na solução da crise de direito material³²⁵.

Dessa maneira, é indissociável à ideia de *processo justo* a sua célere resolução e que esta seja guiada no sentido de se alcançar a solução integral do mérito, compondo o princípio da duração razoável o núcleo duro de direitos processuais. Desse modo, no momento da composição do acordo sobre o procedimento, as partes devem tê-lo como norte, de modo a estabelecer previsões que não só não o afastem como o otimizem.

4.2.3.4 Boa-fé processual objetiva

A bandeira por um procedimento ética e honestamente conduzido talvez seja tão antiga quanto o próprio processo. O campo processual, permeado por agires estratégicos, em que as partes objetivam fazer valer sua visão, é terreno fértil para o engenho e para o arдил. A censura e o pudor na utilização de meios indignos muitas vezes cedem espaço na busca do sucesso na demanda.

Francesco Carnelutti, ainda na década de 1930, já lançava olhares para a necessidade de controle pelo sistema processual dos meios fraudulentos:

Que a má-fé tem um papel considerável no campo do processo ensina a experiência mais básica, em rápida reflexão; basta, para perceber, pensar no contraste de interesses entre as partes, que são naturalmente levadas a dominar umas às outras; agora, quando as razões são estimuladas pelo interesse, é quase impossível que, ao propor uma demanda, não traga em si a astúcia o germe da malícia, da mesma forma que a força se degenera facilmente em violência. Portanto, o terreno do processo, mais ainda do que o campo do contrato, é fértil para a proliferação do arдил e sua política deve ser voltada, com ação ampla e decisiva, para livrá-lo desse flagelo³²⁶ (tradução livre do italiano).

³²⁴ Segundo Humberto Theodoro Jr., abuso de direito processual se qualifica como “atos de má-fé praticados por quem tenha uma faculdade de agir no curso do processo, mas que dela se utiliza não para seus fins normais, mas para protelar a solução do litígio ou para desviá-la da correta apreciação judicial, embarçando, assim, o resultado justo da prestação jurisdicional”(THEODORO JR., Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). **Abuso do dos direitos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 113).

³²⁵ THEODORO JR., 2015, p. 165, *Op Cit*.

³²⁶ “*Che l’inganno abbi un notevole gioco nel campo del processo insegna la più elementare esperienza come la più rapida meditazione; basta, al fine di rendersene conto, pensare al contrasto di interessi tra le parti, le quali sono naturalmente spinte a sopraffarsi a vicenda; ora quando le ragioni sono stimolate dagli interessi è quasi impossibile che nel proporle non faccia capolino l’astuzia ha in sè il germe dell’inganno come la forza degenera facilmente nella violenza. Pertanto il terreno del processo, più ancora forse che il terreno del contratto, è fertile per la gramigna dell’inganno e la sua politica deve essere volta, con ampia e risoluta azione, a liberarlo da*

Nesse aspecto e particularmente preocupado com o comportamento das partes, o sistema processual foi se moldando a combater esse mal que ameaça a condução do processo, tanto sob a ótica de um desfecho consentâneo com a razoável duração do processo quanto com um julgamento que melhor se alinhasse com posturas éticas e honestas.

O desenvolvimento do princípio da boa-fé processual³²⁷ veio, portanto, a partir dessa necessidade, forjando um sistema jurídico comprometido com o conceito de *processo justo*, na medida em que induz a adoção de comportamentos que fortaleçam a proteção da confiança e trabalha para afastar comportamentos não cooperativos dos agentes processuais, seja (i) fomentando padrões de conduta cooperativo, seja (ii) proibindo condutas incompatíveis com seus cânones³²⁸, seja (iii) como guia interpretativo dos negócios processuais.

O art. 5º do CPC/15 veio dar realce a esse modelo sob a roupagem de uma cláusula geral, que estabelece que “[a]quele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. De forma complementar, os artigos 322, §2º³²⁹, e 489, §3º³³⁰, reforçaram o caráter ético do processo contemporâneo, que tem como destinatários todos os sujeitos processuais e não somente as partes.

Na opinião de Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedron, “ele se torna uma das grandes premissas do processo cooperativo/comparticipativo encampado pelo Novo CPC, de modo a estabelecer o diálogo transparente e eficiente entre os sujeitos processuais, com assunção plena de responsabilidades [...]”³³¹.

Do princípio da boa-fé objetiva irradia a **proibição do comportamento contraditório**, que demanda dos sujeitos comportamentos coerentes, sendo vedado sinalizar que tomará uma conduta em determinado sentido e posteriormente contradizer o comportamento anterior. São pressupostos de sua aplicação (i) a existência de dois atos sucessivos no tempo praticados pelo mesmo agente, (ii) a incompatibilidade da segunda conduta com a primeira, (iii) a verificação

questo flagelo” (CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del diritto processuale civile**. Padova: CEDAM, v. II, 1938, p. 380).

³²⁷ Consoante Judith Martins-Costa, a boa-fé se apresenta como “norma que não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, pois só assim se estará a atingir a função social que lhe é cometida” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 457).

³²⁸ CABRAL, 2010, p. 231, *Op Cit.*

³²⁹ Art. 322. O pedido deve ser certo.

[...]

§ 2º. A interpretação do pedido considerará o conjunto da postulação e observará o princípio da boa-fé.

³³⁰ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 3º. A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

³³¹ THEODORO JR., 2015, p. 187-188, *Op Cit.*

da legítima confiança na conservação da primeira conduta e (iv) a quebra da confiança pelo contradizer comportamental³³².

Diversos institutos são extraíveis da vedação ao comportamento contraditório e encontram vasto campo de aplicação no ambiente processual³³³:

- a) O *venire contra factum proprium*, segundo clássica definição de Ludwig Enneccerus e Hans Carl Nipperdey, afirma que a ninguém é dado fazer valer um direito em contradição com sua conduta anterior, quando essa conduta interpretada objetivamente permite a conclusão de que não se a fará valer³³⁴;
- b) a *supressio*, similar ao adágio alemão da *Verwirkung*, inibe o exercício de um direito, até então reconhecido, pelo seu não exercício. Em outro ângulo, há a produção da *surrectio*, isto é, a aquisição de um direito pelo decurso do tempo, pela expectativa legitimamente estimulada por ação ou comportamento³³⁵. Conforme lição de Judith Martins-Costa, seriam pressupostos de aplicação "(i) o decurso de prazo sem exercício do direito com indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido e (ii) o desequilíbrio, pela ação do tempo, entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor"³³⁶;
- c) o *Tu quoque, Brute, fili mi* (ou simplesmente *tu quoque*), instituto que exprime perplexidade e surpresa com certa situação, aplica-se ao agente que, após violar uma norma, pretende exercer uma posição jurídica que a mesma norma lhe assegurava³³⁷.

Todos esses institutos devem permear a condução e o trato do processo e têm íntima relação com a teoria das nulidades e a prática dos atos processuais. O sistema da recorribilidade diferida por apelação ou contrarrazões de apelação das decisões interlocutórias não agraváveis (art. 1.009, §1º, do CPC/15³³⁸) exige, em atendimento ao princípio da boa-fé processual em seu

³³² CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 132.

³³³ Também neste sentido o Enunciado nº. 412 editado pela V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "As diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como *supressio*, *tu quoque*, *surrectio* e *venire contra factum proprium*, são concreções da boa-fé objetiva".

³³⁴ ENNECERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl. **Derecho civil**: parte general. Barcelona: Bosch, t. I, v. II, n. 208, p. 482, 1947.

³³⁵ Neste sentido, confira-se o voto do Ministro Luís Felipe Salomão do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso Especial 1426413/RJ, em 01/12/2016.

³³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo CC brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 217-219.

³³⁷ MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. **Revista Forense**, ano 100, v. 376, nov.-dez. 2004.

³³⁸ Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.

vetor da *supressio-surrectio*, que a parte que venha a querer recorrer daquela interlocutória se manifeste assim que proferida, sinalizando que futuramente poderá interpor o recurso. Caso assim não proceda, mesmo que não houvesse a redação do art. 278³³⁹, não mais poderia se insurgir contra aquela interlocutória, pois quebraria a legítima confiança gerada nos demais sujeitos do processo.

Outro exemplo de aplicação da boa-fé processual, dessa vez em seu vetor do *tu quoque*, ocorre na seguinte hipótese, trazida por Thomas M. Müller, citado por Antonio do Passo Cabral, “se em processo pretérito contra o mesmo oponente, uma parte nada alegou acerca da incompetência do juízo, não pode exigir o declínio quando de demanda similar no futuro”³⁴⁰.

A seu turno, a inadmissibilidade de recurso, após renúncia ao direito de recorrer ou aceitação tácita da decisão, mesmo que não houvesse previsão legal³⁴¹, é concreção do princípio da boa-fé processual na orientação do *venire contra factum proprium*.

Para além disso, a boa-fé processual impõe outros padrões comportamentais de fundo ético aos sujeitos do processo, especialmente às partes, como, por exemplo, ao determinar, no art. 77 do CPC/15, que são deveres delas: (i) a dedução dos fatos em juízo conforme a verdade; (ii) a não formulação de postulações sem fundamentos; (iii) a abstenção de produção de provas inúteis ou desnecessárias; (iv) o cumprimento exato das determinações judiciais etc.³⁴².

Destaque-se que a boa-fé é diretriz fundamental do processo contemporâneo, colaborando para a plena realização e estruturação de outros vetores interpretativos essenciais, como o contraditório, a cooperação e a duração razoável do processo. O agir contraditório e em

§ 1º. As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.

³³⁹ Art. 278. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

³⁴⁰ MÜLLER, Thomas M. *Gesetzliche und prozessuale Parteipflichten*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 2001, p. 111-112 *apud* CABRAL, 2010, p. 310, *Op Cit*.

³⁴¹ Art. 999. A renúncia ao direito de recorrer independe da aceitação da outra parte.

Art. 1.000. A parte que aceitar expressa ou tacitamente a decisão não poderá recorrer.

Parágrafo único. Considera-se aceitação tácita a prática, sem nenhuma reserva, de ato incompatível com a vontade de recorrer.

³⁴² Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;

III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;

IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;

V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;

VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

desacordo com a tutela da confiança impossibilita o amplo exercício do contraditório, impõe excessiva duração ao processo, desviando-o da satisfação do mérito, e não atende ao espírito cooperativo entre os sujeitos.

A partir dessas ideias, não há *processo justo* sem o princípio da boa-fé, sendo este o motivo pelo qual as partes não podem realizar negócios processuais que o subtraia ou reduza seu campo de incidência; de outro lado, qualquer convenção processual que venha a reforçar esse conteúdo ético, com a criação de deveres acessórios ou incremento das multas sancionatórias, será bem-vinda e possivelmente será admitida.

4.2.3.5 Fundamentação racional das decisões

Por essência, processo é procedimento realizado em contraditório, conforme lição amplamente difundida no direito brasileiro por Aroldo Plínio Gonçalves. Na atual quadra histórica, entende-se que integra o princípio do contraditório não mais é apenas a bilateralidade de audiência, contemplando igualmente o “direito de influência e dever de debate” (vide subitem 4.2.3.1), que produz profundos reflexos na fundamentação das decisões judiciais, conforme anota Antonio do Passo Cabral:

Nesse contexto, observamos que a compreensão do contraditório como direito de influência expressa a democracia deliberativa no processo: a sociedade pode influenciar os atos decisórios do Estado com a discussão argumentativa, e o contraditório é o princípio processual que coloca em prática esse procedimento dialógico, abrindo o palco jurisdicional para o debate participativo e pluralista. O juiz, dentro de suas prerrogativas funcionais, pode considerar incorretos os argumentos utilizados pelas partes, mas deve, no que diz respeito ao direito de influência, considerá-los, fazendo menção expressa às teses propostas pelos sujeitos do processo. É o dever de atenção às alegações, **intrinsecamente ligadas ao dever de fundamentação das decisões estatais** e ao direito conexo dos cidadãos de ver sua linha argumentativa considerada pelo juiz (*Recht auf Berücksichtigung*)³⁴³ (tradução livre do italiano) (grifei).

³⁴³ “*In questo contesto, osserviamo che la comprensione del contraddittorio come diritto di influenza esprime la democrazia deliberativa nel processo: la società può influenzare gli atti decisori statali con la discussione argomentativa, ed il contraddittorio è il principio processuale che mette in pratica questo procedimento dialogico, aprendo il palco giurisdizionale al dibattito partecipativo e pluralista (14). Il giudice, all’interno delle sue prerogative funzionali, può considerare errati gli argomenti usati dalle parti, ma deve, per quanto riguarda il diritto di influenza, prenderli in considerazione, facendo menzione espressa dalle tesi proposte dai soggetti processuali. È il dovere d’attenzione alle allegazioni, intrinsecamente collegato al dovere di motivazione delle decisioni statali ed al correlato diritto dei cittadini di vedere la loro linea argomentativa considerata dal giudice (Recht auf Berücksichtigung)*” (CABRAL, Antonio do Passo. *Il Principio del Contraddittorio come Diritto D’influenza e Doveri di Dibattito. Rivista di Diritto Processuale*. Disponível em: <http://uerj.academia.edu/AntonioCabral/Papers/144620/Il_principio_del_contraddittorio_come_diritto_dinfluenza_e_dovere_di_dibattito>. Acesso em: 27.04.2018).

A correta fundamentação dos pronunciamentos judiciais é medida intrinsecamente ligada ao direito do contraditório e que viabiliza o próprio conceito de *processo justo*, porquanto permite um real ambiente de debate processual. Visto que o contraditório implica o direito daquele que virá a ser atingido pela decisão dela participar, ao juiz é imposto fundamentá-la, exatamente para pontuar os equívocos e acertos dos interessados na construção do Direito³⁴⁴.

Para além disso, a fundamentação das decisões é uma garantia histórica³⁴⁵ contra o arbítrio e a discricionariedade do órgão julgador, ao permitir o controle não apenas pelas partes, como também pela sociedade³⁴⁶.

Porém, seria *fundamentar* o mesmo que *motivar* a decisão? A apresentação de qualquer motivo pelo magistrado seria suficiente para atender ao comando do *processo justo*?

Não são sinônimos no contexto processual. A motivação representa menos do que a fundamentação³⁴⁷. A motivação consistiria no apontamento pelo juiz de elementos que ele isolada e solitariamente considerou mais relevantes e que o tenham levado àquela decisão. Fundamentar validamente não é explicar a decisão. O juiz que se limita a invocar texto de lei, entendimento sumular ou precedente de tribunal, sem justificar a escolha, não fundamenta. Aliás, qualquer escolha “livre” de sentido não fundamenta o julgado; é da substância da decisão judicial que o órgão judicante diga por que acolheu as razões da parte vencedora, bem como exponha o porquê da rejeição das teses da parte sucumbente³⁴⁸.

O CPC/15, à diferença de seu texto originário apresentado ao Senado (PLS nº. 166/2010), eliminou as disposições que permitiam a redução da *fundamentação* à simples

³⁴⁴ OMMATI, José Emílio Medauar. A fundamentação das decisões jurisdicionais no projeto do Novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre *et al.* **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: Jus Podivm, 2014, v. III, p. 108.

³⁴⁵ Conforme explica Michele Taruffo, a necessidade de fundamentação das decisões é um fenômeno histórico relativamente recente, localizado na segunda metade do século XVIII. E sequer se pode dizer que se tratou de um fenômeno geral na Europa Continental, pois cada nação experimentou diferentes formatações (TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Tradução de Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Trotta, 2011, p. 315).

³⁴⁶ SCARPINELLA BUENO, Cássio. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. 4. ed., São Paulo: Saraiva, v. 1, 2010, p. 166.

³⁴⁷ “Evidentemente que motivação não é o mesmo que fundamentação. Admitir que motivação seja igual ou possa substituir o conceito de fundamentação é afirmar que o juiz primeiro decide — e para isso teria total liberdade — e, depois, apenas motiva aquilo que já escolheu. É/seria a morte da Teoria do Direito e do Direito Processual, porque a decisão ficaria refém da (boa ou má) vontade (de poder) do julgador. Se isso é/fosse verdade, o processo seria inútil. E tudo se transforma(ria) em argumentos finalísticos-teleológicos” (STRECK, Lênio. **Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC**. Conjur, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>. Acesso em 01.05.2018).

³⁴⁸ RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 41-42.

motivação. A *motivação*, intrinsecamente relacionada ao *livre convencimento motivado*, foi suprimida da lei processual, justamente por não ser condizente com o *processo justo*³⁴⁹.

Apenas a fundamentação, que pressupõe a necessária abertura dialógica e impõe a necessidade de o magistrado convencer as partes e a sociedade da correção de sua decisão, atende ao comando do princípio do contraditório como garantia de influência e, portanto, satisfaz os reclamos do processo contemporâneo³⁵⁰.

Nesse sentido, o art. 489, §1º³⁵¹, do CPC/15 demonstra relevante preocupação do legislador com a qualidade da decisão judicial, de modo que ela não esteja apenas motivada, mas sim fundamentada, refletindo a essência do texto constitucional (em especial, do art. 93, IX³⁵², da Constituição Federal). Não basta que o juiz “escolha” o sentido do texto legal ou a

³⁴⁹ Nesse sentido observa Lênio Luiz Streck: “[...] Pois bem. Depois de muita discussão, o relator do Projeto, Deputado Paulo Teixeira, aceitou minha sugestão de **retirada do LC [livre convencimento]**. Considero isso uma conquista hermenêutica sem precedentes no campo da teoria do direito de *terrae brasilis*. O Projeto, até então, adotava um modelo solipsista *stricto sensu*: veja-se que o artigo 378 falava que “O juiz apreciará livremente a prova...”. Já o artigo 401 dizia que “A confissão extrajudicial será livremente apreciada...”. E no artigo 490 lia-se que “A segunda perícia não substitui a primeira, cabendo ao juiz apreciar livremente o valor de uma e outra”. Portanto, **todas as expressões que tratavam do LC foram expungidas do NCPC**. O LC passou a ser um apátrida gnosiológico. Assim, se alguém quiser invocar a tese de que “mesmo sem constar no NCPC, o juiz tem, sim, LC”, invoco eu uma coisa prosaica, que se aprende no primeiro ano até mesmo na Faculdade do Balão Mágico: a da interpretação histórica (aliás, sobre isso falamos no Parlamento, longamente, Paulo Teixeira, Fredie e eu no dia da emenda). Mormente se algo é expungido da lei. Mas, mais importante ainda nesse contexto é a justificativa sugerida por mim e acatada, em termos gerais, pelo Deputado Paulo Teixeira (aqui está resumida): “embora historicamente os Códigos Processuais estejam baseados no livre convencimento e na livre apreciação judicial, não é mais possível, em plena democracia, continuar transferindo a resolução dos casos complexos em favor da apreciação subjetiva dos juízes e tribunais. (...) O livre convencimento se justificava em face da necessidade de superação da prova tarifada. (...)”. O relator Paulo Teixeira entendeu muito bem o problema. A nossa pergunta pelo processo jurisdicional democrático começa a ser respondida da seguinte forma: o processo deve ser pautado por direitos e suas disposições têm o sentido de limite, de controle. O processo deve servir como mecanismo de controle da produção das decisões judiciais. E por quê? Pelo menos por duas razões:

a uma, porque, como cidadão, tenho direitos, e, se eu os tenho, eles me devem ser garantidos pelo tribunal, por meio de um processo; a duas, porque, **sendo o processo uma questão de democracia, eu devo com ele poder participar da construção das decisões que me atingirão diretamente [...]** (grifei) (STRECK, Lênio Luiz. **Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>. Acesso em: 29.04.2018).

³⁵⁰ THEODORO JR., 2015, p. 304, *Op Cit.*

³⁵¹ Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

[...]

§ 1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

³⁵² Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

norma que lhe pareça cabível para a resolução do caso concreto, como se o fizesse de forma solitária; é imprescindível que os argumentos relevantes das partes sejam analisados e expressamente acolhidos ou repelidos. Ademais, são expressamente vedadas, porquanto não fundamentadas, decisões genéricas e abstratas.

A análise criteriosa das postulações das partes, fruto de um contraditório bem desenvolvido, por mais que sob a ótica de certo processo leve mais tempo para ser produzida, certamente é benéfica para o exame macroscópico do sistema, vez que otimiza o debate, impede idas e vindas processuais (proliferação de recursos), favorecendo a estabilidade e a integridade decisória (o que reduz, em contrapartida, a anarquia jurisprudencial, conforme exige o art. 926³⁵³ do CPC/15).

Desse modo, o *processo justo* não mais permite que o magistrado seja “livre” para escolher entre um e outro sentido do texto legal, entre um fato e outro, entre uma prova e outra, como se essa construção fosse um ato solitário e sem aporte de elementos por outros sujeitos. O ato decisório é solitário, sua construção não. A fundamentação racional das decisões, como reflexo do princípio do contraditório, demanda que aqueles que irão ser atingidos pelo ato do Estado-juiz possam dele participar. E esses aportes argumentativos devem constar do ato decisório, sob pena de invalidade.

Partindo dessa lógica, pelo fato de a fundamentação racional das decisões ser uma consequência direta da atuação do princípio do contraditório, ela integra o conceito de núcleo duro de direitos processuais. Logo, é inválido qualquer acordo entre as partes que subtraia o dever de fundamentação racional das decisões judiciais.

4.2.3.6 Sistemática de precedentes

A homogeneização da sociedade, introjetada a partir do século XX, produziu efeitos sobre as relações individuais. Na tratativa das questões massificadas, os detalhes fático-jurídicos de cada caso não lhes impõem uma solução completamente autônoma, especialmente

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

³⁵³ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

em razão da semelhança entre causas de pedir, pedidos e da possibilidade de replicação em larga escala³⁵⁴.

As tutelas jurisdicionais, por força da necessidade de tratamento conjunto, exigiram, na abordagem dessas situações homogêneas, a incidência de complexos valorativos de cunho metaindividual (como, por exemplo, segurança jurídica, isonomia, celeridade e adequada administração judiciária), colocando em crise a eficiência do modelo clássico de processo, idealizado para a resolução de demandas não repetitivas³⁵⁵.

O manejo de demandas repetitivas na sistemática de um processo desenvolvido para o trato de demandas individuais gerou uma série de problemas e desconfortos, como (i) a superlotação das serventias judiciais com demandas idênticas ou próximas, (ii) o potencial contraste de decisões (motivado pela superficialidade do tratamento) entre sujeitos que se encontrem frente ao mesmo quadro fático (ofensa à isonomia), (iii) a discrepância de defesa técnica entre o litigante eventual e o habitual e (iv) a completa anarquia legislativa advinda da ausência de mecanismos que proporcionassem coerência e estabilidade decisória³⁵⁶.

No entanto, igualmente as demandas individuais (ou “de varejo”), sobre as quais o processo originalmente foi idealizado, sofreram fortes abalos com a estruturação tradicional: a anarquia jurisprudencial e a instabilidade decisória, em um sistema despido de qualquer necessidade de coerência entre os órgãos julgadores, afetaram sobremaneira a imperiosa previsibilidade jurídica e, conseqüentemente, a celeridade processual.

Enfim, pode-se afirmar que tanto o trato das demandas individuais quanto das repetitivas, sob a égide do modelo processual tradicional, mostrou-se ineficiente e absolutamente distante dos anseios de um processo qualificado como *justo*, seja por falhar na segurança jurídica esperada pelos litigantes, seja pela ausência de unidade na aplicação do direito, seja ainda pelo não atendimento da duração razoável do processo.

Dessa forma, com Marcelo Veiga Franco, pode-se concluir que “a formação de uma *teoria dos precedentes judiciais* no Brasil, com regulamentação e regras próprias (*rules of precedents*), é imprescindível para concretizar, na prática, o ideal do processo justo”³⁵⁷.

A construção de um real e efetivo sistema de precedentes, permeado por coerência e estabilidade decisional, outorga ao processo previsibilidade, celeridade, igualdade de

³⁵⁴ BARBOSA DUTRA, Victor. **O desafio do contraditório na tutela de casos repetitivos do CPC/15**. 2016. 141 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016, p. 56.

³⁵⁵ BARBOSA DUTRA, 2016..p. 56-57, *Op Cit*.

³⁵⁶ THEODORO JR., 2015, p. 324, *Op Cit*.

³⁵⁷ FRANCO, 2016, p. 116, *Op Cit*.

tratamento entre os jurisdicionados e influi na melhora da fundamentação das decisões e na concreção da imparcialidade do julgador³⁵⁸.

Seguindo essa lógica, o CPC/15 acolheu o sistema de precedentes judiciais³⁵⁹, cujas bases assentam na *teoria do stare decisis*³⁶⁰, de modo a promover a unidade do direito a partir do trabalho desenvolvido pelos juízes em todos os graus de jurisdição³⁶¹. A unidade do direito seria consagrada mediante a uniformização da jurisprudência pelos julgadores, recaindo sobre eles o dever de mantê-la estável, íntegra e coerente, conforme determina o art. 926³⁶² do CPC/15.

A característica da *estabilidade* impõe o dever aos magistrados tanto de uniformizar a jurisprudência quanto de não ignorar ou modificar de forma arbitrária e discricionária decisões pacificadas a respeito de certa matéria³⁶³. Isso não quer dizer que o entendimento sobre determinada questão seja imutável, tornando rígida e engessada sua interpretação, o que esbarraria na própria evolução do direito; o que se projeta em termos de estabilidade decisória é que a superação do entendimento seja adequadamente justificada, adotando-se o devido respeito à segurança jurídica e ao contraditório³⁶⁴.

Esse dever de uniformização, conforme anota Délio Mota de Oliveira Jr., “estabelece a vinculação vertical dos precedentes judiciais, na qual o órgão julgador leva em consideração a

³⁵⁸ FRANCO, 2016, p. 116, *Op Cit.*

³⁵⁹ Nesse sentido, Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves e Guilherme Bacelar pontuam que “[o] novo CPC, instituído pela Lei 13.105/2015, visa a instaurar, de forma sistematizada e absolutamente inédita no País, um sistema de precedentes judiciais, que coloca em destaque o papel dos Tribunais Superiores, que confere enorme relevo aos recursos extraordinário e especial repetitivos, e que se preocupa em avançar bastante na concretização dos princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da igualdade” (GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; e BACELAR, Guilherme. **O prospective overruling nas supremas cortes brasileiras: a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões revogadoras de precedentes consolidados à luz da dogmática jurídica moderna e do novo Código de Processo Civil – CPC/2015**. Revista de Processo | vol. 258/2016 | p. 357 - 385 | Ago / 2016).

³⁶⁰ “*Stare decisis* é uma expressão latina que significa, literalmente, ‘concordar com ou aderir a casos já decididos’, em direito esta expressão está ligada ao respeito dos próprios tribunais aos casos-precedentes. Quando um tribunal estabelece uma regra de direito aplicável a certos conjuntos de fatos considerados relevantes do ponto de vista jurídico, tal regra deverá ser seguida e aplicada em todos os casos futuros em que se identifiquem fatos ou circunstâncias similares” (ZANETTI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. 2. ed., Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 311).

³⁶¹ OLIVEIRA JR., Délio Mota de. **Distinção e superação dos precedentes judiciais no processo civil brasileiro**: garantia aos direitos fundamentais do contraditório e da fundamentação. 2017. 197 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017, p. 111.

³⁶² Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

³⁶³ “[A]o formar o precedente o Tribunal Superior deverá levar em consideração todo o histórico de aplicação da tese, sendo inviável que o magistrado decida desconsiderando o passado de decisões acerca da temática. E mesmo que seja uma hipótese de superação do precedente (*overruling*) o magistrado deverá indicar a reconstrução e as razões (fundamentação idônea) para a quebra do posicionamento acerca da temática”(NUNES, Dierle. **Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva**. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. Revista de Processo, v. 199, ano 36, São Paulo: RT, set. 2011, p. 66-67).

³⁶⁴ OLIVEIRA JR., 2017, p. 111, *Op Cit.*

tese jurídica fixada pelo tribunal hierarquicamente superior a ele; bem como a vinculação horizontal, em que o tribunal que formou a *ratio decidendi* tem o dever de observar os seus próprios precedentes”^{365,366}.

As marcas da *integridade* e da *coerência* no trato do direito jurisprudencial, por sua vez, instituem aos juízes o dever de não contradição, a proibição ao órgão julgador que decida casos símiles de forma contrária às decisões anteriores, salvo se for hipótese de superação (*overruling*) ou distinção (*distinguishing*) da tese jurídica. A interpretação do direito se daria, então, de forma construtiva, como se fosse um romance, conforme lição de Ronald Dworkin³⁶⁷: o julgador, para decidir o novo caso que se ponha diante de si, tal qual o escritor quando vai escrever um novo capítulo, deve levar em consideração as decisões precedentes (capítulos anteriores, para o romancista), como se fosse uma obra em cadeia.

A *coerência* é um elemento de realização da igualdade, pois o direito jurisprudencial apenas será coerente se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos³⁶⁸.

Já a *integridade* impõe que os magistrados construam seus argumentos de forma ajustada ao conjunto do direito, transformando-se em uma defesa contra arbitrariedades interpretativas³⁶⁹. A *integridade*, portanto, dialoga com a exigência de que o juiz tenha em consideração o texto normativo, bem como faça referência ao passado de construção das decisões anteriores, não podendo partir de um “grau zero de sentido”. A esse respeito é o destaque de Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes e Alexandre Melo Franco Bahia:

[...] em face da pressuposição brasileira de que os Ministros (juízes) devem possuir liberdade decisória, cria-se um quadro de “anarquia interpretativa” na qual nem mesmo se consegue respeitar a história institucional da solução de um caso dentro de um mesmo tribunal. Cada juiz e o órgão do tribunal julgam a partir de um “marco zero” interpretativo, sem respeito à integridade e ao

³⁶⁵ OLIVEIRA JR., 2017, p. 111-112, *Op Cit.*

³⁶⁶ Sobre o assunto, válida a observação de Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedro de que a discussão no Brasil é ainda mais chocante, pois não raro veem-se os próprios juízes, sem qualquer referência à decisão anterior, desrespeita seus pronunciamentos pretéritos: “Se a discussão em outros sistemas seria se o Tribunal respeita seus próprios entendimentos (vinculação horizontal) e se respeita os entendimentos dos Tribunais Superiores (vinculação vertical), aqui o desafio é o de perquirir se o julgador respeita suas próprias decisões, uma vez que se torna cada vez mais recorrente que encontremos, em curto espaço de tempo, decisões de um mesmo juiz com posicionamentos claramente opostos sobre casos idênticos, sem que ocorra qualquer motivação ou peculiaridades que os distingam” (THEODORO JR., 2015, p. 341, *Op Cit.*).

³⁶⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 221 e ss.

³⁶⁸ STRECK, 2016, *Op Cit.*,

³⁶⁹ “A integridade é antitética ao voluntarismo, do ativismo e da discricionariedade. Ou seja: por mais que o julgador desgoste de determinada solução legislativa e da interpretação possível que dela se faça, não pode ele quebrar a integridade do Direito, estabelecendo um “grau zero de sentido”, como que, fosse o Direito uma novela, matar o personagem principal, como se isso - a morte do personagem - não fosse condição para a construção do capítulo seguinte” (STRECK, 2016, *Op Cit.*).

passado de análise daquele caso; permitindo a geração de tantos entendimentos quantos sejam os juízes³⁷⁰.

Para além de exigirem a referência aos argumentos presentes em padrões decisórios pretéritos, a coerência e a integridade também demandam que haja o enfrentamento pelo órgão julgador de todos os argumentos relevantes suscitados pelos sujeitos processuais^{371,372}, havendo, portanto, vínculo estreito entre sistema de precedentes, a fundamentação racional das decisões e contraditório.

Portanto, a exigência de que as decisões sejam íntegras e coerentes, incumbindo aos juízes e tribunais manterem-nas estáveis, é traço marcante do *processo justo*, pois concretiza uma garantia do jurisdicionado frente ao Estado-juiz de não ser surpreendido pelo entendimento voluntarista do órgão julgador, outorgando legitimidade, segurança jurídica e celeridade ao procedimento.

Nessa linha de princípios, por força de o sistema de precedentes ser qualidade marcante do *processo justo*, integrando o núcleo duro de princípios e garantias processuais, não é dado às partes que realizem convenções processuais que derroguem ou reduzam a aplicabilidade do sistema de precedentes. A título de exemplo, acordo sobre o procedimento que subtraia do juiz a possibilidade de se conceder tutela de evidência quando houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante seria inválido; de igual maneira, negócio processual que dispense o juiz de observar precedentes obrigatórios, tal qual exige o art. 927 do CPC/15³⁷³, igualmente teria sua nulidade declarada.

³⁷⁰ NUNES, Dierle; THEODORO JR., Humberto; BAHIA, Alexandre. **Breves considerações da politização do Judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro**: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. Revista de Processo, São Paulo: RT, ano 35, n. 189, p. 43, nov. 2010.

³⁷¹ DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. In: DIDIER JR., Fredie *et al.* (coord.). **Precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 389.

³⁷² “[...] uma de nossas características é a que permite, mediante a técnica recursal, o julgamento para a formação de precedentes. E, se assim adotamos a formação de julgados, devemos consolidar modificação que garantam que o tribunal, desde o primeiro julgamento, **busque um esgotamento discursivo do caso levando em consideração todos os argumentos relevantes daquele caso**” (THEODORO JR., 2015, p. 346, *Op Cit.*) (grifei).

³⁷³ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

- I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
- II - os enunciados de súmula vinculante;
- III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;
- IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;
- V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

4.2.3.7 Publicidade dos atos processuais

Compõe a garantia de *processo justo* a publicidade de seus atos³⁷⁴. A abertura ao conhecimento público não se faz necessária apenas no campo do processo, mas sim de todo e qualquer sistema que se diga democrático (é dizer, que não se funde na força, na exceção e no autoritarismo). A democracia é a antítese do que é secreto, do que não está sob as luzes. A publicidade é uma contrapartida que provê segurança e garantia contra a falibilidade e arbitrariedade do poder estatal³⁷⁵.

É estreme de dúvidas de que interessa à própria Justiça que a condução e o resultado de seus trabalhos sejam públicos. Como destaca Rui Portanova, “a publicidade é um anteparo contra qualquer investida contra a autoridade moral dos julgamentos. O ato praticado em público inspira mais confiança do que o praticado às escondidas”³⁷⁶.

Trata-se a publicidade dos atos processuais de direito fundamental que compreende duas funções básicas: (i) proteger as partes contra juízos arbitrários e secretos, o que reforça a necessidade de órgão julgador imparcial e Poder Judiciário independente; (ii) permitir o controle da opinião pública sobre os serviços oferecidos pelo Poder Judiciário³⁷⁷.

Vê-se, portanto, que a publicidade se revela em duas dimensões, *interna* (volta para as partes) e *externa* (direcionada para os terceiros e para a coletividade como um todo).

³⁷⁴ “A publicidade é elemento indispensável para a conformação do processo justo” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 510, *Op Cit.*).

³⁷⁵ PORTANOVA, 2013, p. 167-168, *Op Cit.*

³⁷⁶ PORTANOVA, 2013, p. 168, *Op Cit.*

³⁷⁷ Na frase de Eduardo Couture, “em última análise o povo é o juiz de todos os juízes” (tradução livre do espanhol) (COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958, p. 192).

Tanto a Constituição Federal (artigos 5º, LX³⁷⁸, 93, IX e X³⁷⁹), quanto o CPC/15 (artigos 8º³⁸⁰ e 11³⁸¹) estabeleceram a garantia da publicidade dos atos processuais, sendo permitida sua restrição apenas na dimensão externa e exclusivamente motiva pela defesa da intimidade e do interesse social³⁸². Assim, não é possível que às próprias partes que venham a sofrer os efeitos de determinado ato judicial (aí incluída, obviamente, a decisão) seja restringido o direito de acesso ao conteúdo integral daquele comando estatal; tampouco é aceitável que haja restrição, mesmo na dimensão externa, com base em argumentos que não se encaixem no resguardo da intimidade ou do interesse social.

A preocupação do legislador em não se ampliar demasiadamente essa restrição ao princípio da publicidade é visível. O art. 189 do CPC/15 enumera exhaustivamente as hipóteses, sempre em observância ao comando constitucional (qualquer restrição deve estar calcada na defesa da intimidade ou do interesse social, apenas), dispondo que a publicidade dos atos processuais pode ser afastada quando o processo versar sobre (i) casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes; (ii) arbitragem ou que dos autos processuais constem; (iii) dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; ou ainda quando (iv) assim exigir o interesse público ou social.

³⁷⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

³⁷⁹ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros;

³⁸⁰ 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.

³⁸¹ Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.

Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.

³⁸² Rui Portanova interpreta extensivamente o comando constitucional, apresentando mais hipóteses que dariam ensejo à restrição ao princípio da publicidade: “Alguns temas costumam ensejar a exceção ao princípio da publicidade. São exemplos: a defesa nacional, a ordem pública, a intimidade dos interessados, a moral, os bons costumes e a defesa da família. Busca-se, com a restrição da publicidade, evitar a curiosidade geral, as consequências desastrosas, a perturbação da ordem, a apreensão do povo, o alarme, o tumulto, o apavoramento, a marca negativa e a afronta à dignidade das pessoas físicas e jurídicas, sejam de direito privado ou público” (PORTANOVA, 2013, p. 169, *Op Cit*).

Frise-se que o princípio da publicidade dialoga e potencializa outros direitos processuais componentes do núcleo duro que compõe o conceito de *processo justo*. Fredie Didier Jr. bem observa que “há uma íntima relação entre o princípio da publicidade e a regra da motivação das decisões judiciais, na medida em que a publicidade torna efetiva a participação no controle dessas mesmas decisões”^{383,384}. Também anota que “[e]m um sistema de precedentes obrigatórios, como o brasileiro, a publicidade ganha contornos ainda mais peculiares e importantes. Todo o processo passa a ser de interesse de várias pessoas, pois dele pode resultar um precedente aplicável a casos atuais e futuros”³⁸⁵.

Dessa forma, parece não haver dúvidas de que o princípio da publicidade dos atos processuais integra o núcleo duro de direitos processuais, de modo que não pode ser esvaziado ou suprimido, sob pena de atentar contra a própria essência de *processo justo*.

Logo, não seria permitido às partes aumentar negociadamente as hipóteses de tramitação de processo em segredo de justiça^{386,387}, inclusive porque ao assim fazerem estariam ofendendo o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, porquanto o princípio da publicidade outorga um direito a toda coletividade de acesso e consulta a qualquer ato processual. Sob outro ângulo, tampouco seria permitido ao juiz passar o manto do segredo de justiça sobre o processo, restringindo a publicidade dos atos, oficiosamente³⁸⁸.

Situação diversa que entendo como válida, à luz do raciocínio aqui empreendido, é a convenção pelas partes de que determinados atos processuais tenham sua publicidade

³⁸³ DIDIER JR., Curso..., 2015, p. 88, *Op Cit.*

³⁸⁴ Nesse sentido, parece fácil notar que o princípio da publicidade também permite se extrair mais do princípio do contraditório, porquanto permite que sejam desenvolvidas críticas racionais, pelos próprios litigantes, ao pronunciamento judicial.

³⁸⁵ DIDIER JR., Curso..., 2015, p. 88, *Op Cit.*

³⁸⁶ Nessa linha de ideias, Antonio do Passo Cabral afirma que “[n]ão é possível tampouco deliberar, por convenção, que um determinado processo correrá em segredo de justiça” (CABRAL, 2016, p. 270, *Op Cit.*). Fredie Didier Jr., também na mesma linha, enfatiza que “o art. 190 do CPC autoriza a celebração de negócios processuais atípicos. Não se admite, porém, o pacto de sigilo processual, um “segredo de justiça” de origem negocial. Caso desejem o processo sigiloso, as partes devem encaminhar-se para a arbitragem” (DIDIER JR., Curso..., 2015, p. 87-88, *Op Cit.*).

³⁸⁷ O Enunciado n.º. 37 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) também preconiza esse entendimento afirmando que “[s]ão nulas, por ilicitude do objeto, as convenções processuais que violem as garantias constitucionais do processo, tais como as que: a) autorizem o uso de prova ilícita; b) **limitem a publicidade do processo para além das hipóteses expressamente previstas em lei**; c) modifiquem o regime de competência absoluta; e d) dispensem o dever de motivação” (<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf> – acesso em 01.05.2018) (grifei)

³⁸⁸ Neste ponto, discordo da orientação dada por Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero de que seria possível excepcionalmente o juiz aumentar o rol de situações restritivas da publicidade dos atos processuais, já que a lei não dá essa margem de atuação ao órgão julgador: “[...] é tarefa do legislador infraconstitucional densificar os casos em que é necessária *restrição* em nome da “defesa da intimidade” ou em função do “interesse social” (exemplo, art. 189) ou *mediatização* para proteção do “direito à intimidade”. A destinação primária, contudo, **não impede o juiz de concretizar excepcionalmente o regime de publicidade restrita e mediata para realização da tarefa constitucional de proteção à intimidade e ao interesse social no processo**” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 511, *Op Cit.*)

restringida. É exemplo a juntada em um processo de prontuário ou laudo médico que lide diretamente com a intimidade do paciente-jurisdicionado. Entendo que as partes, conjunta ou isoladamente (hipótese em que tecnicamente não se amoldaria ao conceito de negócio processual), poderiam convencionar ou demandar (caso feito solitariamente) que o referido documento seja gravado com sigilo, a fim de não expor a intimidade do seu titular.

4.2.3.8 Princípios que expressamente não o integram

Procurou-se, na construção do difícil e falível trabalho de identificar os direitos processuais que comporiam o núcleo duro de princípios e garantias processuais, entender o que seria o processo democrático contemporâneo (ou seja, o chamado *processo justo*) e suas bases. Viu-se que *processo justo* “é aquele que se volta para as garantias processuais constitucionais”³⁸⁹. Frisou-se igualmente, com lastro no entendimento de Marcelo Veiga Franco, que *processo justo* “traduz um devido processo legal dinâmico e substancial, vale dizer, um modelo de processo cuja estrutura constitucional é pautada na materialização de uma tutela jurisdicional legítima, efetiva, adequada e, sobretudo, justa”³⁹⁰.

Desse modo, concluiu-se que dentro do núcleo duro de direitos processuais estão os seguintes princípios e garantias: (i) contraditório; (ii) cooperação; (iii) duração razoável do processo; (iv) boa-fé processual objetiva; (v) fundamentação racional das decisões; (vi) sistemática de precedentes; e, por fim, (vii) publicidade dos atos processuais. Todos os mencionados direitos interagem entre si e, somados, se potencializam. Do seu somatório alcança-se a estrutura do *processo justo*.

Isso naturalmente não quer dizer que eventuais direitos processuais que não o integrem não tenham importância ou função na dinâmica processual. Os princípios do juiz natural, do duplo grau de jurisdição, da busca da verdade, da sucumbência, etc. inquestionavelmente exercem (ou exerceram) relevante papel de defesa do cidadão perante o autoritarismo e a discricionariedade do Estado ou contribuíram para um julgamento mais lúdimo. Não se quer dizer que todos devem ser suprimidos pelas partes contratantes em um negócio processual; o que se pretende dizer é justamente que as partes possam sobre eles negociar (aí incluída a renúncia) caso entendam que a disposição de um deles lhes trará mais benefícios.

A ausência dos princípios que não integrem direta ou indiretamente o núcleo duro de princípios e garantias não afetará o pleno desenrolar do processo. É certo que, sob algum

³⁸⁹ THEODORO JR., 2015, p. 67, *Op Cit.*

³⁹⁰ FRANCO, 2016, p. 39, *Op Cit.*

aspecto, haverá uma redução de prerrogativas das partes, porém a essência do processo estará intacta, permitindo que este continue a ser mecanismo legítimo e democrático de solução da crise de direito material (o que, aliás, é o fim último do processo civil).

4.3 Conclusão do capítulo 4

A ascensão da autonomia da vontade no processo civil, como fruto de uma sociedade democrática e com apego à necessidade de transformação da realidade social com o processo, permitiu aos jurisdicionados a influência e a comparticipação na construção dos provimentos jurisdicionados que têm em mira afetá-los mediante a resolução da crise de direito material posta. A teoria dos negócios processuais vem ao encontro dessa nova perspectiva processual oportunizando às partes que a tutela jurisdicional que sobre elas penderá possa ser moldada por via de influência argumentativa e por meio de ajustes no procedimento.

Construiu-se ao longo do capítulo 4, por intermédio da revisão e apropriação de conceitos estabelecidos pela literatura processual, uma sistemática de controle de validade e eficácia dos negócios processuais, justamente com o objetivo de fortalecer a autonomia da vontade no processo, porém com absoluto respeito aos seus pilares principiológicos. A preocupação no desenvolvimento desse projeto de aferição dos limites centrava em evitar uma visão altamente redutora das convenções processuais, em que o espaço de negociação praticamente se restringisse às hipóteses típicas previstas no ordenamento processual; por outro lado, procurou-se igualmente não permitir que o uso inadequado dos acordos sobre o procedimento pudesse levar à desnaturalização do processo, com a permissão de expedientes ilícitos, não cooperativos, obscuros e descolados de uma ideia macroscópica de Judiciário.

Dentro da sistemática desenvolvida, partiu-se da premissa de que o intérprete deve estar acompanhado, em toda a análise de controle de validade e eficácia das convenções processuais, por **quatro critérios interpretativos**: (i) a máxima *in dubio pro libertate*; (ii) a decretação de invalidade apenas em último caso; (iii) a autonomia das convenções processuais em relação às demais cláusulas contratuais; e que (iv) o controle dos limites se dê em contraditório.

Em seguida, partiu-se para o **primeiro filtro** na aferição dos limites: atendem aos pressupostos e requisitos de validade e eficácia os negócios processuais que, (i) no contexto de litígios versem sobre direitos que admitam autocomposição, sejam celebrados (ii) de forma livre, informada e sem vulnerabilidades lesivas, por partes (iii) capazes, incidindo sobre (iv) objeto (procedimento ou direitos, poderes, faculdades, ônus e deveres processuais) jurídica e fisicamente possível, determinado ou determinável, lícito (não infringente às normas cogentes

e respeitador da ordem pública processual), (v) antes ou durante o processo, mediante adoção de forma oral ou escrita e (vi) sem gerar externalidades ou custos a terceiros.

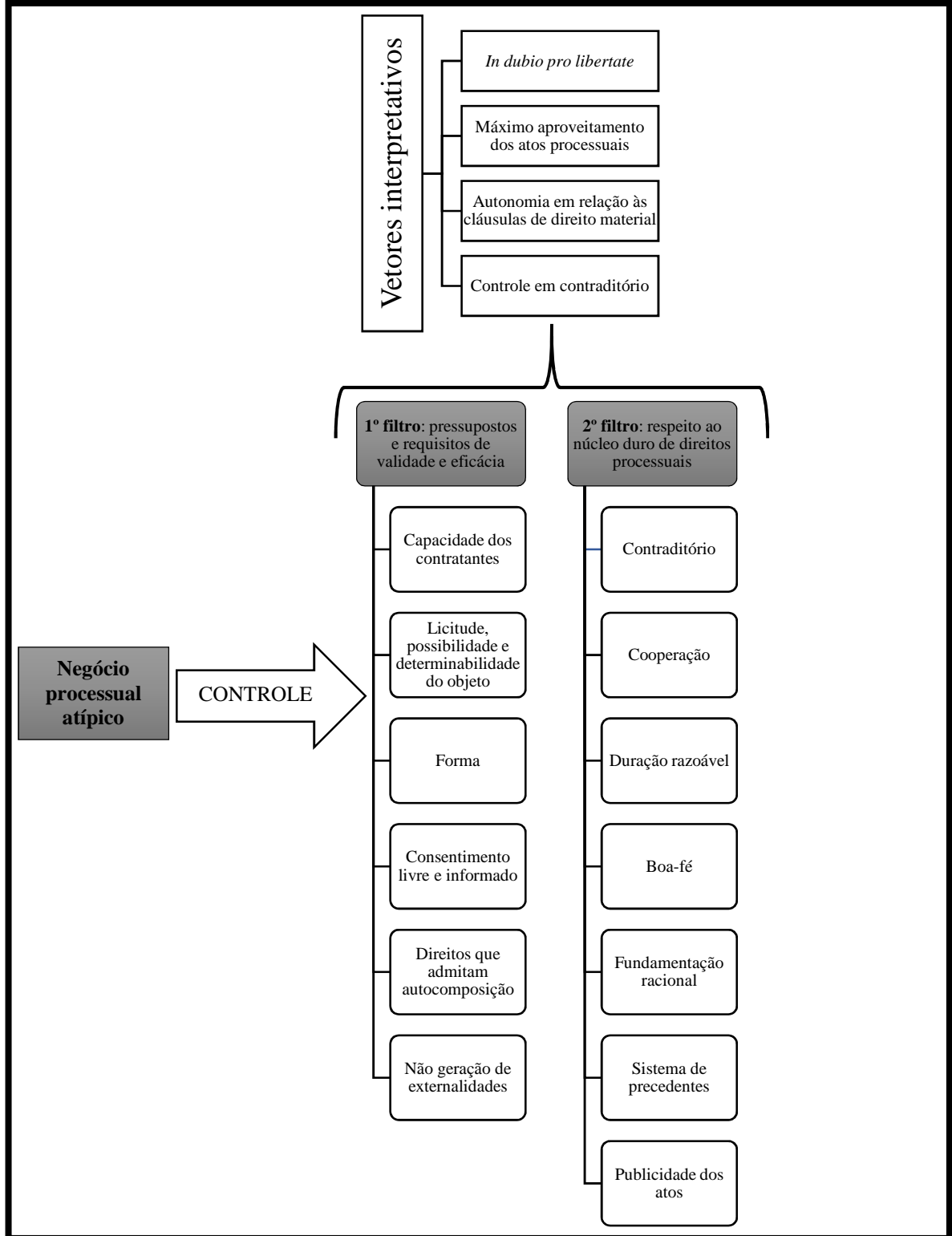
Concomitantemente a essa primeira análise, o intérprete deve ter em mente um **segundo filtro**: a avença deverá respeitar o núcleo duro de princípios processuais, isto é, os direitos e garantias fundamentais do processo que compõem o conceito de *processo justo* e que, se ausentes isolada ou conjuntamente, fulminam a própria essência do processo do contemporâneo.

Qualquer convenção processual que elimine ou subtraia do processo os pilares do (i) contraditório, (ii) da cooperação entre os sujeitos, (iii) da duração razoável, (iv) da boa-fé processual objetiva, (v) da fundamentação racional das decisões, (vi) da obediência à sistemática de precedentes e (vii) da publicidade dos atos processuais será inválida, precisamente por ferir de morte a substância do processo civil democrático.

Os demais direitos processuais, apesar de reconhecidamente importantes para a construção das bases do processo civil em perspectiva histórica, podem ser objeto de renúncia pelas partes, justamente por sua ausência não afetar a concreção do *processo justo*.

Veja-se, de forma didática, a conformação da sistemática de controle de validade e eficácia dos negócios jurídicos processuais aqui apresentada:

FIGURA 2 - Controle de validade e eficácia dos negócios jurídicos processuais



Desenhado o método de controle dos negócios processuais, dirige-se à sua testagem mediante hipóteses concretas relacionadas à sistemática recursal. O trabalho conduzido terá como metas identificar de que modo as convenções processuais podem servir aos jurisdicionados em sua interface com a dinâmica dos recursos. Procurar-se-á apresentar respostas, mediante o emprego da fórmula de controle rascunhada, às seguintes perguntas: são válidos negócios processuais que impeçam a interposição de todo e qualquer recurso? Que subtraiam o efeito suspensivo da apelação? Que instituem o depósito recursal como pressupostos de admissibilidade do recurso?

5 LIMITES NA SISTEMÁTICA RECURSAL

Em clássica definição de José Carlos Barbosa Moreira, recurso é o “remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna”³⁹¹. Trata-se de meio de impugnação veiculado dentro do mesmo processo em que proferida a decisão atacada, prolongando o estado de litispendência.

Possui três funções: (i) técnico-jurídica, aquela voltada para a correção dos equívocos da decisão impugnada; (ii) política, ao dar base institucional mais vigorosa a uma decisão de autoridade; (iii) psicológica, ao conceder à parte afetada pela decisão uma segunda análise.

Difere-se o recurso das ações autônomas de impugnação e dos sucedâneos recursais. À distinção dos recursos, as ações autônomas (ação rescisória, *querela nullitatis*, embargos de terceiro, mandado de segurança e reclamação) configuram-se meios de insurgência que dão origem a um novo processo, diverso daquele em que proferida a decisão que se objetiva impugnar. Já os sucedâneos recursais (pedido de reconsideração, pedido de esclarecimento do art. 357, §1º, do CPC/15, pedido de suspensão da segurança e a correção parcial) são hipóteses residuais de impugnação de decisões, isto é, seu conceito é extraível por eliminação: tudo que não for recurso nem ação autônoma será sucedâneo.

É tão antigo quanto o processo a exigência de que haja expedientes que possam corrigir eventuais erros contidos nas decisões judiciais. Se, de um lado, exige-se a rápida resolução da crise de direito material pelo Estado-juiz, de outro, contrapõe-se o anseio de garantir que a decisão que ponha fim ao litígio esteja em conformidade com o direito. Tradicionalmente foi papel do legislador encontrar uma solução conciliatória para proposições antagônicas: buscou-se (e busca-se) o meio termo entre segurança e justiça.

Contudo, a despeito de ser sabido que não está nos recursos a responsabilidade primária para a demora na entrega da prestação jurisdicional³⁹², a eles, com frequência, é atribuído o

³⁹¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**. 14. ed., v. V (arts. 576 a 565). Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 233.

³⁹² Parece consenso atualmente, especialmente com a produção dos relatórios Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, de que o grande gargalo do Poder Judiciário é a fase de cumprimento de sentença ou o processo autônomo de execução de título extrajudicial. Nesse sentido: “De cada 100 cidadãos ou empresas que procuram o Poder Judiciário, 84 podem até sair com uma decisão judicial favorável em primeira instância, mas não conseguirão fazer valer, de fato, seus direitos. Trocando em miúdos, ainda prevalece na Justiça a máxima: ganhou, mas não levou. O fato é revelado pelo mais recente levantamento do relatório Justiça em Números (clique aqui para ler na íntegra), divulgado nesta segunda-feira (29/8) pelo Conselho Nacional de Justiça, em Brasília. O relatório, que traz os números de 2010, mostra que a taxa de congestionamento da execução em primeira instância é de 84%. No caso das execuções fiscais, o volume é ainda maior: 91% de congestionamento. A taxa de congestionamento mede a eficiência da Justiça em resolver os processos. É a soma dos processos novos com os

título de vilão da morosidade processual³⁹³. Isso não elimina, porém, a inquestionável contribuição que o prolongamento do estado de litispendência gerado pelo sistema recursal gera para o retardamento da solução final da causa.

Parece ser consenso que a existência de multiplicidade de recursos favorece que a decisão final se aproxime mais de um julgamento em conformidade com o direito. No entanto, sob o ângulo da visão contemporânea do processo, em que se objetiva equilibrar o poder estatal com a autonomia das partes, pergunta-se: não seria legítimo às partes que suportarão a decisão judicial decidir se preferem um processo mais célere, porém com menos instrumentos recursais, ainda que corram o risco de que a decisão esteja afastada do entendimento mais consonante com o direito?

A opção pode ser outra, mas igualmente com o fito de reduzir o prejuízo temporal causado pela interposição de recurso: as partes podem estabelecer a necessidade de que o recorrente, caso impugne sentença com capítulo de condenação a pagar quantia certa, deposite certo valor a título de depósito recursal. Ainda nesse sentido, poderiam as partes permitir que a sentença pudesse ser cumprida provisoriamente de imediato, sem que houvesse a necessidade de se esperar o julgamento pelo tribunal do recurso.

Em todos esses casos, os negócios processuais são o meio hábil a combater o retardamento na solução final do processo causado pelos recursos. O que se passa a examinar é se essas hipóteses aludidas são válidas à luz do método de controle desenvolvido no presente trabalho.

5.1 Irrecorribilidade decisória

Diante do que se expôs, é possível que as partes convençam que dada decisão (sentença, decisão que julga tutelas provisórias, acórdão de tribunal de 2º grau, decisão monocrática de relator ou vice-presidente, etc.) é irrecorrível? Ou melhor: que as partes renunciem previamente e em abstrato aos recursos possíveis contra referida decisão?

que já estavam em andamento no Judiciário, subtraídos os processos baixados. Ou seja, solucionados de fato ao longo do ano” (HAIDAR, Rodrigo. **Execuções ainda são o maior gargalo do Judiciário**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-ago-29/execucoes-ainda-sao-maior-gargalo-poder-judiciario> . Acesso em: 06.05.2018).

³⁹³ “Mas o cipoal de recursos do processo brasileiro é consequência de uma perversão dessas funções, do abuso do direito de defesa. Acredita-se que a maximização dos recursos equivale à minimização da falibilidade judicial. Com base nessa crença de fundo nosso sistema processual permanece refém da chicana advocatícia bem remunerada, em prejuízo de outros valores que o processo deve realizar, como a igualdade e a celeridade” (MENDES, Conrado Hübner. **Sistema processual é refém da chicana advocatícia**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-02/conrado-mendes-sistema-processual-refem-chicana-advocaticia> . Acesso em: 06.05.2018).

Partindo de um exame prático, ao menos um significativo benefício poderia ser gerado a partir dessa convenção: tramitação mais célere no Poder Judiciário, já que seria excluída a delonga proporcionada pela fase recursal, entregando-se, assim, uma prestação jurisdicional em menos tempo. Essa medida poderia, inclusive, atrair partes que antes optavam pelo procedimento arbitral (tradicionalmente ocorrente em apenas um grau de jurisdição).

Certamente, ao adotarem a possibilidade de limitação das possibilidades de interposição de recurso, as partes estão assumindo o risco de que seja proferida decisão teratológica que não poderá ser impugnada pela via recursal. Essa decisão, porém, é delas e deve-se partir do princípio de que foi refletida e que algum ganho foi obtido com esse “sacrifício”³⁹⁴.

Por outro lado, não é possível, cientificamente, afirmar que a possibilidade de acerto de uma decisão exarada por um órgão de segundo grau seja maior do que a de um magistrado em primeiro grau³⁹⁵. É certo que o julgamento pelos tribunais ou turmas recursais são fruto de, em regra, três ou cinco magistrados e, em tese, juízes mais experientes, porém não existe uma relação de causa-consequência entre tais elementos e uma decisão mais consentânea com o direito. Poder-se-ia, inclusive, dizer, de modo contrário, que o juiz de primeiro grau, em geral, possui mais contato com as partes e as provas, o que o tornaria mais apto a proferir uma decisão acertada.

Valendo-se do método desenvolvido no presente estudo, deve-se primeiro proceder à análise de se estão presentes os pressupostos e requisitos de validade e eficácia. Não há como, fora de um caso concreto, tecer mais comentários sobre capacidade, consentimento e se o litígio de fundo versa sobre direitos que admitam autocomposição. No entanto, é possível explorar se o objeto é lícito, possível e determinável, se há forma prescrita em lei, bem como se esse negócio gera externalidade para o Poder Judiciário ou para terceiro.

Não há impossibilidade física ou jurídica à convenção que estabeleça a renúncia à interposição dos recursos previstos no ordenamento (ou de algum recurso em específico), especialmente porque não há regra expressa que o vede.

Quanto à determinabilidade do objeto, desde que o negócio processual faça referência expressa a um litígio entre as partes ou esteja inserido, por exemplo, em um contrato de direito

³⁹⁴ Nesse sentido, Júlia Lipiani e Marília Siqueira afirmam que “[...] às partes caberá, de acordo com os seus interesses particulares, determinar a conveniência ou não de dispor do seu direito de recorrer, assumindo os riscos dessa escolha. A impossibilidade de negociação de renúncia ao recurso com base no argumento de ‘liberdade de decisão’ representaria, em verdade, um tolhimento à liberdade de decisão, limitando o poder de escolha dos jurisdicionados pelo simples fundamento de que tal escolha lhes poderia ser prejudicial. Mas, se os litigantes assim escolhem, é de se assumir que irão auferir alguma vantagem desta negociação e que têm consciência das vantagens e também dos prejuízos que daí podem advir” (LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. **Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal**. In: CABRAL; NOGUEIRA, 2015, p. 469, *Op Cit*).

³⁹⁵ NERY JR., 2014, p. 58, *Op Cit*.

material (contrato de prestação de serviços, de compra e venda, etc.), entendo por determinável a decisão da qual se renuncia ao recurso contra ela. Está-se renunciando ao recurso de apelação contra a sentença; ainda que não se saiba qual o conteúdo dessa sentença, ela é determinável, pois é a decisão que, aplicando o art. 485 ou 487 do CPC/15, pôs fim à fase de conhecimento ou à execução referente ao litígio originado de um contrato de prestação de serviços, v.g.

Não atenderia ao requisito da determinabilidade do objeto, por outro lado, o acordo sobre o procedimento que estabelecesse que em todo e qualquer litígio que venha a surgir entre as partes, sem qualquer remissão a uma relação jurídica material concreta entre os sujeitos, haveria renúncia ao direito de recorrer. Nesse caso, o objeto não é sequer determinável, muito menos determinado, por óbvio.

Como visto no subitem 4.2.2, é totalmente lícita a renúncia prévia a direitos (pois a renúncia é também uma forma de exercício de direito³⁹⁶), desde que: (i) o interesse seja puramente privado (como o é dos litígios patrimoniais disponíveis³⁹⁷); (ii) o objeto seja dotado de determinabilidade^{398,399}; e (iii) seja bilateral⁴⁰⁰.

Inexiste qualquer exigência da lei para que esse negócio processual adote forma escrita, ventilando-se, assim, a possibilidade de que seja adotada, inclusive, a forma oral, contanto que consiga ser provada por testemunhas.

No que concerne à não geração de externalidades para o Poder Judiciário ou para terceiro (princípio da relatividade dos efeitos dos contratos), penso que a concretização dessa convenção processual não lhes impõe algum ônus financeiro; pelo contrário, a tramitação de todo o processo ou de parte significativa do processo em apenas uma instância certamente reduziria o volume de trabalho (e, por decorrente, os gastos) do Poder Judiciário.

Dirigindo-se ao exame do segundo filtro de controle, acredito que a convenção de irrecurribilidade decisória não ofenda o núcleo duro de direitos processuais (ao contrário, fortalece o postulado da duração razoável do processo). A essência do contraditório será mantida, pois será dado às partes realizar todas as postulações, requerimentos de provas, influência nos pronunciamentos judiciais, ciência dos atos, etc. em primeiro grau; se a não

³⁹⁶ NOVAIS, 2006, p. 235, *Op Cit.*

³⁹⁷ Isso quer dizer que não é todo negócio processual que preveja a renúncia prévia a direitos processuais que será válido, mas apenas os que forem inseridos em litígios que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis, excluindo aqueles que, a despeito de admitirem autocomposição, sejam de caráter extrapatrimonial ou indisponível, como é a hipótese de um litígio sobre a guarda de um menor.

³⁹⁸ CAVALCANTI, José Paulo. **Da renúncia no direito civil**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 112-119.

³⁹⁹ Nelson Nery Jr. acresce como requisito à renúncia prévia que o litígio já tenha sido instaurado (NERY JR., 2014, p. 378, *Op Cit.*).

⁴⁰⁰ “A solução proposta pelos direitos alemão e português, no sentido de se admitir a renúncia prévia desde que bilateral, nos parece de todo acertada, tendo em vista o princípio da igualdade das partes no processo” (NERY JR., 2014, p. 380, *Op Cit.*).

interposição de recurso significar uma redução do espectro do contraditório, inquestionavelmente se tratará de uma redução lícita, pois é dado, nos termos atuais da legislação, à parte não recorrer da decisão e o próprio ordenamento já prevê possibilidades de restrições ao duplo grau de jurisdição (art. 34⁴⁰¹ da Lei nº. 6.830/1980, art. 1.013, §3^{o402}, CPC/15 e art. 1.014⁴⁰³, CPC/15).

Nesse sentido, prevalece de modo amplo o entendimento de que, no âmbito do processo civil, a Constituição Federal não estabeleceu o duplo grau como uma garantia constitucional, permitindo a instituição pelo legislador de procedimento em instância única⁴⁰⁴. Inclusive o Supremo Tribunal Federal possui manifestação no sentido de que o “duplo grau de jurisdição, no âmbito da recorribilidade ordinária, não consubstancia garantia constitucional”⁴⁰⁵.

Para dar suporte a tamanha assertiva, a processualística costuma enumerar sete razões pelas quais o duplo grau não pode ser considerado uma garantia processual constitucional:

- a) Ausência de uma remissão expressa ao duplo grau na Constituição Brasileira de 1988 (apenas na primeira Constituição Nacional, a de 1824, havia previsão expressa do duplo grau);

⁴⁰¹ Art. 34 - Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração.

§ 1º - Para os efeitos deste artigo considerar-se-á o valor da dívida monetariamente atualizado e acrescido de multa e juros de mora e de mais encargos legais, na data da distribuição.

§ 2º - Os embargos infringentes, instruídos, ou não, com documentos novos, serão deduzidos, no prazo de 10 (dez) dias perante o mesmo Juízo, em petição fundamentada.

§ 3º - Ouvido o embargado, no prazo de 10 (dez) dias, serão os autos conclusos ao Juiz, que, dentro de 20 (vinte) dias, os rejeitará ou reformará a sentença.

⁴⁰² Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

[...]

§ 3º. Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:

I - reformar sentença fundada no art. 485;

II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;

III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;

IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

§ 4º. Quando reformar sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, o tribunal, se possível, julgará o mérito, examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau.

§ 5º. O capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória é impugnável na apelação.

⁴⁰³ Art. 1.014. As questões de fato não propostas no juízo inferior poderão ser suscitadas na apelação, se a parte provar que deixou de fazê-lo por motivo de força maior.

⁴⁰⁴ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Garantia do duplo grau de jurisdição. In: TUCCI, José Rogério Cruz (coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 190-206, p. 194 *et passim*; MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. In: TUCCI, José Rogério Cruz (coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 207-233, p. 214.

⁴⁰⁵ RE 216257 AgR, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Segunda Turma, julgado em 15/09/1998, DJ 11-12-1998 PP-00007 EMENT VOL-01935-05 PP-00881.

- b) o duplo grau não pode ser reconhecido como corolário de qualquer outra garantia processual constitucional⁴⁰⁶;
- c) contrapor-se-ia à garantia do acesso à justiça, consubstanciando uma das razões mais importantes para a excessiva duração do processo⁴⁰⁷;
- d) se hipoteticamente os juízes de segundo grau possuem mais preparação, sabedoria e cultura jurídica em relação aos de primeiro grau, bastaria que o processo se desenvolvesse e fosse julgado diretamente pelos tribunais⁴⁰⁸;
- e) o duplo grau gera um indesejável sentimento de insegurança nas partes, por força da sucessão de decisões potencialmente distintas na apreciação da mesma causa⁴⁰⁹;
- f) o distanciamento entre o momento da produção da prova e a época em que o órgão de segundo grau decidirá a causa gera perda de qualidade decisória^{410,411};
- g) o desprestígio ao primeiro grau de jurisdição com a possibilidade de que aquela decisão seja reformada⁴¹², especialmente em sistemas como o brasileiro em que o recurso de apelação contra sentença (art. 1.009 do CPC/15), em regra, é dotado de efeito suspensivo.

Nessa perspectiva, o princípio do duplo grau de jurisdição não integra o núcleo duro de direitos processuais, conforme já afirmado no subitem 4.2.3. Essa é a leitura de Oreste Nestor de Souza Laspro ao afirmar que “os princípios do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição, apesar de ligados entre si, não traduzem relação de dependência ou continência. Isso porque é possível o devido processo sem o duplo grau de jurisdição, e vice-versa”⁴¹³, bem como a de Humberto Theodoro Jr. ao assegurar que o duplo grau “não chega a ser uma garantia constitucional que, em caráter absoluto, tenha de funcionar a todo o instante e em qualquer procedimento”⁴¹⁴.

⁴⁰⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 494.

⁴⁰⁷ LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 115.

⁴⁰⁸ PIZZORUSSO, Alessandro. Sul principio del doppio grado di giurisdizione. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: CEDAM, v. XXXIII, jan./mar., p. 44, 1978.

⁴⁰⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**. Revista de processo, São Paulo: RT, v. 28, n. 11, p. 36, abr./jun. 2003.

⁴¹⁰ PIZZORUSSO, 1978, p. 46, *Op Cit.*

⁴¹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2007, p. 490.

⁴¹² LASPRO, 1995, p. 115, *Op Cit.*

⁴¹³ LASPRO, 1999, p. 190-206, p. 197 *et passim*, *Op Cit.*

⁴¹⁴ THEODORO JR., Humberto. **O processo civil brasileiro: no limiar do novo século**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 192.

Observe-se que mesmo quem defende contemporaneamente o duplo grau na qualidade de garantia constitucional entende que seu componente garantista se direciona ao legislador, na medida em que não é permitida sua supressão por lei como regra abstrata e geral. Esse entendimento – e o raciocínio ali desenvolvido – não impede a conclusão de que seja lícito às partes afastarem o duplo grau em determinado litígio; o que se proíbe é que o legislador extirpe o duplo grau como regra geral do sistema:

O que se demonstrou estreme de dúvidas é que a exclusão do duplo grau, enfraquecendo as bases democráticas e garantistas do Estado, não se apresenta como uma opção legítima dentro do sistema constitucional brasileiro, justamente porque as garantias fundamentais não podem ser suprimidas pelo Poder Legislativo sem se alterar a base ética do regime político⁴¹⁵.

Aliás, na legislação estrangeira vê-se, inclusive, a positivação da possibilidade de renúncia prévia antecipada aos recursos mediante acordo entre as partes.

Assim é o Código de Processo Civil português, em seu art. 632, 1, ao permitir de modo expresso a supressão do duplo grau, consagrando a validade do acordo de instância única, dizendo que “[é] lícito às partes renunciar aos recursos, mas a renúncia antecipada só produz efeito se provier de ambas as partes”⁴¹⁶.

O Código de Processo Civil francês, em seu art. 41, parágrafo segundo, na mesma perspectiva, possibilita que, em determinadas situações, as partes renunciem ao recurso de modo prévio:

Nascido o litígio, as partes sempre podem acordar que sua disputa seja julgada por uma jurisdição mesmo que esta seja incompetente em razão da alçada. Elas podem, igualmente, sob a mesma ressalva e para os direitos de que tenham livre disposição, **concordar por meio de um acordo expresso que sua disputa seja julgada sem recurso** mesmo se o montante da demanda for superior ao importe mínimo para recorrer (tradução livre do francês) (grifei)⁴¹⁷.

⁴¹⁵ SANTOS, Marina França. **A garantia do duplo grau de jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 164.

⁴¹⁶ Artigo 632.º (art.º 681.º CPC 1961)

Perda do direito de recorrer e renúncia ao recurso

1 - É lícito às partes renunciar aos recursos; mas a renúncia antecipada só produz efeito se provier de ambas as partes.

2 - Não pode recorrer quem tiver aceitado a decisão depois de proferida.

3 - A aceitação da decisão pode ser expressa ou tácita; a aceitação tácita é a que deriva da prática de qualquer facto inequivocamente incompatível com a vontade de recorrer.

4 - O disposto nos números anteriores não é aplicável ao Ministério Público.

5 - O recorrente pode, por simples requerimento, desistir do recurso interposto até à prolação da decisão. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=601&artigo_id=&nid=1959&pagina=7&tabela=leis&nversao=&so_miolo=. Acesso em: 12.05.2018.

⁴¹⁷ Article 41

Desse modo, após a utilização do método de controle desenvolvido ao longo do presente estudo, entendo que o negócio processual que estabeleça a renúncia prévia a recurso(s), inclusive o acordo de instância única, preenche todos os pressupostos e requisitos de validade e eficácia das convenções processuais, além de respeitar o núcleo duro do *processo justo*^{418,419}.

A propósito, de longa data na prática forense se celebram negócios processuais em que se renuncia previamente ao recurso de apelação contra a sentença que venha a homologar a transação, sem muitos questionamentos por parte do Poder Judiciário ou da literatura⁴²⁰ processual civil.

5.2 Efeito suspensivo da apelação contra sentença (ou suspensão da eficácia imediata da sentença)

O efeito suspensivo é a consequência da interposição do recurso que provoca o impedimento da produção de efeitos imediatos da decisão que se objetiva impugnar. Sob o olhar da técnica processual, trata-se de expressão equívoca. O que há são decisões que admitem eficácia imediata e outras que não a admitem, sendo, portanto, ineficazes. Sua ineficácia não advém propriamente da interposição do recurso, ele apenas prolonga o estado de ineficácia em que se encontrava a decisão. Antes ainda da interposição do recurso e pela mera possibilidade

Le litige né, les parties peuvent toujours convenir que leur différend sera jugé par une juridiction bien que celle-ci soit incompétente en raison du montant de la demande. Elles peuvent également, sous la même réserve et pour les droits dont elles ont la libre disposition, convenir en vertu d'un accord exprès que leur différend sera jugé sans appel même si le montant de la demande est supérieur au taux du dernier ressort. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=39DB757E7FF192EAE5676E02B3A6B19E.tplgfr39s_2?idArticle=LEGIARTI000006410138&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20180512&categorieLien=id&oldAction=&nbResultRech= Acesso em: 12.05.2018.

⁴¹⁸ Fredie Didier Jr. igualmente defende a validade do acordo de instância única: “Segue lista com alguns exemplos de negócios processuais atípicos permitidos pelo art. 190: acordo de impenhorabilidade, acordo de instância única [...]” (DIDIER JR., Fredie. Negócios processuais atípicos no CPC-15. In: MARCATO, Ana *et al.* (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 167).

⁴¹⁹ Nos enunciados n.º. 10 e 11 do Fórum Permanente de Processualistas Civis prevê-se que “[n]o Negócio Jurídico Processual as partes podem pactuar por julgamento em instância única” e “[c]abe Ação Rescisória ainda que as partes tenham pactuado julgamento em instância única”.

⁴²⁰ “Costuma-se dizer que não se admite a renúncia a termo ou sob condição. Daí, não se admite a renúncia antes do momento em que o direito de recorrer seria exercitável – não se admite renúncia anterior à prolação da decisão que poderia ser impugnada. Essa era a posição deste curso até a 12ª ed. Mudamos de posicionamento. Refletindo mais sobre o tema, sobretudo a partir da combinação dos arts. 190 e 200 do CPC-2015. É possível, por exemplo, uma renúncia bilateral prévia, sob a condição de o juiz, por exemplo, homologar a autocomposição a que as partes chegaram. A condição é um elemento acidental do negócio, não havendo nada que impeça sua presença na renúncia ao recurso. A parte pode, por exemplo, renunciar previamente ao recurso, desde que não haja vício de procedimento; em outras palavras, a renúncia pode ressaltar determinadas situações” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 13. ed., Salvador: Jus Podivm, v. 3, 2016, p. 104).

de que possa ser interposto, a decisão já é ineficaz⁴²¹. José Carlos Barbosa Moreira há muito já se manifestava indicando a incorreção técnica:

Aliás, a expressão “efeito suspensivo” é, de certo modo, equívoca, porque se presta a fazer supor que só com a interposição do recurso *passem* a ficar tolhidos os efeitos da decisão, como se *até esse momento* estivessem eles a manifestar-se normalmente. Na realidade, o contrário é que se verifica: mesmo antes de interposto o recurso, a decisão, pelo simples fato de estar-lhe sujeita, é ato ainda ineficaz, e a interposição apenas *prolonga* semelhante ineficácia, que *cessaria* se não se interpusse o recurso⁴²².

No entanto, o CPC/15 optou por utilizar tanto a expressão equívoca quanto a tecnicamente mais adequada. O art. 1.012 dispôs que “[a] apelação terá efeito suspensivo”, ao passo que o art. 995 deixou claro que “[o]s recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso”. A expressão “efeito suspensivo”, no entanto, viu-se repetida ao longo do código em uma série de dispositivos⁴²³, talvez pelo tradicional entendimento da processualística quanto ao seu conceito e extensão.

Da análise combinada das normas do CPC/15 facilmente se conclui que a eficácia (ou efeito) das decisões interlocutórias surge juntamente com sua publicação, enquanto as sentenças são geradas, ordinariamente, sem tal eficácia. Logo, os agravos de instrumento interpostos contra as decisões que versem sobre matéria do art. 1.015 não tornariam ineficazes os referidos pronunciamentos, bem como as apelações interpostas contra as interlocutórias não agraváveis; a apelação interposta contra a sentença, por sua vez, prolongaria o estado de ineficácia de tal decisão judicial, com exceção das hipóteses previstas nos incisos de I a VI do §1º do art. 1.012⁴²⁴.

⁴²¹ JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 387-388.

⁴²² BARBOSA MOREIRA, 2008, p. 258, *Op Cit*.

⁴²³ Art. 1.019. Recebido o **agravo de instrumento** no tribunal e distribuído imediatamente, se não for o caso de aplicação do art. 932, incisos III e IV, o relator, no prazo de 5 (cinco) dias:

I - poderá atribuir **efeito suspensivo** ao recurso ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente, a pretensão recursal, comunicando ao juiz sua decisão;

Art. 1.026. Os **embargos de declaração** não possuem **efeito suspensivo** e interrompem o prazo para a interposição de recurso.

Art. 1.029. O **recurso extraordinário** e o **recurso especial**, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas que conterão:

[...]

§ 5º. O pedido de concessão de **efeito suspensivo** a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido:

⁴²⁴ Art. 1.012. A apelação terá efeito suspensivo.

§ 1º. Além de outras hipóteses previstas em lei, começa a produzir efeitos imediatamente após a sua publicação a sentença que:

I - homologa divisão ou demarcação de terras;

II - condena a pagar alimentos;

Quando da elaboração do CPC/15, muito se discutiu quanto à possibilidade de se remover o “efeito suspensivo” do recurso de apelação, de forma a prestigiar o pronunciamento de primeiro grau, pois seria possível executar provisoriamente a sentença. No entanto, a partir de estudos, em especial do relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o movimento pela retirada da eficácia imediata das sentenças perdeu força. Do relatório referente ao ano-base 2012, publicado em 2013, identificou-se um percentual de 33,9% de reforma de sentença pelos tribunais, chegando a 54,5% no tribunal de Minas Gerais, 56,9% no tribunal de Goiás e a impressionantes 89,5% no tribunal do Piauí⁴²⁵.

Dessa forma, o “efeito suspensivo” teria como mote o atendimento do princípio da segurança jurídica, ainda que sacrificasse em certa medida a efetividade dos pronunciamentos judiciais, afetando o princípio da duração razoável do processo. Evitar-se-ia, com sua implementação, que uma dada sentença fosse objeto de cumprimento e, em seguida, fosse reformada, frustrando a expectativa da parte exequente e gerando atividade processual desnecessária frente a essa alteração.

Diante desse cenário, pergunta-se: seria válido o negócio processual que suprimisse o “efeito suspensivo” da apelação ou, melhor dizendo, que determinasse que a sentença teria eficácia (ou efeito) imediata assim que publicada, mesmo se interposto recurso contra ela?

Inquestionavelmente essa convenção processual poderia trazer um ganho de tempo na duração do processo, já que, com a prolação da sentença, seria dado à parte vencedora cumpri-la mediante o rito da execução provisória (regime do art. 520 a 522 do CPC/15). Isso eliminaria a necessidade de se ter que esperar a confirmação da sentença pelo tribunal para que aí sim pudesse ser iniciado seu cumprimento. Quando a sentença é confirmada pelo órgão de segundo grau, todo esse tempo em que o processo tramitou na segunda instância revelou-se inútil, dado que o pronunciamento judicial proferido há meses (ou até anos) manteve-se inalterado.

Além disso, esse acordo sobre o procedimento corrige uma distorção do sistema processual brasileiro, uma vez que decisões interlocutórias que concedam tutela provisória são passíveis de cumprimento imediato pelas partes. Decisões que foram produzidas ainda sem a completa instrução do processo e sem o contraditório pleno podem ser executadas desde já, ao passo que decisões mais robustas (sentenças), fruto da completa instrução do processo, não o podem.

III - extingue sem resolução do mérito ou julga improcedentes os embargos do executado;

IV - julga procedente o pedido de instituição de arbitragem;

V - confirma, concede ou revoga tutela provisória;

VI - decreta a interdição.

⁴²⁵ Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/relatorio_jn2013.pdf.

Outra vantagem advinda desse negócio processual seria o aumento na realização de transações que extingam a causa. A prolação da sentença, segundo a regra geral do CPC/15 de que não é dotada de eficácia imediata, não produz qualquer diferença na satisfação do direito. O devedor encontra-se em posição bastante confortável, especialmente quando mira apenas protelar o desfecho do processo, pois sabe que sua esfera jurídica não será afetada até a publicação do acórdão pelo tribunal de segundo grau. A partir do momento em que se permite que a sentença seja passível de execução provisória, o recorrente sofrerá impacto direto decorrente daquele pronunciamento judicial e, caso não tenha absoluta confiança em sua tese, certamente tenderá a se autocompor com o credor.

É claro que há certo risco com a supressão do “efeito suspensivo”, pois se permitirá que o vencedor da sentença possa afetar a esfera jurídica do perdedor mesmo pendente recurso de apelação que, em tese, pode modificar o desfecho da causa. No entanto, apesar de esse risco ter sido objeto de análise pelas partes, o próprio sistema exige caução suficiente e idônea (art. 520, IV, do CPC/15⁴²⁶), o que minimiza a hipótese de dano ao executado provisório.

Prosseguindo na testagem da validade dessa convenção, não se consegue enxergar qualquer impossibilidade física ou jurídica que atinja o objeto, em especial porque o próprio sistema processual prevê seis hipóteses em que a sentença será dotada de eficácia imediata (art. 1.012, §1º, do CPC/15), além de permitir que o desembargador relator suprima o “efeito suspensivo” da apelação caso entenda ser situação de concessão de tutela provisória (art. 932, II, do CPC/15⁴²⁷). Ademais, não há qualquer vedação expressa no ordenamento processual que tire da alçada das partes a convenção sobre a eficácia imediata da sentença.

No tocante à determinabilidade do objeto, desde que o acordo processual faça referência expressa a um litígio entre as partes ou esteja inserido, por exemplo, em um contrato de direito material, penso ser determinável a sentença a que se está imprimindo eficácia imediata à sua prolação. Ainda que não se saiba qual o conteúdo dessa sentença, ela é determinável, pois é a

⁴²⁶ Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime:

I - corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido;

II - fica sem efeito, sobrevindo decisão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidando-se eventuais prejuízos nos mesmos autos;

III - se a sentença objeto de cumprimento provisório for modificada ou anulada apenas em parte, somente nesta ficará sem efeito a execução;

IV - o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem transferência de posse ou alienação de propriedade ou de outro direito real, ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução suficiente e idônea, arbitrada de plano pelo juiz e prestada nos próprios autos.

⁴²⁷ Art. 932. Incumbe ao relator:

[...]

II - apreciar o pedido de tutela provisória nos recursos e nos processos de competência originária do tribunal;

decisão que, aplicando o art. 485 ou 487 do CPC/15, pôs fim à fase de conhecimento ou à execução referente ao litígio originado de certa relação jurídica entre dois ou mais partícipes.

Desatenderia ao requisito da determinabilidade do objeto, por outro lado, a convenção processual que estabelecesse que em todo e qualquer litígio que venha a surgir entre as partes, sem qualquer remissão a uma relação jurídica material concreta entre os sujeitos, a sentença seria dotada de eficácia imediata. Nessa hipótese, o objeto não é sequer determinável, muito menos determinado, por natural.

Não se é exigida qualquer forma especial a esse negócio processual, podendo ser adotada até mesmo a forma oral, desde que hábil a ser comprovada nos autos do processo.

Tampouco com esse negócio processual seria gerada qualquer externalidade ao Poder Judiciário ou a terceiro, pelo contrário, ao otimizar o desenrolar do processo indubitavelmente potencializa a economia financeira da Justiça.

Naturalmente, nessa abordagem em abstrato, não são passíveis de análise a capacidade, o consentimento e se o processo versa sobre direitos que admitam autocomposição, porém devem integrar o exame casuístico do intérprete.

No que concerne ao atendimento ao núcleo duro de direitos processuais, a convenção que suprima o “efeito suspensivo” da apelação parece se amoldar totalmente às diretrizes do *processo justo*, não violando o contraditório, a cooperação, a duração razoável, a boa-fé, a fundamentação racional das decisões, a obediência à sistemática de precedentes ou a publicidade dos atos processuais. Ao contrário, esse negócio processual poderia contribuir para a consagração da duração razoável do processo, por possibilitar a realização de atos em paralelo (execução provisória em primeiro grau simultaneamente à tramitação da apelação no segundo grau) e por fomentar a realização de transações entre as partes (o devedor não terá mais razão para simplesmente protelar o processo se sua tese não for razoável, porquanto já afetada sua esfera jurídica com a execução provisória).

Seguindo essa lógica, entendo que a convenção processual que outorgue à sentença, em todo e qualquer caso, eficácia imediata, despidendo a apelação de seu “efeito suspensivo” automático, é válida⁴²⁸, segundo o método de controle de validade e eficácia aqui desenvolvido.

5.3 Depósito recursal e negócios processuais sobre pressupostos de admissibilidade

⁴²⁸ No mesmo sentido, Fredie Didier igualmente advoga em favor da validade *prima facie* desse negócio processual: “Segue lista com alguns exemplos de negócios processuais atípicos permitidos pelo art. 190: [...] acordo para retirar efeito suspensivo da apelação [...]” (DIDIER JR., Fredie. *Negócios...*, 2017, p. 167, *Op Cit.*).

A legislação processual trabalhista incorporou, com o Decreto-Lei nº. 75, de 21 de novembro de 1966, o instituto do “depósito recursal”, inserindo-o nos pressupostos processuais de admissibilidade dos recursos. Na versão atual da Consolidação das Leis do Trabalho, está previsto no art. 899⁴²⁹ e tem como objetivo garantir eventual futura execução e impor dificuldade à interposição de recursos protelatórios⁴³⁰.

Nesse sentido, Manoel Teixeira Filho afirma que as finalidades do depósito recursal são “em essência: (i) desestimular a interposição de recursos, notadamente os procrastinatórios; (ii) assegurar, ainda que em parte, a utilidade da futura execução da sentença condenatória”⁴³¹.

No processo do trabalho, não possui natureza de taxa ou custa recursal, mas sim de garantia do juízo recursal. Sua exigência se limita a recursos interpostos pelo empregador em que haja condenação em pecúnia⁴³². Trata-se, portanto, de pressuposto de admissibilidade recursal, pois diz respeito à aptidão de recurso para ter seu mérito analisado.

⁴²⁹ Art. 899 - Os recursos serão interpostos por simples petição e terão efeito meramente devolutivo, salvo as exceções previstas neste Título, permitida a execução provisória até a penhora

§ 1º Sendo a condenação de valor até 10 (dez) vezes o salário-mínimo regional, nos dissídios individuais, só será admitido o recurso, inclusive o extraordinário, mediante prévio depósito da respectiva importância. Transitada em julgado a decisão recorrida, ordenar-se-á o levantamento imediato da importância de depósito, em favor da parte vencedora, por simples despacho do juiz

§ 2º Tratando-se de condenação de valor indeterminado, o depósito corresponderá ao que for arbitrado, para efeito de custas, pela Junta ou Juízo de Direito, até o limite de 10 (dez) vezes o salário-mínimo da região.

§ 3º - Na hipótese de se discutir, no recurso, matéria já decidida através de prejudgado do Tribunal Superior do Trabalho, o depósito poderá levantar-se, de imediato, pelo vencedor.

§ 4º. O depósito recursal será feito em conta vinculada ao juízo e corrigido com os mesmos índices da poupança.

§ 5º - Se o empregado ainda não tiver conta vinculada aberta em seu nome, nos termos do art. 2º da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966, a empresa procederá à respectiva abertura, para efeito do disposto no § 2º.

§ 6º - Quando o valor da condenação, ou o arbitrado para fins de custas, exceder o limite de 10 (dez) vezes o salário-mínimo da região, o depósito para fins de recursos será limitado a este valor.

§ 7º. No ato de interposição do agravo de instrumento, o depósito recursal corresponderá a 50% (cinquenta por cento) do valor do depósito do recurso ao qual se pretende destrancar.

§ 8º. Quando o agravo de instrumento tem a finalidade de destrancar recurso de revista que se insurge contra decisão que contraria a jurisprudência uniforme do Tribunal Superior do Trabalho, consubstanciada nas suas súmulas ou em orientação jurisprudencial, não haverá obrigatoriedade de se efetuar o depósito referido no §7º deste artigo.

§ 9º. O valor do depósito recursal será reduzido pela metade para entidades sem fins lucrativos, empregadores domésticos, microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 10. São isentos do depósito recursal os beneficiários da justiça gratuita, as entidades filantrópicas e as empresas em recuperação judicial.

§ 11. O depósito recursal poderá ser substituído por fiança bancária ou seguro garantia judicial.

⁴³⁰ Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9200. Acesso em 12.05.2018.

⁴³¹ TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Sistema dos recursos trabalhistas**. 13. ed., São Paulo: LTr, 2017, p. 149.

⁴³² Súmula nº 161 do TST

DEPÓSITO. CONDENAÇÃO A PAGAMENTO EM PECÚNIA (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Se não há condenação a pagamento em pecúnia, descabe o depósito de que tratam os §§ 1º e 2º do art. 899 da CLT (ex-Prejudgado nº 39).

A importação do depósito recursal do processo do trabalho para o processo civil poderia cumprir de igual maneira suas funções originariamente concebidas: (i) função desestimulante à interposição de recursos: reduziria a interposição de recursos com caráter apenas protelatório, já que o ônus financeiro atrelado ao manejo da insurgência recursal seria sobremaneira maior comparativamente a somente arcar com as custas recursais; (ii) função satisfativa do eventual crédito exequendo: mesmo que o recorrente tivesse em mira apenas postergar injustificadamente o desfecho do processo, caso tivesse que garantir ainda que parcialmente a execução para valer-se de recurso, estaria satisfazendo ao menos parte do crédito. Ambas as funções militam ainda em favor da redução do tempo do processo, seja pela não interposição do recurso, seja pela redução da duração da eventual fase de cumprimento de sentença com o depósito parcial ou integral do *quantum* a que foi condenado o recorrente.

Diante disso, seria válida negociação processual que incluísse o depósito recursal como pressuposto de admissibilidade recursal? Em outras palavras, estaria no campo da autonomia da vontade das partes negociar sobre pressupostos de admissibilidade dos recursos?

Mas o que seriam os pressupostos processuais?

Segundo entendimento de Fredie Didier Jr., “pressupostos processuais são todos os elementos de existência, os requisitos de validade e as condições de eficácia do procedimento, que é *ato-complexo de formação sucessiva*”⁴³³. Ainda segundo o processualista, eles seriam divididos em: (i) pressupostos de existência, que se subdividiriam em (a) subjetivos, decompostos em (a.1) órgão investidor de jurisdição e (a.2) capacidade de ser parte; (b) objetivos, isto é, a existência de uma demanda; (ii) requisitos de validade (ou admissibilidade⁴³⁴), que se subdividiriam em (a) subjetivos, decompostos em (a.1) competência e imparcialidade e (a.2) capacidade processual, capacidade postulatória e legitimidade *ad causam*; e (b) objetivos, separados em (b.1) intrínsecos, ou seja, atinentes ao formalismo processual, e (b.2) extrínsecos negativos (por exemplo, ausência de preempção, litispendência, coisa julgada ou convenção de arbitragem) e positivo (interesse de agir).

Considerando que o recurso é o prolongamento do direito de ação, dentro do mesmo processo há acentuada semelhança entre os pressupostos de admissibilidade (ou validade) ação e os pressupostos do recurso⁴³⁵. Os pressupostos de admissibilidade recursal, que serão objeto do juízo de admissibilidade, funcionam com condição necessária, mas não bastante, ao

⁴³³ DIDIER JR., 2015, p. 310, *Op Cit.*

⁴³⁴ “O juízo de admissibilidade opera sobre o plano da validade dos atos jurídicos” (DIDIER JR; CUNHA, 2016, p. 106, *Op Cit.*).

⁴³⁵ NERY JR., 2014, p. 223, *Op Cit.*

juízo do recurso interposto. São elementos que condicionam, que tornam possível a análise do mérito do recurso, atuando como antecedentes lógicos e cronológicos^{436,437}.

Dessa forma, consoante classificação de José Carlos Barbosa Moreira⁴³⁸, os pressupostos de admissibilidade recursal podem ser classificados em: (i) extrínsecos (relativos ao modo do exercício do direito de recorrer): tempestividade, preparo e regularidade formal; e (ii) intrínsecos (relativos à própria existência do direito de recorrer): legitimação, interesse recursal, cabimento e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer.

Tratando, em um primeiro momento, exclusivamente da inserção da necessidade de depósito recursal, tal qual ocorre no processo do trabalho, como pressuposto extrínseco de admissibilidade recursal, veja-se a aplicação do método aqui proposto. No que concerne ao primeiro filtro (pressupostos e requisitos de validade e eficácia das convenções processuais), a análise se limita⁴³⁹ a (i) licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto, (ii) forma e (iii) não geração de externalidades a terceiros.

A convenção processual aludida não gera externalidade ao Poder Judiciário ou a terceiro, afetando apenas as partes contratantes. Tampouco há qualquer forma exigida em lei para a validade desse acordo sobre o procedimento. No tocante à impossibilidade fática ou jurídica, não enxergo qualquer entrave na estipulação pelas partes contratantes de que o depósito recursal equivalente à condenação em pecúnia, percentual dela ou até valor fixo (como, por exemplo, 20 ou 40 salários mínimos) seja pressuposto de validade do recurso. Inexiste qualquer vedação expressa em lei à criação do depósito recursal.

Ademais, esse negócio processual está alinhado com a ordem pública processual, consubstanciada, como visto no subitem 4.2.1.2, no núcleo duro de direitos processuais. Está ausente qualquer ofensa aos princípios do contraditório, da cooperação, da boa-fé processual, à fundamentação racional das decisões, à observância do sistema de precedentes e à publicidade dos atos; pelo contrário, otimiza-se o princípio da duração razoável do processo, tanto sob a ótica de redução do tempo de tramitação do processo quanto do incremento da possibilidade de satisfação do crédito do autor da demanda.

⁴³⁶ JORGE, 2017, p. 76-77, *Op Cit.*

⁴³⁷ Nesse sentido a lição de José Carlos Barbosa Moreira, “todo ato postulatório sujeita-se a exame por dois ângulos distintos: uma primeira operação destina-se a verificar se estão satisfeitas as condições impostas pela lei para que o órgão possa apreciar o conteúdo da postulação; outra, subsequente, a perscrutar-lhe o fundamento, para acolhê-la, se fundada, ou rejeitá-la, no caso contrário” (BARBOSA MOREIRA, 2008, p. 261).

⁴³⁸ BARBOSA MOREIRA, 2008, p. 263, *Op Cit.*

⁴³⁹ Aplica-se o mesmo raciocínio construído nos capítulos 5.1 e 5.2, pois a capacidade dos contratantes, o consentimento livre e informado e o litígio versar sobre direitos que admitam autocomposição apenas podem ser examinados tendo em perspectiva um caso concreto.

Destaque-se que o valor do depósito recursal está limitado ao valor da condenação: caso a condenação seja inferior ao valor estatuído no negócio processual, será pressuposto de admissibilidade recursal apenas o depósito do valor da condenação, nunca a integralidade, sob pena de atentado à boa-fé processual. A função do depósito recursal não é a de penalizar a parte vencida na sentença; ele tem em mira a garantia da satisfação ainda que parcial do crédito e a dissuasão de interposição de recursos de feição meramente protelatória. Portanto, o teto do depósito recursal sempre será o valor da condenação. Aliás, essa é a orientação do enunciado 128 da súmula da jurisprudência predominante do Tribunal Superior do Trabalho⁴⁴⁰.

Seguindo essa lógica, penso por totalmente válido negócio processual que insira no rol de pressupostos de admissibilidade recursal a necessidade de depósito recursal limitando seu valor ao valor da condenação.

Pelo mesmo entendimento, acredito serem válidos acordos que condicionem a admissibilidade do recurso às razões recursais terem até 10 ou 20 laudas ou que as partes comprovem a tentativa extrajudicial de conciliação após a prolação da sentença (mediante trocas de *E-mails* ou sessão de conciliação atermada, por exemplo), criando mais uma exigência de regularidade formal ao recurso.

Todavia, o mesmo não se conclui de convenções que tenham como desiderato a supressão de pressupostos de admissibilidade recursal. O negócio que objetive eliminar (ou mesmo reduzir) o preparo interfere na esfera jurídica de terceiro (Poder Judiciário), gerando-lhe uma externalidade (redução da arrecadação). Igual raciocínio se aplica à supressão do cabimento, porquanto ao se determinar que órgãos jurisdicionais processem e julguem recursos que não estão habituados (imagine-se os tribunais de segundo grau julgarem recurso especial), para além de não gerar qualquer benefício visível ao recorrente, impor-se-ia caos organizacional ao Poder Judiciário.

⁴⁴⁰ Súmula nº 128 do TST

DEPÓSITO RECURSAL (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais – OJ nºs 139, 189 e 190 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

I - É ônus da parte recorrente efetuar o depósito legal, integralmente, em relação a cada novo recurso interposto, sob pena de deserção. **Atingido o valor da condenação, nenhum depósito mais é exigido para qualquer recurso.** (ex-Súmula nº 128 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.03, que incorporou a OJ nº 139 da SBDI-1 - inserida em 27.11.1998)

II - Garantido o juízo, na fase executória, a exigência de depósito para recorrer de qualquer decisão viola os incisos II e LV do art. 5º da CF/1988. Havendo, porém, elevação do valor do débito, exige-se a complementação da garantia do juízo. (ex-OJ nº 189 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)

III - Havendo condenação solidária de duas ou mais empresas, o depósito recursal efetuado por uma delas aproveita as demais, quando a empresa que efetuou o depósito não pleiteia sua exclusão da lide. (ex-OJ nº 190 da SBDI-1 - inserida em 08.11.2000)

Situação diversa, porém, seria a que “as partes, em razão da complexidade da discussão estabelecida ou por motivos outros que entendam relevantes, ampliem ou reduzam o prazo para a interposição do recurso e a manifestação a ele correspondente”⁴⁴¹.

Em conclusão, aplicando-se o método de controle desenvolvido ao longo deste estudo, entendo como válidos os negócios processuais que, ao aumentarem o rol de pressupostos de admissibilidade recursal, criem a necessidade de depósito recursal, desde que limitado seu valor ao da condenação. Também penso serem admissíveis negócios que limitem o tamanho das razões e contrarrazões recursais ou condicionem o exame do mérito à comprovação de tentativa de conciliação pós-sentença. Por outro lado, seriam despidos de validade os negócios que tenham como intuito eliminar os pressupostos de admissibilidade previstos em lei.

⁴⁴¹ LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 463, *Op Cit*.

6 CONCLUSÃO

Os negócios jurídicos processuais são espécies do gênero fatos processuais em sentido amplo, ao lado dos fatos jurídicos processuais em sentido estrito, dos atos-fatos processuais e dos atos jurídicos processuais em sentido estrito.

Trata-se de instituto lapidado no sistema processual francês, que, conduzido por uma ideia de consensualidade e policentrismo, procurou facilitar a aceitação da atividade jurisdicional, tornando a justiça mais democrática.

A experiência francesa, pragmática e bem-sucedida, serviu para dar novo vigor e reinventar o instituto dos negócios processuais no Brasil.

Se, a toda evidência, não se trata de inovação no sistema processual civil brasileiro, é inquestionável que o CPC/15 lhe deu nova roupagem, aprimorando os estudos que já vinham sendo conduzidos pela processualística nacional, desde os últimos anos de tramitação do código reformado. A possibilidade de as partes convencionarem sobre o procedimento, bem como sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, mesmo antes do processo, é fruto de um processo civil moderno, forjado com respeito ao direito à liberdade dos sujeitos processuais e em um ambiente cooperativo.

Rompeu-se com o dogma da irrelevância da vontade no processo, amplamente aceito pela literatura processual na vigência das codificações processuais anteriores à de 2015. Entendia-se que todos os efeitos dos atos processuais decorreriam sempre da lei, nunca da vontade dos sujeitos. Como negócio jurídico pressuporia que seus efeitos fossem exata e precisamente aqueles que as partes tivessem em mira, não haveria espaço para convenções processuais. Não seria possível vincular o juiz à vontade de quem se encontrasse em posição de inferioridade.

O processo civil participativo e democrático traz em sua essência justamente a valorização da autonomia da vontade das partes. De meros espectadores dos pronunciamentos judiciais, as partes se estabelecem como protagonistas de seu destino na demanda, ao lado da figura do Estado-juiz. Se elas são as maiores interessadas na resolução da crise de direito material, nada mais correto que poderem interferir tanto na decisão quanto no procedimento que a construirá. Desse modo, o CPC/15 é construído sob os pilares dos princípios do contraditório e da cooperação e, por conseguinte, do respeito ao autorregramento da vontade; isso é facilmente evidenciado ao se identificar que: (i) há um capítulo inteiro para regular mediação e conciliação (arts. 165-175); (ii) insere-se a tentativa de autocomposição como ato anterior ao oferecimento da defesa (art. 334 e 695); (iii) permite-se a homologação judicial de

acordo extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III; art. 725, VIII); (iv) permite-se que no acordo judicial seja incluída matéria estranha ao objeto litigioso do processo (art. 515, §2º); (v) prevê uma série de negócios processuais típicos (art. 63, 191, 373, §3º e 471); (vi) apresenta uma cláusula geral de negociação processual (art. 190).

Para além de imprimir uma faceta mais cidadã e democrática à justiça, as convenções processuais podem exprimir uma diversidade de benefícios e vantagens comparativamente ao procedimento comum adotado pelo CPC/15: (i) permitem mais adaptabilidade do processo às especificidades do direito material em litígio, seguindo a mesma lógica dos procedimentos especiais desenvolvidos pelo legislador; (ii) outorgam economia processual, que pode ser desdobrado na redução dos custos (não só do processo, mas de transação) e na celeridade de tramitação; (iii) certeza e previsibilidade do procedimento.

Contudo, não basta que se entenda admissíveis os acordos sobre o procedimento e se compreenda as inúmeras vantagens que em potencial podem imprimir ao processo e às negociações anteriores a um litígio. É preciso que se identifique, com precisão, quais são os limites à autonomia das partes na estruturação dos negócios processuais. O momento de se compatibilizar o público e o privado, ressaltando o equilíbrio e a aversão ao domínio de um sobre o outro no ambiente processual, apresentou-se ao intérprete do direito. Não se pode afrontar o *núcleo duro de princípios e garantias processuais*, tampouco se pode esvaziar o poder de participação das partes na construção do provimento jurisdicional.

Seguindo essa lógica, passou-se à dissecação das principais teorias que versassem sobre o limite da autonomia da vontade em sua interface com o direito privado e o direito processual civil. Constatou-se com nitidez que as teorias que trataram a limitação ao autorregramento da vontade, seja em sua interface com o direito privado, seja com o direito processual civil, ou ainda no direito estrangeiro, apresentaram, em maior ou menor grau, como obstáculos à vontade das partes os seguintes elementos: (i) ordem pública; (ii) normas cogentes ou imperativas; (iii) bons costumes; (iv) interesse público; (v) boa-fé.

Fugindo de proposições que empregassem conceitos altamente indeterminados e, por conseguinte, de difícil concreção, o que certamente favorece o arbítrio do intérprete e enfraquece a pavimentação do caminho evolutivo dos negócios processuais, procurou-se revisar os elementos tradicionalmente apresentados pela literatura jurídica e, ao mesmo tempo, oferecer método de controle às convenções processuais.

Desse ponto de partida, preconizou-se que qualquer análise dos limites aos negócios deve ser guiada por quatro vetores interpretativos que irão conduzir o intérprete nas hipóteses de dúvida quanto à validade das convenções, bem como quanto à possibilidade de superação

de vícios eventualmente existentes e ainda da imperiosidade de que o controle seja exercido em contraditório, fugindo de uma visão solipsista do julgador. São eles: (i) *in dubio pro libertate*, que revela uma pressuposição em favor da liberdade de manejo do procedimento pela vontade das partes, admitindo-o em caso de dúvida; (ii) a invalidação do ato processual se configura como a *ultima ratio*, justamente por ser uma solução custosa ao processo; (iii) autonomia entre as cláusulas de direito processual e direito material insertas no mesmo instrumento; e, por fim, (iv) controle de validade seja exercido com respeito ao contraditório, mesmo que a questão possa ser conhecida de ofício.

Em seguida, foi explicitado o primeiro filtro ao controle dos limites. Os negócios processuais necessariamente para serem considerados válidos, seguindo estrutura da teoria geral dos contratos aplicada à sistemática processual, devem respeitar os pressupostos que se seguem: (i) capacidade dos contratantes; (ii) licitude, possibilidade e determinabilidade do objeto; (iii) forma; (iv) consentimento livre e informado (ausência de vulnerabilidade lesiva); (v) que o processo em que se realizará acordo processual verse sobre direitos que admitam autocomposição; (vi) não geração de externalidades ao Poder Judiciário ou a terceiros (princípio da relatividade dos efeitos dos contratos). Adicionalmente, como segundo filtro, entendeu-se que a convenção processual (vii) não pode ter como objetivo fraudar lei imperativa, devendo obedecer ao *núcleo duro de direitos processuais*.

Admitindo-se que invariavelmente ao se celebrar negócio processual se estará renunciando a determinado direito processual e se entendendo que a renúncia é também uma forma de exercício de um direito processual, alcançou-se a conclusão de que apenas não se pode renunciar aos direitos e garantias fundamentais do processo (*núcleo duro de direitos processuais*) que compõem o conceito de *processo justo* e que, se ausentes isolada ou conjuntamente, fulminam a própria essência do processo do contemporâneo. Toda e qualquer renúncia que não elimine ou fulmine um dos princípios componentes será tida como válida. E qual seria esse núcleo duro? Consoante a literatura processual, (i) contraditório; (ii) cooperação; (iii) duração razoável do processo; (iv) boa-fé objetiva; (v) fundamentação racional das decisões; (vi) sistemática de precedentes; e, por fim, (vii) publicidade dos atos processuais.

Nessa linha, desconsideraram-se como componentes do núcleo irredutível de princípios e garantias processuais todos os demais, como, por exemplo, do juiz natural, do duplo grau de jurisdição, da busca da verdade, da sucumbência, etc. Isso, contudo, não revela qualquer juízo de menoscabo ao instituto ou à sua relevância na trajetória de construção do processo, apenas que, se afastados, não comprometem a justa resolução da crise de direito material, fim último do processo civil.

À luz dessas premissas, foi proposto o método de controle aos limites dos negócios processuais, composto pelo atendimento aos pressupostos de validade e eficácia e ao núcleo duro de direitos processuais, ambas as etapas guiadas pelos vetores interpretativos.

De forma a dar concreção ao estudo, promoveu-se a testagem do método desenvolvido na sistemática, que se demonstrou terreno fértil para a exploração dos limites. A partir da eleição dos temas (i) irrecurribilidade decisória, (ii) efeito suspensivo da apelação contra sentença e (iii) depósito recursal e pressupostos de admissibilidade recursal, foram expostos os resultados.

No tocante ao negócio processual que estabeleça a renúncia prévia a recurso(s), inclusive o acordo de instância única, concluiu-se que preenche todos os pressupostos e requisitos de validade e eficácia das convenções processuais, além de respeitar o núcleo duro do *processo justo*. Adotando o mesmo raciocínio, foi alcançada a resposta positiva quanto à validade e eficácia das convenções que objetivem atribuir eficácia imediata à sentença impugnada por apelação, bem como ao acordo que estabeleça depósito recursal como pressuposto extrínseco de validade à apelação ou que amplie ou reduza com razoabilidade o prazo recursal.

Todavia, o mesmo não se conclui de convenções que tenham como desiderato a supressão de pressupostos de admissibilidade recursal. O negócio que objetive eliminar (ou mesmo reduzir) o preparo interfere na esfera jurídica de terceiro (Poder Judiciário), gerando-lhe uma externalidade (redução da arrecadação). Igual lógica se aplica à supressão do cabimento, porquanto ao se determinar que órgãos jurisdicionais processem e julguem recursos que não são de sua competência legal, para além de não gerar qualquer benefício visível ao recorrente, imporia caos organizacional ao Poder Judiciário.

Então, procurou-se evidenciar a legitimidade democrática que possui as convenções processuais, bem como os benefícios à concretização dos escopos do processo. O método de controle dos limites exposto teve em mira buscar o equilíbrio entre privatismo e publicismo, realçando que, dentro do núcleo duro de direitos processuais, deve ser privilegiada a autonomia da vontade das partes. Ao fugir de um ideário paternalista, entendo que os interessados na resolução da crise de direito material, é dizer, aqueles que suportarão os efeitos do pronunciamento judicial, devem ter voz ativa na construção do processo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Resende de. **Das convenções processuais no processo civil**. 2014. 247 p. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Resende de. As convenções processuais na experiência francesa e no novo CPC. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios processuais**. Salvador: Jus Podivm, 2015.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes. **A contrariedade na instrução criminal**. São Paulo: Saraiva: 1937, p. 109.

ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. *In*: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de.; LAUAR, Maira Terra. **Processo civil, novas tendências, em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 141-169.

ANGIONI, Enrica. **Negoziio giuridico processuale e categoria generale di contratto nella scienza giuridica europea**. Tese (Doutorado em Direito) - Università degli Studi di Cagliari, 2014-2015, p. 42-44.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 106.

AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. *In*: AROCA, Juan Montero (coord.). **Proceso e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 222-226.

AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC**. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 51.

BARBOSA DUTRA, Victor. **O desafio do contraditório na tutela de casos repetitivos do CPC/15**. 2016. 141 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016, p. 56.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 14. ed., v. V (arts. 576 a 565). Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 233.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 16. ed. rev. e atual, v. 5, Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 342.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. **Temas de direito processual**, 3ª série, São Paulo: Saraiva, 1984, p. 87-98

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo, as partes e a sociedade. **Temas de direito processual**, 8ª série. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARRETO, Bárbara Cotta. **Renúncia antecipada ao direito de recorrer**. Monografia (graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017, p. 20.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Theoria geral do direito civil**. 3. ed. atual. por Achilles Beviláqua. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1946. p. 215.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 54.

BRAGA, Paula Sarno. **Norma de processo e norma de procedimento**: o problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 455.

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

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano da existência. *In*: DIDIER JR, Fredie; ERHARDT JR, Marcos (coord.). **Revisitando a teoria do fato jurídico**: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 448.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: março de 2018.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: março de 2018.

BRASIL. **Relatório-geral Substituto**. Deputado Sérgio Barradas. Disponível em <http://www.conjur.com.br/dl/relatorio-cpc-sergio-barradas.pdf> . Acesso em: 03.07.2015. 2015a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1308830/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2012, **DJe 19/06/2012**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1308830&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> . Acesso em 18.02.2018.

BÜLLOW, Oskar. Gesetz und Richteramt. Juristische Zeitgeschichte. Berlin: Berliner Wissenschafts, 2003, v. 10. *In*: NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático**: uma análise crítica das reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2012, p. 103.

BÜLOW, Oskar. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. 2. ed. (trad. Bras. Ricardo Rodrigues Gama). São Paulo: LZN, 2005.

CABRAL, Antonio do Passo. A duração razoável do processo e a gestão do tempo no projeto de Novo Código de Processo Civil. *In*: FREIRE, Alexandre *et al.* (orgs.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: Jus Podivm, 2014, v. II, p. 104

CABRAL, Antonio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. Salvador: Jus Podivm, 2013, p. 132.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 195.

CABRAL, Antonio do Passo. Il Principio del Contraddittorio come Diritto D'influenza e Dovere di Dibattito. **Rivista di Diritto Processuale**. Disponível em: <http://uerj.academia.edu/AntonioCabral/Papers/144620/Il_principio_del_contraddittorio_com_e_diritto_dinfluenza_e_dovere_di_dibattito>. Acesso em: 27.04.2018.

CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios processuais**. Salvador: Jus Podivm, 2015.

CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem pública processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, pp. 205-209.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 215-243.

CADIET, Loïc. **Droit Judiciaire Privé**. 12. ed., Paris: Litec, 1998.

CADIET, Loïc. **Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisation du règlement des litiges**. Revista de processo. São Paulo: RT, n. 160, ano 33, p. 61-82, 2008.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 25. ed., São Paulo: Atlas, v. 1, 2004.

CAPONI, Remo. Autonomia privata e processo civile: gli accordi processual. **Civil procedure review**, v. 1, n. 2, p. 44, 2010. Disponível em: http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=19&embedded=true. Acesso em: 02.02.2018.

CARAMELO, António Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios: revisitando o tema. **Revista de Arbitragem e Mediação: RArb**, v. 7, n. 27, p. 129-161, out./dez. 2010.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema del diritto processuale civile**. Padova: CEDAM, v. II, 1938, p. 380.

CARVALHO, Jorge Morais. **Os limites à liberdade contratual**. Lisboa: Almedina, 2017, p. 7-179.

CAVALCANTI, José Paulo. **Da renúncia no direito civil**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 112-119.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Tradução Paolo Capittanio. Campinas: Bookseller, v. 3, 1998, p. 20.

CIPRIANI, Franco. **Il processo civile nello stato democratico**. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2006.

COUTURE, Eduardo. **Fundamentos del derecho procesal civil**. 3. ed. Buenos Aires: Depalma, 1958, p. 192.

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. 27-62.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. 13. ed., Salvador: Jus Podivm, v. 3, 2016, p. 104.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17. ed., v. 1, Salvador: Juspodivm, 2015, p. 373,

DIDIER JR, Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: Jus Podivm, 2018, p. 19.

DIDIER JR, Fredie. Negócios processuais atípicos no CPC-15. *In*: MARCATO, Ana *et al.* (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 161-187.

DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: JusPodivm, 2011.

DIDIER JR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie. Sistema brasileiro de precedentes judiciais obrigatórios e os deveres institucionais dos tribunais: uniformidade, estabilidade, integridade e coerência da jurisprudência. *In*: DIDIER JR., Fredie *et al.* (coord.). **Precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 389.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6. ed. rev. e atual., v. II. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14. ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. São Paulo: Saraiva, 20. ed., v. 3, 2004, p. 28.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 221 e ss.

ENNECERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl. **Derecho civil: parte general**. Barcelona: Bosch, t. I, v. II, n. 208, p. 482, 1947.

FARIA, Marcela Kohlbach de. Licitude do objeto das convenções processuais. *In: Negócios processuais*. Salvador: Jus Podivm, v. 1, 2017, p. 363.

FRANCO, Marcelo Veiga. **Processo justo**: entre efetividade e legitimidade da jurisdição. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 39.

GARCEZ, José Maria Rossani. Arbitrabilidade no direito brasileiro e internacional. **Revista de Direito Bancário**, do Mercado de Capitais e da Arbitragem, São Paulo: RT, n. 12, p. 340, abr.-jun. 2001, p. 190.

GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. *In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 407-416, p. 409.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 133-134.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo**. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GONÇALVES, Eduardo Damião. **Arbitrabilidade objetiva**. 2008. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 171.

GONÇALVES, Gláucio Ferreira Maciel; e BACELAR, Guilherme. **O prospective overruling nas supremas cortes brasileiras: a possibilidade de modulação temporal dos efeitos das decisões revogadoras de precedentes consolidados à luz da dogmática jurídica moderna e do novo Código de Processo Civil – CPC/2015**. *Revista de Processo* | vol. 258/2016 | p. 357 - 385 | Ago / 2016

GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 20. ed., São Paulo: Saraiva, v. 2, 2009.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *In: MEDINA, José Miguel Garcia et al. (coord.). Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008.

GUASP, Jaime. **Derecho procesal civil**. 2 ed., v. 1, Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1962.

GUNTHER, Klaus. Qual o conceito de pessoa de que necessita a teoria do discurso do direito? Reflexões sobre a conexão interna entre pessoa deliberativa, cidadão e pessoa de direito. Flavia Portella Püschel (trad.). *In: Autores?? Teoria da responsabilidade no estado democrático de direito*. São Paulo: Saraiva, 2009.

Haidar, Rodrigo. **Execuções ainda são o maior gargalo do Judiciário**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-ago-29/execucoes-ainda-sao-maior-gargalo-poder-judiciario>. Acesso em: 06.05.2018.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 8. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 387-388.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. **Duplo grau de jurisdição no direito processual civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 115.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. Garantia do duplo grau de jurisdição. *In*: TUCCI, José Rogério Cruz (coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 190-206, p. 194 *et passim*.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil, I**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 226-227.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil, I**. Tradução e notas Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 286.

LIMA, Bernardo Silva de. Sobre o negócio jurídico processual. *In*: DIDIER Jr. Fredie; EHRHARDT JR. Marcos (coord.). **Revisitando a teoria do fato jurídico**: homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2010

LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. **Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal**. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Salvador: JusPodivm, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 494.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 2007, p. 490.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**: teoria do processo civil. 2. ed., v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 491-492.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Processo de conhecimento**. 12. ed., São Paulo: RT, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova**. São Paulo: RT, 2010, p. 200.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. Garantia da tempestividade da tutela jurisdicional e duplo grau de jurisdição. *In*: TUCCI, José Rogério Cruz (coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**: homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 207-233, p. 214.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 457.

MARTINS-COSTA, Judith. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. **Revista Forense**, ano 100, v. 376, nov.-dez. 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo CC brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 217-219.

MARTINS, Pedro Baptista. A defesa do anteprojeto de código de processo civil. **Processo oral**, Rio de Janeiro: Forense, 1940.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 10. ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 97-98.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** São Paulo: Saraiva, 2003, p. 130.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Conrado Hübner. **Sistema processual é refém da chicana advocatícia.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-out-02/conrado-mendes-sistema-processual-refem-chicana-advocaticia> . Acesso em: 06.05.2018.

MENDES, João Castro. **Direito processual civil.** Lições. Lisboa: AAFDL, v. 1, 1986-1987, p. 210-211.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Art. 421. *In: IV JORNADA DE DIREITO CIVIL*, v. I, Conselho da Justiça Federal, Brasília, **Anais...**, 2007, p. 290-291.

MISES, Ludwig von. **Ação humana.** 3.1. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p. 339.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos.** São Paulo: RT, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos,** 2. ed., col. Temas atuais de direito processual civil, v. 14, São Paulo: RT, 2011, p. 114-115.

NERY JR., Nelson. **Teoria geral dos recursos.** 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 380.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais.** Salvador: Tese (Doutorado em Direito) - UFBA, 2011, p. 33.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa . Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. *In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais.* Salvador: JusPodivm, 2015, p. 81-92.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 235.

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

NUNES, Dierle José Coelho. **Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva**. A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. *Revista de Processo*, v. 199, ano 36, São Paulo: RT, set. 2011, p. 66-67.

NUNES, Dierle José Coelho; THEODORO JÚNIOR, Humberto; BAHIA, Alexandre. **Breves considerações da politização do Judiciário e do panorama de aplicação no direito brasileiro**: análise da convergência entre o *civil law* e o *common law* e dos problemas da padronização decisória. *Revista de Processo*, São Paulo: RT, ano 35, n. 189, p. 43, nov. 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **O juiz e o princípio do contraditório**. *Revista de Processo*, v. 73, p. 7-14, 1994.

OLIVEIRA JR., Délio Mota de. **Distinção e superação dos precedentes judiciais no processo civil brasileiro**: garantia aos direitos fundamentais do contraditório e da fundamentação. 2017. 197 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2017, p. 111.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 417-443.

OMMATI, José Emílio Medauar. A fundamentação das decisões judiciais no projeto do Novo Código de Processo Civil. *In*: FREIRE, Alexandre *et al.* **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil. Salvador: Jus Podivm, 2014, v. III, p. 10.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 13. ed., v. 3, Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: contratos. 21. ed., v. 3, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 26.

PIZZORUSSO, Alessandro. Sul principio del doppio grado di giurisdizione. **Rivista di Diritto Processuale**, Padova: CEDAM, v. XXXIII, jan./mar., p. 46, 1978.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. t. VII. São Paulo: Editora Forense, 1975, p. 108-109.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000, t. II, p. 222.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. 8. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PROTO PISANI, Andrea. Giusto processo e valore dela cognizione piena. **Rivista di Diritto Civile**, Padova: Cedam, 2002, p. 267.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à aplicação dos precedentes no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 41-42.

REDONDO, Bruno Garcia. **Flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes no direito processual civil brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) - São Paulo: PUC-SP, 2013

_____. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 269-278.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. Tradução de Wagner D. Giglio. São Paulo: LTr, 1993, p. 95.

ROTHBARD, Murray N. **A ética da liberdade**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p. 336.

SANTOS, Eduardo Rodrigues. **Princípios processuais constitucionais**. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 125-195.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil: processo de conhecimento**. 13. ed., São Paulo: Saraiva, v. 1, 2009.

SANTOS, Marina França. **A garantia do duplo grau de jurisdição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 164.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil**. 4. ed., São Paulo: Saraiva, v. 1, 2010, p. 166.

SCHWARCZ, Steven L. **Rethinking freedom of contract: A Bankruptcy Paradigm**, 77 TEx. L. REV. 524, 1999.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Processo e ideologia**. Revista de Processo, São Paulo: RT, v. 28, n. 11, p. 36, abr./jun. 2003.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Aspectos do novo processo civil português**. Revista de Processo, São Paulo: RT, n. 86, p. 174-184, abr.-jun. 1997, p. 176-177.

STRECK, Lênio Luiz. **Dilema de dois juízes diante do fim do Livre Convencimento do NCPC**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc>. Acesso em: 29.04.2018.

STRECK, Lênio. **Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC**. Conjur, 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>. Acesso em 01.05.2018.

TARELLO, Giovanni. **Dottrine del processo civile**: studi storici sulla formazione del processuale civile. Bologna: il Mulino, 1989.

TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Tradução de Lorenzo Córdova Vianello. Madrid: Trotta, 2011, p. 315.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. **Sistema dos recursos trabalhistas**. 13. ed., São Paulo: LTr, 2017, p. 149.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa H.; BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, v. 2, 2006, p. 659.

THEODORO JR., Humberto. Abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. *In*: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). **Abuso do dos direitos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 113.

THEODORO JR., Humberto. A garantia fundamental do devido processo legal e o exercício do poder de cautela no direito processual civil. **Revista dos Tribunais**, v. 665, p. 11-21, 1991

THEODORO JR., Humberto *et al.* **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015.

THEODORO JR., Humberto. **O processo civil brasileiro**: no limiar do novo século. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 192.

TONIAZZO, Paulo Roberto Froes. **A função social do contrato privado**: limite de liberdade de contratar. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 96.

VARELA, João Antunes. **Das obrigações em geral**. 10. ed., v. 1, Coimbra: Almedina, 2003, p. 226.

VELLOSO, Adolfo Alvarado. La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento. *In*: AROCA, Juan Montero (coord.). **Proceso e ideología**: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 222-226.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. 6. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 173.

ZANETTI JR., Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. 2. ed., Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 311.