

ESCOLA DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO

JULIANO COLOMBO

**NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS DAS PARTES: PRINCIPIOLOGIA, FUNDAMENTOS E APLICAÇÃO  
NA TUTELA EXECUTIVA STRICTO SENSU**

Porto Alegre  
2018

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica  
do Rio Grande do Sul

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL – PUCRS  
ESCOLA DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – MESTRADO E DOUTORADO

JULIANO COLOMBO

**NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS DAS PARTES: PRINCIPIOLOGIA, FUNDAMENTOS E  
APLICAÇÃO NA TUTELA EXECUTIVA *STRICTO SENSU***

PORTO ALEGRE

2018

JULIANO COLOMBO

**NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS DAS PARTES: PRINCIPIOLOGIA, FUNDAMENTOS E  
APLICAÇÃO NA TUTELA EXECUTIVA *STRICTO SENSU***

Dissertação jurídica apresentada como requisito final para obtenção do título de Mestre em Direito no Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito, na Área de Concentração em Teoria Geral da Jurisdição e Processo, da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Luis Alberto Reichelt

PORTO ALEGRE

2018

JULIANO COLOMBO

**NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS  
FUNDAMENTAIS DAS PARTES: PRINCIPIOLOGIA, FUNDAMENTOS E  
APLICAÇÃO NA TUTELA EXECUTIVA *STRICTO SENSU***

Dissertação jurídica apresentada como requisito final para obtenção do título de Mestre em Direito no Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito, na Área de Concentração em Teoria Geral da Jurisdição e Processo, da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, defendida e aprovada em Porto Alegre/RS, \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de \_\_\_\_\_.

**BANCA EXAMINADORA:**

---

Presidente: Prof. Dr. Luis Alberto Reichelt – PUCRS

---

Membro externo: Prof. Dr. Heitor Vitor Mendonça Sica – USP

---

Membro externo: Prof. Dr. Alexandre Antonio Franco Freitas Câmara

---

Membro externo: Profa. Dra. Jaqueline Mielke Silva – IMED

---

Membro externo: Prof. Dr. José Tadeu Neves Xavier – FMP

Aos meus maiores tesouros.  
Pronto! Voltei. Agora podemos brincar...

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a Deus pelo dom da vida e do discernimento. Sem estes nada seria feito.

Agradeço à minha família pelo apoio incondicional, por ela eu já realizei os meus melhores “negócios jurídicos”.

Agradeço aos meus colegas de mestrado pela convivência e atuação colaborativa.

Por fim, agradeço ao meu professor orientador por sua qualidade, pelo respeito e pelo permanente comprometimento.

Portanto, se estiveres para trazer tua oferta ao altar e ali te lembrares de que o teu irmão tem alguma coisa contra ti, deixa a tua oferta ali diante do altar e vai primeiro reconciliar-te com teu irmão; e depois virás apresentar a tua oferta. Assume logo uma atitude conciliadora com o teu adversário, enquanto estás com ele no caminho, para não acontecer que o adversário te entregue ao juiz e o juiz ao guarda e, assim, sejas lançado na prisão (MATEUS, 5:23-25).

## RESUMO

O presente trabalho propõe-se a aprofundar o tema dos negócios jurídicos processuais na perspectiva dos direitos fundamentais das partes. Enfrenta-se a referida temática, abordando a principiologia e os fundamentos da negociação processual a desaguar na sua aplicabilidade na tutela executiva, em especial na execução de quantia. Os limites dos negócios processuais autorizados pelo art. 190 do Código de Processo Civil são concatenados frente ao publicismo e privatismo processual, bem como apresentados no viés de um modelo cooperativo de processo a partir de sua inserção no panorama processual à luz do formalismo-valorativo. Sugere-se a correta interpretação dos requisitos estabelecidos em âmbito infraconstitucional com vistas à validade na formação de negócios jurídicos processuais. Transpassando os direitos fundamentais à liberdade, à segurança jurídica e à efetividade do processo, a negociação sobre matéria processual é justificada e inserida no ambiente da tutela executiva. Analisa-se o impacto da formação e aplicação dos negócios jurídicos processuais nas medidas executivas, expropriatórias e nas normas procedimentais. Defende-se a validade de negócios jurídicos processuais atípicos que possam implicar em restrições justificadas aos direitos fundamentais das partes no processo executivo, tal como a limitação ao duplo grau de jurisdição e a renúncia à impenhorabilidade, a partir da correta aplicação da proporcionalidade.

**Palavras-chave:** Negócios jurídicos processuais. Direitos fundamentais. Tutela executiva.

## ABSTRACT

The present study has the purpose to deepen the subject of contract procedure from the perspective of the fundamental rights of the parties. The issue is addressed by approaching the principles and fundamentals of contract procedure, flowing into its applicability in the executive order, especially in the amount execution. The limits of the contract procedures authorized by article 190 of the Civil Procedure Code are concatenated against procedural publicism and privatism, as well as presented in the bias of a corporative model of process from its insertion in the procedural panorama in the light of formalism-value. It is suggested the correct interpretation of the requirements established in the infraconstitucional scope with a view to the validity in the formation of contract procedure. Transposing the fundamental rights to freedom, legal certainty and effectiveness of the process, negotiation on procedural matters is justified and inserted in the environment of executive process. The impact of formation and application of contract procedure on executive expropriatory measures and on procedural rules is analyzed. It is defended the validity of atypical contract procedure that may imply justified restrictions to the fundamental rights of the parties in the executive process, such as the limitation to the double degree of jurisdiction and the renunciation of unenforceability, based on the correct application of proportionality.

**Keywords:** Contract procedure. Fundamental rights. Execution proceedings.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>1 FUNDAMENTOS DE NATUREZA HISTÓRICA, COMPARATIVA E CONSTITUCIONAL NECESSÁRIOS À COMPREENSÃO DO FENÔMENO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS.....</b>	<b>14</b>
<b>1.1 Fundamentos de ordem histórico-comparativa universal necessários ao estudo crítico dos negócios jurídicos processuais .....</b>	<b>14</b>
<i>1.1.1 A escola publicista do processo e a inadmissibilidade dos acordos processuais – de Josef Kohler à Oskar Bülow.....</i>	<i>15</i>
<i>1.1.2 O pensamento italiano do início do século XX.....</i>	<i>25</i>
<i>1.1.3 Os tribunais franceses e a doutrina italiana na parte final do século XX: contrats de procédure e o protocolli di procedura .....</i>	<i>28</i>
<b>1.2 Panorama histórico a respeito dos negócios jurídicos processuais no contexto da realidade brasileira.....</b>	<b>31</b>
<b>1.3 Fundamentos de ordem cultural contemporâneos necessários ao estudo crítico dos negócios jurídicos processuais .....</b>	<b>36</b>
<i>1.3.1 Os negócios jurídicos processuais e sua inserção no panorama do Processo Civil à luz do formalismo-valorativo .....</i>	<i>37</i>
<i>1.3.2 A inserção dos negócios jurídicos processuais e os paradigmas existentes em torno da noção de processo cooperativo ou participativo .....</i>	<i>44</i>
<i>1.3.3 Negócios jurídicos processuais e o encontro entre publicismo e privatismo no Processo Civil contemporâneo .....</i>	<i>50</i>
<b>2 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E DIREITO AO PROCESSO JUSTO: O CONTRATUALISMO PROCESSUAL NO CONTEXTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LIBERDADE, À SEGURANÇA JURÍDICA, À EFETIVIDADE DO PROCESSO.....</b>	<b>54</b>
<b>2.1 O regime jurídico dos negócios jurídicos processuais como expressão do direito fundamental à liberdade .....</b>	<b>54</b>

2.1.1 <i>Negócios jurídicos processuais e liberdade de autodeterminação das partes no âmbito contratual</i> .....	57
2.1.2 <i>Negócios jurídicos processuais e suas relações com o princípio dispositivo como pauta de atuação das partes</i> .....	70
<b>2.2 Os limites impostos por normas jurídicas de caráter cogente ao estabelecimento de negócios jurídicos processuais e as exigências de segurança e de efetividade do processo</b> .....	<b>76</b>
<b>2.3 As dificuldades presentes na formação de negócios jurídicos processuais atípicos por força da necessidade de observância a limites impostos por normas jurídicas de caráter cogente</b> .....	<b>84</b>
<b>2.4 Requisitos estabelecidos em âmbito infraconstitucional com vistas à validade na formação de negócios jurídicos processuais</b> .....	<b>86</b>
2.4.1 <i>O significado de “partes plenamente capazes” referido no art. 190 do Código de Processo Civil</i> .....	87
2.4.2 <i>A licitude do objeto negocial</i> .....	92
2.4.3 <i>A liberdade de forma do negócio jurídico processual</i> .....	94
<b>2.5 A possibilidade de controle quanto à validade dos negócios jurídicos processuais nos termos do parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015</b> .....	<b>96</b>
2.5.1 <i>O plano da validade dos negócios jurídicos na ordem civil</i> .....	98
2.5.2 <i>A vulnerabilidade da parte na formação dos negócios jurídicos processuais</i> .....	100
2.5.3 <i>As nulidades processuais aplicadas aos negócios jurídicos processuais</i> .....	105
<b>2.6 A eficácia imediata dos negócios jurídicos processuais prevista no artigo 200 do Novo Código de Processo Civil</b> .....	<b>110</b>

### **3 O ESTABELECIMENTO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS NO PROCESSO DE EXECUÇÃO: LIMITES E POSSIBILIDADES NA IMPOSIÇÃO DE RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PARTES** .....

<b>3.1 O processo de execução e o estabelecimento de negócios jurídicos processuais atípicos na perspectiva do princípio do dispositivo: privatismo e publicismo</b> .....	<b>113</b>
<b>3.2 O processo de execução e os limites no estabelecimento de negócios jurídicos processuais atípicos: controle, cognição na execução e o direito fundamental ao contraditório</b> .....	<b>116</b>

<b>3.3 O direito fundamental à liberdade e o estabelecimento de negócios jurídicos processuais atípicos no processo executivo.....</b>	<b>123</b>
<i>3.3.1 Negociação processual e o impacto nas medidas executivas, expropriatórias e nas normas procedimentais: o direito fundamental à liberdade e o direito fundamental à tutela efetiva</i>	<i>124</i>
<i>3.3.2 A criação de títulos executivos por negócios processuais .....</i>	<i>128</i>
<b>3.4 O desafio presente na imposição de restrições ao direito fundamental ao duplo grau de jurisdição decorrentes do estabelecimento de negócios jurídicos processuais atípicos no processo de execução .....</b>	<b>135</b>
<b>3.5 A autonomia da vontade e o direito fundamental à dignidade da pessoa humana: renúncia à impenhorabilidade por negócios jurídicos processuais atípicos no processo executivo .....</b>	<b>148</b>
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>156</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>161</b>

## INTRODUÇÃO

A partir do contemporâneo paradigma processual inserido no horizonte de um modelo cooperativo, bem como pela convivência harmônica com a sempre presente estrutura adversarial, inaugura-se uma nova concepção acerca do papel dos sujeitos no processo. Amplificando a autonomia das partes e a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, a inserção do art. 190 do Código de Processo Civil ganha espaço de relevo, exigindo-se necessária e adequada compreensão do instituto. O privatismo processual assim refletido não deverá representar completo afastamento do caráter público do processo. A seu turno, o publicismo e um pernicioso hiperpublicismo não autorizam a total remoção da liberdade e da autonomia negocial. O entrelaçamento destas concepções não poderá conduzir a outro destino senão à intensificação dos direitos fundamentais das partes e de sua plena realização no caso concreto.

O preciso entendimento e a correta calibragem da participação das partes no estabelecimento de negócios jurídicos processuais apresentam-se como um relevante fator na conformação de um processo justo e na contribuição para o impacto do processo nas relações sociais. A determinação de limites à estas convenções sobre matéria processual e a asseguarção de sua validade, conferem ao sistema uma elevada carga de segurança jurídica e um ambiente favorável à efetividade da tutela, em especial no cenário da tutela executiva *stricto sensu*, aqui compreendida na execução de quantia e delimitada no processo de execução de títulos executivos extrajudiciais.

É neste universo que o presente trabalho enfrenta o problema dos possíveis limites e espaço de atuação dos negócios jurídicos processuais, analisando a sua principiologia, seus fundamentos e a aplicação na tutela executiva *stricto sensu*. Buscando delimitação do tema e profundidade, resta excluído do escopo do presente estudo a perspectiva dos negócios jurídicos processuais no processo coletivo, bem como nas situações que envolvam a Fazenda Pública. O modo de conceber os limites jurídicos para a realização de negócios jurídicos processuais atípicos que alteram situações jurídicas processuais na perspectiva dos direitos fundamentais das partes passa a ser um desafio do operador e intérprete. Tais balizas e possibilidades são observadas de modo pormenorizado no procedimento da execução, na criação de títulos executivos, no estabelecimento de instância única e na possível renúncia à impenhorabilidade. As hipóteses levantadas para o problema a ser enfrentado passam pela necessária análise individual de casos concretos de negócios jurídicos processuais e da aplicação da

proporcionalidade em seus três níveis de análise (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), a partir da compreensão dos direitos fundamentais envolvidos.

Nesta meta, o primeiro capítulo do presente trabalho científico aborda os fundamentos de natureza histórica, comparativa e constitucional necessários à correta compreensão dos negócios jurídicos processuais. Com referência à evolução histórica do pensamento processual, são pautados os marcos do privatismo e publicismo, bem como o desenvolvimento dos acordos processuais no pensamento europeu e o seu posterior impacto na realidade brasileira. O justo encontro do rumo privatista e publicista, bem como das convenções sobre matéria processual, é analisado no panorama do processo civil à luz do formalismo-valorativo e dos paradigmas existentes em torno da noção de processo cooperativo ou participativo.

O segundo capítulo direciona-se na perspectiva do processo justo, analisando o contratualismo processual e os direitos fundamentais à liberdade, à segurança e à efetividade do processo. A autodeterminação das partes e o princípio dispositivo são confrontados no sistema da negociação processual. Neste capítulo, são analisados ainda o confronto desta autonomia privada e as normas cogentes, sendo aprofundado os requisitos para a validade dos negócios jurídicos processuais. Neste ponto, o capítulo enfrenta os requisitos estabelecidos em âmbito infraconstitucional com vistas à validade na formação de negócios jurídicos processuais. É realizado o cotejo entre o texto legal do art. 190 do Código de Processo Civil e a disciplina da validade dos negócios jurídicos no ordenamento civil. Insere-se, ainda, necessária análise imbricada entre os requisitos de validade e a teoria das invalidades processuais, conduzindo ao correto afastamento ou não de determinada convenção sobre matéria processual. Por fim, o capítulo apresenta a imediatidade dos efeitos dos negócios jurídicos processuais, defendendo o contexto da prescindibilidade de homologação judicial como pressuposto para a sua eficácia.

Estabelecidas e aprofundadas as premissas teóricas para a validade dos negócios jurídicos processuais no ordenamento, o terceiro capítulo propõe-se a analisar a possibilidade de estabelecimento de negócios jurídicos processuais atípicos no processo de execução, adentrando em seus limites e possibilidades na imposição de restrições a direitos fundamentais das partes. Neste objetivo, inicialmente, é revisitada a perspectiva do princípio dispositivo no processo de execução, assim como o aparente confronto entre publicismo e privatismo, demonstrando-se o ambiente favorável do processo executivo para o exercício da autonomia de vontade e para a amplitude da negociação processual como justificada expressão do direito fundamental à liberdade. A questão do controle das convenções processuais é igualmente enfrentada no terceiro capítulo já no horizonte do processo de execução, estabelecendo-se um aprofundamento teórico acerca da cognição e do direito fundamental ao contraditório na tutela

executiva. Nas desejáveis aplicabilidade prática da negociação processual e conformação do sistema, são enfrentadas neste último capítulo o impacto da convenção processual nas medidas executivas, expropriatórias e nas normas procedimentais, sob o enfoque do direito fundamental à liberdade e o direito fundamental à tutela efetiva. Na mesma linha, é apresentado e aprofundado o desafio presente na imposição de restrições ao direito fundamental ao duplo grau de jurisdição a partir do estabelecimento de negócios jurídicos processuais atípicos no processo executivo. Por fim, a relevante questão da impenhorabilidade legalmente estabelecida é confrontada com a disponibilidade de sua renúncia por negociação processual, a partir do exercício da autonomia de vontade e do respeito à dignidade da pessoa humana, em correta aplicação da proporcionalidade.

Esclarece-se que o termo “negócio jurídico processual” utilizado no presente trabalho é empregado no horizonte das declarações de vontade plurilaterais, capazes de constituir, modificar e extinguir situações processuais. As declarações de vontade unilaterais não foram analisadas no presente estudo. Ainda, o termo “convenção processual” e a expressão “convenção sobre matéria processual” são utilizados na presente pesquisa como espécies de negócios jurídicos plurilaterais.

A presente pesquisa, ao abordar a cláusula geral de negociação processual e os negócios jurídicos atípicos na perspectiva dos direitos fundamentais das partes, enfrenta repertório de grandes criações e ampliações promovidas pelo Código de Processo Civil de 2015. Assim, atento à efetividade de tais convenções, impõem-se a adoção do método dialético de abordagem, por ser contrário à rigidez de conhecimento e mais consentâneo com a argumentação consistente e às constantes mudanças, próprio de um tema incipiente, em especial no reflexo projetado na tutela executiva. Não sendo excludentes, serão utilizados os métodos histórico, comparativo e tipológico, para a análise do fenômeno, este último na busca de um modelo aceitável de limitação e aplicação dos negócios jurídicos processuais no processo de execução.

# 1 FUNDAMENTOS DE NATUREZA HISTÓRICA, COMPARATIVA E CONSTITUCIONAL NECESSÁRIOS À COMPREENSÃO DO FENÔMENO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Em desejável e adequada compreensão dos negócios jurídicos processuais, impõe-se assimilar a evolução do pensamento privatista e do publicismo processual, a partir de uma trilha que percorre os seus fundamentos de natureza histórica, comparativa e constitucional. Com esta análise, aprofunda-se igualmente o panorama histórico dos negócios jurídicos processuais no contexto da realidade brasileira, fixando-se, ao fim, os fundamentos de ordem cultural contemporâneos necessários ao estudo crítico do instituto.

## 1.1 Fundamentos de ordem histórico-comparativa universal necessários ao estudo crítico dos negócios jurídicos processuais

A vigência do primeiro código processual da história do país a iniciar e terminar seu processo legislativo na constância de um Estado Democrático de Direito começou em 18 de março de 2016. O novo estatuto processual, instrumento fundamental para a efetiva realização de direitos materiais, apresentou-se diante de uma sociedade descrente dos poderes e do impacto do processo.<sup>1</sup> Entre as mudanças inseridas, o agora denominado “negócio jurídico processual” ganha espaço de destaque dada a amplitude retratada pelo artigo 190 do Código de Processo Civil, sedimentando e elevando o “contratualismo processual”.<sup>2</sup> A possibilidade de as partes

<sup>1</sup> Acerca do caráter instrumental do processo e a resposta aos anseios da sociedade, assim refere Jaqueline Mielke Silva: “Mesmo quando o processo civil é tomado em seu instrumental, ele acaba por refletir os valores priorizados pela sociedade no momento de sua vigência. Por esta razão, é imperioso o reconhecimento, de forma unânime, de que a função de julgar é muito mais do que aplicar a letra fria da lei, é preciso superar ideia do juiz boca da lei, decidindo-se diferente, como os olhos para o futuro. Mais do que isso, é preciso que o direito seja considerado em conjunto com todas as outras ciências que o permeiam. Ao contrário do isolamento pregado pelos juristas da Idade Moderna, é mais do que hora de se deixar o direito impregnar pelas questões que lhe são as verdadeiras formadoras. Os anseios da sociedade, a influência da economia, as repercussões da globalização, tudo isso está no direito e não é possível se fechar os olhos para esta realidade.” (MIELKE SILVA, Jaqueline. *O direito processual civil como instrumento de realização de direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012, p. 171).

<sup>2</sup> A expressão “contratualismo processual” é utilizada por inúmeros doutrinadores, entres eles: ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Os acordos processuais no Novo CPC: aproximações preliminares. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 4, n. 39, p. 103-117, abr. 2015.; ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 193, p. 167-200, mar. 2011. PDF. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.;

realizarem, antes ou durante o processo, negócios jurídicos processuais típicos e atípicos, influenciando e modificando as situações jurídicas processuais é uma expressiva temática da Lei n. 13.105/2015. A evolução e análise histórico-comparativa conduzirá à compreensão adequada do instituto e sua densificação no ordenamento processual brasileiro, servindo como arrimo para as notas conclusivas e posicionamentos adotados no presente trabalho na perspectiva dos direitos fundamentais e no processo de execução de títulos executivos extrajudiciais.

### *1.1.1 A escola publicista do processo e a inadmissibilidade dos acordos processuais – de Josef Kohler à Oskar Bülow*

A temática dos negócios jurídicos processuais não é nova no sistema jurídico. Pode-se referir estudos consistentes realizados na Alemanha já na parte final do século XIX, por Josef Kohler, em trabalho publicado em 1887, sendo referencial no aprofundamento teórico do tema.<sup>3</sup> O ensaio intitulado *Über processrechtliche Verträge und Creationen* propunha a elevação da autonomia das partes, podendo estas interferirem no procedimento. Sendo grande entusiasta das negociações processuais, Kohler inseria uma visão privatista do processo. A relação jurídica processual, neste cenário, ocorreria somente entre as partes, sendo a ação dotada de caráter privado. As partes, apoiadas na abertura do sistema, poderiam, por meio de contrato, convencionar qual alternativa procedimental a ser utilizada, estando temas como competência, fatos, provas e procedimentos submetidos à “contratação” dos litigantes. Augusto Chizzini ressalta a importância do estudo realizado por Kohler, explorando o espaço de autonomia privada das partes no processo e sua influência na posterior crítica construída por Oskar Bülow.<sup>4</sup>

---

e ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr, 2015.

<sup>3</sup> Neste sentido, para aprofundar o panorama histórico da formação das “convenções processuais”, ver CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 97 et seq.

<sup>4</sup> “In questa direzione appare assai significativo notare che senza dubbio una maggiore elasticità sul tema, quindi attenzione, si coglie nella tradizione germanica nella sua letteratura (basti pensare al notevole lavoro di Kohler Ueber processrechtliche Verträge und Creationen, in *Gesammelte Beiträge zum Civilprozess*, Berlin 1894, p. 126s., che comunque nella sostanza rimane legato alle premesse bülowiane (come emerge spec. a p. 154 s.), pur nel cercare di valorizzare massime gli spazi d’incisione per l’autonomia delle parti), ossia proprio in quegli ordinamenti che più tardi sono giunti ad una codificazione e che per più lungo tempo, quindi, hanno risentito dell’influenza del diritto comune, influenza che invece è venuta presto a ridursi in sistemi fortemente accentrati come la Francia, a muovere dall’ordinanza del 1667.” (CHIZZINI, Augusto. *Konventionalprozess e poteri delle parti*. *Rivista di Diritto Processuale*, Roma, a. LXX, n. 1, p. 46-47, gen./feb. 2015).

Para Kohler, “[...] attraverso i contratti processuale si formano situazioni processuale, situazioni cioè sottratte alla volontà della singola parte, e che sono dirette ad imprimere una determinata tendenza al processo.”<sup>5</sup>

A doutrina germânica sobre a negociação processual e a importância da obra de Kohler é referenciada igualmente por Barbosa Moreira, o qual aponta o aprofundamento teórico dos “contratos processuais” realizado na Europa, conferindo consistência ao argumento de que na Alemanha restaram desenvolvidos inicialmente os fundamentos da moderna negociação processual.<sup>6</sup>

Sobre o estudo de Josef Kohler, Antônio do Passo Cabral apresenta exemplos de contratos processuais referenciados, tais como os relativos à “[...] exclusão de competência em geral (como os que suprimem uma instância); para atribuição e prorrogação da competência; aqueles sobre as regras procedimentais em geral, sobre os fatos e a prova; contratos sobre a exclusão de um procedimento especial; e os pactos em execução.”<sup>7</sup>

A influência do pensamento germânico é elevada igualmente por Vittorio Denti, destacando o pioneirismo científico e aprofundamento acadêmico da matéria na fundamentação dos negócios jurídicos processuais, explorado pela doutrina tedesca:

Allorquando la dottrina tedesca elaborò per la prima volta, sotto l’influenza della pandettistica, il concetto di negozio processuale, due erano fundamentalmente i tipi di atti che in questa prospettiva veneto considerati: gli atti processuali aventi una efficacia dispositiva di natura sostanziale e gli atti extraprocessuali diretti ad influire sullo svolgimento del processo.<sup>8</sup>

Figurava, portanto, uma concepção privatista do processo, própria da ausência de autonomia científica do processo civil presente na Alemanha no final do século XIX. Tal perspectiva acerca dos negócios processuais defendidos inicialmente por Kohler guarda origem remota no instituto da *litis contestatio* do direito romano, típico negócio jurídico privado.<sup>9</sup> Pelo compromisso firmado na *litis contestatio*, eram estabelecidos os limites do litígio e a aceitação

<sup>5</sup> Conforme refere SATTA, Salvatore. *Contributo alla dottrina dell’arbitrato*. Milano: Giuffrè, 1969, p. 48.

<sup>6</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1984, s. 3ª, p. 88.

<sup>7</sup> CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 98.

<sup>8</sup> DENTI, Vittorio. Negozio processuale. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1978, v. XXVIII, p. 138.

<sup>9</sup> Sobre o tema, Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, em sua tese de doutorado, assim refere: “Parte considerável da doutrina, por isso, tem acentuado o caráter contratual ou negocial da litiscontestação em Roma, que manteve seus caracteres básicos na segunda fase do processo civil romano (processo *per formulas*), até o fim da *ordo iudiciorum privatorum*, com a introdução do processo da *cognitio extra ordinem* (terceira fase), quando a *litis contestatio* passou a ser a fase em que o juiz ouvia as partes e se informava do litígio, eliminando qualquer resquício de contratualidade.” [grifos do autor] (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. 2011. 243 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2011, p. 125).

da decisão que seria tomada. Moreira Alves, ao tratar do processo formulário no direito romano, aprofunda a visão privatista do processo formulário, cabendo ao demandante, pelo jurisconsulto que o assistisse, redigir a fórmula. Por sua vez, era da alçada do réu o “[...] direito de fazer inserir nela certas cláusulas bem como de debater com o autor o ponto litigioso a ser fixado.”<sup>10</sup> Moreira Alves assenta que “[...] a *litis contestatio* nada mais é do que o contrato formal celebrado exclusivamente pelas partes, que concordam em que o litígio, como delimitado na fórmula, seja julgado por um juiz popular.”<sup>11</sup> Importa esclarecer que a *litis contestatio* permeou os três sistemas processuais romanos, quais sejam, a *legis actiones*, o *processo formular* e a *cognitio extra ordinem*, sendo aqui elevado o processo formular, haja vista que neste a *litis contestatio* apresenta-se como uma ponte na busca da origem histórica dos negócios jurídicos processuais.<sup>12</sup>

D’Ors, ao comentar a *litis contestatio* e sua formação, atribui natureza de contrato processual privado ao instituto.<sup>13</sup> Fundamentando a posição da *litis contestatio*, Max Kaser afirma que esta “[...] informa o juiz privado sobre o objeto e conteúdo do processo”,<sup>14</sup> demonstrando clara disposição e base contratual, em colaboração das partes e do juiz.<sup>15</sup> Diante

<sup>10</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 208.

<sup>11</sup> ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 208.

<sup>12</sup> Sobre o tema, ver PUGLIESE, Giovanni. La *litis contestatio* nel processo formulare. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. VI, p. 37-64, 1951, p. 37-64; e ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 150: “Na fase remota do direito processual romano, O Estado não havia alcançado ainda um estágio de evolução, capaz de permitir-lhe impor a sua vontade sobre a das partes litigante. Procurava-se, por isto, uma justificação, pela qual a sentença pudesse ser coercitivamente imposta aos contendores. Isto era possível em virtude da *litiscontestatio*, em virtude da qual as partes convencionavam aceitar a decisão que viesse a ser proferida pelo *index* ou *arbiter*”. [grifos do autor]

<sup>13</sup> “Las fuentes nos informan defectuosamente sobre el trámite de la *litis contestatio*. La doctrina más antigua (Keller) subrayaba el aspecto oficial del decreto del Pretor, en tanto la que dominó en la primera mitad de este siglo fu ella de Wlassak (seguido por Wegner), que veía em la *litis contestatio* un contrato procesal privado, del que debía separarse el *iussum idudicandi pretório*.” (D’ORS, J. A. *Derecho privado romano*. 9. ed. rev. Pamplona: EUNSA, 1997, p. 148). Sobre o tema, ver também GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*. Tradução de Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003, v. I, p. 26-27.

<sup>14</sup> Afirma Kaser: “No processo formulário reduz-se a escrito o programa processual, i.e., a *actio* pretendida pelo autor e concedida pelo pretor, numa fórmula processual (*formula*) cuidadosamente redigida, no início oralmente, mais tarde sempre por escrito. Esta fórmula constitui a base da introdução do processo por meio da *litis contestatio*, e informa o juiz privado sobre o objeto e conteúdo do processo.” (KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 432).

<sup>15</sup> Kaser ainda refere, aprofundando a *litis contestatio*: “Quando os procedimentos perante o magistrado levaram a que a *actio* (se for o caso, a *exceptio*), sobre a qual vai decorrer o processo entre as partes, esteja fixada na sua forma e conteúdo, o processo está pronto para a determinação do litígio, que necessita da colaboração de ambas as partes e do magistrado. O objeto do litígio é enunciado na fórmula processual. Esta contém o ‘programa do processo’, i. e., as questões jurídicas, sobre as quais o juiz, conforme a *actio*, *exceptio*, etc. a conceder, deve recolher provas e decidir por sentença; contém ainda o nome do juiz ou juízes que foram nomeados.” (KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 444-445). Sobre o tema, ver ainda CHIOVENDA, Giuseppe. Romanismo y germanismo en el proceso civil. In: *Ensayos de derecho procesal civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEJ; Bosch, 1949, v. 1, p. 225-261.

disso, parte da doutrina atribuía a noção de “quase-contrato” ao processo, almejando enquadrar a disciplina processual no âmbito do direito privado.<sup>16</sup>

A vinculação das convenções processuais com a *litis contestatio* é também referendada por Loïc Cadiet ao afirmar que “[...] las convenciones relativas al proceso no son entonces tan nuevas; se inscriben dentro de una antigua tradición contractualista en materia de reglamento de conflictos, se trate del análisis contractual del vínculo de instancia, heredado de la *litis contestatio* del derecho romano.”<sup>17</sup> A tradição contratualista no regramento dos conflitos já era impregnada no romanismo, sendo as raízes das convenções processuais lá inspiradas. Comentando o espírito do direito romano, a elevação da *litis contestatio* à natureza contratual é fundamentada igualmente por Jhering, mergulhando em seus aspectos procedimentais:

O contrato, que dêste módo vem a ser a base de todo o processo, chama-se *Litis contestatio*, e é estipulado em presença do Pretor e de testemunhas (*contestari*). Tem-se discutido a natureza contratual da *litis contestatio*, opondo-se-lhe a natureza do processo, cujas consequências necessárias seriam os resultados da *litis contestatio*: mas se esquece que os antigos romanos encaravam a natureza do processo de maneira muito diferente da nossa. Esquece-se que exigiam consentimento expresso, ainda, que indiretamente forçado, em todos os casos em que hoje uma pessoa, mesmo contra a sua vontade, assume uma obrigação, ou sofre um prejuízo. Em nosso sentir, repugna ao espírito do direito antigo dizer que a *litis contestatio* levasse consigo todas as consequências de uma relação contratual, sem sêr, por si mesma, um contrato.<sup>18</sup>

Desta feita, a *litis contestatio*, enquanto comportamento processual das partes, restava por estabelecer os pontos controvertidos, os limites da sentença, bem como a fixação do compromisso de respeitar a decisão.<sup>19</sup> Conforme aprofundam Cruz e Tucci e Luiz Carlos de

<sup>16</sup> “Esse compromisso ou *litis contestatio* foi qualificado pela doutrina como um negócio jurídico de direito privado ou como um contrato. O contrato era estabelecido pela *litis contestatio*. Por essa razão, atribui-se ao processo natureza contratual. Tratava-se de uma espécie de contrato judicial. Ainda presa a uma concepção de direito privado surgiu doutrina que, embora admitindo que o processo tivesse semelhanças com o contrato, via pontos que impediam que ao processo fosse atribuída natureza de contrato. Tal doutrina conferiu ao processo a natureza de quase-contrato. Falava-se em quase-contrato para se deixar claro que o processo não se enquadrava perfeitamente na noção de contrato, até porque os romanos chegaram à figura do quase-contrato por exclusão, argumentando que a obrigação que não decorre do contrato ou do ato ilícito derivaria de um quase-contrato, vale dizer, de algo parecido com o contrato.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 1, p. 424).

<sup>17</sup> CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales em derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia em Francia. *Civil Procedure Review*, v. 3, n. 3, p. 4, aug./dec. 2012. Disponível em: <<http://www.civilprocedurereview.com/>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

<sup>18</sup> JHERING, Rudolf Von. *O espírito do direito romano*. Tradução de Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943, v. I, p. 129.

<sup>19</sup> Neste sentido, referem Cruz e Tucci e Luiz Carlos de Azevedo: “A fase *in iure* perante o magistrado, iniciada com a indicação da actio pelo autor (*edictio actionis*), encerrava-se, após a nomeação do *iudex* e da redação da fórmula, com a *litis contestatio*, que se consubstanciava num comportamento processual das partes, dirigido a um escopo comum, qual seja o compromisso de participarem do juízo *apud iudicem* e atacarem o respectivo julgamento.” (TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 98-99).

Azevedo, “[...] o escopo primordial da *litis contestatio* seria, portanto, o de fixar o ponto ou os pontos litigiosos da questão, definindo os lindes da sentença a ser proferida pelo *iudex* e obrigando os litigantes a respeitá-la”,<sup>20</sup> em clara disposição contratual sobre material processual. Comentando o processo formulário, Vittorio Scialoja igualmente refere a natureza convencional da *litis contestatio* no processo civil romano:

Parece que el actor, cuando había recibido del magistrado la fórmula, la consignaba al demandado, y éste la aceptaba; mediaba así una especie de contrato entre las partes. El demandado, a la verdad, al aceptar la fórmula que se había dado contra él, consentía evidentemente en someterse al juicio en los términos fijados en la fórmula misma; del consenso por parte del actor no podía haber duda desde el momento en que él mismo había pedido aquella fórmula (esto es, aquel juicio) y la comunicaba a su adversario. Tenemos, pues, en este importante momento de la *litis contestatio*, por un lado un acto de la autoridad pública, a saber, el decreto del magistrado que pronuncia la fórmula; y, por outro, un acto consensual, si bien más o menos libre, entre las partes; o sea, el contrato o cuasicontrato judicial que se constituye entre ellos con la aceptación de la fórmula.<sup>21</sup>

O processo canônico, a seu turno, de forma similar, atribui historicamente grande relevância à *litis contestatio*. O direito canônico, desde as suas fontes mais remotas, conferia certa liberdade às partes na busca de conciliação, conduzida pelo dirigente do grupo cristão, almejando a pacificação daquela comunidade de fé. Cruz e Tucci e Luiz Carlos Azevedo referem que a “[...] conciliação deveria ser concretizada até o sábado, uma vez que o sacerdote não autorizava a participação de desafetos na missa dominical e muito menos na comunhão.” Assim, “[...] a conciliação pressupunha a presença de um conciliador e o objetivo que a motivava era religioso, ao contrário da transação que almejava exclusivamente bens materiais.”<sup>22</sup>

Atualmente, no rito processual canônico, a necessidade do comparecimento das partes perante o julgador será dada nas hipóteses de causas mais complexas, em que resta necessária

<sup>20</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 100. Sobre o tema, ver ainda PUGLIESE, Giovanni. La *litis contestatio* nel processo formulare. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. VI, p. 37-64, 1951.

<sup>21</sup> SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano: ejercicio y defensa de los derechos*. Traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, p. 232-233.

<sup>22</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de processo civil canônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 18. Ressalte-se ainda que, na perspectiva do cristianismo, o próprio evangelho de São Mateus pressupunha a prática conciliatória: “Portanto, se estiveres para trazer tua oferta ao altar e ali te lembrares de que o teu irmão tem alguma coisa contra ti, deixa a tua oferta ali diante do altar e vai primeiro reconciliar-te com teu irmão; e depois virás apresentar a tua oferta. Assume logo uma atitude conciliadora com o teu adversário, enquanto estás com ele no caminho, para não acontecer que o adversário te entregue ao juiz e o juiz ao guarda e, assim, sejas lançado na prisão (MATEUS, 5:23-25).” (BÍBLIA de Jerusalém. Tradução do texto em língua portuguesa diretamente dos originais. São Paulo: Editora Paulus, 2002, p. 1.711-1.712).

a definição dos termos da controvérsia para a determinação da produção das provas.<sup>23</sup> Tal disposição inserida no cânone 1.513 do Código de Direito Canônico<sup>24</sup>, em especial na fixação dos termos da controvérsia e nas provas a serem produzidas, bem como na necessidade de comparecimento das partes para fixação compartilhada, em muito se aproxima do atual art. 357 do Código de Processo Civil, o qual estabelece a fase de saneamento e organização do processo, elevando a possibilidade de um “saneamento compartilhado”. Nestes termos, a *litis contestatio* do direito romano, do Código Canônico e o saneamento compartilhado do atual Código de Processo Civil, estão costurados com a ideia de modelo mais privatista e cooperativo de processo.

Retomando o curso da doutrina e as teses de Kohler e Bülow, importa referir que o trabalho desenvolvido por Kohler e sua visão privatista, possibilitando a abertura e admissão das convenções processuais, era facilitado em virtude da premissa por ele utilizada de que a relação processual era dada somente entre as partes, sem a participação do juiz, o que facilitaria a conclusão pela admissibilidade dos contratos processuais. Restava assim abstraída da fórmula a figura do juiz, tendo um caminho largo para suas conclusões acerca da pertinência das convenções processuais.

O advento da autonomia científica do processo civil e a visão publicista capitaneada pela obra de Oskar Bülow originariamente publicada em 1868 e com grande projeção na Europa nos anos seguintes, apresentaram-se como uma forte confrontação ao pensamento de Kohler.<sup>25</sup> Bülow, ao sistematizar a relação processual, em sua obra acerca das exceções e pressupostos

<sup>23</sup> Sobre o tema, assim refere Pio Vito Pinto: “Nel codice vigente si sostiene ancor più il carattere non necessario della presenza delle parti, essendo ormai del tutto chiaro che l’istanza inizia con la citazione; per cui i termini processuali devono già essere sufficientemente delineati. È chiaro dunque che la *litis contestatio* è un mero atto processuale, con quale il giudice conferma solennemente con la sua autorità i termini della controversia, presentati nel libello e nelle risposte delle parti (alla citazione del giudice; o dalle dichiarazioni fatte oralmente davanti a lui)” (PINTO, Pio Vito. *I processi nel codice di diritto canonico*: commento sistematico al lib. VII. Città del Vaticano: Vaticana, 1993, p. 251). Sobre o tema, ver também: GARCÍA FAÍLDE, Juan José. *Nuevo derecho procesal canónico*. 3. ed. Salamanca: Universidad Pontificia, 1995.

<sup>24</sup> Cân. 1513 — § 1. Dá-se a litiscontestação quando, por decreto do juiz, são definidos os termos da controvérsia, deduzidos das petições e respostas das partes. § 2. As petições e respostas das partes podem ser expressas no libelo introdutório da lide, na resposta à citação ou nas declarações de viva voz diante do juiz; nas causas mais difíceis, porém, as partes devem ser convocadas pelo juiz para a concordância da dúvida ou dúvidas, às quais se deverá responder na sentença. § 3. O decreto do juiz deve ser notificado às partes; a não ser que já tenham concordado, estas podem, dentro de dez dias, recorrer ao juiz para que seja modificado; a questão, porém, deve ser resolvida com a máxima rapidez, por decreto do próprio juiz. (CÓDIGO de Direito Canônico. Promulgado por João Paulo II – Papa. Tradução pela Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. 11. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1998, p. 657).

<sup>25</sup> A gênese da autonomia científica do processo civil a partir da obra de Oskar Bülow é referenciada igualmente por Ovídio Baptista da Sila e Fábio Luiz Gomes, a saber: “O processo como ciência jurídica só surgiu, realmente, a partir da obra de Bülow, em 1868.” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 34). No mesmo sentido, BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de processo civil*: processo de conhecimento. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1, p. 4.

processuais,<sup>26</sup> repudiou a tentativa de se admitir no processo alguma liberdade para a negociação processual, valendo-se da premissa de que o processo estaria afastado dos domínios do direito material, o que foi considerado um marco para a ciência processualística.<sup>27</sup> Era sepultado o pensamento praxista<sup>28</sup> e iniciada uma nova fase metodológica do processo denominada fase “processualista”, outorgando autonomia ao direito processual. Esta nova fase, nas palavras de Marco Jobim, ao superar o praxismo<sup>29</sup> até então vigente, insere a “[...] independência do direito processual do direito material pelo fortalecimento de seus conceitos, ganhando, assim, sua própria autonomia.”<sup>30</sup>

Nos termos traçados, o pensamento de Oskar Bülow dissociava o plano material e o plano processual, sendo aquele regulado pelo direito material e este com forte carga publicista, pertencendo a relação processual, “[...] con toda evidencia, al derecho público”, resultando o processo “[...] una relación jurídica pública.”<sup>31</sup>

O direito processual ganha cientificidade própria<sup>32</sup>, tendo como uma de suas consequências a redução da autonomia prevista por Kohler. Bülow angulariza a relação processual com a participação do juiz, do autor e do réu. A análise dos pressupostos estaria

<sup>26</sup> BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Ángel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

<sup>27</sup> “A obra de Bülow ‘Teoria das Exceções Dilatórias e dos Pressupostos Processuais’, vinda a lume em 1868, que traça pela primeira vez as distinções entre a relação de direito material e a relação jurídica de direito processual seria o marco da ciência processualística.” (MITIDIERO, Daniel; ZANETI JR., Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Fabris, 2004, p. 29).

<sup>28</sup> Sobre a primeira fase metodológica do processo e o pensamento praxista, ver JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 142-146.

<sup>29</sup> Na primeira fase metodológica do processo, denominado “praxismo”, não havia distinção entre o direito material e o direito processual. É a ideia imanentista, na qual o direito processual era imanente ao direito material. Sobre o tema, ver JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

<sup>30</sup> JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 149.

<sup>31</sup> Conforme Bülow: “Se acostuma a hablar, tan sólo, de relaciones de derecho privado. A éstas, sin embargo, no puede ser referido el proceso. Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública.” (BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. Traducción de Miguel Ángel Rosas Lichtschein, 1964, p. 2).

<sup>32</sup> Neste sentido, refere Guilherme Botelho: “A autonomia do direito processual como ciência tem o marco em conformidade com a doutrina remansosa, na obra de Oskar Bülow em 1868. Inicia-se o cientificismo, ou processualismo ou, como também, por vezes é lembrada, a fase conceitualista ou autonomista do direito processual. É justamente nesse estágio que o direito processual passa, pouco a pouco, a ser reconhecido como ramo do direito, deixando de ser mera técnica para se constituir em ciência.” (BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 22-23).

conduzindo à separação entre o plano material e o plano processual,<sup>33</sup> elevando com isso a natureza pública do processo.<sup>34</sup> O publicismo<sup>35</sup> e a autonomia científica têm natural e consequentemente uma visão restritiva dos negócios jurídicos processuais. Na teoria de Bülow, o antigo procedimento germânico que propunha uma atitude passiva do magistrado frente aos pressupostos processuais deveria ser superado, impondo-se a ativa participação do tribunal, tendo como consequência o aumento do poder dos juízes.<sup>36</sup> Neste sistema, comprovando a existência de uma relação jurídica que não dependeria do direito material, Bülow afirmava a existência de exceções processuais dilatórias que poderiam ser alegadas pelo demandando para atacar os vícios processuais eventualmente presentes.

A existência da relação processual, portanto, partia estritamente da decisão judicial. Somente com o reconhecimento de que o autor preenche os pressupostos para o processo, “[...] debe el juez aprobar el proceso y dejarlo seguir su curso.”<sup>37</sup> Hermes Zaneti Jr., ao aprofundar a

<sup>33</sup> Comentando a obra de Bülow, assim esclarece Daniel Mitidiero: “Do ponto de vista conceitual, a obra de Bülow revela não só o intento de promover a construção de conceitos jurídicos em que não se imiscuissem questões culturais, como era próprio da pandectística. Agrega-se ao pensamento de Bülow outro intento. Na verdade, nosso autor visava a promover uma dupla purificação: primeiro, um refinamento conceitual que expurgasse tudo que não era estritamente jurídico (isto é, normativo) da construção de seu objeto de pesquisa. A ideia era construir uma ciência processual atemporal, absolutamente infensa à cultura e aos influxos da história. Neutra, em uma palavra. Segundo, expurgar do estudo do processo toda e qualquer referência ao direito material. Rompe-se totalmente com o direito material, a pretexto da promoção da autonomia do direito processual civil, negando-lhe toda e qualquer importância e possibilidade de influência na construção do processo.” (MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 183, p. 165-194, maio 2010. PDF, p. 4. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017).

<sup>34</sup> Rosemiro Leal assim comenta o pensamento de Bülow: “É que Bülow trabalhou pressupostos de existência e desenvolvimento do processo pela relação juiz, autor e réu, em que, para validade e legítima constituição do processo seriam necessários requisitos que o juiz, autor e réu deveriam cumprir conforme disposto em lei processual, enquanto que o direito disputado e alegado pelas partes se situava em plano posterior à formação do processo, distinguindo-se pela regulação em norma de direito material, criadora do bem da vida que define a matéria de mérito.” (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 92).

<sup>35</sup> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, apreciando a obra de Bülow, refere: “No tema das relações entre direito material e o processual, a perspectiva de Bülow centra-se em colocar como conceitos fundamentais a relação jurídica processual e os seus pressupostos. Relação essa que se desenvolve de modo progressivo, como relação jurídica de natureza pública, distinta da relação jurídica material que lhe dá fundamento.” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 36).

<sup>36</sup> Comentando o antigo procedimento germânico, assim refere Bülow: “Respecto de los presupuestos procesales, el tribunal ya no toma la actitud pasiva que parece habersele asignado en el viejo procedimiento alemán en cuanto a ellos. Entonces, se tendía evidentemente a conceder al tribunal un puro rol de espectador o a lo más, de guardián de la lucha y a dejar que las partes tacharan las contravenciones procesales cometidas por el adversario, por medio de los recursos pertinentes, y provocaran de ese modo la intervención del tribunal.” (BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Ángel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p. 291).

<sup>37</sup> “Mas no como si estuviera obligado a un sistema policial de rastreo; no; se ha de estar a lo que las partes expongan, peo a ese material que se tiene a la vista se ha de aplicar, de oficio, la norma de derecho procesal respectiva y examinar si el actor ha llenado los requisitos del nacimiento de la relación jurídica procesal. Sólo en caso afirmativo, debe el juez aprobar el proceso y dejarlo seguir su curso.” (BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Ángel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964, p. 293).

relação entre direito material e processo, refere que esta fase científica, publicista e processualista “[...] fez tábula rasa do direito material e deixou de lado as necessárias tutelas diferenciadas que esse exigia para sua correta proteção.”<sup>38</sup> Sérgio Gilberto Porto identifica, nesta proclamada autonomia científica, a origem de “[...] pontuais exageros decorrentes da afirmação da autonomia do direito processual, levando, inclusive, a ciência do processo, a um afastamento do direito material a ponto de parecer justificar sua existência completamente independente”,<sup>39</sup> o que restou por conduzir o processo a elevado grau de abstração. A respeito da passagem da visão privatista para o publicismo processual e a influência da doutrina alemã, Remo Caponi cita o *terremoto ideale* causado pelo pensamento publicista e o abandono do pensamento de que o direito processual estava vinculado ao *ius privatum*.<sup>40</sup> Terremoto este com epicentro na Alemanha na metade do século XIX, alocando o direito processo civil na esfera do *ius publicum*.

O triunfo publicista teve como consequência retirar a autonomia privada e impactar restritivamente na liberdade para a celebração de acordos processuais, aumentando o poder judicial<sup>41</sup> e abandonando a ideia de que “[...] o processo seria um palco para os particulares

<sup>38</sup> ZANETI JR., Hermes. A teoria circular dos planos (direito material e direito processual). In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 170.

<sup>39</sup> PORTO, Sérgio Gilberto. *Cidadania processual: processo constitucional e o novo processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 33.

<sup>40</sup> Sobre isso, assim refere Caponi: “L’origine è un vero e proprio terremoto ideale, che ha il suo epicentro in Germania a metà del secolo XIX e che conduce in pochi lustri ad un cambiamento di natura della riflessione sulla protezione giudiziaria dei diritti rispetto alla sua fondazione giusnaturalista: l’abbandono dell’alveo dello *ius privatum* e la netta scelta di campo in favore della collocazione del diritto processuale civile entro lo *ius publicum*.” (CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: gli accordi processuali. *Civil Procedure Review*, v. 1, n. 2, p. 44, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www.civilprocedurereview.com/>>. Acesso em: 13 abr. 2017). Em artigo traduzido e publicado na Revista de Processo: “A origem é um verdadeiro e próprio terremoto ideal, que teve seu epicentro na Alemanha na metade do século XIX e que conduz, em poucas décadas, a uma mudança de natureza da reflexão sobre a proteção judiciária dos direitos a respeito de sua fundação jusnaturalista: o abandono do leito do *ius privatum* e a clara escolha em favor da colocação do direito processual civil no *ius publicum*.” (CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 228, p. 359-376, fev. 2014. PDF, p. 3. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017).

<sup>41</sup> Sobre a teoria de Bülow, assim sintetiza Igor Raatz: “Dai que toda a teoria de Bülow é pensada como uma forma de aumentar o poder dos juízes, os quais tinham sido deixados de lado pelas posturas teóricas caudatárias da escola histórica. Tal intento já estava presente em 1868, quando Bülow defendia que o juiz não deveria tomar uma atitude passiva frente aos pressupostos processuais, tal qual o velho procedimento alemão, no qual o juiz exercia um papel de espectador ou de guardião da luta entre as partes. Dessa forma, a validade da relação processual seria uma questão que não poderia ficar à disposição das partes, pois não se trataria de um ajuste privado entre os litigantes, sob o influxo de interesses individuais, mas, sim, de um ato realizado com a ativa participação do tribunal e sob a autoridade do Estado, cujos requisitos seriam coativos e em grande parte absolutos. Assim, o juiz tomaria a frente da relação processual, atitude cuja classe e modo não se diferenciaria muito daquela assumida frente à matéria do litígio.” (RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 85).

resolverem os seus conflitos.”<sup>42</sup> Neste confronto, a admissão da negociação processual seria um retorno à *litis contestatio* do processo romano. Não haveria possibilidade de negociação processual fora dos estritos limites estabelecidos pela lei.<sup>43</sup>

Em apreciação crítica à teoria de Bülow, Augusto Chizzini afirma a visão restritiva implementada pelo autor alemão que restava por reduzir a liberdade das partes, atuando estas apenas dentro das possibilidades definidas expressamente pela lei, ou seja, sempre a partir de uma norma autorizativa, o que repudiava por completo a existência de uma cláusula geral de negociação processual e a própria autonomia privada das partes.<sup>44</sup>

Giovanni Tarello<sup>45</sup> qualifica a teoria de Bülow como ato próprio de uma ideologia autoritária, concebendo apenas a dimensão da relação de direito público, privilegiando a posição do juiz.<sup>46</sup> A autonomia privada resta circunscrita às exatas fronteiras estabelecidas pelo ordenamento, perdendo espaço qualquer modelo de negociação que atue fora dos contornos expressos pela lei processual, em clara opção por Estado intervencionista. Este pensamento

<sup>42</sup> Assim refere Marinoni: “A escola sistemática, mediante a chama ‘publicização’ do processo civil, teve o mérito de evidenciar que por meio do processo se exprime a autoridade do Estado. Esta concepção levou ao abandono da ideia de que o processo seria um palco para os particulares resolverem os seus conflitos. E a ação, a partir daí, deixou de ser vista como apêndice do direito material, passando a ser compreendida como direito autônomo de natureza pública.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 3, p. 31).

<sup>43</sup> Adolf Wach em 1885 em sua obra *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, de igual forma, refere uma visão restritiva dos negócios jurídicos processuais, embora reconheça a sua existência, senão vejamos a versão da obra traduzida em espanhol: “El proceso nos es negocio jurídico ni para el derecho privado ni para el derecho público ni para el derecho procesal. No puede ser negocio jurídico procesal porque no es un fin en sí mismo, sino tan sólo un medio para probar la eficacia del derecho privado. No puede concebirse como una acción de la voluntad que apunta a un efecto jurídico procesal que la ultrapasa. No existe un derecho procesal subjetivo que el proceso deba fundamentar. El concepto de proceso como negocio jurídico procesal es pues en sí mismo una contradicción. Eso no quiere decir que em el proceso no se den negocios jurídicos, privados y procesales, ni que no se concierten fuera del proceso negocios jurídicos procesales, es decir, negocios jurídicos que apuntan a un efecto jurídico puramente procesal.” (WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. Traducción de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, v. I, p. 28-29).

<sup>44</sup> Chizzini afirma: “In sintesi, cosa sosteneva Bülow? L’essenza del diritto dispositivo consiste in un’autorizzazione della legge che permette ai destinatari, entro certi limiti, di definire ciò che fra loro deve valere come regola giuridica, di scegliere pertanto tra le più possibilità previste e concesse dal diritto oggettivo. L’autonomia si riduce all’utilizzo di spazi delimitati e riconosciuti pur sempre dall’ordinamento e il tutto si ricollega sempre ad una norma di autorizzazione. *Ermächtigungsnorm*, senza la quale non vi sarebbe spazio per l’agire dei privati. Questo è dovuto – per aprire un inciso – evidentemente alla piena assimilazione del diritto nella legge positiva, quindi al potere dello stato nazionale.” [grifos do autor] (CHIZZINI, Augusto. *Konventionalprozess e poteri delle parti*. *Rivista di Diritto Processuale*, Roma, a. LXX, n. 1, p. 49-50, gen./feb. 2015). Criticando a tese de Bülow, o jurista italiano continua: “Invero, non si tarda a cogliere come tale posizione sia fondata su di un falso sillogismo e, proprio per questo, sia già stata oggetto di decisiva (almeno così ci pare) critica, pertanto non necessita in questa sede tornare a ripetere quelle conclusioni, se non per ricordare come appaia difficilmente contestabile che norme dispositive si diano sia nel diritto privato sia nel diritto pubblico.” (CHIZZINI, Augusto. *Konventionalprozess e poteri delle parti*. *Rivista di Diritto Processuale*, Roma, a. LXX, n. 1, p. 49-50, gen./feb. 2015).

<sup>45</sup> TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 22.

<sup>46</sup> Sobre o ponto, ver GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 164, p. 29-56, out. 2008.

publicista, que analisa o processo na perspectiva de prevalência do interesse público, é sintetizado e igualmente analisado por Michele Taruffo, asseverando que o processo, nesta visão, não é mais exclusivamente um *affare delle parti*, não podendo mais ser visto como forma pela qual se desdobra a autonomia privada no exercício dos direitos, mas como instrumento que o Estado coloca à disposição dos particulares em vista da atuação da lei.<sup>47</sup>

### 1.1.2 O pensamento italiano do início do século XX

Nas primeiras décadas do século XX, a doutrina italiana trouxe contribuições relevantes ao tema dos negócios jurídicos processuais, apresentando visão restritiva em confirmação à perspectiva publicista, sobretudo, pautada na “escola sistemática” desenvolvida por Giuseppe Chiovenda. Importa ressaltar o posicionamento de Salvatore Satta que, em obra publicada originalmente em 1931,<sup>48</sup> apresentou-se como opositor dos negócios jurídicos processuais, elevando o publicismo já fundamentado por Bülow.<sup>49</sup> Para o doutrinador italiano, mesmo sendo reconhecida a possibilidade de algumas “opções processuais”, este poder de decisão não restava equiparado a um verdadeiro contrato. Posteriormente, em 1948, Satta adota posição menos rígida ao enfrentar o tema da norma processual e a vontade individual, reconhecendo a possibilidade de convenções processuais, desde que autorizadas pela lei processual, citando casos como *accordo sulla competenza, accordi sulle prove e clausole limitative della proponibilità di eccezioni*,<sup>50</sup> entre outros. Satta, inclusive, alerta ser controversa

<sup>47</sup> Assim resta expressa a constatação de Taruffo acerca do publicismo que permeou o processo italiano e altera a base da doutrina do século XIX: “In ogni caso, la c.d. ‘pubblicizzazione’ del processo civile inverte i presupposti di fondo che erano alla base del codice del 1865 e della dottrina ottocentesca: il processo non è più esclusivamente un ‘affare delle parti’ ma un luogo in cui si esprime l’autorità dello Stato; esso non mira solo alla tutela di interessi privati, ma realizza l’interesse pubblico all’amministrazione della giustizia; il perno del processo non è più l’iniziativa delle parti, ma la funzione del giudice. In sintesi, il processo non è più visto come una forma in cui si esplica l’autonomia privata nell’esercizio dei diritti, ma come uno strumento che lo Stato mette a disposizione dei privati in vista dell’attuazione della legge.” (TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal 700 a oggi*. Bologna: Il Mulino, 1980, p. 187-188).

<sup>48</sup> SATTA, Salvatore. *Contributo alla dottrina dell’arbitrato*. Milano: Giuffrè, 1969.

<sup>49</sup> Conforme refere Antônio do Passo Cabral, “Satta negava peremptoriamente que o contrato pudesse ser um instituto próprio do direito público, e assim a vontade das partes não poderia determinar efeitos jurídicos no processo, criando ou modificando situações jurídicas processuais.” (CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 103).

<sup>50</sup> “Concretamente, l’influenza della volontà privata si può manifestare nei seguenti casi: a) quando la legge subordina l’attività del giudice all’istanza di parte, o condiziona il prodursi di un determinato effetto all’attività di parte: es. dichiarazione di incompetenza territoriale fuori dei casi dell’art.28 c.p. c., rilievo della nullità (art. 157, co. 2, c.p. c.), dichiarazione di estinzione del processo (art. 307, ult. co., c.p. c), ecc; b) quando la legge riconosce a determinati accordi efficacia processuale: es. accordo sulla competenza, compromesso, accordi sulle prove (art. 2698 c.c.), pactum de non exsequendo, clausole limitative della proponibilità di eccezioni (art.

e duvidosa a possibilidade de acordos processuais além dos casos expressamente previstos pela lei ao afirmar: “Se si possa ammettere in generale la possibilità di accordi processuale, fuori dei casi espressamente stabiliti, è dubbio.”<sup>51</sup> Referida posição é reiterada pelo italiano em 1958 na *Enciclopedia del Diritto*,<sup>52</sup> em que a fundamentação então apresentada estava fundada na concepção de que a norma processual transcende a divisão entre direito privado e direito público, em passo inicial para a aceitabilidade das convenções processuais.

Percebe-se que pensadores inicialmente contrários à negociação processual e partidários do publicismo passaram, já no início do século XX, a admitir a possibilidade de realização dos acordos processuais, respeitados os limites legais. Não haveria neste cenário a consolidação de entendimento acerca dos negócios processuais atípicos.

Na doutrina italiana, destaca-se ainda o pensamento de Chiovenda, admitindo com restrição a existência dos negócios processuais, reconhecendo que “[...] nem por isso se afirmou

---

1462 c.c.), ecc. [...] c) quando la legge riconosce efficacia alle dichiarazioni negoziali di parte (tale la rinuncia agli atti del giudizio, la sua accettazione) o attribuisce rilevanza a fatti negativi.” (SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto processuale civile*. 13. ed. Padova: CEDAM, 2000, p. 258-259). Na versão traduzida para o vernáculo: “Objetivamente o influxo da vontade individual se pode revelar nos seguintes casos: a) quando a lei sujeita a atividade do juiz à instância de parte, ou condiciona a produção de um determinado fim à diligência de parte; ex.: declaração de incompetência territorial além dos casos do art. 28, realce da nulidade (artigo 157, I), saneador respeito à extinção (art. 307), caução às custas (art. 98) etc.; b) quando a lei reconhece a determinados acordos eficácia processual; ex. acordo sobre competência, compromisso, acordos sobre as provas (art. 2.698 c.c.), *pactum de non exsequendo*, cláusulas restritivas de levantamento de exceções (art. 1.422 c.c.) etc. Tais acordos têm nexos substancial, mas podem ser daqueles mais estritamente processuais admitidos pela lei; p. e., acordo sobre a suspensão do processo, sobre o juízo de equidade etc. É duvidoso poder-se em geral ter como possíveis acordos processuais além dos casos expressamente estatuídos. Genericamente, segundo a estrutura do código atual, deve considerar-se negativamente; contudo é de elidir-se tais acordos quando possam alterar formas e prazos estabelecidos, sob pena de nulidade ou decadência (assim, prorrogar os prazos de impugnação, de extinção etc.) ou alterar a ordem definida para garantia da justiça (ex: desistência prévia recursal); c) quando a lei observa eficácia às declarações dos negócios de parte (tal a recusa aos atos do juízo, sua aceitação), ou atribui importância a fatos negativos (como p. e. a não contestação, aos fins da emanção de uma ordenança antes de uma sentença, que contudo não implica de per si acordo sobre o conteúdo ou exclusão da contestação consecutiva; ex.: ordenança de partilha judicial).” (SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*. Tradução de Luiz Autuori. 7. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973, p. 268-269).

<sup>51</sup> SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto processuale civile*. 13. ed. Padova: CEDAM, 2000, p. 258.

<sup>52</sup> No pensamento de Satta: “La verità è che la norma processuale transcende tanto il diritto privato quanto il diritto pubblico: essa è norma di un giudizio, che non è per sé stesso né privato né pubblico. Pubblica è al massimo grado la funzione giurisdizionale considerata in sé e per sé, ma privato è l’interesse che sta alla base stessa della giurisdizione, perché privato è il rapporto rispetto al quale essa in concreto si esercita. Di qui appunto l’antica intuizione assolutamente fondamentale, perché riconduce il giudizio anche alle parti e definisce la loro posizione nei confronti del giudice. Così si spiega commo e perché la norma processuale tenga conto della volontà delle parti, e come renda questa addirittura determinante, se non è in contrasto con le finalità generali del processo. (Più ampi svolgimenti alla voce Processo). Si devono tuttavia distinguere due tipi di accordo: quelli che si stipulano nel processo. Accordi con efficacia sul processo sono quelli relativi alla competenza e alla giurisdizione, il compromesso e la clausola compromissoria, gli accordi sulle prove (art. 2698 c.c.) il *pactum de non petendo* o *de non exsequendo*, le clausole limitative della proponibilità di eccezioni (art. 1462 c.c.). Questi accordi hanno efficacia sul processo, ma non sono regolati dalle norme processuali: il che è particolarmente importante sia sotto il profilo temporale che sotto il profilo spaziale (ad esempio, per quel che riguarda il regolamento della forma).” (SATTA, Salvatore. *Accordo (diritto processuale civile)*. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1.958, v. I, p. 300-301, p. 300-301). Em seu texto, Satta inclusive cita o estudo de Kohler, anteriormente referido e que repousa nas origens ocidentais do contratualismo processual.

que o direito reconheça à vontade da parte a mesma importância que lhe pode reconhecer no direito privado”, ressaltando o interesse público dominante no processo.<sup>53</sup> De maneira geral, Chizzini ressalta o pouco espaço dado à autonomia privada no processo nas obras de Satta, Allorio, Betti e Liebman, estabelecendo visão preponderantemente publicista, restringindo a aplicabilidade das convenções processuais.<sup>54</sup> Carnelutti, em 1940, publica artigo no qual analisa acordos processuais vinculados especificamente ao direito material, contribuindo para o desenvolvimento do instituto na primeira parte do século XX.<sup>55</sup> Enrico Tullio Liebman negava terminantemente a existência de negócios jurídicos processuais, afirmando que o efeito do ato processual já estaria “fixado e preestabelecido em lei”, não importando, portanto, o intuito do agente.<sup>56</sup>

Embora sejam reconhecidas as contribuições dadas, os negócios jurídicos processuais tais como concebidos no ordenamento processual civil de 2015 não foram objeto de grande estudo por parte dos clássicos processualistas italianos, tornando-se “um não tema” na Itália, conforme refere Cabral.<sup>57</sup>

<sup>53</sup> Posição originalmente adotada em 1913 em CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Nicola Jovene, 1913. Em obra reeditada e traduzida, Chiovenda assevera: “Pois, no processo, há sempre um elemento especial a considerar, e é a prevenção do órgão do Estado sobre a atividade do qual, se bem que estranho ao negócio, pode ele exercer influência mais ou menos direta; ora, é do interesse público, dominante nem todo o processo, que a atividade do órgão do Estado seja certa e determinada em seus resultados, e tal interesse poderia estar comprometido se, em qualquer caso, se admitisse que um defeito de vontade no negócio, ou desaparecimento da causa deste, pudesse influir nos resultados da atividade pública a que o negócio deu origem.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de Paolo Capittanio. Campinas: Bookseller, 1998, v. 3, p. 26).

<sup>54</sup> “Invero, le classiche ricostruzioni di Satta e di Allorio, non diversamente dall’impostazione rigorosamente pubblicistica di Betti e Liebman, lasciano ben poco spazio all’autonomia privata nel processo. Certo, si riconosce che vi possano essere negozi o contratti processuali, per quanto poi assai discussi nella loro identificazione e disciplina, ma questi negozi non possono che avere carattere tipico e residuale, con la conseguenza che, in mancanza di una specifica disposizione di legge, alle parti è impedito incidere sulla disciplina processuale. *In apicibus*, poi il tutto si risolve, un poco sbrigativamente, con un diretto riferimento alla indiscussa natura pubblica del diritto processuale, alla imposta inderogabilità della sua disciplina.” (CHIZZINI, Augusto. *Konventionalprozess e poteri delle parti*. *Rivista di Diritto Processuale*, Roma, a. LXX, n. 1, p. 49-50, gen./feb. 2015).

<sup>55</sup> CARNELUTTI, Francesco. Note sull’accertamento negoziale. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, v. 1, p. 3-24, 1940.

<sup>56</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 1, p. 227.

<sup>57</sup> Conforme refere Antônio do Passo Cabral: “Em um berço tão arisco às convenções processuais, elas se tornaram um ‘não tema’ na Itália. [...] pouco a pouco, o assunto foi sendo deixado de lado: muito autores passaram a negar peremptoriamente a relevância da vontade no processo, outros relegaram seu estudo às declarações de vontade com eficácia dispositiva. Forjou-se, assim, a tradição de que somos herdeiros e em cujas premissas fomos ensinados: processo é direito público, infenso aos espaços de liberdade autorizadores da disposição em razão da vontade privada.” (CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 103-104).

### 1.1.3 Os tribunais franceses e a doutrina italiana na parte final do século XX: *contrats de procédure e o protocolli di procedura*

Na experiência francesa, no final do século XX as convenções processuais começaram a ganhar maior espaço, em especial pela construção jurisprudencial dos tribunais franceses na solução de casos concretos. Antonio do Passo Cabral afirma ser “[...] polêmica e incerta a data de nascimento desta prática jurisprudencial dos acordos processuais, mas certamente seu nascedouro remonta ao início dos anos de 1980.”<sup>58</sup>

Protocolos de procedimentos entre os tribunais e os órgãos de classe da advocacia começavam a despontar, no intuito de estabelecer a padronização acerca de formalidades processuais, sendo “convenções coletivas” que buscavam atender às peculiaridades das diversas regiões, acerca de questões estritamente processuais.<sup>59</sup> Sobre a experiência francesa, confirma Maria Giulia Canella:

A partire dalla metà degli anni ottanta si è sviluppata in Francia una pratica di stipulazione di convenzioni collettive finalizzate a regolamentare i processi ed in particolare quelli che si svolgono innanzi ai *Tribunale de Grande Instance* ed alle *Cours d'Appel*. Da un punto di vista soggettivo gli accordi vengono conclusi tra i presidenti delle varie giurisdizioni da un lato e i *Bâtonniers* (presidenti) dei locali ordini degli avvocati o i presidenti delle *Chambres des avoués*, dall'altro lato. Tali convenzioni sono per lo più volte a regolare in modo specifico la *mise en état* (ciò che grosso modo potrebbe essere considerata la forma più complessa del processo di cognizione di primo grado, vale a dire il cosiddetto *circuit long* ed il processo di appello).<sup>60</sup>

Referidos acordos não foram de aceitação unânime, gerando críticas agudas, pois poderiam atentar contra o rito legal, sendo estabelecida forte divergência de opinião entre integrantes do judiciário francês, conforme refere Diogo Assumpção Rezende de Almeida.<sup>61</sup>

<sup>58</sup> CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 118. Ainda sobre o tema: “Diz-se que os primeiros acordos teriam surgido na *Court d'appel de Versailles*, e o ano de 1985 pode ser considerado um dos marcos nesta trajetória. Naquele ano, surgiram os primeiros acordos da Corte de Cassação a respeito, e teve lugar um importante colóquio sobre o tema das convenções processuais.” (CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 118).

<sup>59</sup> “Estes acordos eram firmados, de um lado, pelo presidente de cada tribunal, e de outra parte pelos presidentes da ordem dos advogados (*Conseil national des barreaux*) de unidades locais (comparáveis às seccionais regionais da OAB), ou ainda com outras entidades de classe de profissionais ligados à administração da justiça, como peritos.” (CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 119).

<sup>60</sup> CANELLA, Maria Giulia. Gli accordi processuali francesi volti alla “regolamentazione collettiva” del processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Bologna, a. LXIV, n. 2, p. 549-550, giug. 2010.

<sup>61</sup> “Para Marcel Caratini, então presidente honorário do Tribunal de Paris, os *contrats de procédure* tinham o escopo de remediar a lentidão da justiça francesa. O autor demonstrava, porém, pouco entusiasmo com a novidade e ressaltava a antinomia entre o sistema introduzido e aquele constante do *Nouveau Code de Procédure Civile*, que concedia ao magistrado o poder de impulso do processo. Ademais, entendia que abastava aplicar

Com o desenvolvimento dos acordos coletivos, começaram a emergir práticas que restaram por consagrar o *contrat de procédure* individual como um negócio firmado pelas partes que estabelecia um modelo flexível para a gestão eficaz do processo. O desenvolvimento destes acordos, com forte contribuição jurisprudencial e doutrinária, consolidou o sistema processual positivo, em especial pela inserção do art. 764 no Código de Processo Civil francês, com a criação do calendário processual.<sup>62</sup> Em suma, a criação, admissão e efetivação de acordos coletivos restou por desenvolver o tema, culminando com sua aplicabilidade na perspectiva individual, expressamente referida no Código de Processo Civil francês.<sup>63</sup> Certamente, a insuficiência de um procedimento rígido e o viés colaborativo que acaba por elevar o papel das partes, impondo maior autonomia, são destacados na experiência francesa e contribuíram para o desenvolvimento dos negócios jurídicos processuais,<sup>64</sup> em especial na positivação da

---

corretamente o rito legal que se alcançariam as vantagens pretendidas com a simplificação ocasionada pelos contratos de procedimento. Discordando das opiniões pessimistas de Caratini, o presidente da *Cour d'appel de Versailles*, Pierre Estoup, defendia a inovação ao afirmar que somente uma disciplina comum entre advogados e magistrados permitiria reduzir os inaceitáveis atrasos que o sistema vigente impunha aos jurisdicionados. Estoup sustentava que a delimitação de prazos para o término dos processos produzia um impacto psicológico importante e não enxergava o risco de redução do impulso oficial do juiz da *mise en état* com a aplicação dos *contrats de procédure*. Da mesma forma, Léonard Gaudin noticiava que a implementação dos calendários no *Tribunal de Grande Instance de Bordeaux*, o qual presidia, alcançou os efeitos desejados, tendo-se constatado a redução do tempo de tramitação dos recursos.” (ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *As convenções processuais na experiência francesa e no Novo CPC*. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 248). Como fonte da divergência, Diogo Assumpção Rezende de Almeida cita dois artigos, um de Marcel Caratini e a posição contrária de Pierre Estoup, são eles: CARATINI, Marcel. *Le contrat de procédure: une illusion?* *Gazette du Palais*, nov. 1985 e ESTOUP, Pierre. *Le contrat de procédure: illusions et réalités*. *Gazette du Palais*, dez. 1985.

<sup>62</sup> “Sem embargo, o processo francês passou por duas reformas na última década tendo a praxe judicial das convenções processuais influenciado a Comissão responsável pelas reformas de 2005, que inseriu expressamente o calendário do processo no art. 764 do CPC francês.” (CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 122). Na mesma linha, segue o magistério de Diogo Assumpção Rezende de Almeida: “Em 2005, foi promulgado o decreto n. 1.678, que, dentre outras disposições, trouxe nova redação ao art. 764 do *Nouveau Code de Procédure Civile* francês. O novo texto introduziu a possibilidade de o juiz, com a aquiescência das partes, fixar um calendário para o procedimento da *mise en état*. A modificação legislativa foi recebida na doutrina como a consagração normativa ou a introdução formal na lei dos *contrats de procédure*, que já se faziam presentes no processo civil francês em consequência dos acordos travados entre tribunais e a classe dos advogados.” (ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *As convenções processuais na experiência francesa e no Novo CPC*. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 249).

<sup>63</sup> “Una precisazione si rende necessaria: quando fu iniziata la pratica della stipulazione degli accordi processuali ‘collettivi’, l’aspectomaggiormente innovativo di tali convenzioni era rappresentato dalla previsione dei c.d. contratti de procedura. Si tratta di accordi specifici, che intervengono nel corso della fase della *mise en état* tra parti e giudice istruttore al fine di stabilire i termini perentori da applicarsi alla singola causa e che costituiscono uno strumento molto flessibile, funzionale alla trattazione più efficace del processo: essi rappresentano pertanto un prodotto significativo ed innovativo dei ‘contratti processuali collettivi’. A partire da questa pratica, o meglio a séguito del suo recepimento da parte prima del rapporto Magendie e poi del legislatore francese del 2005, è stato introdotto un nuovo comma 3° all’art. 764 c.p. c. che oggi prevede espressamente il *contrat de procédure*.” (CANELLA, Maria Giulia. *Gli accordi processuali francesi volti alla ‘regolamentazione collettiva’ del processo civile*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Bologna, a. LXIV, n. 2, p. 553, giug. 2010).

<sup>64</sup> É o que afirma Antônio do Passo Cabral: “E a evolução do direito francês permite algumas constatações. Em relação ao percurso desenvolvido, os acordos processuais, na França, caminharam dos tribunais à doutrina,

possibilidade de fixação de calendário para prática de atos processuais. Neste especial ponto, frise-se que o tema da calendarização do processo não se confunde com o negócio jurídico processual, embora aquele tenha contribuído para a evolução deste. O calendário para a prática de atos processuais formado de maneira compartilhada com o magistrado não pode ser igualado à elaboração e cumprimento de cláusulas processuais efetivadas exclusivamente entre as partes, sem a participação do Estado-juiz, própria dos negócios processuais, objeto do presente estudo.

Beatrice Ficarelli, ao comentar o supracitado artigo do Código de Processo Civil francês, assim explica:

La nuova parte della norma dispone che, sempre con l'accordo dei difensori, il giudice de la *mise en état* può fissare un 'calendario' processuale della controversia, che indichi il numero prevedibile e la data degli scambi delle conclusioni, da data della cd. 'chiusura' della causa, quella delle udienze ed anche la data della pronuncia della sentenza. Sempre nella prospettiva di una 'pianificazione' del processo, i termini fissati nel calendario processuale non possono essere modificati se non in ipotesi gravi e giustificate.<sup>65</sup>

Nesta toada, Loïc Cadiet, comentando a previsão de calendarização e os termos do art. 764 do Código de Processo Civil francês, afirma a previsão da alegação de “causa grave” como fato específico que autorizaria a modificação do calendário previamente estabelecido, a saber:

Según el artículo 764 párrafo 3 del CPC, el juez encargado del proceso/de instrucción “puede dictaminar los plazos necesarios para la instrucción del asunto (párrafo 1), en función de su naturaleza, su urgencia y su complejidad, tras haber recabado la opinión de los abogados. Dicho calendario contendrá el número de sesiones y las fechas previstas, la fecha de finalización, las de las sesiones y, derogando el primer y segundo párrafo del artículo 450, la del veredicto (párrafo 2). Los plazos fijados podrán ser prorrogados, pero solo por causa grave debidamente justificada (párrafo 3)”. La decisión del juez está subordinada al acuerdo entre las partes y ambos se someten al acuerdo firmado. Por ello, si el calendario de sesiones debe modificarse, tanto el juez como las partes deberán justificar la causa grave de la prórroga. Si las partes no respetasen el calendario, este se hace caduco y el juez recupera la potestad para fijar unilateralmente los plazos: la sanción es procedimental.<sup>66</sup>

---

numa espécie de ‘rebelião da prática contra a teoria’. Ademais, partiram da administração judiciária para os acordos em processos jurisdicionais individuais. No que tange aos fins que motivaram seu desenvolvimento, a experiência francesa: a) mostrou que há um sentimento de insuficiência do procedimento rígido, exigindo flexibilização; b) demonstrou a tendência de atribuir um viés colaborativo à adaptação do procedimento, incrementando o papel das partes.” (CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 122).

<sup>65</sup> A obra “Fase preparatoria del processo civile e case management giudiziale” da autora italiana é citada por ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no Novo CPC. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 251.

<sup>66</sup> CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales em derecho francés: situación actual de la contratualización del proceso y de la justicia em Francia. *Civil Procedure Review*, v. 3, n. 3, p. 29, aug./dec. 2012. Disponível em: <<http://www.civilprocedurereview.com/>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

Importa reconhecer, portanto, que a criação e o desenvolvimento do calendário processual, embora não se confunda com os negócios jurídicos processuais, em muito contribuiu para a evolução do pensamento de uma flexibilização procedimental, de uma gestão compartilhada do processo, restando por gerar um terreno fértil para o desenvolvimento da negociação processual.

Na Itália, embora tenha ocorrido posição restritiva ao privatismo processual e aos negócios jurídicos processuais, conforme relatado anteriormente, com o advento dos *protocolli di procedura* que se assemelham aos acordos coletivos inicialmente realizados no ordenamento francês, a posição começou a ser alterada, tendo a jurisprudência posição relevante.<sup>67</sup> Fato marcante naquele país para o desenvolvimento das convenções processuais foi a realização de jornada de estudos na Universidade de Bolonha em 2008, sendo editado um número especial – suplemento – na *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, com apresentação de Frederico Capri e artigos de Loïc Cadet, Vincenzo Ferrari, Giorgio de Nova, Michele Taruffo, Remo Caponi e Adrian Zuckerman.<sup>68</sup> Relevante acontecimento para o desenvolvimento dos negócios jurídicos processuais, igualmente reside na inserção no Código de Processo Civil italiano do art. 81-bis que estabelece a calendarização processual, vertente importante para o desenvolvimento da temática da negociação processual.

## **1.2 Panorama histórico a respeito dos negócios jurídicos processuais no contexto da realidade brasileira**

No âmbito do processo civil brasileiro, as convenções processuais historicamente foram tangenciadas pela doutrina, à exceção da obra publicada por José Carlos Barbosa Moreira em 1984, onde dedica um capítulo próprio, exclusivamente para as “convenções em matéria processual.”<sup>69</sup> Cite-se, ainda, a tese de livre-docência de Calmon de Passos intitulada *A nulidade no processo civil*, publicada em 1959,<sup>70</sup> defendendo que os atos de disposição das partes

<sup>67</sup> CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 123.

<sup>68</sup> CARPI, Federico; ROMAGNOLI, Umberto. Accordi di parte e processo. *Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Padova, a. LXII, n. 3, set. 2008.

<sup>69</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1984, s. 3ª.

<sup>70</sup> Conforme notícia Antônio do Passo Cabral: “Calmon de Passos merece atenção específica, não só porque foi o pioneiro na análise do tema no Brasil, em sua tese de livre-docência de 1959, mas também porque defendia posição intermediária em relação aos negócios jurídicos processuais. Interpretando o art. 158 do CPC de 1973, afirmava que os negócios jurídicos processuais são admissíveis; todavia, para que a vontade das partes pudesse

deveriam ser homologados pelo juiz. José Frederico Marques, por sua vez, em 1966, dedica um tópico específico em sua obra para os negócios jurídicos processuais. Referido autor aceita genericamente que as declarações de vontade destinadas ao órgão jurisdicional possam gerar efeitos jurídicos processuais, em interessante contribuição para o desenvolvimento do tema em nível nacional.<sup>71</sup>

Em termos legislativos, as primeiras autorizações que se amoldam ao conceito de negócio jurídico processual podem ser encontradas no Regulamento n. 737/1850 – estendendo-se às causas cíveis por força do Decreto n. 763/1890, naquele que ficou conhecido como o primeiro ordenamento processual brasileiro. De igual forma, podem ser encontradas no Código Processual de 1939 (Decreto-lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939) algumas notas daquilo que pode ser chamado de negociação processual.<sup>72</sup>

Na experiência brasileira recente, os negócios jurídicos processuais estiveram presentes na redação do Código de Processo Civil de 1973 apenas na forma típica, tendo como exemplo principais, além de tantos outros, a cláusula de eleição de foro e a convenção acerca do ônus da prova, que restavam permitidas naquele estatuto processual em seus artigos 111 e 333, parágrafo único, respectivamente.<sup>73</sup> Mesmo com a previsão dos efeitos jurídicos imediatos

---

produzir os efeitos pretendidos, seria necessária a homologação do juiz.” (CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 129).

<sup>71</sup> Assevera Frederico Marques: “Atos dispositivos das partes, ou atos de causação, como fala Goldschimdt, são os negócios jurídicos processuais. Há neles, como diz Hugo Rocco ‘manifestazioni di volontà dipositive’. Nessa categoria de atos processuais estão compreendidas as declarações de vontade dirigidas à produção de efeito jurídico determinado, que correspondem à intenção e vontade do agente. A função da vontade tem, aqui, a mesma força criadora que no Direito Privado. Onde a seguinte definição, pelo citado autor formulada, do negócio jurídico processual: ‘declarações de vontade destinadas por uma ou por tôdas as partes ao órgão jurisdicional, com o objetivo de produzir, no processo, efeitos jurídicos processuais’.” (MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 240).

<sup>72</sup> Interessante estudo do histórico nacional é apresentado por Pedro Henrique Nogueira, a saber: “No Brasil, na vigência do Regulamento n. 737, de 1850 – considerado o primeiro Código Processual nacional, que regulava o processo das causas comerciais, revogando-se no particular a legislação filipina -, previram-se vários atos (hoje) de possível enquadramento na categoria de negócios processuais, tais como: a conciliação prévia nos processos judiciais (art. 23), a convenção para estipulação do foro (art. 62), a estipulação de escolha do procedimento sumário (art. 245), o juízo arbitral voluntário, instituído por acordo das partes antes ou na pendência da demanda (art. 411). Até mesmo antes do Regulamento n. 737, estava prevista em nível constitucional a necessidade de se realizar a prévia conciliação nos processos civis, sob pena de nulidade, e já se admitia na legislação processual brasileira do Império a celebração do pacto de escolha do procedimento para conversão do rito sumário para o ordinário. Superada a fase fragmentária dos Códigos estaduais, sobreveio a unificação do direito processual civil com o Código de Processo Civil de 1939, a prever figuras negociais típicas como a transação (art. 206), desistência da demanda (art. 206), a revogação do recurso por substituição (art. 809), a suspensão da instância por convenção das partes (art. 197, II).” (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais*. 2011. 243 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador. 2011, p. 125-126).

<sup>73</sup> Barbosa Moreira apresenta minudente repertório de convenções processuais expressamente permitidas no Código de Processo Civil de 1973, a saber: “Não são tão raras, entretanto, as disposições legais que aludem a atos dessa natureza; e pelo menos a algumas delas é impossível deixar de reconhecer a importância prática. Vejam-se, por exemplo, o art. 111, que trata da eleição convencional de foro; os arts. 265, n. II, e 792, referentes

atribuídos aos atos das partes em suas declarações unilaterais e bilaterais de vontade, conforme previsão do artigo 158 do Código de Processo Civil de 1973, não foi desenvolvido estudo na doutrina nacional que sedimentasse e aprofundasse o tema da negociação típica e atípica. Neste contexto, José Carlos Barbosa Moreira asseverava que “[...] entre os assuntos que no Brasil aguardam o interesse dos estudiosos figura sem dúvida o das convenções celebradas pelas partes sobre matéria processual.”<sup>74</sup> Fazendo um comparativo com a doutrina germânica, continuava Barbosa Moreira que “[...] ao contrário do que ocorre noutros países – sobretudo na Alemanha –, não só inexistem aqui trabalhos monográficos a tal respeito, mas também se mostra escassa a atenção que lhe dedicam os expositores do nosso ordenamento e os comentadores do Código de Processo Civil.”<sup>75</sup>

Antes da aprovação do Código de Processo Civil de 2015, muitos doutrinadores clássicos em nível nacional se posicionaram desfavoráveis à existência e permissão dos negócios jurídicos processuais. Tal posicionamento certamente contribuiu para a quase inexistência de uma doutrina favorável ao contratualismo processual. Em posição contrária aos negócios processuais atípicos, ainda quando da vigência do Código de Processo Civil de 1973,

---

a convenções de suspensão do processo; o art. 333, parágrafo único, relativo à convenção sobre distribuição do ônus da prova; o art. 453, n. I, que prevê o adiamento da audiência por convenção das partes; o art. 606, n. I, *fine*, atinente à escolha convencional do arbitramento como forma de liquidação da sentença. Mas há outros casos: sem pretensão de exaustividade, lembraremos os dos arts. 181 (convenção para reduzir ou prorrogar prazo dilatatório), 454, § 1º, *fine* (convenção sobre divisão do prazo entre litisconsortes para fala em audiência), 677, § 2º (convenção sobre a administração de estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, semoventes, plantações ou edifício em construção penhorados), 824, n. I (convenção sobre indicação de depositário de bens sequestrados), 1.031 (adoção convencional da forma do arrolamento para realizar partilha amigável), 1.113, § 3º (convenção sobre alienação de bens em depósito judicial). À lista deve acrescentar-se o compromisso, pelo qual as partes acordam submeter o litígio a juízo arbitral (arts. 1.072 e s.).” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1984, s. 3ª, p. 87-88). Outro relatório extenso de negócios jurídicos processuais típicos já existente no Código de Processo Civil de 1973 é apresentado em CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 42-43.

<sup>74</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1984, s. 3ª, p. 87-88.

<sup>75</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1984, s. 3ª, p. 87. Ainda sobre a ausência de tratamento da matéria na doutrina nacional, Antônio do Passo Cabral afirma surpresa pelo fato da matéria não ter sido aprofundada na obra de Pontes de Miranda, mesmo com a produção consolidada da doutrina alemã: “Apesar da disposição clara do seu art. 158, vários comentaristas do CPC de 1973 nada mencionaram sobre os negócios processuais ao analisarem os atos jurídicos processuais. Na literatura clássica, surpreende que Pontes de Miranda, cultor da literatura germânica, praticamente tenha silenciado sobre os negócios processuais, e ainda mais sobre as convenções processuais, omitindo-se em comentar a vasta produção acadêmica alemã a respeito.” (CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 127).

pode-se citar Cândido Rangel Dinamarco,<sup>76</sup> Alexandre Freitas Câmara,<sup>77</sup> e Vicente Greco Filho,<sup>78</sup> posicionamento revisitado e atualizado com o ordenamento processual de 2015.

Candido Rangel Dinamarco, antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015, efetiva forte restrição aos negócios jurídicos processuais, elevando o publicismo processual, afastando a autonomia da vontade que possa dar efeitos processuais diversos daqueles expressamente determinados pela lei, a saber:

É forte a doutrina, na negativa da existência de *negócios jurídicos processuais*. Incluir-se-iam nessa categoria os acordos quanto à competência, os direcionados à modificação da distribuição do ônus da prova (CPC, art. 333, par.) ou mesmo a convenção arbitral (lei n. 9.307, de 23.9.96 – Lei da Arbitragem – art. 3º e art. 19, par.)? Deve prevalecer a resposta negativa, porque o processo em si mesmo não é um contrato ou negócio jurídico (*supra*, n. 387) 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 auto-regramento que é inerente aos negócios jurídicos. A escolha voluntária não vai além de se direcionar em um sentido ou em outro, sem liberdade para construir o conteúdo específico de cada um dos atos realizados. Ou seja, podem os sujeitos optar pelo *processo arbitral* mas não podem regular eles próprios esse processo, seu cabimento, eficácia da sentença arbitral, sua exequibilidade *etc.*; podem inverter convencionalmente o *ônus probatório* mas não lhes é lícito ir além dos limites postos pela lei nem estabelecer por si próprios as consequências de seu descumprimento, agravando-as ou minorando-as em contraste com a lei; podem escolher o *foro*, mas não podem ditar regras sobre o regime do foro escolhido (se de competência absoluta ou relativa) *etc.*<sup>79</sup>

Esta perspectiva de Dinamarco influencia a doutrina nacional e parte da premissa de que as autorizações expressamente determinadas pelo legislador, sequer poderiam ser considerados como negócios jurídicos processuais. Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, parte da doutrina nacional, conforme o modelo então vigente, considerava que os atos de vontade produziram seus efeitos apenas nos limites da lei, não sendo verdadeiramente negócios jurídicos processuais.<sup>80</sup>

<sup>76</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. II, p. 472

<sup>77</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, v. I, p. 244. Posição revisitada e atualizada com o Código de 2015 em CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Altas, 2017. (Edição VitalSource Bookshelf).

<sup>78</sup> Para Greco Filho não haveria a produção de efeito processual, sendo esses negócios meros fatos. GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2, p. 6.

<sup>79</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. II, p. 472

<sup>80</sup> Nestes termos, assim assevera Alexandre Freitas Câmara: “Tome-se o exemplo, sempre acatado, da transação. Esta produz, no processo, os efeitos previstos no art. 269, III do CPC, acarretando a extinção do processo com resolução do mérito da causa. Este efeito se produz quer as partes o pretendam, quer não. Isto mostra bem que, no campo processual, os atos de vontade só produzem os efeitos previstos em lei, o que os inclui na categoria dos atos, e não na dos negócios.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, v. I, p. 244). Em recente publicação de 2017, já na vigência do Código de 2015, Alexandre Freitas Câmara traz interessante estudo pela admissibilidade dos negócios processuais, enfrentando um dos temas mais polêmicos, qual seja, os negócios processuais e a atividade probatória, observe-se: “Poder-

Em posição favorável, Pontes de Miranda, bem como a doutrina brasileira desenvolvida desde a metade final da década passada,<sup>81</sup> contribuíram bastante para a solidificação e aprofundamento da matéria, culminando com a densificação expressa dos negócios processuais atípicos no art. 190 do Código de Processo Civil de 2015. Pontes de Miranda ao expor seu pensamento sobre o ato processual, explicita a existência de “declarações dispositivas” que “[...] dispõem da relação jurídica processual ou mudam a trilha do processo.”<sup>82</sup>

A possibilidade da negociação processual e seus limites tornou-se tema pulsante na doutrina a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015, elevando a autonomia privada. Sergio Cruz Arenhart e Gustavo Osna assim comentam a inserção do tema e sua problemática pela ideia contratualista inserida pela negociação processual, conferindo “[...] às partes a possibilidade de dispor sobre a estrutura procedimental de seu litígio; de facultar que estabeleçam parcela do percurso a que o acerto de seu caso estaria submetido; em síntese, de permitir que sejam derogadas regras”, implicando, portanto, na alteração do procedimento.<sup>83</sup>

A amplitude dada para a forma atípica dos negócios jurídicos processuais é considerada uma grande novidade legislativa do Código de 2015, necessitando do intérprete a correta alocação do instituto no sentido da necessária tempestividade e efetividade processual.

---

se-ia, então, afirmar a validade de um negócio processual em que as partes tenham convencionado a inadmissibilidade de um determinado meio de prova? Afinal, o juiz tem o poder de determinar, *ex officio*, as provas que entenda necessárias para o julgamento da causa. A resposta, porém, é inegavelmente positiva. Em primeiro lugar, é preciso perceber que se, de um lado, é do juiz o poder de determinar a produção de provas, de outro lado é das partes o ônus da prova, além de terem elas o ônus de praticar atos necessários à produção das provas. Assim, por exemplo, de nada adiantaria o juiz determinar, de ofício, a produção de prova pericial se as partes convencionaram que não haveria pagamento de honorários ao perito. Do mesmo modo, de nada adiantaria determinar *ex officio* a produção de prova testemunhal se as partes convencionaram não arrolar qualquer testemunha. [...] é, pois, perfeitamente legítima a celebração de negócio em que as partes estabeleçam limites à instrução probatória (claro que daí poderia surgir uma dúvida: como fazer naqueles casos em que, tendo as partes celebrado negócio processual que veda a produção de certo meio de prova, o juiz considere o material probatório deficiente para o julgamento da causa? Pois nestes casos deverá o juiz decidir com apoio nas regras de distribuição do ônus da prova, decidindo contrariamente àquele sobre quem incidia o ônus da produção da prova não produzida).” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, v. I, p. 244). Posição revista com o Código de 2015 em CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Altas, 2017, p. 120.

<sup>81</sup> Aqui podem ser citados os trabalhos desenvolvidos por Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga, Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, Leonardo Carneiro da Cunha, entre outros que serão examinados no transcrito do presente trabalho.

<sup>82</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, t. III, p. 20.

<sup>83</sup> ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Os “acordos processuais” no projeto do CPC – aproximações preliminares. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Desvendando o Novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 140.

### 1.3 Fundamentos de ordem cultural contemporâneos necessários ao estudo crítico dos negócios jurídicos processuais

A cientificidade do processo civil dissociado da relação de direito material conduziu, inegavelmente, ao processualismo, com a completa separação de qualquer elemento material, estando o processo fundamentado em racionalidade teórica e afastado dos valores sociais. Os fatores axiológicos eram retirados do plano processual, estando o processo, “[...] por essa razão, supostamente alheio a influências externas e desvinculado de valores; em tudo orientado pelo dogma da racionalidade científica, com vistas a fazer o direito puramente técnico e despolitizar seus operadores.”<sup>84</sup> A rigidez formal do processo e a elevação das formas, bem como o distanciamento do direito material conduziu à formação daquilo que restou conhecido como “escola sistemática”.<sup>85</sup>

Nesta toada, o pensamento publicista, calcado na autoridade do Estado e no respeito às formas, compreendido o direito de ação como direito autônomo de natureza pública, exacerbou seu intento e missão, restando “[...] descompromissado com o direito material.”<sup>86</sup> A influência dessa perspectiva publicista e sistemática do processo influenciou na elaboração do Código de Processo Civil de 1973 brasileiro, impactando no pensamento sobre a inadmissão dos negócios jurídicos processuais na via atípica. Em entendimento publicista, o campo de atuação das partes e a própria noção de autonomia privada, são reduzidos na perspectiva processual, não havendo abertura para o exercício da liberdade no processo.

O ordenamento processual civil brasileiro de 1973 sofreu forte influência do pensamento da “escola sistemática” e da “escola histórico-dogmática” desenvolvidas na Itália por Giuseppe Chiovenda. Isto porque, em apertada síntese para não fugir ao escopo do presente trabalho, importa citar que, com a vinda de Enrico Tulio Liebman ao Brasil no início da Segunda Guerra Mundial, carregando o arcabouço da processualística europeia, o referido aluno de Giuseppe Chiovenda, influenciou o pensamento processual brasileiro ao se tornar

<sup>84</sup> SCARPARO, Eduardo. *As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 24.

<sup>85</sup> Sobre o tema, ver MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; e MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. A “escola sistemática” é em parte atribuída ao pensamento de Chiovenda em obra publicada em 1903: “L’azione nel sistema dei diritti”, com tradução em espanhol na referência (CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción en el sistema de los derechos*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Valparaíso: Edeval, 1992).

<sup>86</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 3, p. 31.

professor na Faculdade de Direito de São Paulo. Em 1964, sob forte influência do pensamento de Liebman, Alfredo Buzaid entrega o anteprojeto do Código de Processo Civil que veio a ser aprovado em 1973. Percebe-se claramente que a sistematização do Código de Processo Civil de 1973 sofreu forte influência do pensamento da “escola sistemática” originária em Chiovenda, passando para Liebman, pelo que, por fim, foi tipificado em 1973 no ordenamento pela influência de Alfredo Buzaid.<sup>87</sup> Contemporaneamente o processo deverá estar comprometido com os valores do Estado constitucional, superando a neutralidade do conceito da relação jurídica processual e produzindo uma decisão legítima e adequada para a tutela dos direitos fundamentais.<sup>88</sup>

### *1.3.1 Os negócios jurídicos processuais e sua inserção no panorama do Processo Civil à luz do formalismo-valorativo*

A perspectiva do formalismo-valorativo elevada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira sustenta em grande parte o pensamento para a inserção e aceitação dos negócios jurídicos processuais,<sup>89</sup> na busca de um processo que possa concretizar os valores constitucionais e realizar a justiça no caso concreto.<sup>90</sup> No formalismo-valorativo, a força normativa da Constituição de 1988 deve “[...] alcançar todo o direito processual civil” a partir de um processo

<sup>87</sup> Assim assevera Mitidiero: “A influência da processualística alemã do final do século XIX e, mais fortemente, da doutrina italiana da primeira metade do século XX na formação do Código Buzaid é evidente.<sup>30</sup> Atesta-o Buzaid, ao recomendar as Instituições de Chiovenda como livro-chave para sua compreensão<sup>31</sup> e ao consagrá-lo como ‘um monumento imperecível de glória a Liebman, representando fruto de seu sábio magistério no plano da política legislativa’; <sup>32</sup> atesta-o Cândido Rangel Dinamarco, com a indicação do Manual de Liebman como o ‘guia mais seguro para a perfeita compreensão de nossa lei processual’.<sup>33</sup> A repercussão das ideias do processualismo europeu no Código Buzaid pode ser nitidamente aferida a partir da sua estrutura. Ainda, as linhas fundamentais do sistema do Código Buzaid podem ser bem compreendidas diante das suas relações com a realidade social e com o direito material, predeterminadas identicamente pelo clima do cientificismo próprio do processualismo.” (MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 183, p. 165-194, maio 2010. PDF, p. 6. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017). Sobre o processo histórico de formação do Código Buzaid, ver relato minudente em MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 183, p. 165-194, maio 2010.

<sup>88</sup> Sobre o tema ver MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 1, em especial p. 435.

<sup>89</sup> Loïc Cadet afirma, ao prefaciar a obra de Antônio do Passo Cabral, que as convenções processuais são a “mais completa expressão da concepção cooperativa do processo” ressaltando a ‘emergência de uma concepção cooperativa de processo.’, conforme referido anteriormente (CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 12).

<sup>90</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

cooperativo “[...] com preocupações éticas e sociais.”<sup>91</sup> Carlos Alberto Alvaro de Oliveira coloca o “princípio da adaptação do procedimento” como base interna do formalismo, tendendo a se “[...] relativizar em face das circunstâncias concretas da causa.”<sup>92</sup> Inegável que neste sistema de adequação dos meios processuais à exigência substancial da justiça e do direito material, os negócios jurídicos processuais encontrem pleno amparo para o seu desenvolvimento.<sup>93</sup> Importante diferenciar, como faz parte da doutrina, os princípios da adequação e da adaptação. O primeiro estaria vinculado ao legislador, atuando no momento da produção do texto, já a adaptação estaria direcionada ao juiz, devendo este adaptar as peculiaridades da causa ao procedimento.<sup>94</sup> Entretanto, observado o critério substancial, os dois princípios possuem o mesmo conteúdo, sendo que “[...] tanto o princípio da adequação quanto o da adaptabilidade determinam, ao legislador e ao juiz, conforme o caso, a adaptação subjetiva, objetiva e teleológica do procedimento, de modo que o processo possa ser tão efetivo quanto possível.”<sup>95</sup> O próprio direito fundamental à efetividade, por meio da atividade satisfativa, está intimamente ligado com a adequação, havendo uma interdependência, ou seja, “[...] se a efetividade requer a adequação e a adequação deve trazer efetividade”,<sup>96</sup> impõe-se a utilização de adequada técnica diante das situações complexas do direito material.

A adequação é vislumbrada sob o aspecto subjetivo, objetivo e teleológico, funcionando simultaneamente para que o processo alcance a eficiência desejada, sendo assim fundamentado e classificado tanto por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira quanto por Galeno

<sup>91</sup> É neste sentido que ressalta Daniel Mitidiero: “O formalismo-valorativo no Brasil desembarca com a Constituição de 1988. É nela que devemos buscar as bases de um processo cooperativo, com preocupações éticas e sociais. Superado aquele estágio anterior de exacerbação técnica, de vida breve entre nós, recobra-se a consciência de que o processo está aí para a concretização de valores, não sendo estranho à função do juiz a consecução do justo, tanto que passa a vislumbrar, no processo, o escopo de realizar a justiça no caso concreto, com bem preleciona Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, convocando-se uma racionalidade prática para condução do debate judiciário.” (MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 38).

<sup>92</sup> Neste sentido, refere Alvaro de Oliveira: “O principal sustentáculo dessa ideia encontra-se, sem dúvida, na necessidade de sem emprestar a maior efetividade possível ao direito processual no desempenho de sua tarefa básica de realização do direito material e outorga da justiça.” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 134).

<sup>93</sup> Esta diferenciação, bem como os diferentes nomes dado ao princípio, podem ser visualizados na obra de Fredie Didier Jr.: “[...] há quem prefira, assim, designar o fenômeno de adaptabilidade, flexibilidade ou elasticidade do processo.” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 114). Ainda, ver importante estudo feito em GAJARDONI, Fernando. *Flexibilização procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 134-135.

<sup>94</sup> Esta diferenciação nominal é apontada em GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. 2007. 284 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 154.

<sup>95</sup> MATTOS, Sérgio. O princípio da adequação do processo na visão de Galeno Lacerda. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 226, p. 147-160, dez. 2013. PDF, p. 4. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

<sup>96</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Gênesis: Revista de Direito Processual*. Curitiba, v. 8, n. 28, p. 334, abr./jun. 2003.

Lacerda<sup>97</sup>. A “adequação”, na visão de Galeno Lacerda, era vista como princípio fundamental e unitário do processo, enquanto que para Carlo Alberto Alvaro de Oliveira a “adaptação” era tida como a base interna do formalismo, encontrando o pensamento dos referidos doutrinadores endereços comuns em vários aspectos.

Na perspectiva subjetiva, a adequação leva em consideração a situação de legitimação processual das partes. A complexidade da causa e as peculiaridades do rito e da competência são influenciadas pela qualificação das partes, em razão da pessoa, da função, tais como competência da vara especializada, competência originária dos tribunais, alterando “[...] por completo as regras do procedimento.”<sup>98</sup> Comentando o aspecto objetivo da adaptação, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira ressalta a influência da natureza do bem jurídico material a ser tutelado na formação dos direitos e deveres processuais das partes, bem como nos efeitos da aquiescência ou da revelia, na preclusão e na coisa julgada, nos vícios dos atos processuais, conforme a disponibilidade ou indisponibilidade dos direitos discutidos. O objeto do direito material levado ao processo resta por impactar no rito processual e até mesmo na criação de procedimentos especiais.<sup>99</sup> Entretanto, o aspecto objetivo fundado na matéria discutida em juízo não impacta, na visão de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, na extensão dos poderes do juiz e na disponibilidade da prova a partir da necessidade do juiz de formar a sua própria convicção, utilizando-se de seus poderes instrutórios. Neste olhar, os poderes instrutórios do juiz não deveriam ser alterados conforme o objeto do direito material posto em juízo.<sup>100</sup> Aqui reside um

---

<sup>97</sup> Classificando o tríptico aspecto da adequação, Galeno Lacerda assim refere: “Em primeiro lugar, cumpre que o instrumento se adapte ao sujeito que o maneja: o cinzel de Aleijadinho, forçosamente, não se identificava com um cinzel comum. Em segundo, impõe-se que a adaptação se faça ao objeto: atuar sobre madeira ou sobre pedra exige instrumental diverso e adequado. Em terceiro, urge que se considere o fim: trabalhar um bloco de granito para reduzi-lo a pedras de calçamento, ou para transformá-lo em obra de arte, reclama de igual modo adequada variedade de instrumentos.” (LACERDA, Galeno Vellinho de. O código como sistema legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, p. 164, 1976. (Edição comemorativa do cinquentenário 1926-1976). Sobre o tema ainda refere Sérgio Mattos: ‘Em suma, o princípio da adequação, à partida, impõe ao legislador a adaptação subjetiva, objetiva e teleológica do procedimento, a fim de que o processo alcance a máxima efetividade possível - segundo a original concepção de Galeno Lacerda, que, aliás, o reputava de natureza fundamental, ‘a justificar, mesmo, a autonomia científica de uma teoria geral do processo.’” (MATTOS, Sérgio. O princípio da adequação do processo na visão de Galeno Lacerda. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 226, p. 147-160, dez. 2013. PDF, p. 3. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017).

<sup>98</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 135.

<sup>99</sup> Nesta linha, comenta Alvaro de Oliveira: “Em todas essas hipóteses, busca-se escapar das formalidades do procedimento normal com vistas a uma mais rápida entrega da prestação jurisdicional, mais bem adaptada ao caso concreto, aspiração que significa praticamente um enfraquecimento do formalismo jurídico em prol de interesses materiais. Segue a mesma inspiração a criação de juizados especiais, tanto na esfera cível quanto penal, em que se agiganta a dimensão do informalismo, embora concorra para diminuir as probabilidades de uma decisão justa do litígio.” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 136).

<sup>100</sup> Segue o pensamento de Alvaro de Oliveira: “Todavia, independentemente da matéria discutida no processo o impulso processual, a extensão dos poderes do juiz e a disponibilidade da prova. Entre nós, o impulso processual

ponto de diferenciação entre os dois autores citados, dado que, na perspectiva de Galeno Lacerda, o aspecto objetivo e a natureza do direito material discutido influenciam e impactam nos poderes do juiz, pois presentes valores indisponíveis como objeto da lide civil. Nestes termos, “[...] avultam os poderes do juiz, na medida em que decrescem ou desaparecem os direitos das partes quanto à disponibilidade da prova, à transação ou à renúncia dos atos processuais”, conforme refere Galeno Lacerda.<sup>101</sup> De outra banda, na visão de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a existência de valores indisponíveis ou disponíveis, a disponibilidade da prova e os poderes instrutórios do juiz não seriam alterados, conforme referido anteriormente.

Por fim, o aspecto teleológico interfere diretamente na adaptação do procedimento. O processo deverá estar adequado às suas finalidades, a partir da utilização de normas procedimentais adequadas e adaptadas ao direito material postulado em juízo,<sup>102</sup> servindo como “[...] ferramenta a serviço do Estado e dos indivíduos na construção de uma realidade mais justa.”<sup>103</sup> Neste ambiente, resta fundamentada a superação de um procedimento único, uniforme e rígido, próprio do Estado liberal clássico, impondo-se o reconhecimento de posições sociais distintas, bem como o adequado tratamento às diferentes necessidades e espécies de bens.<sup>104</sup>

---

constitui dever do órgão judicial, em face da natureza pública do processo, seja qual for o seu objeto, uma vez instaurado a requerimento da parte. O mesmo pode ser dito acerca dos poderes do juiz e da disponibilidade das provas, pois o órgão judicial desde muito deixou de ser simples espectador da disputa travada entre as partes, devendo determinar até de ofício as provas julgadas necessárias à formação da sua própria convicção. Note-se bem: formar a própria convicção.” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 137).

<sup>101</sup> LACERDA, Galeno Vellinho de. O código como sistema legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, p. 166, 1976. (Edição comemorativa do cinquentenário 1926-1976).

<sup>102</sup> Neste sentido, afirma Galeno Lacerda: “Isto significa que o Código representa, na verdade, o sistema legal de adequação do processo, como instrumento, aos sujeitos que o acionaram, ao objeto sobre o qual atua, e aos fins da respectiva função judiciária, polarizado sempre para a declaração e realização do direito em concreto.” (LACERDA, Galeno Vellinho de. O código como sistema legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, p. 170, 1976. (Edição comemorativa do cinquentenário 1926-1976). Na mesma linha, segue Alvaro de Oliveira: “Aliás, a existência de regras especiais para determinados procedimentos, em função de relação jurídica substancial submetida à apreciação do órgão jurisdicional, revela exatamente a necessidade de adequação do processo ao direito material.” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 137-138).

<sup>103</sup> Sobre os fins do processo e o papel dos sujeitos, assim refere Reichelt: “Dá-se às partes e ao juiz papéis no debate dos autos que são estabelecidos em função de escopos juridicamente determinados, como, por exemplo, a proteção da liberdade, o respeito à democracia e a preservação dos direitos fundamentais. De outro lado, considera-se a atuação conjunta dessas atividades por eles desenvolvidas como algo igualmente atrelado a esses mesmos objetivos, que coincidem com os resultados almejados pelo Estado em seu compromisso fundamental. Desta maneira, os fins do processo deixam de ser pensados como fins exclusivamente seus, e passam a ser tratados como escopos atrelados a um instrumento que deve ser empregado como canal de transformação do mundo no qual se insere, atuando como ferramenta a serviço do Estado e dos indivíduos na construção de uma realidade mais justa.” (REICHELTL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 109-110).

<sup>104</sup> Acerca do mito do procedimento uniforme no Estado liberal clássico, assim referem Marinoni, Arenhart e Mitidiero: “Dar tratamento uniforme às posições sociais e aos direitos é imposição pertinente à época do Estado liberal clássico, preocupado em garantir a liberdade e os direitos da classe burguesa. Supunha-se que, para

Eleva-se a preocupação com o gerenciamento e a gestão do processo.<sup>105</sup> A forma e sua vinculação com o escopo do processo é igualmente observada no pensamento de Enrico Liebman, não podendo a excessiva formalidade ser “[...] um embaraço e um obstáculo à plena consecução do escopo do processo; é necessário impedir que a cega observância da forma sufoque a substância do direito.”<sup>106</sup> A efetividade do processo, na visão de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, não passa necessariamente pela readequação da ação, mas no estabelecimento de “[...] meios e procedimentos adequados, de conformidade com técnicas melhor predispostas à realização dos direitos, e principalmente tutelas jurisdicionais seguras e eficientes, além de adequadas”,<sup>107</sup> tudo inserido na perspectiva de um “processo adequado”.<sup>108</sup>

A base da negociação processual estabelecida no art. 190 do Código de Processo Civil passa essencialmente pelas mudanças procedimentais, na ordem de produção dos atos processuais, restando estabelecida a possibilidade de as partes estipularem “[...] mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa”, conforme expressa dicção legal. Observe-se, assim, a imbricação da flexibilização procedimental, dos negócios jurídicos processuais, do modelo cooperativo e do formalismo-valorativo. Afasta-se o formalismo pernicioso na busca de “[...] um formalismo valorativo, mantendo as formas no estrito tamanho de suas necessidades ao bom andamento do feito.”<sup>109</sup>

---

conservar intacta a liberdade, o Estado não poderia dar tratamento diferenciado às pessoas e aos direitos. Não poderia dar proteção normativa nem desenhar políticas públicas destinadas a privilegiar situações substanciais que, numa perspectiva concreta, pudessem merecer atenção especial. Diferenciar procedimentos implicava diferenciar pessoas e situações, o que seria incompatível com a plena liberdade que o Estado deveria reservar aos particulares.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 3, p. 29).

<sup>105</sup> Sobre o tema, ver ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>106</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 1, p. 225.

<sup>107</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 291.

<sup>108</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 291. Fernando Gajardoni, ao aprofundar o princípio da adequação e da adaptabilidade na obra de Galeno Lacerda, não classifica o aspecto teleológico como classe autônoma, em razão de sua matiz objetiva, estando este relacionado ao direito material. Ao comentar a posição de Galeno Lacerda, assim refere Fernando Gajardoni: “O ilustre autor gaúcho, todavia, anota mais um aspecto na sua classificação, o teleológico, que, ao nosso ver, por ter matiz objetiva e relacionada ao direito material, não necessita de autonomia classificatória.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. 2007. 284 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 155).

<sup>109</sup> RUBIN, Fernando. Processo. In: REICHEL, Luis Alberto; DALL’ALBA, Felipe Camilo (Coord.). *Primeiras linhas de direito processo civil: teoria geral do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, v. 1, p. 160.

Notória, portanto, a contribuição ofertada pelo formalismo-valorativo e pelo princípio da adaptação em sua perspectiva objetiva, subjetiva e procedimental, inseridos no modelo cooperativo de processo para a correta formação e desenvolvimento de uma teoria acerca da sustentação e dos limites dos negócios jurídicos processuais, já que intimamente ligados a ideia de adequação e flexibilização procedimental.<sup>110</sup> Araken de Assis, ao aprofundar o “princípio da adequação”, revela este liame com os negócios jurídicos processuais para quem “[...] é concebível, sob certas condições, as partes elegerem determinado procedimento, com a autorização do juiz, como ocorre no moderno processo civil inglês, ou estipular o tempo dos atos”, e continua o referido autor afirmando que o Código de Processo Civil de 2015 “[...] incorporou as duas inovações nos artigos 190 e 191.”<sup>111</sup> O espaço de liberdade referido pelo autor no processo civil inglês é visto no *case management*, em que o ambiente de flexibilização do procedimento propicia melhor gestão do processo, a partir da atuação do magistrado a organizar as etapas do processo.<sup>112</sup>

Na mesma toada, segue o pensamento de Rafael Abreu ao tratar da adaptabilidade e da denominada “customização processual compartilhada”. O referido autor, analisando a adaptabilidade na perspectiva de um norte para as partes, aprofunda o novo ambiente processual e suas disposições específicas, referindo que a cláusula geral de negociação processual prevista no art. 190 do Código de Processo Civil “[...] outorga às partes um espaço considerável de respeito ao autorregramento da vontade na construção do procedimento e de convencionalidade acerca de posições processuais.”<sup>113</sup>

Em sentido contrário, a uniformidade do procedimento e o “princípio da indisponibilidade procedimental” é apresentado e citado na obra de Rui Portanova<sup>114</sup> como própria de um processo visto apenas na perspectiva publicista, afastando-se o interesse das

<sup>110</sup> Sobre o tema, ver ainda: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 74, ao tratar do modelo procedimental flexível; GAJARDONI, Fernando. *Flexibilização procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008; e DIDIER JR., Fredie. *Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/fredie%20didier\\_3\\_-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/fredie%20didier_3_-%20formatado.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2018, n. 21.

<sup>111</sup> ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral – fundamentos e distribuição de conflitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. I, p. 349. A ressalva aqui feita é a de que, conforme defendido no presente trabalho, a eficácia dos negócios jurídicos processuais não está sujeita à concordância do juiz.

<sup>112</sup> Sobre o *case management* e sua influência no ordenamento processual italiano, ver BONCI, Marco. Active case management – English reception and Italian rejection. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 219, p. 225-237, maio 2013. Ainda sobre o *case management*, aprofundado estudo é apresentado por ANDREWS, Neil. Relações entre a corte e as partes na era do case management. Tradução de Fernanda Medina Pantoja. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 217, p. 181-203, mar 2013.

<sup>113</sup> ABREU, Rafael Sirangelo de. “Customização processual compartilhada”: o sistema de adaptabilidade do novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 257, p. 51-76, jul. 2016. PDF, p. 10. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

<sup>114</sup> PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

partes em visão tradicional. Portanto, no pensamento acerca da infungibilidade do rito, o procedimento é estabelecido pela lei, sendo que “[...] as partes não dispõem da faculdade de – mesmo em consenso – optar por outro rito.”<sup>115</sup> Sustentando ainda um procedimento rígido estabelecido pelo ordenamento, com o objetivo de eliminar insegurança e incerteza, Calmon de Passos repudia a ideia de que a atividade processual se “[...] desenvolva segundo melhor pareça às partes.”<sup>116</sup> Elevando a legalidade da forma, referido autor afirma que está na lei “[...] toda a ordenação da atividade a ser desenvolvida para que o Estado realize os seus fins de justiça.”<sup>117</sup> O conhecimento prévio do caminho a ser percorrido, segurança e certeza são argumentos que buscam repudiar a customização<sup>118</sup> e otimização do processo.

Com segurança, pode-se afirmar que, diante do modelo cooperativo referido, bem como na linha do formalismo-valorativo, na adaptação procedimental e na ampliação dos negócios jurídicos processuais, a visão do procedimento único foi mitigada no ordenamento processual, em especial a partir da admissão de normas processuais abertas e do contratualismo processual na via atípica. Nestes termos, argumentos não faltam para sustentar o repúdio ao procedimento único.

Ao aprofundar o então Código de Processo Civil Português de 1961, em seu artigo 265-A, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira costura a visão cooperativa do processo e a adequação formal, inseridos na perspectiva do formalismo-valorativo, expressando a “[...] possibilidade de amoldar o procedimento à especificidade da causa” quando o rito estabelecido pela lei “[...] não se adapte perfeitamente às exigências da demanda aforada.”<sup>119</sup> O ambiente

<sup>115</sup> PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 180.

<sup>116</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 3, p. 6.

<sup>117</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 6.

<sup>118</sup> ABREU, Rafael Sirangelo de. “Customização processual compartilhada”: o sistema de adaptabilidade do novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 257, p. 51-76, jul. 2016. PDF. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017. A expressão ‘customização processual’ é atribuída por Rafael Abreu à Michel Moffit (MOFFITT, Michael L. Customized Litigation: The Case for Making Civil Procedure Negotiable. *George Washington Law Review*, vol. 75, 2007, p. 2 et seq.).

<sup>119</sup> Assim refere Alvaro de Oliveira: “Antes de mais nada, impõe-se a adoção do princípio da cooperação, como pedra angular e exponencial do processo civil. De bom alvitre seria também, dentro dessa linha de orientação, eliminar os reflexos gravosos, de ordem processual, acarretados pelo não-pagamento de custas ou de taxa judiciária. O processo não deve ser extinto nem o recurso julgado deserto pelo descumprimento desses encargos, devendo a parte sofrer apenas uma sanção estritamente pecuniária, traduzida pelo agravamento, eventual e substancial, dos montantes devidos. O estabelecimento, como princípio geral do processo, do princípio da adequação formal, facultando ao juiz, obtido o acordo das partes, e sempre que a tramitação processual prevista na lei não se adapte perfeitamente às exigências da demanda aforada, a possibilidade de amoldar o procedimento à especificidade da causa, por meio da prática de atos que melhor se prestem à apuração da verdade e acerto da decisão, prescindindo dos que se revelem inidôneos para o fim do processo.” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e processo de conhecimento. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 96, dez. 1999. PDF, p. 6. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017). No atual Código de Processo Civil Português de 2013 a disposição está contida no art. 547.

dos negócios jurídicos processuais e dos procedimentos jurisdicionais diferenciados<sup>120</sup> superam a uniformidade procedimental, fixando-se o estágio atual “[...] no qual as normas abertas e a disponibilização do procedimento (tanto para o juiz, como para as partes, dentro de certo limites) permitem a construção da ação e do procedimento adequados à tutela do direito material no caso concreto”,<sup>121</sup> em uma possível “adequação negocial do processo.”<sup>122</sup> Conforme assevera Danielle Espinoza, a efetivação dos valores constitucionais “[...] exigem necessariamente procedimentos, juridicamente regulados ou não, que assegurem o equilíbrio entre direitos fundamentais e democracia.”<sup>123</sup>

A busca e fixação de premissas interpretativas para estes “certos limites” frente aos direitos fundamentais das partes é o embate desenvolvido nos próximos tópicos do presente trabalho.

### *1.3.2 A inserção dos negócios jurídicos processuais e os paradigmas existentes em torno da noção de processo cooperativo ou participativo*

A cooperação ou colaboração processual é há muito conhecida no continente europeu, implementando verdadeiro equilíbrio de forças no processo e impondo a adequada divisão de trabalho entre partes e juiz. Eduardo Grasso já ressaltava, em meados do século XX, a

<sup>120</sup> Neste sentido, refere Mauro Cappelletti: “Essas ondas de reformas e se traduz em múltiplas tentativas tendentes a obter fins diversos, mas conectados entre eles por diferentes modos. Dentre estes fins surgem: a) o de adotar procedimentos acessíveis mais simples e racionais, mais econômicos, eficientes e especializados para certos tipos de controvérsias.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução e notas de Elicio Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Fabris, 2008, p. 390-391).

<sup>121</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 3, p. 59.

<sup>122</sup> A expressão “adequação negocial do processo” e sua vinculação com o autorregramento da vontade e o direito fundamental à liberdade é aprofundado em DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 120 e 132 et seq.

<sup>123</sup> ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz. *Entre substancialismo e procedimentalismo: elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada*. Maceió: EDUFAL, 2009, p. 110. Neste sentido, também se manifestam Eduardo Cambi e Aline Regina Neves: “Oportunizar às partes a participação na fixação e na adequação do procedimento à causa, sem prejudicar a isonomia, pode trazer vários benefícios como a concretização da cooperação processual, a litigância de boa-fé e a redução de questões preliminares, de incidentes e de recursos, bem como da possibilidade de se alegar cerceamento de defesa.[...] Conclui-se que a legitimação processual não decorre tanto da observância do procedimento legal, mas da participação efetiva das partes na formação da decisão judicial. Não é a flexibilização do procedimento processual que torna a decisão judicial menos legítima, porque a adaptação procedimental que respeita às garantias processuais não prejudica, mas, ao contrário, contribui para a efetiva tutela jurisdicional.” (CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 64, p. 219-259, dez. 2015).

substituição da construção triangular do processo por uma perspectiva em que o juiz está no nível das partes, em posição paralela, implementando força conjunta com autor e réu na busca da verdade.<sup>124</sup> Apresenta-se uma redefinição o papel dos sujeitos do processo, a partir da “[...] divisão de tarefas entre os participantes do processo.”<sup>125</sup>

A internalização na legislação nacional da “colaboração processual” no art. 6º do Código de Processo Civil como norma fundamental, certamente, serve de alicerce da total adequação e correta interpretação das convenções processuais no ordenamento. Loïc Cadiet afirma, com propriedade, que as convenções processuais são a “[...] mais completa expressão da concepção cooperativa do processo”, ressaltando a “[...] emergência de uma concepção cooperativa de processo.”<sup>126</sup>

A ideia de cooperação processual, embora sofresse muitas críticas em nível nacional, já era retratada por José Carlos Babosa Moreira<sup>127</sup> e Ada Pellegrini Grinover,<sup>128</sup> na parte final da década de 1980 e início dos anos 1990, referindo a necessária “[...] repartição de iniciativas” no intuito de realizar o contraditório e “[...] sua colaboração e cooperação no justo processo.”<sup>129</sup> O processo, como espaço democrático participativo, não é de propriedade do juiz ou das partes, não é somente publicista ou contratualista, mas na visão colaborativa impõe aos sujeitos do processo os seus devidos encargos em uma “comunidade de trabalho”. A cooperação é um modelo de participação e participar é fundamento constitutivo da democracia. A perspectiva de

<sup>124</sup> Nas palavras de Eduardo Grasso: “In questo quadro, che ha soltanto un valore indicativo, è possibile cogliere le note fondamentali di un regime di collaborazione processuale. Il giudice, nello sviluppo del dialogo, si porta al livello delle parti: alla tradizionale costruzione triangolare si sostituisce una prospettiva di posizioni parallele. Le attività dei tre soggetti, nell’intima sostanza, tendono ad identificarsi, risolvendosi in unica forza operosa (unus actus) che penetra nella materia alla ricerca della verità.” (GRASSO, Eduardo. *La collaborazione nel processo civile. Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 21, p. 609, 1966).

<sup>125</sup> Acerca da divisão de tarefas e o ‘harmônico entrelaçamento’, assim refere Reichelt: “A divisão de tarefas entre os participantes do processo ganha, na sociedade contemporânea, contornos moldados às suas exigências, rompendo com os modelos existentes em realidades históricas anteriores. [...] cumpre referir que o harmônico entrelaçamento das forças associadas aos diversos sujeitos do processo passa, necessariamente, pela análise do papel a cada um deles atribuído. O bom funcionamento da engrenagem processual é, portanto, diretamente vinculado a uma adequada distribuição de direitos, dos deveres e dos ônus processuais entre os participantes dos debates, a qual é estruturada em função de fatores culturais, econômicos, sociais e políticos que cercam a realidade jurídica. Trata-se de condição necessária para que cada participante do diálogo dos autos possa exercer de maneira condizente a tarefa que lhe é atribuída.” (REICHELTL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 95-96).

<sup>126</sup> Loïc Cadiet vincula e eleva esta concepção cooperativa ao prefaciá-la obra de Antônio do Passo Cabral, a saber: “O processo é dominado por um princípio de cooperação eficiente entre juiz e partes, na busca por uma solução justa e eficaz do litígio.” (CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 12).

<sup>127</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, p. 7-14, jan./mar. 1986.

<sup>128</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Defesa, contraditório, igualdade e “par conditio” na ótica do processo e estrutura cooperatária. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 1-16.

<sup>129</sup> Sobre o conteúdo mínimo essencial do processo justo, ver COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia dell’azione ed il processo civile*. Padova: CEDAM, 1970.

democratização do processo, ambienta no sistema a participação ativa dos sujeitos, como um “[...] espaço privilegiado de exercício direito de poder pelo povo”,<sup>130</sup> em dimensão substancial do contraditório como direito de influência.<sup>131</sup> A cooperação e o próprio contraditório, na perspectiva do formalismo-valorativo, ganham um novo papel com a distribuição dos poderes, faculdades e deveres processuais.<sup>132</sup>

Em nível doutrinário, a cooperação processual é analisada tanto na perspectiva de “modelo” como de “princípio”. Daniel Mitidiero, analisando a perspectiva da cooperação como “modelo processual”, leva em consideração a superação dos modelos isonômico e assimétrico. O modelo isonômico estaria delineado na inexistência de distinção entre o indivíduo, a sociedade e o Estado. No paradigma isonômico, “[...] os conflitos são decididos alcançando-se mão de uma racionalidade prática, tendo a dialética papel central na busca da resolução.”<sup>133</sup> No modelo assimétrico, por sua vez, o contraditório é visualizado na perspectiva do conhecimento-reação, da bilateralidade da audiência, sendo que o Estado é alocado acima de seu povo. O Estado, para o sistema assimétrico, apropriando-se do direito, passa a ter condução ativa no

<sup>130</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 47.

<sup>131</sup> Sobre o contraditório como direito de influência e sua posição no Novo Código de Processo Civil, ver RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 232, p. 13-35, jun. 2014. Alexandre Freitas Câmara, vinculando a dimensão substancial do contraditório com a fundamentação da decisão judicial, assim assevera: “Visto o contraditório como garantia de que as partes poderão, com sua atuação, *influir* na formação do resultado do processo, corolário inafastável dessa percepção é o reconhecimento da existência de uma ligação entre os princípios do contraditório e da fundamentação da decisão judicial, anteriormente já apontado. É que não há outro meio de se aferir se os fundamentos deduzidos pela parte ao longo do processo foram ou não levados em consideração pelo órgão jurisdicional na decisão, senão pela análise da fundamentação da decisão. Daí por que a exigência de que *todos* os fundamentos deduzidos pela parte e que sejam, em tese, capazes de lhe assegurar resultado favorável venham a ser enfrentados de forma expressa na decisão judicial. Pois é exatamente esta a concepção que está por trás do disposto no art. 489, § 1º, IV, do CPC brasileiro de 2015, por força do qual ‘[n]ão se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que [não] enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador’. Aí se encontra, pois, uma exigência de que a decisão enfrente, de forma expressa, todos os fundamentos deduzidos pela parte capazes de levar a um resultado que lhe seja favorável, o que estabelece um mecanismo de controle sobre o efetivo respeito ao princípio do contraditório dinâmico e efetivo (substancial, enfim), o qual está consagrado no art. 10 do CPC/2015.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério*: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmulas. São Paulo: Altas, 2018, p. 97).

<sup>132</sup> Sobre o formalismo-valorativo, Alvaro afirma: “Mostra-se imperiosa, como facilmente se intui, a participação dos interessados no *iter* de formação do provimento judicial destinado a interferir em sua esfera jurídica. E essa participação deverá ocorrer, à evidência, da forma mais paritária possível de modo que permita a intervenção dos interessados mediante equitativa distribuição dos respectivos poderes, faculdades e ônus, com efetiva correspondência e equivalência antes as posições contrapostas [...] Vale dizer, com outras palavras, que a simetria, mútua implicação e substancial paridade de posições subjetivas traduzir-se-á na possibilidade de cada um dos participantes intervir de forma não episódica e, sobretudo, no exercício de um conjunto de controles, reações e escolhas, bem como na necessidade de submissão aos controles e reações alheias.” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132).

<sup>133</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 97.

processo. O modelo cooperativo do processo traz o convite para um redimensionamento do papel do juiz e das partes.<sup>134</sup>

A existência de um modelo cooperativo também é afirmada por Fredie Didier Jr. sob a perspectiva de um “redimensionamento do princípio do contraditório”, deixando o juiz de ser mero espectador, próprio de um modelo dispositivo. A participação do juiz e o contraditório estariam aprimorando a decisão judicial, em verdadeira “condução cooperativa do processo”, não havendo prevalência de qualquer dos sujeitos em uma perspectiva democrática.<sup>135</sup>

Além do denominado “modelo cooperativo”, a cooperação é vista igualmente como princípio orientador do processo civil, na necessidade de “[...] de uma equilibrada distribuição da cota de participação para cada um dos participantes do processo”, conforme anota Daniel Mitidiero.<sup>136</sup> A ideia de equilibrada distribuição e de “mútua colaboração” também é elevada na obra de Artur César de Souza, afastando a ideia de que o processo seria “um jogo”, “[...] um incessante confronto entre autor e réu.”<sup>137</sup> Inegavelmente, o modelo cooperativo estimula a

<sup>134</sup> Nesta linha, afirma Daniel Mitidiero: “O modelo cooperativo parte da ideia que o Estado tem como dever primordial propiciar condições para organização de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º, I, da CF/1988), fundado que está na dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF/1988). Indivíduo, sociedade civil e Estado acabam por ocupar assim posições coordenadas – o que dá lugar a uma *relação de cooperação*. O direito aplicável é um direito alimentado por parâmetros de racionalidade oriundos da *lógica argumentativa*. O *contraditório* recupera um papel de destaque na construção da organização do processo, gravando *todos os seus participantes* (arts. 7.º, 9.º, 10 e 489, § 1.º, IV, do CPC/2015). Com o redimensionamento do papel do juiz e das partes a partir da necessidade de equilibrada participação, o juiz tem o seu papel redesenhado, assumindo uma dupla posição: *paritário no diálogo e assimétrico na decisão* (arts. 9.º, 10, 139 e 489, § 1.º, IV, do CPC/2015). A condução do processo civil a partir daí é gravada por *deveres cooperativos – esclarecimento, diálogo, prevenção e auxílio*. A *boa-fé subjetiva* e a *boa-fé objetiva* têm que ser observadas por *todos os seus participantes* (art. 5.º do CPC/2015). A *verdade provável* é um objetivo cujo alcance permite a prolação de decisões justas (arts. 300 e 369 do CPC/2015), sendo, portanto, tarefa conjunta do juiz e das partes (arts. 369 e 370 do CPC/2015), na medida de seus interesses, persegui-la.” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 98).

<sup>135</sup> Assim refere Fredie Didier Jr.: “Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do princípio do contraditório, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do duelo das partes. O contraditório volta a ser valorizado como instrumento indispensável ao aprimoramento da decisão judicial, e não apenas como uma regra formal que deveria ser observada para que a decisão fosse válida. A condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição assimétrica em relação às partes. Busca-se uma condução cooperativa do processo, sem destaques a algum dos sujeitos processuais. O modelo cooperativo parece ser o mais adequado para uma democracia.” (DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 198, p. 213-226, ago. 2011).

<sup>136</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015, p. 102-103.

<sup>137</sup> Assim refere Artur César de Souza: “Havendo no processo jurisdicional uma relação jurídica de mútua colaboração, afasta-se aquela ideia de que o processo seria um jogo, uma disputa, um incessante confronto entre autor e réu. Essa perspectiva também sugere uma forte reação ao juiz autoritário, pois coloca juiz e partes numa posição de igualdade, de mútua colaboração. O princípio da cooperação é um princípio orientador do direito processual civil, o qual determina que partes e juízes devem cooperar entre si para que o processo realize sua função num prazo razoável e segundo as diretrizes de um processo justo e *équico*.” (SOUZA, Artur Cesar. O princípio da cooperação no projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 225, p. 67, nov. 2013).

formação de uma divisão adequada de trabalho entre os sujeitos do processo, imputando deveres e responsabilidades às partes na busca de uma solução tempestiva, efetiva e adequada. O que hoje é visto por muitos com certa restrição, certamente restará internalizado no processo das futuras gerações. Não haveria outro caminho para o processo senão a perspectiva cooperativa, a partir de “vetores orientativos” que conduzem à sua melhor interpretação e realização. Tais vetores são pormenorizados na obra de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e de Daniel Mitidiero, expondo a necessária mudança de mentalidade das pessoas que participam do processo, o incentivo à boa-fé processual, o combate ao formalismo excessivo e o fortalecimento dos poderes das partes.<sup>138</sup>

É inegável que a divisão coordenada de trabalho e o estabelecimento de pautas objetivas conduzem à colaboração processual. O órgão jurisdicional é colocado como sujeito do diálogo processual. Necessário esclarecer, entretanto, que não há aqui um novo “modelo processual” que se impõe, afastando e abandonando o clássico “modelo adversarial”. A realidade dos fatos demonstra que as partes em litígio continuarão como adversárias, a lide perdurará, não haverá propriamente um auxílio do Autor para com o Réu e vice-versa. Entretanto, a forma colaborativa, adequada ao sistema processual vigente, permeia a solução do conflito, estabelecendo ambiente democrático de litígio. O modelo puramente adversarial não subsiste na perspectiva do processo constitucional. Durante todas as fases do processo, restará configurado o dever de colaboração na busca tutela tempestiva, efetiva e adequada.<sup>139</sup>

---

<sup>138</sup> Vejamos o posicionamento de Alvaro de Oliveira e Mitidiero: “Outrossim, podem ser apontados como grandes vetores orientadores do princípio da cooperação: (a) a mudança de mentalidade das pessoas que participam do processo; (b) o incentivo à boa-fé e lealdade do órgão judicial, das partes e seus representantes, e de todos os demais participantes do processo (escrivão, serventuário, perito, assistente técnico, testemunhas, etc.): o processo não é uma luta um duelo, que se possa vencer a qualquer custo; (c) o combate ao formalismo excessivo; (d) o fortalecimento dos poderes das partes, dentro de uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes e entre estas e o juiz.” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010, v. 1, p. 79).

<sup>139</sup> Sobre o dever de colaboração especificamente na atividade de instrução processual, refere Reichelt: “A existência de um *dever de colaboração em sede de instrução processual*, derivado da aplicação combinada do princípio do dispositivo e da garantia do contraditório à dimensão das atividades relacionadas ao fenômeno probatório, constitui-se em manifestação da estrutura dialética subjacente ao processo civil. [...] um primeiro ponto de partida a ser considerado no estudo do significado desse dever de colaboração é a ideia de que a *participação de todos os sujeitos do processo em sede de produção de provas é norteadada em função de um objetivo comum*, que é a formação do convencimento jurisdicional no que se refere às alegações sobre fatos considerados juridicamente relevantes. Sob esse primeiro aspecto, tem-se que a *atividade de persuasão racional do juiz não se cinge apenas a esforços implementados pelas partes, mas também envolve uma parcela de contribuição do próprio órgão jurisdicional sendo a atuação de todos os sujeitos do processo orientada à luz de uma pauta mínima comum*. Desta forma, desenha-se no seio da atividade de instrução uma estrutura de *trabalho conjunto* desenvolvido por todos os sujeitos do diálogo processual, ou, em outras palavras, *de colaboração processual*.” [grifos do autor] (REICHELT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 321-322).

Fredie Didier Jr.<sup>140</sup> elenca três deveres das partes: dever de esclarecimento (quando da elaboração de petições técnicas), dever de lealdade (litígio ambientado na boa-fé processual) e dever de proteção (na perspectiva de não causar dano injusto à outra parte). Nesta imposição de deveres aos sujeitos do processo, o órgão jurisdicional, de igual forma, resta submetido aos deveres cooperativos,<sup>141</sup> quais sejam, dever de esclarecimento (esclarecer decisões e medidas junto das partes e perante as partes), dever de diálogo (evitando decisão surpresa), dever de prevenção (prevenir o uso inadequado do processo) e de auxílio (auxiliando as partes a busca de uma solução processual adequada), como meio de produção de uma decisão justa.

Levando em consideração a inexistência de auxílio ou ajuda entre as partes no transcurso do procedimento, Alexandre Freitas Câmara sustenta a melhor adequação do vocábulo “comparticipação” para designar o que parte da doutrina denomina como cooperação ou colaboração.<sup>142</sup> A concepção participativa parte da consideração do processo como procedimento em contraditório, inserido na perspectiva do Estado Democrático de Direito. Para o autor, a busca de “[...] aplicação de padrões decisórios vinculantes exige uma *comparticipação qualificada*, tanto do ponto de vista da ampliação subjetiva do contraditório como no que diz respeito à atuação qualitativa dos atores do processo” [grifos do autor],<sup>143</sup> atribuindo-se assim a legitimidade democrática aos padrões decisórios vinculantes, elevando-se a dimensão substancial do contraditório que será analisada posteriormente. Todo este plexo

<sup>140</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 128 et seq.

<sup>141</sup> Os deveres cooperativos atinentes ao órgão jurisdicional são tratados com nomes diversos pela doutrina: Daniel Mitidiero, em sua obra *Colaboração no Processo Civil*, já citada, fala em deveres de esclarecimento, diálogo, prevenção e auxílio, utilizados neste estudo. Neste sentido, também MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2, p. 76 et seq. A seu turno, Fredie Didier Jr. elenca como deveres do órgão jurisdicional o dever de lealdade, dever de esclarecimento, dever de consulta, dever de prevenção e dever de auxílio (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1).

<sup>142</sup> Conforme refere Alexandre Freitas Câmara: “Antes de tudo, impõe-se uma observação de ordem terminológica. Autores há que, tratando desse modelo, fazem uso do termo *cooperação*. Há, de outro lado, quem fale em *colaboração*. A opção terminológica adotada neste trabalho é pelo vocábulo *comparticipação*. Aqui é preciso ter claro que há, entre os autores que tratam do tema, mais do que apenas uma divergência terminológica. É da terminologia, porém, que se trata neste momento. E a preferência por *comparticipação* em vez de *colaboração* ou *cooperação* resulta do fato de que esses outros dois vocábulos transmitem a ideia de auxílio, ajuda, o que não acontece com o termo escolhido para emprego nesta sede. O ponto é importante porque o processo não é, definitivamente, um ambiente propício para que seus sujeitos auxiliem-se mutuamente. Não há, pois, qualquer relação entre o modelo participativo de processo e uma pretensa ideia de que se teria tentado criar para os sujeitos do processo um dever de auxílio mútuo. Considerando que o vocábulo *comparticipação* não transmite a ideia de ajuda, auxílio, mas tão somente leva a compreender-se que aqui se pretende sustentar a existência de um modelo processual em que todos os sujeitos participam (*com + participam*) da construção dos resultados, é que se fala em processo participativo (e não em cooperativo ou colaborativo).” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmulas*. São Paulo: Altas, 2018, p. 106-107).

<sup>143</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmulas*. São Paulo: Altas, 2018, p. 121.

de concepções, inegavelmente, contribui para o correto entendimento acerca da negociação processual.

### *1.3.3 Negócios jurídicos processuais e o encontro entre publicismo e privatismo no Processo Civil contemporâneo*

O processo civil contemporâneo reclama uma perspectiva cooperativa ou participativa, valorizando a liberdade e a autonomia privada das partes, sendo densificada a noção de divisão compartilhada de tarefas, bem como a percepção de um modelo colaborativo de processo. Afirmar que o processo civil pertence ao ramo do direito público não implica automaticamente esvaziar a autonomia privada e afastar qualquer possibilidade de demonstração do interesse individual na condução das situações jurídicas processuais e na flexibilização do procedimento. É indubitável afirmar a manifesta e prodigiosa contribuição da escola publicista na arquitetura da autonomia do processo frente ao direito material. O caráter público do processo formou e fundamentou o processo civil contemporâneo, demonstrando a sua importância histórica para “[...] forjar sua independência do direito material.”<sup>144</sup>

Sem embargo, importa referir que a presença do publicismo não deve obstar e ofuscar a autonomia privada no processo civil contemporâneo, em necessário equilíbrio entre os interesses públicos e privados na realização e efetivação das pretensões materiais. Estes são os *signi del tempo*<sup>145</sup> no processo civil, a partir da diminuição do poder de regulação do Estado e da “[...] diffusione di strutture di normazione cooperative”,<sup>146</sup> sendo objetivada e permitida certa dose de autonomia privada na conformação do processo.

<sup>144</sup> CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 150.

<sup>145</sup> CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civile: gli accordi processuali. *Civil Procedure Review*, v. 1, n. 2, p. 43, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www.civilprocedurereview.com/>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

<sup>146</sup> Assim refere Caponi: “Inserita nel più ampio contesto dei rapporti tra società civile e Stato, questa prospettiva si ripromette di cogliere i segni del tempo: la diminuzione della capacità di regolazione dello Stato secondo il modello tradizionale, basato sulla imposizione unilaterale della regola di condotta; la diffusione di strutture di normazione cooperative e consensuali, come tentativo di compensare la perdita di potere autoritativo e di affiancare al comando (*Gebot*) l’accordo (*Vertrag*), come altra forma originaria di fondazione del vincolo giuridico.” (CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civile: gli accordi processuali. *Civil Procedure Review*, v. 1, n. 2, p. 43, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www.civilprocedurereview.com/>>. Acesso em: 13 abr. 2017). Em artigo traduzido e publicado na Revista de Processo: ‘Inserida no mais amplo contexto das relações entre a sociedade civil e o Estado, esta perspectiva se propõe a colher os sinais do tempo: a diminuição da capacidade de regulação do Estado segundo o modelo tradicional, baseado na imposição unilateral da regra de conduta; a difusão de estruturas cooperativas e consensuais de normatividade, como tentativa de compensar a perda de poder de autoridade,<sup>5</sup> e de colocar o acordo (*Vertrag*) ao lado do comando (*Gebot*), como outra forma originária de formação do vínculo jurídico.’ (CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: os

Em aprofundado estudo, Humberto Ávila, enfrentando a supremacia do interesse público sobre o particular no ambiente administrativo e tributário e propondo um ‘repensar’, afirma que “[...] quando o interesse público se contrapõe ao privado, não tem o primeiro, *ipso facto* a primazia”,<sup>147</sup> o que sustenta a ideia de exata ponderação entre os interesses reciprocamente implicados. Desta feita, negando a existência de uma norma-princípio de supremacia do interesse público sobre o particular no direito brasileiro, o autor conclui “[...] a única ideia apta a explicar a relação entre interesses públicos e particulares, ou entre o Estado e o cidadão, é o sugerido postulado da unidade da reciprocidade de interesses, o qual implica uma principal ponderação entre interesses reciprocamente relacionados.”<sup>148</sup> Tal pensamento é aqui inserido no Direito Processual Civil, sustentando o ideal de que ainda que o publicismo informe a existência de interesse público no processo civil, isto não implica concluir pela existência de um escalonamento hierárquico necessariamente existente entre o público e o privado.

Por outro lado, a concepção privatista do processo não importa em superação e total insubordinação da autonomia privada frente às normas cogentes que refletem princípios e valores caros ao interesse público. É manifesto concluir que o respeito aos valores assegurados por normas jurídicas cogentes é estabelecido como um limite geral de validade dos atos jurídicos.<sup>149</sup>

Neste necessário ponto de equilíbrio e encontro entre o privatismo e o publicismo, não se pode “[...] supor que sejam inadmissíveis acordos em relação a certos atos processuais ou a toda tramitação processual”;<sup>150</sup> como também, o pensamento de ausência de qualquer carga publicista no processo. Autonomia pública e privada devem estar imbricadas, servindo reciprocamente uma para a realização da outra, compreendendo o processo como espaço democrático de realização de direitos, com completo respeito aos direitos fundamentais das

---

acordos processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 228, p. 359-376, fev. 2014. PDF, p. 2. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017).

<sup>147</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 122.

<sup>148</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 126-127. Sobre o tema específico dos princípios e postulados normativos, ver ainda ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

<sup>149</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. Sobre o princípio da respeitabilidade das normas jurídicas cogentes e a invalidade dos negócios jurídicos. In: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Véra Jacob de (Org.). *Estudos de direito privado e processual civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 77-97.

<sup>150</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 1, p. 527.

partes e entrecruzamento entre o público e o privado.<sup>151</sup> Nesta linha, público e privado devem ser definidos em relação de tensão e complementariedade, sendo que “[...] a convivência social nas democracias modernas é o resultado dos compromissos necessários entre essas duas esferas”,<sup>152</sup> em completa realização do Estado Democrático de Direito.<sup>153</sup> Modelo este que assume a meta de realização dos direitos fundamentais também na perspectiva processual, elevando e assegurando o papel das partes no processo, como forma da jurisdição de tutelar e assegurar os direitos constitucionais.<sup>154</sup> Na efetivação dos direitos fundamentais das partes e na elevação da autonomia privada equilibrada e permeada pelo caráter publicista, o panorama processual contemporâneo exige um poder individual maior frente à dependência estatal, negando-se qualquer hiperpublicismo.<sup>155</sup>

Ovídio Baptista e Fábio Luiz Gomes preceituam o “[...] entrelaçamento entre o interesse público e o interesse privado” que resulta na “[...] disponibilidade de muitas normas de direito processual.”<sup>156</sup>

Os negócios jurídicos processuais são pensados como verdadeiros instrumentos de fortalecimento e tutela da autonomia privada no âmbito da relação processual,<sup>157</sup> sendo obrigação do Estado respeitar a autonomia das partes, tanto no exercício do direito de ação,

<sup>151</sup> Neste sentido, bem refere Igor Raatz evidenciando esta relação de reciprocidade: “A autonomia privada serve para a emergência da autonomia pública, do mesmo modo que a adequada percepção da autonomia pública serve como garantia para a emergência da autonomia privada.” (RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 87).

<sup>152</sup> BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 263.

<sup>153</sup> RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, a. 36, n. 114, p. 91-103, jun. 2009. Sobre o tema, ver também: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Democracia moderna e processo civil. *Revista Direito & Justiça*. Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica. Porto Alegre, v. 12, a. X, p. 73-89, 1998.

<sup>154</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 1, p. 527

<sup>155</sup> Cabral afirma a necessidade de um “[...] empoderamento individual contra a dependência estatal.” (CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 171).

<sup>156</sup> Ovídio Baptista e Flávio Luiz Gomes referem a posição do juiz e o campo de atuação das partes, não sendo cabível um juiz mero espectador, veja-se: “Na medida em que a função jurisdicional constitui um dever-poder, descabe a manutenção do juiz como mero espectador da batalha judicial – através do processo atendem-se não só aos interesses particulares, mas também os do próprio Estado. E desse entrelaçamento entre o interesse público e o interesse privado resulta a disponibilidade de muitas normas de direito processual, cedendo por vezes ao assentimento das partes, embora de regra sejam obrigatórias. Daí a observação de Ugo Rocco no sentido de ser o direito processual civil de natureza pública, mas em boa parte direito público dispositivo.” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 39).

<sup>157</sup> Neste sentido, afirma Igor Raatz: “Partindo, no entanto, de toda a construção teórica até aqui desenvolvida, é fácil enxergar com outros olhos o tema dos negócios jurídicos processuais e pensá-los como um importante instrumento de tutela da autonomia privada no processo civil.” (RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 218).

quanto nas matérias de defesa e no próprio procedimento.<sup>158</sup> Nestes termos, afirma Didier Jr. que “[...] o modelo cooperativo de processo caracteriza-se exatamente por 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.”<sup>159</sup>

A redução da autonomia privada e da própria liberdade das partes no curso do processo implicaria em clara violação ao devido processo legal, criando um processo jurisdicional contrário à liberdade,<sup>160</sup> resgatando um paternalismo injustificável na contemporaneidade processual.<sup>161</sup> É necessário um pensar processual que siga para além do publicismo, mas que tome como base os seus pilares, em uma perfeita conciliação entre a feição publicista e privatista.<sup>162</sup>

---

<sup>158</sup> Nas palavras de Leonardo Greco: “Se, de um lado, o autor pode ser lesionado pelo réu por toda a sua vida e não propor contra ele nenhuma ação, de outro, o réu também pode ter alguma matéria de defesa relevante que poderia alegar, mas não o fazer. O Estado deve respeitar a autonomia da vontade das partes.” (GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. 1, p. 450).

<sup>159</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 133.

<sup>160</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 133. Em crítica à visão restritiva de parte da doutrina processual, assim refere Fredie Didier Jr.: “É curioso, e um tanto contraditório, como processualista estufam o peito para falar em democratização do processo, defendendo técnicas 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. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 133).

<sup>161</sup> Sobre o tema do empoderamento individual, Antônio do Passo Cabral assim refere: “No marco do processo colaborativo, revigorar os acordos processuais significa, de alguma maneira, deixar as relações paternalistas do publicismo – que reforçam a ‘infantilização’ do cidadão e os vínculos de dependência do Estado – e empoderar as partes e de seus advogados na solução dos conflitos. Os indivíduos deixam de ser compreendidos como ‘curatelados’ ou ‘incapazes’ de saber qual o método e a forma adequada para resolver seus próprios litígios. O empoderamento individual é algo muito salutar em sociedades como a nossa, fortemente marcadas pela presença do Estado e nas quais ainda não se criou uma cultura de independência e emancipação do povo em relação às instituições oficiais.” (CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 97).

<sup>162</sup> Sobre o tema, assim assevera Othon Sidou em obra sobre o processo civil romano: “A rigor, não existe antagonismo inconciliável entre as feições publicística e privatística; porque nenhum provo deu execução ao direito substancial apenas no interesse do indivíduo e em nenhuma época o processo foi encarado em si, como atividade fim, senão como uma atividade secundária que serve à consecução de um fim, ou um meio tendente a um objetivo, na expressão de Ugo Rocco.” (SIDOU, J. M. Othon. *Direito Processual Civil Romano*. Caderno n. 154. Edição da Faculdade de Direito de Caruaru. Pernambuco: 1985, p. 44).

## 2 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E DIREITO AO PROCESSO JUSTO: O CONTRATUALISMO PROCESSUAL NO CONTEXTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LIBERDADE, À SEGURANÇA JURÍDICA, À EFETIVIDADE DO PROCESSO

Realizado o estudo do panorama histórico, comparativo e constitucional, impulsiona-se o presente estudo na demonstração da relação dos negócios jurídicos processuais no contexto do direito ao processo justo. Nesta linha, desenvolve-se o panorama do contratualismo processual no ambiente dos direitos fundamentais à liberdade, à segurança jurídica e à efetividade, investigando a densificação infraconstitucional bem como os limites acerca dos negócios jurídicos processuais.

### 2.1 O regime jurídico dos negócios jurídicos processuais como expressão do direito fundamental à liberdade

O “processo justo”<sup>163</sup> se desenvolve a partir do exercício dos direitos fundamentais das partes, almejando um estado ideal de proteção e conformação do processo. Em especial, o aqui desenvolvido direito fundamental à liberdade, garantido no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, também é suporte para a adequação e o desenvolvimento dos negócios jurídicos processuais no ordenamento. Conforme Judith Martins-Costa, “[...] a liberdade é valor fundante, decorrência do reconhecimento da dignidade da pessoa humana a quem se reconhece, pré-juridicamente, a autodeterminação.”<sup>164</sup> No pensamento de Igor Raatz, vinculando liberdade

<sup>163</sup> Sobre o “processo justo” Marinoni e Mitidiero assim afirmam: “O direito ao processo justo é um *modelo mínimo* de conformação do processo. Com rastro fundão na história e desconhecendo cada vez mais fronteiras, o direito ao processo justo é reconhecido pela doutrina como um modelo em *expansão* (tem o condão de *conformar a atuação* do legislador infraconstitucional), *variável* (pode assumir *formas diversas*, moldando-se às exigências do direito material e do caso concreto) e *perfectibilizável* (passível de *aperfeiçoamento* pelo legislador infraconstitucional). É tarefa de todos os que se encontram empenhados no império do Estado Constitucional delineá-lo e densificá-lo.” [grifos do autor] (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 701). Ainda, sobre o “processo justo” e sua exata extensão, ver CHIARLONI, Sérgio. *Giusto Processo (Diritto Processuale Civile)*. Revista de Processo, vol. 219, Mai/2013, p. 119-152; e DE CRISTOFARO, Marco. Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo. *Rivista di Diritto Processuale*, Roma, n. 2, a. 65, p. 282-305, mar./apr. 2010.

<sup>164</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 43, maio 2005. Disponível em:

e autonomia, a liberdade “[...] concede ao indivíduo ampla possibilidade de manifestação de suas vontades e preferências e de expressão de sua autonomia pessoal.”<sup>165</sup> Amartya sem, ao trabalhar no contexto da liberdade e o desenvolvimento social, assevera que o êxito de uma sociedade deverá ser avaliado “[...] segundo as liberdades substantivas que os membros dessa sociedade desfrutam.”<sup>166</sup> Para o autor, o exercício da liberdade em grau elevado incrementa o potencial do indivíduo de influenciar o mundo no processo de desenvolvimento.

No panorama dos direitos fundamentais, Robert Alexy aprofunda a busca de um conceito de liberdade jurídica, pautado no pensamento de que “[...] só se falará em liberdade jurídica quando o objeto da liberdade for uma alternativa de ação.”<sup>167</sup> Com isso, diferencia a ideia de liberdade em conotação emotiva, traçando pautas objetivas para a definição de liberdade. A partir de análise triádica da liberdade, Alexy apresenta três elementos fundamentais para o aprofundamento da liberdade jurídica, quais sejam, a identificação do titular da liberdade, do obstáculo à liberdade e o objeto da liberdade. Construindo a tese de concepção formal-material do direito geral de liberdade, Alexy ataca objeções que poderiam ser levantadas como contrárias a este pensamento, refutando a ideia da tese de ausência de substância, o que implicaria supostamente em pensar que “[...] a liberdade geral de ação, ou seja, a liberdade de se fazer o que quiser, não seria adequada como critério ou parâmetro para se decidir quais restrições podem ser impostas e quais não podem.”<sup>168</sup> Tal objeção, analisaria a liberdade apenas na perspectiva de ser uma liberdade contra intervenções estatais. O argumento de que conceber um direito geral de liberdade é torná-lo sem substância é atacado por Alexy com referência às decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha,<sup>169</sup> onde este efetiva um sopesamento, aplicando a máxima da proporcionalidade em sentido estrito, que será desenvolvida em casos específicos no processo de execução no capítulo 3 do presente trabalho.

---

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35261/34057>>. Acesso em: 15 nov. 2017. Na mesma linha, conforme Didier Jr.: “[...] a autonomia privada ou autorregramento da vontade é um dos pilares da liberdade e dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana.” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 132).

<sup>165</sup> RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 93.

<sup>166</sup> SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 33.

<sup>167</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 222.

<sup>168</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 348.

<sup>169</sup> É citado o caso da Lei de Coletas Públicas e a proibição de alimentar pombas nas ruas e nas áreas públicas, sustentando o princípio da liberdade negativa.

Desta feita, admitido o sopesamento ou ponderação, Alexy afirma que, como decorrência, não poderia ser defendido um direito geral de liberdade sem substância.<sup>170</sup>

No tocante ao objeto do presente trabalho, a contribuição ofertada por Alexy é relevante na definição acerca dos parâmetros dos negócios jurídicos processuais atípicos, essencialmente na análise de seus limites, levando em consideração os obstáculos criados pelo Estado no estabelecimento de leis, bem como na análise correta da liberdade negativa<sup>171</sup> e no sopesamento, no caso concreto, a partir da proporcionalidade em sentido estrito desenvolvida nos negócios jurídicos processuais que afetam o processo de execução e os direitos fundamentais das partes.

O direito fundamental geral à liberdade, observado na perspectiva contratual e manifestado no exercício da autonomia privada vislumbrada na liberdade contratual, deverá coexistir e estar harmonizado com os poderes do órgão jurisdicional,<sup>172</sup> quando “[...] já não mais se questiona que a liberdade e os direitos fundamentais inerentes à sua proteção constituem simultaneamente pressuposto e concretização direta da dignidade da pessoas.”<sup>173</sup> A própria celebração de um contrato já representa limitação à liberdade, dado que os contratantes estão vinculados ao seu cumprimento.<sup>174</sup> Este desafio de harmonizar as garantias constitucional-

<sup>170</sup> Assim sustenta Alexy: “Mas, se um sopesamento que envolva o direito geral de liberdade é possível, então, esse direito não pode ser sem substância, já que algo que careça de substância não poderia ser sopesado. Nesse sentido, da constatação de que o Tribunal Constitucional Federal realiza sopesamentos envolvendo o direito geral de liberdade é possível depreender que esse direito não é um direito sem substância.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 350).

<sup>171</sup> Sobre a liberdade negativa em sentido estrito, esclarece Robert Alexy: “Uma pessoa seria considerada como livre em sentido negativo na medida em que suas alternativas de ação não sejam bloqueadas por obstáculos a essas ações. Esses obstáculos foram objeto de algumas diferenciações. Se os obstáculos às ações são ações positivas de outrem, sobretudo do Estado, então, trata-se de liberdade negativa em sentido estrito, ou liberdade liberal, quando se proíbem ações obstaculizadoras positivas.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 351).

<sup>172</sup> Sobre a liberdade, como valor jurídico e as limitações impostas, segue o pensamento de Francisco dos Santos Amaral Neto: “A liberdade, como valor jurídico, permite ao indivíduo a atuação com eficácia jurídica, ou melhor, a atuação livre com transcendência jurídica que se concreta em duas manifestações fundamentais, uma, subjetiva, que é o estabelecimento, modificação ou extinção de relações jurídicas, e outra, objetiva, que é a normatização ou regulação jurídica dessas relações. Configuram-se, desse modo, duas facetas da liberdade jurídica, uma, a liberdade de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, outra, a de estabelecer as normas jurídicas disciplina dor as dessa atividade, que é a autonomia privada, definível, enfim, como poder jurídico de criar, nos limites legalmente estabelecidos, normas de Direito.” (AMARAL NETO, Francisco dos Santos. *Autonomia privada como princípio fundamental – perspectivas estrutural e funcional*. *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*, São Paulo, v. 2, p. 579-606, out. 2010. PDF, p 6-7. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017).

<sup>173</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direito fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 126. Sobre o tema, ver também SARLET, Ingo Wolfgang; RUFINO, André. Direito geral de liberdade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 219. Ver ainda WEBER, Thadeu. Autonomia e dignidade da pessoa humana em Kant. *Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, n. 9, p. 232-259, out./dez. 2009.

<sup>174</sup> CARVALHO, Jorge Morais. *Os limites à liberdade contratual*. Lisboa: Almedina, 2017.

processuais, tal como a liberdade, frente à intervenção estatal justificada e necessária, deverá ser operada com a utilização do adequado juízo de proporcionalidade, protegendo o núcleo essencial da ordem constitucional.<sup>175</sup> A correta “dose” e “intensidade” no exercício da autonomia privada frente ao ainda presente caráter público do processo é o desafio a ser perseguido no Estado Democrático de Direito, fortemente impregnado pelo novo paradigma cooperativo. Conforme leciona Canaris, “[...] as leis de Direito Privado têm, em numerosos casos, uma clara natureza ofensiva – e isto, nalgumas circunstâncias, de forma massiva. Então constitui um imperativo de coerência controlá-las, nessa medida, em princípio também à luz da proibição de excesso.”<sup>176</sup> Este exato equilíbrio entre o domínio público e privado não poderá esvaziar o autorregramento da vontade e tampouco exaurir a noção de um núcleo mínimo de direitos processuais,<sup>177</sup> considerando, ainda, “[...] não existir dignidade sem autonomia.”<sup>178</sup> A autonomia privada das partes, no exercício pleno de sua liberdade, deverá coexistir e estar harmonizada com os poderes do órgão jurisdicional.<sup>179</sup>

### *2.1.1 Negócios jurídicos processuais e liberdade de autodeterminação das partes no âmbito contratual*

A intrínseca relação entre dignidade, autonomia e liberdade é fundamento para se observar que, no processo civil e nos negócios jurídicos em geral, a autodeterminação das partes

<sup>175</sup> Sobre o tema, assim referem Sérgio Gilberto Porto e Daniel Ustárroz: “Um dos limites claramente definidos pela doutrina e pelas modernas Cartas Constitucionais encontra-se na proteção do núcleo essencial. A intervenção estatal, no exercício de direitos e liberdades, deve ser criteriosamente justificada à luz do interesse público e sempre precedida de um juízo de proporcionalidade, entre os direitos colidentes. As pessoas vivem em sociedade, de sorte que a convivência sadia e o seu relacionamento deve ser sempre estimulado pelo Direito.” (PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da constituição federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 32).

<sup>176</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paula Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006, p. 33.

<sup>177</sup> Neste sentido Igor Raatz: “No Estado Democrático deve-se buscar um equilíbrio entre as noções de liberdade negativa e positiva, entre o domínio público e privado. Na verdade, sendo o processo civil um ramo de direito público, mas que serve estritamente à tutela dos direitos particulares, essa questão torna-se bastante complexa e interessante. Embora haja um núcleo mínimo de direito de natureza processual que, em princípio, não podem ser violados, é necessário questionar se, fora desses limites, o autorregramento da vontade estaria excluído.” (RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 97).

<sup>178</sup> WEBER, Thadeu. Autonomia e dignidade da pessoa humana em Kant. *Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, n. 9, p. 238, out./dez. 2009.

<sup>179</sup> AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada como princípio fundamental – perspectivas estrutural e funcional. *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*, São Paulo, v. 2, p. 579-606, out. 2010. PDF. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

deverá ser respeitada. Esta ligação entre liberdade e dignidade revela que “[...] sem liberdade (positiva ou negativa) não haverá dignidade, ou, pelo menos, esta não estará sendo reconhecida e assegurada.”, conforme assinala Ingo Sarlet.<sup>180</sup> Reconhece-se, assim, uma estreita relação entre liberdade<sup>181</sup> e dignidade, e entre autonomia privada<sup>182</sup> e dignidade. A autonomia privada, na visão de Habermas, “[...] vai tão longe, que o sujeito do direito não precisa prestar contas, nem apresentar argumentos publicamente aceitáveis para seus planos de ação.”<sup>183</sup> A vinculação entre a liberdade e autonomia privada é compartilhada por Massimo Bianca, afirmando que esta é a liberdade “[...] di esplicare la propria personalità morale e potere di autoregolare i propri interessi.”<sup>184</sup>

Na filosofia de Kant, a autonomia da vontade é apresentada com imperativo categórico de ordem moral, sendo a expressão da lei moral para os homens e construindo o princípio supremo da moralidade. O imperativo categórico é este: “Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa sempre valer ao mesmo tempo como princípio de uma legislação universal.”<sup>185</sup> Assim, é apresentada em Kant certa autolegislação moral que é própria de todos os seres racionais. A vontade individual é afirmada com a “[...] única fonte de toda a obrigação jurídica.”<sup>186</sup> Apresentando estreita relação entre moralidade e autonomia, Kant afirma que é permitida e “[...] absolutamente boa” a vontade concordante com as leis da autonomia, sendo

<sup>180</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direito fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 126.

<sup>181</sup> Francisco Amaral assim conceitua a liberdade: “A *liberdade*, como valor jurídico, permite ao indivíduo a atuação com eficácia jurídica, que se concretiza em duas manifestações fundamentais, uma *subjetiva*, que é o estabelecimento, modificação ou extinção das relações jurídicas, e outra, *objetiva*, que é a normatização ou regulação jurídica dessas mesmas relações.” (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 352).

<sup>182</sup> Conforme leciona Jorge Morais Carvalho, o termo “autonomia privada” encontra algumas derivações próximas, veja-se: “Próximas da autonomia privada, encontram-se as noções de autonomia da vontade, autonomia contratual (ou negocial) e liberdade contratual (ou negocial). São por vezes utilizadas com o mesmo sentido, mas representam realidades que não são totalmente coincidentes ou implicam uma opção ideológica determinada. A expressão ‘autonomia da vontade’ tem na sua base a valorização do elemento ‘vontade’ no âmbito do negócio jurídico (e, em especial, do contrato). [...] as expressões autonomia contratual e liberdade contratual traduzem apenas uma das manifestações da autonomia privada, talvez a principal, conferindo às pessoas a possibilidade de celebração dos contratos que entenderem e sua livre conformação. Trata-se ainda de manifestações de um conceito mais geral, o de autonomia negocial (ou liberdade negocial), que permite a celebração de negócios jurídicos em geral, abrangendo quer os negócios jurídicos unilaterais quer os contratos.” (CARVALHO, Jorge Morais. *Os limites à liberdade contratual*. Lisboa: Almedina, 2017).

<sup>183</sup> HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I, p. 156.

<sup>184</sup> BIANCA, Massimo Cesare. *Diritto civile: la norma giuridica i soggetti*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2002, v. 1, p. 41.

<sup>185</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Kalouste Gulbenkian, 1997, p. 54.

<sup>186</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Kalouste Gulbenkian, 1997, p. 54.

proibida aquela discordante.<sup>187</sup> Na exata relação entre liberdade e autonomia da vontade, o homem não poderia “[...] conceber a causalidade de sua própria vontade senão sob a ideia da liberdade; pois a independência a respeito das causas determinantes do mundo sensível (independência, que a razão deve sempre atribuir a si) é liberdade.”<sup>188</sup>

A contribuição aqui ofertada é que em Kant a autonomia da vontade assimila conotação dogmática,<sup>189</sup> contribuindo para a compreensão e fortalecimento da liberdade e da autonomia privada aplicada aos negócios jurídicos, bem como sendo estas a fonte de legitimação da liberdade negocial. Pontes de Miranda, vinculando a autonomia privada à personalidade, afirma que “[...] se o ser humano não tivesse diante de si campo em que poderia exercer a sua vontade, não se poderia falar em personalidade”,<sup>190</sup> confirmando a estreita vinculação entre vontade, liberdade e dignidade da pessoa.

Certo é que o movimento de libertação das limitações impostas pelo Estado na Idade Média contribuiu para o desenvolvimento da liberdade no plano contratual, a partir do pensamento liberal individualista do século XIX. Tal momento histórico e cultural, conforme o pensamento de Arnoldo Wald, criou uma “[...] *mística contratual*, deixando-se ao arbítrio de cada um a decisão de todas as questões econômicas, sem qualquer interferência por parte da sociedade.”<sup>191</sup> [grifos do autor]. A liberdade contratual, nesta perspectiva, possibilitou a criação de normas supletivas e conferiu conteúdo próprio ao contrato celebrado, não necessariamente regulado ou nominado pelo direito vigente.<sup>192</sup> A lógica de um Estado mínimo fundado no *laissez-faire, laissez-passer* atribuiu aos particulares sua autodeterminação, própria do pensamento liberal econômico. Tal perspectiva, contemporaneamente, é influenciada pela tese da função social dos contratos, conforme referido no primeiro capítulo.<sup>193</sup>

<sup>187</sup> Conforme Kant: “[...] não é possível conceber coisa alguma no mundo, ou mesmo fora do mundo, que sem restrição possa ser considerada boa, a não ser uma só: uma boa vontade.” (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução e notas de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1964, p. 53).

<sup>188</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução e notas de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1964, p. 118.

<sup>189</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 356.

<sup>190</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. XXXVIII, p. 38.

<sup>191</sup> WALD, Arnoldo. *Direito civil*: direito das obrigações e teoria geral dos contratos. 20. ed. São Paulo: Saraiva 2011, v. 2, p. 229.

<sup>192</sup> WALD, Arnoldo. *Direito civil*: direito das obrigações e teoria geral dos contratos. 20. ed. São Paulo: Saraiva 2011, v. 2.

<sup>193</sup> Sobre o tema, ver MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*: o novo regime das relações contratuais. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 214; MARQUES, Cláudia Lima. O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos: entre interesses individuais, sociais e direitos fundamentais. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *A nova crise do contrato*: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 27; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2007, p. 215; SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e

Francisco Amaral afirma que a autonomia privada é a projeção do personalismo ético,<sup>194</sup> tendo como destaque a noção da pessoa, pela que esta é a destinatária da ordem jurídica privada.<sup>195</sup> Referido autor sustenta a autonomia privada como “[...] poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica.”<sup>196</sup> Aqui, a liberdade jurídica na perspectiva objetiva confere aos sujeitos o poder de “[...] estabelecer as normas jurídicas disciplinadoras dessa atividade, no exercício do seu poder jurídico de criar, nos limites estabelecidos, normas de direito”,<sup>197</sup> propriamente o que ocorre na celebração de negócios jurídicos processuais, em que são convencionadas normas que criam e modificam situações processuais.

Entretanto, em ponderação, a liberdade e a autonomia privada não poderão ser considerados como direitos absolutos, mas inseridos em sistema de possível restrição de direitos fundamentais, surgindo “[...] no lugar da liberdade *prima facie*, uma não liberdade definitiva de

---

sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 158); ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 7; NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, em especial p. 507; MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 41 et seq., maio 2005. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35261/34057>>. Acesso em: 15 nov. 2017; MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson (Org.). *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 144; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009; e NEGREIROS, Teresa de Abreu Trigo Paiva de. *Teoria dos contratos: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, em especial p. 209.

<sup>194</sup> A pessoa é tida como causa do sistema social e jurídico e sua vontade como instrumento de realização da justiça. O personalismo ético é visto igualmente na teoria de Kant em sua obra “Fundamento da Metafísica dos Costumes”, afirmando que as pessoas têm dignidade, enquanto tudo o mais teria preço. Para Kant: “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente, mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. O direito à vida, à honra, à integridade física, à integridade psíquica, à privacidade, dentro outros, são essencialmente tais, pois, sem eles, não se concretiza a dignidade humana. A cada pessoa não é conferido o poder de dispô-los, sob pena de reduzir sua condição humana; todas as demais pessoas devem abster-se de violá-los.” (KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução e notas de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1964, p. 77). Sobre o tema, em apreciação crítica a Kant e à formulação de personalismo ético, ver SCHELER, Max. *A posição do homem no cosmos*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003; e SCHELER, Max. *Ética: nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético*. Traducción de Hilario Rodríguez Sanz. Buenos Aires: Revista de Occidente, 1948, t. I-II.

<sup>195</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 348.

<sup>196</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 347. Francisco Amaral ainda acrescenta: “A autonomia privada significa, assim, o espaço livre que o ordenamento estatal deixa ao poder jurídicos dos particulares, uma verdadeira esfera de atuação com eficácia jurídica, reconhecendo que, tratando-se das relações de direito privado, são os particulares os melhores a saber de seus interesses e da melhor forma de regulá-los juridicamente.” (AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 352).

<sup>197</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 352

igual conteúdo”,<sup>198</sup> conforme refere Robert Alexy. Seguindo nesta linha de pensamento, com a evolução de um Estado intervencionista, bem como com a superação do liberalismo econômico do século XIX,<sup>199</sup> o ordenamento passa a permitir a limitação da autonomia privada, sob pena de uma liberdade que possa gerar ofensa aos “[...] interesses gerais ou a interesses de outrem.”<sup>200</sup> Frise-se que estes limites acabam por determinar o verdadeiro alcance da autonomia privada, conferindo-lhe limites que são essenciais para sua caracterização.<sup>201</sup>

Ao contratar, a parte está exercendo sua autonomia privada limitada aos parâmetros e fronteiras estabelecidos pelo ordenamento civil, *verbi gratia*, na impossibilidade de contratar objeto ilícito, justificando a superioridade da fonte legislativa válida e eficaz sobre a negocial. Luigi Ferri, ao adentar nesta temática, explicita que “[...] la ley, lo mismo que puede ampliar el campo em el que actúa la autonomía privada, puede también restringirlo”,<sup>202</sup> afirmando a superioridade da lei nos estabelecimentos de limites à autonomia privada negocial. Pietro Perlingieri, afinado com este entendimento, refere que “[...] também o poder de autonomia, nas suas heterogêneas manifestações, é submetido aos juízos de licitude e de valor, através dos quais se determina a compatibilidade entre ato e atividade de um lado, e o ordenamento

<sup>198</sup> Este é o pensamento compartilhado por Robert Alexy: “Uma regra (compatível com a Constituição) é uma restrição a um direito fundamental se, com sua vigência, no lugar de uma liberdade fundamental *prima facie* ou de um direito fundamental *prima facie*, surge uma não liberdade definitiva ou um não direito definitivo de igual conteúdo. Alguns exemplos podem esclarecer isso. Enquanto não existe o dever de usar capacete, dirigido aos motociclistas, o titular do direito fundamental tem, em razão do princípio da liberdade geral de ação, uma liberdade fundamental *prima facie* para, como motociclista, usar ou não usar um capacete. Assim que o dever passa a existir, passa o titular a estar em uma posição de não liberdade definitiva, em face do Estado, no que diz respeito a usar ou não usar capacete. A regra que obriga os motociclistas a usar capacete é uma restrição a um direito fundamental, porque em virtude de sua vigência surge, no lugar da liberdade *prima facie*, uma não liberdade definitiva de igual conteúdo.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 283).

<sup>199</sup> Neste sentido, o pensamento de Francisco Amaral: “A passagem do Estado liberal para o Estado intervencionista, com sua crescente ingerência na organização da vida econômica, conduz assim ao declínio da concepção liberal da economia e a uma conseqüente crítica ideológica do dogma da vontade, principalmente pela doutrina marxista.” (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 363). Na mesma toada, assevera Arnoldo Wald: “As ideias solidaristas e socialistas e a hipertrofia do Estado levaram, todavia, o direito ao dirigismo contratual, expandindo-se a área das normas de ordem pública destinadas a proteger os elementos economicamente fracos [...]” (WALD, Arnoldo. *Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos*. 20. ed. São Paulo: Saraiva 2011, v. 2, p. 230-231).

<sup>200</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. XXXVIII, p. 39.

<sup>201</sup> Neste sentido, afirma CARVALHO, Jorge Morais. A moral como limite à autonomia privada. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 8, p. 303-326, jul./set. 2016; e CARVALHO, Jorge Morais. *Os limites à liberdade contratual*. Lisboa: Almedina, 2017.

<sup>202</sup> Assim estabelece o autor italiano: “En la ley vemos la fuente de validez de la norma negocial. La ley, lo mismo que puede ampliar el campo em el que actua la autonomía privada, puede también restringirlo. La ley puede incluso, interviniendo posteriormente, modificar el contenido de una norma negocial ya establecida. Aunque sean excepcionales, estas intervenciones de la ley tienen su justificación formal en la superioridad de la fuente legislativa sobre la negocial.” (FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Traducción y notas de derecho español por Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 51-52).

globalmente considerado, de outro.”<sup>203</sup> Assim, está a autonomia entre a liberdade e a justiça contratual, conforme assenta Perlingieri.<sup>204</sup>

O exercício da autonomia privada, portanto, encontra um “querer” limitado, não havendo uma “[...] autonomia absoluta ou ilimitada de vontade; a vontade tem sempre limites, e a alusão à autonomia é alusão ao que se pode *querer* dentro desses limites”, conforme assinala Pontes de Miranda.<sup>205</sup> Neste viés, a busca da justiça social e o interesse geral poderão se sobrepor à liberdade de contratar,<sup>206</sup> justificando em certa medida “[...] un intervento dell’ autorità statale che valga a controllare e a delimitare l’ esercizio dell’ autonomia negoziale anzitutto al fine di salvaguardare la parte debole nei confronti di chi ha i mezzi per abusare di fatto della libera contrattazione.”<sup>207</sup> Analisando o panorama específico da sociedade de consumo, Claudia Lima Marques aponta o declínio da liberdade contratual e os limites impostos por esta nova concepção de contrato. Limites estes que poderão ser impostos pelo poder estatal, desde que legitimamente, ou ainda pelos próprios particulares, sempre respeitados a boa-fé e a justiça contratual.<sup>208</sup>

<sup>203</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução do direito civil constitucional*. Tradução e Organização de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 278.

<sup>204</sup> Nesta toada, assevera Pietro Perlingieri: “A autonomia negocial se conforma às escolhas de fundo que caracterizam o ordenamento, segundo os dados normativos (princípios e regras) extraídos do ordenamento na sua unidade e completude. A autonomia negocial se coloca entre liberdade e justiça contratual.” (PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 400).

<sup>205</sup> Assim assevera Pontes de Miranda: “O auto-regramento da vontade, a chamada autonomia da vontade, é que permite que a pessoa, conhecendo o que se produzirá com o seu ato, negocie ou não, tenha ou não o *gestum*, que a vincule. Nos negócios jurídicos à vista, o que confunde os menos expertos é que tudo se passa tão rapidamente, tão instantaneamente, que não fica trato de tempo em que existam a dívida e o crédito; *a fortiori*, obrigação. Não há autonomia absoluta ou ilimitada de vontade; a vontade tem sempre limites, e a alusão à autonomia é alusão ao que se pode *querer* dentro desses limites.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. XXXVIII, p. 39).

<sup>206</sup> Conforme afirma Francisco Amaral: “O problema da autonomia privada é, portanto e somente, um problema de limites que se colocam, por exemplo, com o dever ou a proibição de contratar, a necessidade de aceitar regulamentos predeterminados, a inserção ou substituição de cláusulas contratuais, o princípio da boa-fé, os preceitos de ordem pública, os bons costumes, a justiça contratual, as disposições sobre abuso de direito etc., tudo isso a representar as exigências crescentes de solidariedade e de socialidade.” (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 365). Sobre o contrato e sua função social, assim leciona Humberto Theodor Júnior: “O contrato deixa de ser coisa apenas dos contratantes, passando a refletir positiva e negativamente também em relação aos terceiros. Sua eficácia, no tocante às obrigações contratuais, é sempre relativa, mas sua oponibilidade é absoluta, quando em jogo interesses de terceiros ou da comunidade. É assim que se cumprirá o princípio de solidariedade preconizado pela ordem constitucional, cuja observância toca aos contratantes, bem como a qualquer pessoa que possa influir nos efeitos da relação contratual ou suportar suas consequências.” (THEODORO JR., Humberto. *O contrato e sua função social*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014).

<sup>207</sup> BIANCA, Massimo Cesare. *Diritto civile: la norma giuridica i soggetti*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2002, v. 1, p. 41.

<sup>208</sup> Assim assevera Claudia Lima Marques: “Ao contrário do que se acreditava, o dogma da liberdade contratual tornou-se uma ficção – em liberdade de um e opressão do outro –, assim como a esperada livre concorrência não foi suficiente para conduzir a resultados aceitáveis. [...] O declínio da liberdade contratual é, portanto, um fato na moderna sociedade de consumo. O direito embutido da nova concepção de contrato, em vez de combater este declínio, tentando, por exemplo, assegurar a plena liberdade defendida pelos clássicos, aceita estes novos

A noção de contrato e o seu respectivo conceito servem de sustentação para o aprofundamento da temática. O contrato, portanto, não é conceituado e informado apenas por um modelo clássico ou ainda fundando no simples exercício da autonomia de vontade, mas por sua concepção e função social, analisando os efeitos deste negócio jurídico na sociedade como um todo, em uma plena valorização da “[...] *confiança* depositada no vínculo.”<sup>209</sup> [grifos do autor], bem como “[...] nas *expectativas* e a *boa-fé* das partes contratantes.”<sup>210</sup> [grifos do autor].

No âmbito dos negócios jurídicos processuais e levando em consideração o seu inegável desenvolvimento nas relações empresárias, pode-se conceituar o contrato, inserido na perspectiva econômica, como instrumento maximizador, contribuindo para o bem-estar. Conforme refere Fernando Araújo, o contrato é o espelho de uma relação de troca “[...] propiciada pela divergência de disposições negociais entre duas partes que têm interesses contrapostos e objetivos complementares; e uma troca que, dada essa complementariedade e contraposição, se aproxima do paradigma abstracto de um jogo.”<sup>211</sup>

Teresa Negreiros, ao seu turno, insere a teoria contratual no denominado paradigma da essencialidade, analisado sob múltiplas luzes para enfrentar o fenômeno contratual, a partir de um particularismo diferenciador, em que o contrato é materializado, conferindo-se relevância jurídica ao seu conteúdo a partir de experiência exógenas e de um processo de socialização.<sup>212</sup> Este paradigma da essencialidade é “[...] um modelo de pesquisa contratual,

---

limites impostos. Passa, porém, a verificar: a) se os limites provêm do poder estatal – se foram legitimamente impostos, respeitando os direitos constitucionais e tendo amparo em alguma lei; b) se provêm dos particulares – se estas limitações, como, por exemplo, a imposição do conteúdo do contrato, foram abusivas ou se respeitaram os novos postulados sociais da boa-fé, da segurança, do equilíbrio e da equidade contratual.” (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 268-269).

<sup>209</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 214.

<sup>210</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 214. E continua: “Valores como equidade, a boa-fé e a segurança nas relações jurídicas tomam o lugar ao lado da autonomia da vontade na nova teoria contratual.” (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 215). Na mesma toada, refereM Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes: “Os atos de autonomia são dirigidos à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis.” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2007, p. 215).

<sup>211</sup> ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 45-46.

<sup>212</sup> Assim assevera Teresa Negreiros: “A intangibilidade do conteúdo do contrato, um dos alicerces da teoria clássica, não mais desfruta do *status* de princípio ordenador da disciplina contratual, o que se faz sentir no âmbito dos contratos entre consumidores e fornecedores, regidos pelo CDC, assim como, ainda que em menor medida, no novo Código Civil. A convicção sobre a intrínseca justiça do procedimento contratual – canonizada na máxima, já antes lembrada, *quid it contractuel dit juste* – tornou-se definitivamente inconciliável com a consagração, pelo direito positivo, de remédios jurídicos que permitem quer a revisão judicial de cláusulas contratuais, quer a decretação pura e simples de sua invalidade.” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 308).

segundo o qual o regime do contrato deve ser diferenciado em correspondência com a classificação do bem contratado”,<sup>213</sup> levando-se em consideração os bens essenciais, úteis e supérfluos, considerando a “[...] destinação mais ou menos existencial conferida pelo sujeito contratante ao bem contratado.”<sup>214</sup>

Observando-se os limites à autonomia privada e analisando o panorama legislativo, a função social do contrato, expressamente referida no art. 421 do Código Civil, apresenta-se como outro contorno limítrofe para o exercício da autonomia privada, sendo a liberdade exercida em conformidade com justiça comutativa.<sup>215</sup> Isto porque o contexto cultural-histórico em que é analisado o instituto contribui fortemente para a sua conceituação. Conforme refere Enzo Roppo, “[...] os conceitos jurídicos – e entre estes, em primeiro lugar, o de contrato – reflectem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais.”<sup>216</sup> Nesta linha de pensamento, Cláudia Lima Marques afirma que “[...] os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta.”<sup>217</sup> vislumbrando-se o impacto e a ambientação das cláusulas contratuais em razão de interesses sociais.<sup>218</sup> A função social do contrato, como já referido, promove a efetivação dos direitos fundamentais pela realização das cláusulas previstas contratualmente, em efetivo “[...] ponto de encontro de direitos fundamentais.”<sup>219</sup> Revela-se, assim, totalmente possível a fixação de negócios jurídicos processuais que estejam alinhados a este modelo, tais como as cláusulas que almejam a tutela

<sup>213</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 342.

<sup>214</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 342.

<sup>215</sup> Nesta linha de pensamento, assim expressa Luis Renato Ferreira da Silva: “A dicção do novo artigo 421, ao referir que a liberdade é exercida em razão e nos limites da função social, dentro da definição acima dada, pode ser compreendida, como já tive a oportunidade de referir, como ‘a realização de utilidade e da justiça do próprio contrato. Estabelece-se como critério limitador da expressão contratual o seu desenvolvimento útil e justo. Entende-se que o essencial no contrato não é a manutenção absoluta da vontade inicial, mas a conformidade com a justiça comutativa.” (SILVA, Luis Renato Ferreira da. *A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social*. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 147-170, p. 158).

<sup>216</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 7.

<sup>217</sup> MARQUES, Cláudia Lima. O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos: entre interesses individuais, sociais e direitos fundamentais. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 27

<sup>218</sup> Teresa Negreiros vincula o processo de constitucionalização do direito contratual ao valor da solidariedade, a saber: “O processo de constitucionalização do direito contratual – assim como do direito civil como um todo – implica a substituição do seu centro valorativo: em lugar do indivíduo, e de sua autonomia, encontra-se a pessoa humana, sua socialidade e dignidade. Daí se afirmar que, ao lado da liberdade individual, a Constituição faz introduzir no direito dos contratos o valor da solidariedade. A tutela da dignidade da pessoa – tarefa agora confiada também ao direito civil – torna o direito contratual sensível à questão social, dotando-o de um caráter tutelar inteiramente estranho ao modo como o contrato era concebido pelo direito clássico.” (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 507).

<sup>219</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 256.

tempestiva, efetiva e adequada, como, por exemplo, o ambiente propício à negociação processual no processo de execução.

Considerar a função social do contrato como limitadora da autonomia privada consiste em observar que uma cláusula contratual que estabeleça um negócio jurídico processual é admitida, efetivado o *animus* dos contratantes, caso possa a convenção funcionar como ferramenta na concretização dos direitos fundamentais processuais. Referido negócio jurídico processual irá contribuir para a efetividade da tutela jurisdicional e da sociedade como um todo, em adequado exercício de liberdade no processo. De outra banda, uma convenção contratual que não contribua para a concretização da tutela jurisdicional, bem como que não preencha a sua função social, em afronta aos direitos fundamentais processuais, impedindo e dificultando o impacto do processo, desaguará fatalmente na sua inadmissibilidade.

Neste traçado, a função social do contrato é “[...] a expressão da socialidade no Direito Privado”,<sup>220</sup> em completa contraposição a um individualismo pernicioso, elevando a “[...] diretriz constitucional da solidariedade social, posta com um dos objetivos fundamentais da República.”<sup>221</sup> Conservam-se cláusulas contratuais processuais, assegurando-se, eventualmente, trocas úteis e justas, a partir da percepção de que, com base na função social do contrato, um acordo de vontades seja a afirmação e desenvolvimento da coletividade. A liberdade deverá estar voltada ao bem comum como expressão da função social do contrato,<sup>222</sup> afastando-se uma “leitura individualista”<sup>223</sup> para dar lugar a uma concepção de liberdade

<sup>220</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 41, maio 2005. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35261/34057>>. Acesso em: 15 nov. 2017. Assim aprofunda a autora: “Seguindo a perspectiva estrutural e funcional, constataremos de imediato que o art. 421 indica três sendas que vale a pena trilhar: a) vem colado ao princípio da liberdade de contratar, inaugurando a regulação, em caráter geral, do Direito dos contratos e situando-se como princípio desse setor; b) refere a função social como limite da liberdade de contratar; e c) situa a função social como fundamento da mesma liberdade.” (MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 42, maio 2005. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35261/34057>>. Acesso em: 15 nov. 2017).

<sup>221</sup> Neste sentido, refere Judith Martins-Costa: “Se às Constituições cabe proclamar o princípio da função social – o que vem sendo regra desde Weimar –, é ao Direito Civil que incumbe transformá-lo em concreto instrumento de ação. Mediante o recurso à função social e também à boa-fé – que tem uma face marcadamente ética e outra solidarista – instrumentaliza o Código agora aprovado a diretriz constitucional da solidariedade social, posta com um dos ‘objetivos fundamentais da República.’” (MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson (Org.). *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 144).

<sup>222</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 57-58, maio 2005. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35261/34057>>. Acesso em: 15 nov. 2017. Sobre o tema ver também BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>223</sup> NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 209.

absoluta.<sup>224</sup> Necessário emergir o pensamento coletivo enfrentando a pluralidade de interesses nesta “sociedade de risco” em detrimento de uma perspectiva individualista.<sup>225</sup> Traçada esta fisionomia para a função social do contrato, impreterível reconhecer que a vontade privada “[...] deve arrestarsi dinanzi alle norme imperative e ai principi di ordine pubblico, cioè ai principi giuridici che la coscienza sociale intende come condizioni essenziali di convivenza.”, conforme assevera Massimo Bianca.<sup>226</sup>

Cumprido elevar, igualmente, a boa-fé como elemento indispensável às relações obrigacionais, estabelecendo-se o correto contorno à liberdade contratual e complementando o ideal da justiça contratual.<sup>227</sup> A boa-fé objetiva, aqui tratada e inserta no art. 422 do Código Civil, é apresentada como obrigatória para os contratantes, tanto na contratação quanto na execução do negócio jurídico. Por este horizonte, a boa-fé “[...] confere ao juiz poderes para criar novas soluções, dando-lhe um suporte sistemático que afasta o simples julgamento por equidade, e determina uma profunda objetivação no conceito de negócio jurídico.”<sup>228</sup> Como princípio norteador para a sistematização das relações obrigacionais, a boa-fé evoluiu para incluir “[...] a valoração dos usos do tráfego ao considerar a ética e a boa conduta das partes desde as tratativas até a execução completa das obrigações”,<sup>229</sup> restando estabelecida diferenciada leitura dos negócios jurídicos, inclusive na perspectiva processual, alterando situações jurídicas processuais enquanto objeto do presente estudo. Interpretar um negócio jurídico processual é que esteja pautado e limitado igualmente pela boa-fé, no sentido de restringir e determinar o

<sup>224</sup> Sobre a liberdade de contratar no Código Civil e a perspectiva constitucional, ver especialmente a Terceira Parte da obra de Gerson Luiz Carlos Branco a definir o contorno constitucional da liberdade de contratar. (BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009).

<sup>225</sup> Assim aprofunda o sociólogo alemão Ulrich Beck: “Tras los muros de la indiferencia prolifera el peligro. Naturalmente, esto no significa que a la vista de los crecientes riesgos civilizatorios emerja la gran armonía. Precisamente en el trato con los riesgos resultan muchas diferenciaciones y conflictos sociales nuevos.” (BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez y María Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2001, p. 52).

<sup>226</sup> BIANCA, Massimo Cesare. *Diritto civile: la norma giuridica i soggetti*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2002, v. 1, p. 41.

<sup>227</sup> Sobre a boa-fé como limite à autonomia privada, assim assinala Francisco Amaral: “Mesmo assim permanece a autonomia privada como princípio fundamental, embora limitada, no seu campo de atuação, pela ordem pública e pelos princípios da justiça contratual e boa-fé.” (AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 153). Sendo a boa-fé um limite à autonomia de vontade, assim atesta Clóvis do Couto e Silva: “Ainda que não conste de preceito expresso, ninguém ignora a existência em nosso Direito do princípio da boa-fé aplicável às relações obrigacionais e limite importante ao princípio da autonomia da vontade.” (COUTO E SILVA, Clóvis; FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 93).

<sup>228</sup> COUTO E SILVA, Clóvis; FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 93. Ainda nesta obra, aprofunda-se o conceito de “base objetiva do contrato”.

<sup>229</sup> WALD, Arnoldo. *Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos*. 20. ed. São Paulo: Saraiva 2011, v. 2, p. 232.

real alcance da autonomia privada nas cláusulas que estabelecem normas processuais e procedimentais.

Analisar o conteúdo do negócio jurídico implica em ter como orientação a boa-fé, assimilando que esta, em movimento dialético, possa servir de prelúdio para os deveres que serão extraídos daquele determinado contrato. Clóvis do Couto e Silva sustenta que, em alguns casos, o conteúdo do negócio jurídico é formado originária e diretamente pelos deveres de boa-fé, afastando a primazia da vontade individual absoluta como irrestrita fonte de deveres.<sup>230</sup> Em correta interpretação, acrescenta Couto e Silva, “[...] cuida-se em conferir justa medida à vontade que se interpreta – pois que o contrato não se constitui de duas volições, ou de uma oferta e uma aceitação, isoladamente, mas da fusão desses dois elementos – e de evitar-se o subjetivismo e o psicologismo a que se chegaria sem dificuldade”,<sup>231</sup> sendo capaz o intérprete de extrair deveres que não afloram diretamente daquela respectiva cláusula contratual.

A boa-fé contribui, portanto, para o “[...] abandono, também no Direito privado, da autonomia, como mero dogma formal, e a sua substituição pela regra da autonomia efectiva”,<sup>232</sup> nas palavras de António Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro. Exige-se esta como modelo de conduta social, em “[...] arquétipo ou standard jurídico, segundo o qual cada pessoa deve ajustar sua própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade e probidade.”<sup>233</sup> Deste modo, a autonomia é permeada pela boa-fé, que poderá estar ao lado da vontade ou independente desta, criando obrigações e situações jurídicas a partir de um vínculo objetivo, sem necessitar de vínculos pessoais.<sup>234</sup> Com propriedade, Daniel Ustárroz

<sup>230</sup> Assim aprofunda Couto e Silva: “A dogmática do século passado tinha por cetro a vontade, de forma que, para os juristas daquela época, todos os deveres dela resultavam. Em movimento dialético e polêmico poder-se-ia chegar à conclusão oposta, isto é, a de que todos os deveres resultassem do princípio da boa-fé e da proteção jurídica de interesses. Em alguns casos, porém, o conteúdo do negócio jurídico é formado imediatamente pelos deveres de boa-fé.” (COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 38). Comentando a funcionalidade da autonomia privada, Rosa Maria de Andrade Nery assim coloca: “Mas a técnica jurídica do direito privado não privilegia, como antes, o individualismo; ao contrário, a socialidade, impressa no novo sistema do direito civil brasileiro, inspira o intérprete do direito, também, para a correta funcionalidade da autonomia privada.” (NERY, Rosa Maria de Andrade. É possível a convivência do princípio da autonomia privada com o da lealdade, dito da boa-fé objetiva? *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 73, p. 17-29, jan. 2017. PDF, p. 2. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017).

<sup>231</sup> COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 35.

<sup>232</sup> ROCHA, António Manuel da; CORDEIRO, Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 654.

<sup>233</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 411.

<sup>234</sup> Analisando a boa-fé e a convivência desta com a vontade no contrato, assim referem Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery: “Junto com a vontade, ao lado dela, paralela a ela e, por vezes, independentemente dela ou, raras vezes, até mesmo contra ela, há que se analisar se outro fator contribuiu como causa para o nascimento de um vínculo (agora objetivo), que também pode criar obrigações. Esse fator é a boa-fé objetiva, que cria situações jurídicas, que modulam os vínculos e causam obrigações e muitas vezes criam situações jurídicas que obrigam, sem mesmo criar vínculos subjetivos ou pessoais.” (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2, p. 104).

afirma a utilização da boa-fé como *conditio sine qua non* para almejar a justiça contratual.<sup>235</sup> A aplicação e interpretação de cláusulas estabelecidas no exercício da liberdade e da autodeterminação devem estar pautadas na boa-fé legitimando toda a experiência jurídica.<sup>236</sup>

Calha referir, portanto, que alinhar a liberdade como arrimo para a dignidade da pessoa humana e personalidade, visualizando a autonomia privada negocial como elemento próprio desta autodeterminação assegurada constitucionalmente, não implica concluir que um negócio jurídico processual possa ser absoluto, afrontando toda e qualquer norma procedimental ou sem qualquer ponto de restrição. Eduardo Couture, ao aprofundar o princípio da liberdade no sistema do processo civil, levanta um dos principais problemas a serem aqui enfrentados no que tange aos poderes do juiz. Analisando a posição do magistrado, Couture afirma que resta necessário perquirir “[...] quais os actos que pode praticar oficiosamente, mesmo contra a vontade das partes, e quais aqueles em que a vontade dos interessados põe um limite à sua acção.”<sup>237</sup> Ao fundamentar suas conclusões, Couture entende o processo como relação jurídica típica, estando as normas processuais na encruzilhada dos caminhos do direito público e do direito privado.<sup>238</sup>

A permissão contida no art. 190 do Código de Processo Civil, estabelecendo cláusula geral de negociação processual, bem como a possibilidade de adequação procedimental e o modelo cooperativo do processo, elevando a divisão compartilhada de trabalho e atribuições dos sujeitos do processo, inseridas no ambiente do formalismo-valorativo, densificam em nível infraconstitucional “[...] um dos fins do Estado Constitucional (a liberdade), no ambiente

<sup>235</sup> Assim refere Ustárroz: “Como se vê, a boa-fé não constitui um imperativo ético abstrato, mas sim uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até as suas últimas consequências. Daí a necessidade de ser ela analisada como *conditio sine qua non* da realização da justiça ao longo da aplicação dos dispositivos emanados das fontes do direito, legislativa, consuetudinária, jurisdicional e negocial.” (USTÁRROZ, Daniel. *Direito dos contratos: temas atuais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 28).

<sup>236</sup> Acerca das relações de tipo contratual que não estão fundadas na manifestação de vontade, mas em um simples “comportamento social típico”, assim refere Karl Larenz: “Mas, caso se fale aqui também de relações contratuais, então será necessário, futuramente, diferenciar entre relações contratuais fundadas em um contrato (ou seja, em um negócio jurídico) e aquelas que se baseiam em um correspondente comportamento social típico dos envolvidos.” (LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. Tradução de Alessandro Hirata. *Revista Direito GV* 3, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 62, jan./jun. 2006).

<sup>237</sup> COUTURE, Eduardo. *O princípio da liberdade no sistema do processo civil*. Lisboa: Jornal do Fôro, 1948, p. 11. Ao comentar os conceitos dos negócios jurídicos processuais, Couture afirma: “À segunda série – acros que necessitam a concordância do adversário, denominados também *negócios jurídicos processuais* – pertencente especialmente a transacção, como equivalente contractual da sentença. Fora do processo existem actos de índole idêntica com conteúdo processual, como a cláusula compromissória, o compromisso, o ‘pactum de foro prorogando’, o ‘pactum de non petendo’, etc.” (COUTURE, Eduardo. *O princípio da liberdade no sistema do processo civil*. Lisboa: Jornal do Fôro, 1948, p. 11-12).

<sup>238</sup> COUTURE, Eduardo. *O princípio da liberdade no sistema do processo civil*. Lisboa: Jornal do Fôro, 1948, p. 17.

processual.”<sup>239</sup> Pensar, *a priori*, na restrição do contratualismo processual, pautado apenas no argumento de que prevalece o interesse público no processo, afirmando ser a negociação processual uma privatização do processo,<sup>240</sup> ou ainda uma mercantilização da relação processual, é não visualizar o contemporâneo processo colaborativo, a autonomia privada, o direito fundamental à liberdade, bem como o princípio da adequação. Necessário entender que pensar o processo como de caráter público não esvazia o direito fundamental à liberdade e a autonomia privada, conforme vem sendo revisitado ao longo deste trabalho.

Neste contexto, a liberdade e a autodeterminação, cristalizados na realização de negócios jurídicos que alteram situações processuais e procedimento, são analisados e ambientados dentro da perspectiva constitucional a elevar a autonomia privada<sup>241</sup> no processo, mas de igual forma impõe certos limites que devem ser considerados. Limites estes que devem ser entrelaçados com os poderes do juiz, com a carga publicista do processo, em exata convivência entre processo e liberdade,<sup>242</sup> sendo permitida, neste contexto, a renunciabilidade de direitos processuais e a disposição acerca de situações processuais. A questão posta reside em saber qual a intensidade, qual a medida correta de disposição das partes e celebração de negócios processuais no exercício da autonomia privada frente aos direitos fundamentais processuais que poderiam ser renunciados, bem como o ainda e sempre presente caráter público

<sup>239</sup> ABREU, Rafael Sirangelo de. “Customização processual compartilhada”: o sistema de adaptabilidade do novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 257, p. 51-76, jul. 2016. PDF, p. 7. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017. p. 7.

<sup>240</sup> Sobre a alegada privatização do processo, assim se manifesta Igor Raatz: “Essa conquista de dignidade normativa à autonomia privada no processo não significa privatizá-lo. Trata-se, unicamente, de reconquistar territórios que, diante do exagero da publicização (estatização) do processo tenham sido perdidos, retirando-se do Estado essa condição de protagonismo na estruturação do processo, de modo a substituí-la, na linha habermasiana, por procedimentos e mecanismos que permitam aos indivíduos regular, em primeira pessoa, seus interesses.” (RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 188).

<sup>241</sup> Acerca da autonomia privada e processo segue o pensamento já referenciado de Remo Caponi: “Não se pretende corroer, portanto, o enorme mérito que historicamente teve na disciplina do processo a afirmação do princípio da legalidade, a fixação de uma regulamentação por obra de uma fonte superior e externa em relação aos protagonistas do processo, como instrumento principal para combater a ineficiência do processo e para aspirar a conferir certeza às garantias das partes. Ao invés, se deve reconhecer que o sistema normativo processual não é fechado na própria autorreferência normativa, mas está disposto a aprender com o ambiente circunstante. E caso se trate de um ambiente rico de boas razões potencialmente universalizáveis, como aquele que pode derivar de um exercício equilibrado do poder de autonomia (individual ou coletiva), o enriquecimento do sistema processual não pode deixar de ser notável.” (CAPONI, Remo. *Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 228, p. 359-376, fev. 2014. PDF, p. 8. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017). Na língua originária: CAPONI, Remo. *Autonomia privada e processo civile: gli accordi processuali*. *Civil Procedure Review*, v. 1, n. 2, p. 44, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www.civilprocedurereview.com/>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

<sup>242</sup> Sobre o tema, assim refere Robson Godinho: “Há que se trabalhar com a autonomia das partes não mais no sentido privatístico clássico, mas sim dentro de uma perspectiva constitucional e de uma teoria dos direitos fundamentais que autoriza e ao mesmo tempo impõe limites às manifestações de vontade.” (GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe do “Leito de Procusto”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 235, p. 87, set. 2014).

do processo.<sup>243</sup> Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior apresenta como limites ao autorregramento da vontade no processo as “[...] normas que concretizam o núcleo duro do devido processo legal.”,<sup>244</sup> estabelecendo grau importante de restrição à autodeterminação que servirá de pauta para a análise de casos concretos a ser realizado no próximo capítulo do presente trabalho.

### 2.1.2 Negócios jurídicos processuais e suas relações com o princípio dispositivo como pauta de atuação das partes

A existência do denominado princípio dispositivo confunde-se com o próprio conceito de jurisdição, especialmente relacionada com uma das suas principais características, qual seja, a inércia. Classicamente, a denominação e conceituação do referenciado princípio não se apresenta uníssona, sendo, na maioria das vezes, apresentado em posição oposta ao princípio inquisitivo.<sup>245</sup> O princípio dispositivo, por vezes, é relacionado à fase probatória; em outras situações, relacionado à necessária congruência entre sentença e pedido, na delimitação dos fatos e do pedido, ou ainda na sua repercussão no âmbito recursal e no efeito devolutivo.<sup>246</sup>

<sup>243</sup> Sobre a equilibrada extensão da incidência da autonomia privada, assim afirma Remo Caponi: “A direção de marcha é no sentido de uma equilibrada extensão da incidência da autonomia privada na conformação do processo, nos limites em que isto não obstaculize a eficiência do processo em relação ao escopo da justa composição da controvérsia.” (CAPONI, Remo. *Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. Revista de Processo*, São Paulo, n. 228, p. 359-376, fev. 2014. PDF, p. 8. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017). Na língua originária: “La direzione di marcia è verso una equilibrata estensione dell’incidenza dall’autonomia privata nella conformazione della vicenda processuale, nei limiti in cui ciò non ostacoli l’efficienza del processo rispetto allo scopo della giusta composizione della controversia.” (CAPONI, Remo. *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali. Civil Procedure Review*, v. 1, n. 2, p. 43, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www.civilprocedurereview.com/>>. Acesso em: 13 abr. 2017).

<sup>244</sup> Assim refere o citado autor: “No sistema processual brasileiro, há vários exemplos de normas de ordem pública, tais como as que tratam: da coisa julgada; da competência absoluta; da fundamentação; da imparcialidade; da capacidade processual; do vício de vontade, dentre outras. As normas que concretizam o núcleo duro do devido processo legal também se constituem em questões de ordem pública, conquanto, seja inegável que possa surgir dificuldades quanto às condições fáticas e jurídicas de aplicabilidade dessas normas. Portanto, é de se reiterar: as questões de ordem pública exsurtem, e com toda relevância, como limites ao autorregramento da vontade no processo.” (ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. *Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. Revista de Processo*, São Paulo, n. 244 p. 393-423, jun. 2015. PDF, p. 9. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017).

<sup>245</sup> DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 198, p. 213-226, ago. 2011.

<sup>246</sup> Assim atesta Barbosa Moreira: “[...] fala-se de princípio dispositivo a propósito de temas como o da iniciativa de instauração do processo, o da fixação do objeto litigioso, o da tarefa de coletar provas, o da possibilidade de autocomposição do litígio, o da demarcação da área coberta pelo efeito devolutivo do recurso, e assim por diante. Nada força o ordenamento a dar a todas essas questões, com inflexível postura, respostas de idêntica

Analizando-se inicialmente a visão adotada por Mauro Cappelletti, o princípio dispositivo está relacionado com a possibilidade de o titular dispor do seu direito, limitando a atuação do juiz ao pedido deduzido na inicial apresentada.<sup>247</sup> Para o jurista italiano, seria necessário conceituar com precisão o que se entende por princípio ou processo dispositivo. Assim, Cappelletti afirma que somente o titular poderia dispor de seu direito, bem como do seu exercício, dentro de certos limites. Conforme afirma Antônio Dall’Agnol, a dispositividade para Cappelletti “[...] situa-se no vínculo do Juiz à iniciativa da demanda pelas partes e no estabelecimento, por essas, do objeto do processo.”<sup>248</sup> Nesta perspectiva, restava por construir o princípio do dispositivo em uma perspectiva processual (ou imprópria) e em outro prisma material, atribuindo e reconstruindo novas concepções do por ele denominado dispositivo, observando, sobretudo, o caráter privado do objeto do processo.<sup>249</sup>

O princípio dispositivo em sentido formal, processual ou impróprio está vinculado ao aspecto interno do processo, ao procedimento, ligado às técnicas, por exemplo, de instrução probatória e de aspectos procedimentais do processo. O dispositivo impróprio estabelece e regula, portanto, “[...] o poder de influência das partes na técnica e no desenvolvimento interno do processo, sobretudo pela escolha dos instrumentos necessários à formação do convencimento pelo juiz.”, conforme assevera Ernesto Toniolo.<sup>250</sup>

Por sua vez, o princípio dispositivo em sentido material ou próprio está vinculado à liberdade das partes e ao objeto do processo. No entendimento de Cappelletti, entretanto, o caráter privado do objeto do processo – a liberdade que se sobrepõe no direito material – não autorizaria a completa disponibilidade do instrumento processual, do processo em si mesmo. A

---

inspiração.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais e poderes do juiz. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2004, s. 8ª, p. 53).

<sup>247</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile. Milano: Giuffrè, 1974. Cappelletti resta por estabelecer um diálogo com a visão de Tito Carnacini, aprofundada em CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. In: *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*. Milano: Giuffrè, 1951, v. 2, p. 693-772.

<sup>248</sup> DALL’AGNOL JR., Antônio Janyr. O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 46, p. 97-115, mês. 1989.

<sup>249</sup> Conforme refere Antônio Dall’Agnol, a perspectiva privada do objeto litigioso resta por criar algumas premissas interpretativas: “Do caráter privado do objeto litigioso do processo, pode-se extrair, logicamente (a) que apenas ao titular (ou que se diga) é atribuível o direito de ação; que o Juiz não deva, pois, agir de ofício; e só o titular pode ‘dispor’ do direito, exercitando-o ou não, desistindo, exercitá-lo dentro de certos limites (delimitar o petitum e a causa petendi); (b) que o Juiz deve julgar no âmbito da ação: *ne iudex judicet ultra petita partium*; *sententia debet esse conformis libello*; (c) mas daquele caráter não decorre necessariamente que o Juiz-uma vez instaurado o processo e não pretendendo o sujeito dele desistir- não possa exercer os seus poderes de direção formal e material. E isso não faz menos ‘dispositivo’ o processo.” (DALL’AGNOL JR., Antônio Janyr. O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 46, p. 102, mês. 1989).

<sup>250</sup> TONIOLO, Ernesto José. *A proibição da reformatio in peius no processo civil*: de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 87.

primazia da liberdade da disposição das partes sobre o objeto litigioso não estaria completamente refletida na disponibilidade sobre o caminho processual. Neste pensamento, as “[...] partes privadas, aun siendo libres de disponer de los derechos sustanciales deducidos en juicio, o sea del *objeto del proceso*, non son libres, sin embargo (o, por lo menos, no son completamente libres) de disponer a su gusto también del proceso mismo, o sea del instrumento procesal.”<sup>251</sup>

Ovídio Baptista,<sup>252</sup> apresentando contraponto ao aprofundar o tema, concorda com a posição apresentada por Liebman, distinguindo o princípio dispositivo do princípio da demanda. Pelo princípio da demanda, fundamentado na disponibilidade do direito material e na locução *nemo iudex sine actore*, a parte decidirá levar a juízo ou não o seu direito material violado. Compete ao jurisdicionado exercer o direito de ação, postulando a reparação do direito material violado ou permanecer omissivo no que tange à sua reclamação em juízo,<sup>253</sup> dada a disponibilidade do direito material. Nesta perspectiva, o princípio da demanda não se confunde com o princípio dispositivo, pois aquele “[...] baseia-se no pressuposto de disponibilidade, não da causa, mas do próprio direito material da parte.”<sup>254</sup> enquanto o dispositivo está vinculado aos poderes e faculdades atribuídas ao juiz numa determinada causa em tramitação,<sup>255</sup> expresso na máxima *secundum allegata et probata partium iudex decidere debet*.

Na concepção defendida por Liebman e Ovídio Baptista, o princípio da demanda está vinculado ao direito material e sua correlata ação, enquanto o dispositivo está relacionado com a assecuração da imparcialidade do julgador<sup>256</sup> e na adstrição da sentença ao pedido. Manter o juiz estranho ao processo, com limitação de seus atos, seria uma forma para a garantir a equidistância, a imparcialidade. Para Liebman, o dispositivo seria um princípio técnico do processo, sendo observado “[...] per adeguarsi alle esigenze proprie del meccanismo che esse

<sup>251</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *El proceso civil en el derecho comparado*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973, p. 45.

<sup>252</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1, p. 32.

<sup>253</sup> Em semelhante definição, Pontes de Miranda estabelece esta disposição do direito material e do exercício da ação, entretanto denomina tal princípio de “dispositivo”, assim referindo: “Princípio dispositivo, que deixa às partes: o vir a juízo, pedindo ao Estado a entrega da prestação jurisdicional, em vez de ir o Estado distribuir justiça; o postular, quer dizer – expor o pedido, a causa de pedir, indicar e produzir as provas.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. 1, p. 66).

<sup>254</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1, p. 32.

<sup>255</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1, p. 32.

<sup>256</sup> “Segundo Liebman, o princípio dispositivo pretende assegurar a imparcialidade do julgador, evitando que ele, no curso da causa, substitua a parte, assumindo o comando da lide.” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1, p. 32).

medesime hanno posto in movimento.”<sup>257</sup> Já o princípio da demanda guarda relação direta com o titular do direito subjetivo e no poder de acionar ou não a tutela jurisdicional,<sup>258</sup> derivado da própria disponibilidade do direito substancial.

Certo é que o verdadeiro conceito do princípio dispositivo é alterado e influenciado conforme a realidade histórica e cultural em que resta aplicado. Assim, tais conceituações ao dispositivo devem ser compreendidas “[...] como resultado da combinação de fatores culturais e ideológicos que combinam sob o céu de uma realidade histórica específica”,<sup>259</sup> em um evidente caráter contingencial. Nas palavras de Judith Martins-Costa “[...] para conhecer é necessário não apenas ter em conta o objeto do conhecimento ou o sujeito cognoscente, mas a circunstancialidade em que o conhecimento se processa”,<sup>260</sup> sendo fundamental, portanto, a análise do dispositivo consoante o “tempo cultural” em que é vislumbrado.

Consoante o “modelo” de direito processual utilizado – adversarial, inquisitivo ou cooperativo – inserido em determinado contexto histórico, o dispositivo acaba sendo lapidado e alterado. Para Luis Alberto Reichelt, “[...] o vigor efetivo do princípio do dispositivo e do dever de imparcialidade do juiz pressupõe, antes, a proibição imposta ao magistrado de construir a sua decisão com base em temas e fontes de prova diversos daqueles indicados pelas partes.”<sup>261</sup> Nesta toada, o dispositivo tende a produzir como resultado “[...] o equilíbrio desejado entre as cargas de participação dos sujeitos processuais, otimizando os esforços empreendidos

<sup>257</sup> Assim refere Liebman: “Perciò, mentre riportano il principio della domanda al potere esclusivo de titolare di disporre della tutela giurisdizionale del diritto soggettivo, intendendolo quindi come un riflesso necessario di strutture tipiche fondamentali dell’ordinamento giuridico, così come è oggi costituito, considerano invece il principio dispositivo come un principio esclusivamente tecnico del processo, cioè come una di quelle regole che la parti devono osservare per adeguarsi alle esigenze proprie del meccanismo che esse medesime hanno posto in movimento.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Fondamento del principio dispositivo*. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 15, p. 153-154, 1960).

<sup>258</sup> Compartilhando esta posição, segue a definição de Rui Portanova: “O cidadão tem plena e inarredável liberdade de dispor de seus direitos materiais no momento de exercitar seu direito de tutela jurídica (*princípio da demanda*) e dos fatos que comporão o litígio (*princípio dispositivo*); contudo, o cidadão não dispõe do monopólio do funcionamento e do curso do processo.” (PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 117).

<sup>259</sup> REICHELTL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 94. Luis Alberto Reichelt, ao analisar os diversos conceitos agregados ao dispositivo e sua evolução histórica, assim acrescenta: “Dessas considerações é possível inferir a conclusão no sentido de que a determinação do significado do princípio dispositivo é, em última instância, símbolo dos valores cultivados em uma determinada realidade cultural, sintetizando as diversas vertentes que se entrelaçam ao longo de um processo de evolução histórica.” (REICHELTL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 94).

<sup>260</sup> MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo código civil. *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*, São Paulo, v. 2, p. 1.113-1.134, out. 2010. PDF, p. 4. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

<sup>261</sup> REICHELTL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 96.

na própria marcha processual.”<sup>262</sup> O “tempo cultural”<sup>263</sup> do dispositivo no processo hodierno, certamente, é o tempo do modelo cooperativo do processo,<sup>264</sup> isto é, da divisão coordenada do trabalho entre os sujeitos do processo, conduzindo à aceitação dos negócios jurídicos processuais no modelo processual contemporâneo. As convenções processuais transportam o contexto cultural do princípio dispositivo, alternado as feições do princípio do impulso oficial<sup>265</sup>, em que as partes, além da definição do objeto litigioso, estabelecem alterações nas situações processuais, customizando o procedimento.<sup>266</sup> Regula-se o instrumento processual de forma válida e condizente com o contexto cultural de efetividade e da democracia participativa no processo.<sup>267</sup> Nas palavras de Loïc Cadiet, “[...] el desarrollo de una contratualización de este tipo en el seno de la institución judicial, promovería una justicia más ciudadana, una justicia

<sup>262</sup> REICHELT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 96.

<sup>263</sup> “A cultura é, em suma, o a priori - absolutamente não-estático - que define a nossa forma de ser, de conhecer, de compreender, de sentir e de regular as nossas relações, inclusive juridicamente. [...] Daí o a priori cultural, o qual não é, todavia, absoluto ou imutável: toda a cultura é histórica, constituindo, sempre, um processo de realização de valores que se compõem, continuamente, na dimensão do tempo cultural.” (MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo código civil. *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*, São Paulo, v. 2, p. 1.113-1.134, out. 2010. PDF, p. 4. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017).

<sup>264</sup> MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015; SOUZA, Artur Cesar. O princípio da cooperação no projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 225, p. 65-80, nov. 2013; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010, v. 1; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, p. 7-14, jan./mar. 1986; e GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 21, p. 580-609, 1966.

<sup>265</sup> “Ao juiz cabe dar andamento ao processo, este princípio é da tradição dos processos de *civil law*. Todavia, o NCPC contém um conjunto de regras que alteram as feições do princípio do impulso oficial: as que tratam das convenções processuais, previstas no art. 190.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 58).

<sup>266</sup> ABREU, Rafael Sirangelo de. “Customização processual compartilhada”: o sistema de adaptabilidade do novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 257, p. 51-76, jul. 2016. PDF. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

<sup>267</sup> Acerca da democracia participativa e o processo, assim se manifestam Darci Ribeiro e Felipe Scalabrin: “A verdadeira práxis democrática, configuradora de um autêntico Estado de Direito, reside principalmente na efetiva concretização dos direitos e garantias fundamentais e não em meras abstrações legais contidas em um texto normativo. Estes direitos e garantias fundamentais, por sua vez, somente ganham vida através do mais afinado instrumento democrático: o processo. Ele, o processo, se constitui no mais valioso elemento vivificador das aspirações de uma sociedade reprimida de justiça social, pois encontra no irrestrito acesso ao judiciário, no contraditório, na publicidade e na fundamentação os mais altos desígnios da verdadeira democracia.” (RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. *Revista Scientia Iuris*, Londrina, v. 13, p. 166, nov. 2009, p. 166).

más democrática bajo la tutela de un Estado moderador que buscase el equilibrio social, al que podríamos llamar Estado mediador.”<sup>268</sup>

Sob este olhar cooperativo, admitir a realização de negócios jurídicos processuais é pensar na preponderância do princípio dispositivo também para as regras procedimentais e as situações processuais. Ocorre que, diante desta possibilidade genericamente referida, analisar a etapa processual – o ato de disposição a ser negociado – implica em igualmente observar sobre qual tema a contratualização do processo pretende permear. Isto porque, irrealizável idealizar um conceito puro que não comporte exceções, reconhecendo-se apenas um predomínio de um ou de outro em cada uma das etapas processuais.<sup>269</sup>

Analisar o negócio jurídico processual em espécie, implica, portanto, em compreender o princípio dispositivo em sentido formal, bem como conceber a etapa processual a ser permeada pela contratualização processual. Ademais, em segundo nível de análise da aplicação de determinado negócio jurídico processual, faz-se imprescindível entrelaçar os conceitos do princípio dispositivo em sentido formal com o contexto cultural necessário para a interpretação da intensidade da autonomia privada. De qualquer sorte, a compreensão da existência de um processo evidenciado pelo modelo cooperativo, bem como o protagonismo das limitações impostas pelo ordenamento legal são etapas necessárias para a aceitação de determinados negócios jurídicos processuais, conforme será tratado no capítulo final. Em suma, conforme a predominância do dispositivo formal em cada uma das etapas processuais, teremos influência direta nos limites dos negócios jurídicos processuais.

---

<sup>268</sup> CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales em derecho francés: situación actual de la contratualización del proceso y de la justicia em Francia. *Civil Procedure Review*, v. 3, n. 3, p. 33, aug./dec. 2012. Disponível em: <<http://www.civilprocedurereview.com/>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

<sup>269</sup> Afirma Fredie Didier Jr.: “Não há sistema totalmente dispositivo ou inquisitivo: os procedimentos são construídos a partir de várias combinações de elementos *adversariais* e *inquisitoriais*.”<sup>8</sup> Não é possível afirmar que o modelo processual brasileiro é totalmente *dispositivo* ou *inquisitivo*. O mais recomendável é falar em predominância em relação a cada um dos temas: em matéria de produção de provas, no efeito devolutivo dos recursos, na delimitação do objeto litigioso etc.” (DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 198, p. 213-226, ago. 2011. PDF, p. 3. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017).

## 2.2 Os limites impostos por normas jurídicas de caráter cogente ao estabelecimento de negócios jurídicos processuais e as exigências de segurança e de efetividade do processo

A imposição de normas cogentes busca elevar no sistema o valor segurança jurídica, instituto caro à sociedade e necessário ao convívio e desenvolvimento das relações contratuais. Assim, a criação de normas que tenham caráter proibitivo e impositivo, embora possa reduzir a autonomia de vontade, tem escopo de conferir ao sistema maior segurança, o que resta por incentivar a própria realização de negócios jurídicos. Certamente, a área de abrangência das normas cogentes no processo civil restou reduzida pelo Código de Processo Civil de 2015, sendo criado ambiente com maior livre atuação da vontade.<sup>270</sup> A própria ideia de segurança e de função social dos contratos, inserida no Código Civil, é referendada no art. 2.035, parágrafo único, ao estabelecer que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública. Entretanto, como rigorismo atenuado e campo reduzido a partir da incidência da temática dos negócios jurídicos processuais atípicos.<sup>271</sup>

Ocorre que pensar tão somente em segurança jurídica poderia desaguar em um raciocínio reduzido de que o fundamento da legitimação da ação judicial estaria alicerçado apenas no respeito às normas procedimentais previamente estabelecidas. Pensar na legitimação pelo procedimento importa em ter como valor que conteúdo da decisão resta imunizado, já que sua aceitação não decorre do seu conteúdo, mas da estrita observância do procedimento, o que conduziria à segurança jurídica.<sup>272</sup> Deste modo, a decisão absorve a insegurança e o objetivo do procedimento rígido e inflexível é proporcionar aceitabilidade às decisões, evitando

<sup>270</sup> Conforme refere Jaldemiro Ataíde Jr: “Ou seja, o que muda do CPC/1973 para o CPC/2015 é apenas a área de abrangência das normas cogentes (proibitivas ou impositivas) – que se afiguram como um limite geral de validade dos negócios jurídicos –, que é sobremaneira reduzido por disposições como a do art. 191, § 1.º, CPC/2015, que permitem a convenção sobre questões que antes eram tratadas por normas impositivas, como aquelas relativas aos prazos peremptórios.” (ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 244 p. 393-423, jun. 2015. PDF, p. 1. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017).

<sup>271</sup> A amplitude e abertura do sistema pelo Código de Processo Civil de 2015 é tratada por Marcelo José Magalhães Bonizzi: “Não há dúvida de que o processo é um instrumento público de solução de litígios e de que, portanto, suas regras são essencialmente de direito público, destinadas a regular a relação entre o Estado-juiz e os litigantes. Nessa arena pública, em que os duelos modernos são travados, o espaço para a celebração de negócios processuais entre as partes sempre foi muito reduzido. Mas todos já perceberam que o CPC de 2015 abriu espaço na administração do processo para a vontade das partes, segundo as disposições contidas em seu art. 190.” (BONIZZI, Marcelo José Magalhães. Estudo sobre os limites da contratualização do litígio e do processo. *Revista de Processo*, São Paulo: n. 269, p. 139-149, jul. 2017, p. 3-4, versão eletrônica).

<sup>272</sup> Sobre a legitimação pelo procedimento e a divergência entre proceduralismo e substancialismo, ver LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980; e ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz. *Entre substancialismo e proceduralismo: elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada*. Maceió: EDUFAL, 2009.

resistências que ocasionariam desestabilização ao sistema. Para gerar aceitação, a decisão deve resultar de um procedimento neutro ou alheio aos influxos do “meio ambiente”, realizado com base em normas previamente conhecidas, que circunscrevem as atuações dos atores processuais. Seria simplesmente não considerar a necessidade de adequação do procedimento às situações substanciais carentes de tutela.

Não se trata de negar a legitimação pelo procedimento, mas reafirmar a observância dos limites fixados pelo legislador, temperado pela liberdade das partes, em um procedimento que possa ser “[...] capaz de atender às situações substanciais carentes de tutela e estar de pleno acordo, em seus cortes quanto à discussão do direito material, com os direitos fundamentais materiais.”<sup>273</sup> Necessária, portanto, a análise do procedimento pela dimensão substancial, capaz de concretizar os direitos fundamentais,<sup>274</sup> em releitura à tese de “legitimação pelo procedimento”, de Niklas Luhman.<sup>275</sup> Na visão de Luhman, o procedimento legitima a ação estatal, de modo que a legitimação pelo procedimento resta por imunizar o conteúdo do julgado.

Assim, o pensamento de ser a segurança jurídica pautada na certeza do procedimento estabelecido com base em normas cogentes deve ser analisando com temperança, na medida em que podem levar ao afastamento das necessidades concretas e do direito material postulado. Embora possa se reconhecer que “[...] as regras do procedimento são, substancialmente, uma espécie de metodologia fixada pela lei para servir de guia a quem pede justiça”,<sup>276</sup> não se pode esquecer que o legislador, ao pensar o ordenamento e o procedimento, não tem condições de prever pormenores e minúcias de determinados casos que podem ser conduzidos de uma forma

<sup>273</sup> Neste sentido, refere Luiz Guilherme Marinoni: “A legitimação através do procedimento supõe que a observância dos parâmetros fixados pelo legislador para o desenvolvimento do procedimento que leva à edição da decisão é a melhor maneira para se dar legitimidade ao exercício do poder. [...]. Por tudo isso o procedimento tem que ser, em si mesmo, legítimo, isto é, capaz de atender às situações substanciais carentes de tutela e estar de pleno acordo, em seus cortes quanto à discussão do direito material, com os direitos fundamentais materiais.” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. Doutrinas Essenciais do Processo*, São Paulo, v. 1, p. 1.133-1.170, out. 2011).

<sup>274</sup> Assim referem Hermes Zaneti Jr. e Carlos Frederico Bastos Pereira: “De um lado, os hermenutas atribuem aos analíticos a alcunha de procedimentalistas, no sentido de que preocuparem-se apenas com a *forma*, dispensando uma análise do conteúdo, o que iria de encontro à dimensão substancial introduzida pelos direitos fundamentais das constituições modernas e legitimaria, por exemplo, a legalidade de regimes totalitários.” (ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. *Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica? Revista de Processo*, São Paulo, v. 259, p. 21-53, set. 2016).

<sup>275</sup> LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

<sup>276</sup> Assim refere Piero Calamandrei: “[...] esta certeza não existiria se o indivíduo que pede justiça não soubesse exatamente quais são os atos que deve realizar para obtê-la, quais as vias a que deve recorrer para chegar ao juiz, para fazer-se ouvir por ele e para obter, concretamente, aquela garantia jurisdicional que a norma promete abstratamente. A regulamentação das formas processuais serve precisamente para isto: as regras do procedimento são, substancialmente, uma espécie de metodologia fixada pela lei para servir de guia a quem pede justiça [...].” (CALAMANDREI, Piero. *Instituições de direito processual civil*. Campinas/SP: Bookseller, 2003. vol. 1, p. 268).

mais eficaz pela elevação da vontade das partes nas diversas situações processuais. Assim, a segurança jurídica e a legitimação das decisões passam pelo respeito ao procedimento, que pode ser construído de maneira compartilhada, participativa, sob a orientação e limitação das normas impositivas, que permitem um legítimo espaço para a atuação da vontade na negociação processual, seja ela típica ou atípica. Importante referir, ainda, que este respeito ao procedimento não é a única condição para a aferição de uma decisão justa, sendo que “[...] um procedimento irrepreensível é geralmente uma condição necessária, embora não seja por si só a condição suficiente, para uma decisão justa.”<sup>277</sup>

Os negócios processuais que alteram o procedimento e situações jurídicas processuais, nesta toada, podem conviver com normas cogentes de campo agora reduzido, pautando-se o entendimento de que a legitimação da decisão está vinculada à participação efetiva dos jurisdicionados na formação da decisão judicial. Cláusula contratuais que estabeleçam negócios processuais atípicos, alterando poderes e faculdades das partes, bem como flexibilizando o procedimento não tornam “[...] a decisão judicial menos legítima, porque a adaptação procedimental que respeita às garantias processuais não prejudica, mas, ao contrário, contribui para a efetiva tutela jurisdicional.”<sup>278</sup>

<sup>277</sup> Sobre o tema do procedimento como condição necessária para uma decisão justa, assevera Reinhold Zippelius: “Faz também parte dos princípios do Estado de direito que a actuação do Estado tenha lugar de acordo com determinadas regras do jogo. Esta ideia teve, por vezes uma formulação precisa na tese de que as decisões do Estado encontravam sua legitimação não através de critérios de conteúdo de justiça, mas apenas pelo modo do procedimento em que são originadas: tem de ser dada a todos os interessados uma oportunidade franca de tomarem parte no procedimento e de fazerem a sua exposição dos factos e de apresentarem sua opinião jurídica; a instância decisória tem de agir imparcialmente e sem unilateralidade; o procedimento tem de decorrer sob o controle público. [...]. Portanto, o problema das decisões legítimas apenas é compreendido de maneira incompleta, se o virmos meramente sob o ponto de vista do procedimento. [...]. Em suma, um procedimento irrepreensível é geralmente uma condição necessária, embora não seja por si só a condição suficiente, para uma decisão justa.” (ZIPPELIUS, Reinhold. *Filosofia do Direito*. António Franco e António Francisco de Souza (Tradutores). São Paulo: Saraiva, 2012. p. 341).

<sup>278</sup> CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 64, p. 219-259, dez. 2015. Em um chamado processo efetivo de comunicação, Eduardo Cambi e Aline Regina Neves ainda referem: “Assim, o que legitima o procedimento é o *processo efetivo de comunicação*, ou seja, a garantia plena e efetiva do contraditório, não a pura e simples previsão antecipada do procedimento pela lei processual. O que legitima socialmente os resultados da atividade jurisdicional não é o procedimento rígido e inflexível, mas a garantia do diálogo entre as partes e entre as partes e os órgãos judiciais. A participação das partes, instrumentalizada pela garantia constitucional do contraditório, pode propiciar a conformação não apenas quanto ao resultado do processo, mas também quanto aos métodos necessários para a sua obtenção. [...] oportunizar às partes a participação na fixação e na adequação do procedimento à causa, sem prejudicar a isonomia, pode trazer vários benefícios como a concretização da cooperação processual, a litigância de boa-fé e a redução de questões preliminares, de incidentes e de recursos, bem como da possibilidade de se alegar cerceamento de defesa. [...] conclui-se que a legitimação processual não decorre tanto da observância do procedimento legal, mas da participação efetiva das partes na formação da decisão judicial. Não é a flexibilização do procedimento processual que torna a decisão judicial menos legítima, porque a adaptação procedimental que respeita às garantias processuais não prejudica, mas, ao contrário, contribui para a efetiva tutela jurisdicional.” (CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 64, p. 219-259, dez. 2015).

A busca de um processo de resultados, atento às expectativas das partes e as necessidades do direito material,<sup>279</sup> reclama certa perspectiva interpretativa das normas cogentes, não apenas como imperativo restritivo das condutas, mas como vetor orientativo da liberdade de atuação das partes no processo. Aqui reside a correta aceitação dos negócios processuais na busca da efetividade do processo, construído em horizonte no qual as “[...] regras processuais convencionais, que alterem as opções feitas pelo legislador, devem ser pensadas como forma de trazer resultados relevantes para racionalização do processo.”<sup>280</sup> A efetividade do processo, nesta relação direta com o direito material, é classicamente anunciada por Chiovenda, asseverando que “[...] il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto di conseguire.”<sup>281</sup> Na mesma preocupação com a efetividade do processo, Ada Pellegrini Grinover refere que “[...] o processo deve buscar respostas diversificadas, de acordo com as situações jurídicas de vantagem asseguradas pelo direito material, de modo a proporcionar o mais fielmente possível a mesma situação que existiria se a lei não fosse descumprida”,<sup>282</sup> realizando, assim, a completa relação de interdependência entre tutela específica e efetividade do processo.<sup>283</sup>

O direito à tutela efetiva, portanto, não contempla apenas o direito à sentença produzida em um contraditório participativo, mas igualmente o direito à realização do comando judicial, sendo, para tanto, conferidos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito

<sup>279</sup> Acerca do direito processual civil como instrumento para realização de direitos, assim afirma Jaqueline Mielke Silva: “A (re)construção do Direito Processual Civil passa por dois grandes momentos. O primeiro deles diz respeito à criação de procedimentos judiciais mais céleres, de modo a conciliar-se a assimetria das funções do passado, presente e futuro na sociedade contemporânea. Nesse novo modelo de sociedade, o Direito Processual Civil não pode mais conviver com procedimentos que demandem longa duração. Por outro lado, os procedimentos judiciais devem star comprometidos com a realização de Direitos.” (MIELKE SILVA, Jaqueline. *O direito processual civil como instrumento de realização de direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012, p. 334).

<sup>280</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 79.

<sup>281</sup> Chiovenda refere: “Il principio generale che nel nostro diritto rimane per così dire scoperto, per mancanza di norma simile a queste, si desume dalla natura stessa dell’ordinamento giuridico e dalla esistenza del processo: il processo deve dare per quanto è possibile praticamente a chi ha un diritto di conseguire.” (CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*. Milano: Giuffrè, 1993, v. 1, p. 110).

<sup>282</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 79, p. 187-203, jul./set. 1995. PDF, p. 1. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

<sup>283</sup> Ainda refere Ada Pellegrini Grinover: “Assim, o próprio conceito de tutela específica é praticamente coincidente com a idéia da efetividade do processo e da utilidade das decisões, pois nela, por definição, a atividade jurisdicional tende a proporcionar ao credor o exato resultado prático atingível pelo adimplemento.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 79, p. 187-203, jul./set. 1995. PDF, p. 1. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017).

substancial postulado e reconhecido.<sup>284</sup> Neste particular, o estabelecimento contratual de negócios processuais que serão aplicados na execução do título judicial ou extrajudicial em muito poderão contribuir para o direito fundamental à efetividade da tutela jurisdicional. Assim, a percepção da existência de um direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva impõe ao juiz “[...] o poder-dever de encontrar a técnica processual idônea à proteção (ou à tutela) do direito material”,<sup>285</sup> o que poderá ser realizado pela admissão de negócios processuais que, atuando no campo não reservado aos valores defendidos pelas normas cogentes e servindo estas como vetores interpretativos, poderão franquear o impacto da sentença nas relações de direito material.

Barbosa Moreira, ao sintetizar o problema da efetividade do processo, insere consideráveis pontos de análise para a correta compreensão do tema. Em especial, vinculado ao presente estudo, referido autor identifica que “[...] o processo deve dispor de instrumentos de tutela adequados, na medida do possível, a todos os direitos (e outras posições jurídicas de vantagem) contemplados no ordenamento, quer resultem de expressa previsão normativa, quer se possa inferir do sistema.”<sup>286</sup> Assim, resgatando o pensamento de Barbosa Moreira, pode-se concluir que, atualmente, diante da expressa previsão legal, bem como com arrimo na autonomia de vontade manifestada em cláusulas contratuais, a temática dos negócios processuais atípicos autorizados pelo legislador de 2015 encontra ambiente favorável para o seu desenvolvimento, em especial na perspectiva executiva e no estabelecimento de instrumentos pelas partes que possam conduzir naturalmente à efetividade da sentença. Restringir sua aplicabilidade sob o argumento da existência de normas cogentes é violar o direito fundamental à tutela efetiva. Referidas normas impositivas devem orientar e tão somente balizar o ambiente de aplicação dos negócios jurídicos processuais, mas não negar a sua aplicabilidade sob o argumento de um injustificável hiperpublicismo, sendo admitidos acordos que disciplinam interesses das partes no processo e que, em certa medida, igualmente afetam a atividade jurisdicional.<sup>287</sup>

Nesta toada, imprescindível analisar os negócios jurídicos processuais como instrumentos tendentes a conferir a efetividade da tutela jurisdicional, tal como, por exemplo,

<sup>284</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

<sup>285</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 1, p. 129.

<sup>286</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1984, s. 3ª, p. 27.

<sup>287</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 1, p. 531-535.

um contrato que, além de criar o título executivo extrajudicial pela participação de duas testemunhas, estabelece a impossibilidade de requerimento e atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução, mesmo em sendo apresentada garantia, regulando e limitando a aplicação do art. 919, § 1º, do Código de Processo Civil. Exatamente esta tensão existente entre segurança e efetividade poderá ser calibrada também a partir da celebração de negócios processuais que almejam, em sua essência, a efetividade da tutela, em exata realização dos direitos materiais postulados. Assim, a celebração dos referidos acordos processuais, a partir da “[...] participação no processo para a formação da decisão constitui, de forma imediata, uma posição subjetiva inerente aos direitos fundamentais, portanto é ela mesma o exercício de um direito fundamental”,<sup>288</sup> em que o garantismo e a efetividade são postos em “[...] em relação de adequada proporcionalidade.”<sup>289</sup>

A efetividade da tutela está, no mais das vezes, entrelaçada com a tempestividade. Isto porque “[...] é evidente que tutela efetiva não é sinônimo tão-somente de tutela prestada rapidamente: agora, seguramente não é efetiva a tutela a destempo”, conforme assinala Daniel Mitidiero.<sup>290</sup> Contraponto importante é apresentado por Marco Félix Jobim, fundamentando a ideia de que “[...] a efetividade do processo pode ocorrer se não realizada num prazo razoável.”<sup>291</sup> Vinculado ao tema dos negócios processuais, impende afirmar que, analisando o conteúdo deste direito fundamental, bem como a sua exigência e densificação no ordenamento jurídico, percebe-se robusto fundamento a sustentar a utilização das convenções processuais para igualmente alcançar a efetividade. O direito fundamental das partes de ter um processo que seja resolvido em tempo razoável permite e incentiva a utilização das convenções processuais no sentido de reduzir o tempo e até mesmo o custo do processo.

<sup>288</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, v. 2, n. 4, 2004, p. 127.

<sup>289</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, v. 2, n. 4, 2004, p. 127. Sobre o tema, ver também ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 35, p. 57-72, mar. 2008.

<sup>290</sup> Conforme o pensamento de Daniel Mitidiero: “O direito fundamental à tutela jurisdicional implica o reconhecimento da existência de um direito à prestação jurisdicional adequada e efetiva. Adequada no sentido de que esteja atenta às necessidades do direito material posto em causa e à maneira como esse e apresenta em juízo (em suma, ao caso concreto levado ao processo); efetiva, no sentido de que consiga realizá-la específica e concretamente em tempo hábil [...] certo, é evidente que tutela efetiva não é sinônimo tão-somente de tutela prestada rapidamente: agora, seguramente não é efetiva a tutela a destempo.” (MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 92).

<sup>291</sup> “Ora, a efetividade do processo pode ocorrer se não realizada num prazo razoável. Não sendo tempestivo o processo, mas efetivado o direito material do autor, o processo não deixa de ser efetivo, apenas deixando de ser tempestivo.” (JOBIM, Marco Felix. *O direito à razoável duração do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 104).

No pensamento de Marco Jobim, a razoável duração do processo é apresentada como um dever de prestação do Estado, bem como uma “garantia do jurisdicionado”. Nesta direção, “[...] todos que ingressem com um processo no Poder Judiciário têm o direito a ter ele julgado tempestivamente.”<sup>292</sup> As convenções processuais, portanto, também constituem meio de realização deste direito fundamental, a partir da criação de cláusulas contratuais que alteram e customizam o procedimento, bem como direitos e deveres das partes. Tal direito fundamental não exige um processo célere, mas sim efetivado em tempo adequado à natureza do objeto litigioso, observando a complexidade da demanda, com o pleno respeito aos outros direitos fundamentais.<sup>293</sup> A gestão do processo<sup>294</sup> implementada pelos negócios jurídicos processuais, na perspectiva do modelo cooperativo do processo, conforme já referido, conduz para a efetivação do direito fundamental à razoável duração do processo.

O gerenciamento do processo, operado em grande parte pelas convenções processuais, apresenta-se como “[...] instrumento de aceleração processual, com redução de custo, para se tentar atingir a duração razoável.”<sup>295</sup> Correto afirmar que o “[...] tempo é um passivo necessário a qualquer processo que seja apreciado pelo Poder Judiciário”,<sup>296</sup> e nessa perspectiva a celebração de negócios jurídicos processuais pode, em grande parte, administrar este passivo na efetivação do direito fundamental à razoável duração do processo, bem como na realização do direito material exigido. Inafastável compreender que o “contratualismo processual” insere-se no desafio de “[...] outorgar à ordem constitucional e, de modo especial, aos direitos fundamentais nela consagrados sua plena operatividade e eficácia.”<sup>297</sup> Importa ressaltar que a efetividade restará esvaziada se for alcançada a partir da violação dos direitos fundamentais das

<sup>292</sup> JOBIM, Marco Felix. *O direito à razoável duração do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 84.

<sup>293</sup> Neste sentido, coloca Francisco Rosito: “O processo deve demorar exatamente o tempo necessário para atender a sua finalidade de resolver o conflito com justiça, outorgando-se o direito material a quem efetivamente o tem, sem deixar de respeitar o contraditório, a ampla defesa, a igualdade entre as partes e o dever de adequada fundamentação, sob pena de violarmos garantias transcendentais do nosso sistema.” (ROSITO, Francisco. O princípio da duração razoável do processo sob a perspectiva axiológica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 161, a. 33, p. 36, jul. 2008).

<sup>294</sup> Sobre o tema, ver ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

<sup>295</sup> ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 193, p. 167-200, mar. 2011. PDF, p. 5. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017. Neste sentido, ver também DE CRISTOFARO, Marco. Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo. *Rivista di Diritto Processuale*, Roma, n. 2, a. 65, p. 282-305, mar./apr. 2010.

<sup>296</sup> JOBIM, Marco Felix. *O direito à razoável duração do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 112.

<sup>297</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 243.

partes a qualquer custo, impondo-se necessário equilíbrio.<sup>298</sup> De outra banda, a demora na obtenção de resultados práticos pela elevação cega e injustificada da segurança jurídica poderá tornar uma sentença justa em “[...] injusta pelo simples decurso do tempo.”<sup>299</sup>

O tempo do processo, na visão de Cruz e Tucci,<sup>300</sup> passa necessariamente pela análise de três critérios, quais sejam, a complexidade da causa, o comportamento dos litigantes e de seus procuradores e a atuação do órgão jurisdicional. Assim, a razoável duração como direito fundamental, depende diretamente do comportamento dos litigantes e de seus procuradores, estando a visão cooperativa e a possibilidade de realização de negócios jurídicos processuais como instrumental para este desiderato. A redução do tempo do processo e sua vinculação com as convenções processuais é defendida por Antônio do Passo Cabral, apontando a celeridade e a redução de custo como vantagens obtidas pela “[...] flexibilização formal dos procedimentos de maneira convencional”, dado que os “acordos processuais adaptam cada processo às necessidade e objetivos dos litigantes.”<sup>301</sup> Opera-se, assim, necessária adequação do Direito Processual Civil ao tempo na sociedade pós-moderna.<sup>302</sup>

A proibição ou visão restritiva outorgada aos negócios jurídicos processuais poderá atentar, em determinadas situações, contra o direito fundamental à razoável duração do

<sup>298</sup> Este necessário equilíbrio é constante na obra de Barbosa Moreira, citando-se dois artigos importantes do autor, acerca do tema: “Cabe agora uma palavra de advertência para alguns riscos a que está sujeito o pensamento ordenado à efetividade do processo. Consiste o primeiro na tentação de arvorar a efetividade em valor absoluto: nada importaria senão tornar mais efetivo o processo, e nenhum preço seria excessivo para garantir o acesso a tal meta. É esquecer que no direito, como na vida, a suma sabedoria reside em conciliar, tanto quanto possível, solicitações contraditórias, inspiradas em interesses opostos e igualmente valiosos, de forma que as satisfações de um deles não implique o sacrifício total de outro.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da efetividade do processo. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 10, n. 29, p. 77-94, nov. 1983). “Por outro lado, é hora de aceitarmos, com as suas inevitáveis consequências, uma verdade fundamental: a de que jamais se logrará construir um sistema de Justiça que concilie de maneira perfeita a rapidez do funcionamento com a preservação de garantias de que, no presente momento histórico, dificilmente se poderia abrir mão. Alguma concessão sempre se terá de fazer, e é mister boa dose de prudência para buscar o necessário equilíbrio entre valores não raro contrapostos.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Emenda Constitucional 45/2004 e o processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 130, p. 235-248, dez. 2005).

<sup>299</sup> Refere Araken de Assis: “Quanto maior for a tardança na obtenção dos resultados práticos mais se intensifica o inconformismo dos litigantes, transformando a sentença justa, porventura sobreviesse antes, injusta pelo simples decurso do tempo. A tempestividade na entrega da prestação jurisdicional íntegra, por razões econômicas, sociais e psicológicas, a função social do processo civil contemporâneo.” (ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral – fundamentos e distribuição de conflitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. I, p. 482).

<sup>300</sup> TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

<sup>301</sup> CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 203.

<sup>302</sup> Sobre o tema, ver MIELKE, Jaqueline. O tempo na sociedade pós-moderna: a necessidade de adequação do direito processual civil. In: JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix; TELLINI, Denise Estrela (Org.). *Tempestividade e efetividade processual: novos rumos do processo civil brasileiro*. Caxias do Sul: Plenum, 2010.

processo, impondo-se ao “[...] Poder Público em geral e ao Poder Judiciário, em particular, a adoção de medidas destinadas a realizar esse objetivo.”<sup>303</sup>

### **2.3 As dificuldades presentes na formação de negócios jurídicos processuais atípicos por força da necessidade de observância a limites impostos por normas jurídicas de caráter cogente**

Por evidência, não se defende no presente estudo a aplicação absoluta dos negócios jurídicos processuais atípicos, mas sua valorização, elevação e ponderação diante dos direitos fundamentais a serem realizados e das normas jurídicas de caráter cogente inseridas no sistema. Pensar em normas cogentes impõe uma relação direta com o interesse público, a segurança jurídica, o garantismo e a ordem pública. Como já referido, importa em afirmar ser sem fundamento o pensamento de que a norma cogente estaria em posição oposta às convenções processuais atípicas, não sendo admitida a sua harmoniosa convivência. Igualmente equivocado o argumento de que tudo poderá ser convencionado, em absoluta perspectiva privatista do processo. As normas jurídicas de caráter cogente são derivadas da impositividade incondicional do direito, no intuito de manter a ordem social, contendo as irracionalidades humanas e ofertando ambiente de respeitabilidade.<sup>304</sup>

Os acordos processuais, no exercício da autonomia privada, não poderão violar as normas cogentes impositivas e proibitivas que buscam conferir proteção aos valores que fundamentam o Estado e a jurisdição,<sup>305</sup> almejando a tutela do direito na dimensão da

<sup>303</sup> Neste sentido, afirmam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Branco: “O reconhecimento de um direito subjetivo a um processo célere – ou com duração razoável – impõe ao Poder Público em geral e ao Poder Judiciário, em particular, a adoção de medidas destinadas a realizar esse objetivo. Nesse cenário, abre-se um campo institucional destinado ao planejamento, controle e fiscalização de políticas públicas de prestação jurisdicional que dizem respeito à própria legitimidade de intervenções estatais que importem, ao menos potencialmente, lesão ou ameaça a direitos fundamentais.” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 393).

<sup>304</sup> Sobre o tema e o princípio da respeitabilidade das normas cogentes, ver MELLO, Marcos Bernardes de. Sobre o princípio da respeitabilidade das normas jurídicas cogentes e a invalidade dos negócios jurídicos. In: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Véra Jacob de (Org.). *Estudos de direito privado e processual civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 77-97.

<sup>305</sup> Sobre o tema, assim refere Elaine Harzheim Macedo ao analisar o processo no terceiro milênio, veja-se: “Em um modelo de Estado democrático de Direito, toda e qualquer discussão a respeito da jurisdição e do Poder Judiciário passa, necessariamente, pelo filtro da Constituição, que representa o pacto social que rege o povo que a subscreveu. Dizendo de outra forma, a jurisdição deve ser gerada a partir do próprio texto constitucional, guardando harmonia com os princípios fundamentais nele consagrados, porquanto seu papel de administração da justiça no caso concreto só pode ser revelado à luz de tais preceitos. Não é diferente em relação ao paradigma de processo que o sistema acolhe ou deve acolher, na medida em que sendo ele o espaço legítimo onde a

Constituição.<sup>306</sup> O estabelecimento de normas cogentes, por outro lado, deve auxiliar a interpretação dos negócios processuais atípicos admitidos no sistema, diante de correta ponderação acerca dos direitos fundamentais envolvidos e análise do caso concreto.<sup>307</sup>

Possível, assim, extrair-se o valor a ser protegido pela norma cogente e garantir, a partir disto, a sua total realização pelo estabelecimento de negócios jurídicos processuais atípicos. De maneira exemplificativa, tome-se o exemplo da norma jurídica proibitiva inserida no art. 833, inciso IV, do Código de Processo Civil que veda a penhora de verba de natureza salarial. Sob o prisma teleológico, resta preponderante compreender que o legislador busca proteger, com tal proibição, a manutenção e a segurança alimentícia pessoal e familiar do devedor, permitindo, em tese, subsistência digna. Tal conclusão resta corroborada pela inclusão das ressalvas do parágrafo segundo do art. 833 do Código de Processo Civil. Em caso exemplificativo e hipotético, poderíamos considerar que o contratante, futuro devedor, mediante a inserção de cláusulas que versem sobre negócios jurídicos processuais, poderia celebrar com o credor, futuro exequente, a disposição de que 50% do salário do executado pudesse ser penhorável e, em contrapartida, uma joia com profundo valor econômico e sentimental ficasse abrangida pela impenhorabilidade. Com isso, no caso específico, hipoteticamente, o devedor que pudesse ter outra fonte de custeio familiar teria protegido bem com elevado valor econômico e sentimental, protegendo a sua dignidade em sentido amplo, almejada pela norma cogente do rol legal de impenhorabilidades. Aqui o valor protegido pela norma é alcançado pela própria celebração do negócio processual.

Em outra perspectiva, pode-se afirmar que as normas cogentes que estabelecem critérios de competência absoluta não podem ser alteradas por negócios processuais, cristalizando uma clara limitação imposta às convenções processuais. Ainda, pode-se citar, como exemplo, a norma jurídica cogente que estabelece o reexame necessário obrigatório, restando impedido o negócio processual que afaste o duplo grau de jurisdição.<sup>308</sup>

---

jurisdição se realiza, deve qualificar-se por características aptas à concretização do direito e de seu escopo na realização dos fins e fundamentos do Estado, constitucionalmente adotados e assegurados.” (MACEDO, Elaine Harzheim. *Jurisdição e Processo: crítica histórica e perspectivas para o terceiro milênio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2005, p. 278).

<sup>306</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 1, p. 535-536.

<sup>307</sup> Sobre a proporcionalidade, ver ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

<sup>308</sup> Nesta linha de pensamento, afirma Eduardo Talamini: “Por exemplo, nas causas que admitam autocomposição, em regra as partes podem celebrar negócio jurídico prevendo julgamento em um único grau de jurisdição – suprimindo, portanto, o cabimento de apelação. Mas essa modalidade de negócio processual submete-se a um requisito específico: ela não será admissível em causas que se submetem ao duplo grau obrigatório (remessa ou reexame necessário – CPC/2015 (LGL/2015\1656), art. 496).” (TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas

Pelos exemplos traçados, pode-se considerar que a divisão compartilhada de trabalho e maior empoderamento dos litigantes “[...] pode proporcionar ao longo dos próximos anos um maior desenvolvimento desses institutos processuais, a possibilitar um modelo de processo menos cogente e mais democrático.”<sup>309</sup>

#### 2.4 Requisitos estabelecidos em âmbito infraconstitucional com vistas à validade na formação de negócios jurídicos processuais

O negócio jurídico processual, como qualquer outro negócio jurídico de “[...] manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas”,<sup>310</sup> deverá observar o estrito cumprimento dos requisitos de validade previstos legalmente.<sup>311</sup> Analisando de modo específico a formação dos negócios jurídicos processuais, importa em adentrar, inicialmente, na análise de seus requisitos de validade, estabelecendo a correta dialética entre o Código Civil e a previsão do art. 190 do Código de Processo Civil. Os acordos processuais respeitam os requisitos de validade definidos no direito civil, quais sejam: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei. Tais requisitos estabelecidos no art. 104 do Código Civil, sob a influência dos casos de nulidades previstos no art. 166 do mesmo código, devem ser “[...] adaptados e combinados com as exigências formais do direito processual.”<sup>312</sup> A adequada percepção acerca da validade dos negócios processuais impõe submetê-los à necessária correção pela lei material e pela lei processual,<sup>313</sup> máxime porque

---

processuais, arbitragem e ação monitória). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 264, p. 83-107, fev. 2017. PDF, p. 17. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017).

<sup>309</sup> CAMBI, Eduardo; SOUZA, Fernando Machado de. A disponibilidade do interesse público no novo Código de Processo Civil e o princípio da eficiência da administração. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 44, n. 142, p. 137, jun. 2017.

<sup>310</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 233.

<sup>311</sup> Conforme refere Igor Raatz: “O negócio jurídico processual submete-se às regras de validade dos negócios jurídicos em geral, aplicando-se a eles as hipóteses de nulidade do art. 166 do Código Civil.” (RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 253).

<sup>312</sup> CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 269.

<sup>313</sup> Leonardo Greco igualmente aponta a relação de interação do direito material e processual na celebração dos atos de disposição processual: “A meu ver, todo ato do processo, ou seja, todo ato que seja praticado na relação processual, como seu elemento integrante, deve observar a capacidade do sujeito, o conteúdo e a forma prescritos pela própria lei processual. O direito processual tem as suas próprias regras. Ainda que esses atos produzam efeitos de direito material, sua subordinação ao regime processual é inerente à sua natureza processual.” (GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 13, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23657/16714>>. Acesso em: 15 nov. 2017).

tais convenções sobre matéria processual normalmente vêm inseridas em negócios jurídicos de que versam preponderantemente sobre direito material.<sup>314</sup>

#### 2.4.1 O significado de “partes plenamente capazes” referido no art. 190 do Código de Processo Civil

O requisito do agente capaz, importado para a temática específica do negócio jurídico processual, é representado na letra do art. 190 do Código de Processo Civil pela expressão “partes plenamente capazes”.<sup>315</sup> Em primeira análise, pode-se chegar à conclusão de que, consoante dispõe o Código Civil em seus artigos 3º e 4º, o menor de idade não poderia celebrar negócio jurídico processual ou, mais especificamente, um contrato com cláusula que estabeleça um negócio jurídico processual sem estar devidamente representado ou assistido.<sup>316</sup> Assim, estando o menor representado ou assistido, poderia ser válida a celebração do negócio processual, já que estaria validada a capacidade jurídica de direito civil.<sup>317</sup> Não se pode confundir aqui a capacidade jurídica do direito civil com a capacidade de ser parte, esta última mais ampla, podendo responder como autores ou réus “[...] certos organismos ou coletividades

<sup>314</sup> Sobre o tema, afirma Barbosa Moreira: “Doutrina autorizada sugere uma ressalva para as convenções que se celebram em contemplação de processo futuro, geralmente embutidas em negócio jurídico de direito material: essas se subordinariam aos mesmos requisitos atinentes ao negócio a que aderem.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1984, s. 3ª, p. 94).

<sup>315</sup> Barbosa Moreira em 1984 aprofundava o debate acerca dos negócios jurídicos processuais exigirem capacidade civil ou capacidade para ser parte, a saber: “Quanto aos requisitos de validade, avulta a questão, aq eu já se aludiu, da capacidade do agente. Para a celebração válida de convenção sobre matéria processual será necessária a capacidade civil ou bastará a capacidade para ser parte? Ao nosso ver, em princípio deve optar-se pelo segundo termo da alternativa, salvo restrição que decorra de alguma regra jurídica especial. Não parece haver razão, por exemplo, para que se negue ao espólio, ou ao condomínio, que seja parte num processo, a possibilidade de convencionar com o litigante adverso a suspensão do feito, ou o adiamento da audiência de instrução e julgamento.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1984, s. 3ª, p. 94).

<sup>316</sup> AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

<sup>317</sup> Corroborando tal entendimento, Igor Raatz conclui: “Nessa mesma linha, também o incapaz poderá celebrar negócio jurídico processual desde que devidamente representado ou assistido, conforme for o grau de incapacidade.” (RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 8254-255). Neste mesmo sentido, CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 277. Segue ainda o pensamento de Fredie Didier Jr.: “Incapazes não podem celebrar negócios processuais sozinhos. Mas se estiver devidamente representado, não há qualquer impedimento para que o incapaz celebre um negócio processual. De fato, não há sentido em impedir negócio processual celebrado pelo espólio (incapaz processual) ou por um menor, sobretudo quando se sabe que, extrajudicialmente, suprida a incapacidade pela representação, há para esses sujeitos mínimas limitações para a negociação.” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 385).

não personalizadas, tais como as mesas dos corpos legislativos para as ações de mandado de segurança, condomínio, herança jacente, massa falida, consórcios de consumidores etc.”<sup>318</sup> Em nível extrajudicial, o negócio jurídico processual exigiria a capacidade civil, podendo ocorrer representação e assistência. Já para negócios processuais celebrados incidentalmente, necessária a participação do advogado devidamente constituído, como se verá adiante.

Em posição contrária ao entendimento de que a presença do representante ou assistente permitiria a celebração de negócio processual antes do processo, Flávio Yarshell defende que os menores não poderiam celebrar acordos processuais, independentemente da participação ou não do representante ou assistente.<sup>319</sup> Na mesma linha é o entendimento de Alexandre Freitas Câmara, para quem “[...] fica claro pela leitura do dispositivo, que apenas partes capazes podem celebrar negócios processuais, não sendo válida sua celebração por incapazes, ainda que representados ou assistidos.”<sup>320</sup>

Com a devida vênia, a posição não se apresenta como a mais adequada. A interpretação do art. 190 do Código de Processo Civil deverá estar moldada para admitir que menores de idade, representados ou assistidos, possam realizar acordos processuais. A interpretação literal do *caput* do art. 190 do Código de Processo Civil poderá conduzir a uma visão restritiva da autonomia negocial. Assim, a igualdade entre as partes restaria suprida pela participação do representante ou assistente, tornando válido o negócio processual celebrado. Analisando o panorama civil, percebe-se que o incapaz poderia realizar negócios jurídicos no âmbito do direito material, em tese, muito mais relevantes e complexos, desde que representado ou assistido, tal como a aquisição de bens imóveis.<sup>321</sup> Possível assim convencionar por seu representante, por exemplo, pactos que restariam por beneficiar sua posição processual, tais

<sup>318</sup> BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 128.

<sup>319</sup> Assim assenta Flávio Luiz Yarshell: “O negócio processual exige sujeitos ‘plenamente capazes’ (art. 190, caput). Isso exclui a possibilidade de que seja celebrado por absolutamente incapazes – ainda que na pessoa de seus representantes legais – e por relativamente incapazes – mesmo que regularmente assistidos.” (YARSELL, Flávio Luiz. *Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 73).

<sup>320</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Altas, 2017, p. 121.

<sup>321</sup> Sobre o tema, impende esclarecer que o ordenamento civil, a partir da inteligência do art. 1.691 do Código Civil, permite, por exemplo, que os pais representem os menores na aquisição de bens, sendo vedado, entretanto, os atos de alienação de imóveis sem autorização judicial. A aquisição de bens não poderá, por evidência e conforme proibição legal, prospectar em nome do menor obrigações que possam causar-lhe prejuízo, ensejando possível requerimento de nulidade. Sobre o tema, esclarece Milton Paulo de Carvalho Filho: “O legislador também buscou impedir que os pais, na administração dos bens dos filhos, contraíam dívidas e obrigações que possam vir a causar-lhes prejuízo. A restrição não envolve apenas os bens imóveis dos menores e, para assegurar que eles não venham a ser prejudicados, a lei impõe a exigência da prévia autorização judicial.” (CARVALHO FILHO, Milton Paulo. *Comentários aos artigos 1.511 a 1.783 do Código Civil*. In: PELUSO, Cesar (Coord.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Manole, 2013, p. 1.919).

como facilitação da produção da prova ou eleição de foro competente. Tal argumento é reforçado pela percepção de que até mesmo entes despersonalizados, desde que adequadamente representados, podem celebrar, no curso do processo, negócios jurídicos processuais.<sup>322</sup>

Fredie Didier Jr., ao aprofundar o requisito da capacidade no âmbito do contratualismo processual, refere a chamada capacidade processual negocial, que “[...] pressupõe a capacidade processual, mas não se limita a ela, pois a vulnerabilidade é caso de incapacidade processual negocial.”<sup>323</sup> Assim, a capacidade processual negocial estaria pressupondo a capacidade de ser parte em contexto de ausência de qualquer vulnerabilidade. O conceito de capacidade negocial é apurado por Hans Kelsen, estando afeiçoado a um genuíno poder jurídico na produção de normas jurídicas individuais de escalão inferior.<sup>324</sup>

Ponto igualmente importante na análise da capacidade reside em saber se a capacidade que está inserida no texto do art. 190 do Código de Processo Civil abarca ou não a capacidade postulatória, entendida esta como a aptidão para dirigir requerimentos, privativa do advogado, conforme estabelece o art. 1º da Lei n. 8.906/1994, salvo algumas exceções legais.<sup>325</sup> Como qualquer outro negócio jurídico, a convenção processual não necessita da presença de advogado para que possa ser validamente realizado, impondo-se a conclusão de que, sendo o negócio jurídico anterior ao processo, não seria necessária a presença de advogado. É o caso, por exemplo, do compromisso arbitral ou ainda da própria eleição de foro, negócios processuais tipificados, que prescindem da participação de advogado. Esta é a lição de Barbosa Moreira, afirmando ser “[...] indubitável que, para as convenções celebradas extrajudicialmente, não se

<sup>322</sup> Tal posição aqui é defendida por Antônio do Passo Cabral e Flávio Yarshell, conforme afirma o primeiro: “No processo, admite-se que alguns entes despersonalizados (massa falida, condomínio, espólio, herança jacente), também têm capacidade de ser parte. Se assim é, devem poder firmar acordos processuais, desde que adequadamente representados (art. 12, III, IV, V e IX do CPC/73; art. 75, V, VI, VII e XI do CPC/2015).” (CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 275). A seu turno, Flávio Yarshell, comungando o mesmo entendimento, assim conclui: “O negócio processual pode ser celebrado não apenas pelos que ostentam personalidade civil, mas igualmente pelas entidades que, embora despidas daquela condição, tem aptidão de estar em juízo e, portanto, de ser parte.” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 63-80, p. 75). Neste último ponto, recorde-se que, no pensamento de Flávio Yarshell, não haveria possibilidade de um menor de idade celebrar negócio processual, ainda que representado ou assistido.

<sup>323</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 385.

<sup>324</sup> Aprofunda Kelsen: “A capacidade negocial é uma capacidade conferida pela ordem jurídica aos indivíduos para, com base nas normas jurídicas gerais produzidas por via legislativa ou consuetudinária produzirem normas jurídicas de escalão inferior e intervirem na produção das normas jurídicas individuais a produzir pelo tribunal. Ela constitui um autêntico poder jurídico.” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 104).

<sup>325</sup> Ao enfrentar o *ius postulandi*, assim aprofunda Ovídio Baptista da Silva: “Além da capacidade de ser parte e da plena capacidade processual, nossa lei processual civil veda que os interessados realizem pessoalmente os atos processuais e requeiram, em juízo, sem a assistência de uma pessoa especializada e legalmente habilitada, dotada do chamado *ius postulandi*.” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 129).

exige a capacidade postulacional, de modo que as partes podem agir por si mesmas, sem mediação de advogado.”<sup>326</sup> Neste sentido, não sendo necessária a presença para os negócios típicos, tampouco seria exigida para os negócios processuais atípicos, realizados, muitas vezes, com o intuito de evitar o processo futuro.<sup>327</sup> Importa ressaltar, ainda, que a ausência de advogado não tornaria o negócio processual inválido, mas referida abstenção poderia sustentar um indício de vulnerabilidade, a depender da complexidade da situação processual que está sendo avençada, em hipótese de presunção relativa de vulnerabilidade.<sup>328</sup>

Situação diversa ocorre quando o processo está em curso e um negócio processual é realizado. Como no trâmite processual são realizados atos de cunho postulatórios, privativos de advogado, nestas convenções firmadas incidentalmente, portanto, haveria necessidade da presença de advogado.<sup>329</sup>

Analisando, portanto, o aspecto subjetivo e internalizando-o na dimensão dos acordos processuais, percebe-se que esta capacidade é convidativa para a análise do campo da legitimidade na realização dos negócios jurídicos processuais. Isto porque, mesmo sendo a parte plenamente capaz pela lei civil, não poderá, exemplificativamente, celebrar negócio processual que acabe alterando situação processual de terceiro. O apropriado exemplo é apresentado por Antônio do Passo Cabral, ao afirmar que não poderia ter validade um negócio processual que afaste a intervenção do Ministério Público.<sup>330</sup> Aqui não se trata apenas de adentrar no exame dos limites da norma cogente, mas das partes disporem sobre os “seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”, conforme dita o art. 190 do Código de Processo Civil. Leonardo Greco afirma que estes limites entre os poderes do juiz e a autonomia das partes estão diretamente

<sup>326</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1984, s. 3ª, p. 88.

<sup>327</sup> Assim assevera Flávio Luiz Yarshell: “Assim ocorre porque, como não se trata da prática de ato processual, não vigora a existência de capacidade postulatória. Essa mais restritamente diz respeito à aptidão de apresentar manifestações e pleitos em juízo. O fato de o negócio ter por objeto atos que integram o procedimento e posições jurídicas que compõem a relação processual não é suficiente para tornar obrigatória a presença do advogado no ato de celebração do negócio. Para que isso ocorra seria indispensável previsão legal expressa, tal como ocorre no caso de atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas, conforme previsão do § 2º do art. 1º da Lei 8906/94 (Estatuto da Advocacia), que, além de expresse, comina taxativamente a sanção de invalidade.” (YARSELL, Flávio Luiz. *Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 77).

<sup>328</sup> Neste sentido é o Enunciado 18 do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis: “Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica.” (VII ENCONTRO DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CÍVILS. São Paulo, 18-20 mar. de 2016).

<sup>329</sup> CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, especialmente p. 279.

<sup>330</sup> CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 270. Sobre o tema, foi veiculado enunciado n. 254 do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis: “É inválida a convenção para excluir a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica.” (VII ENCONTRO DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CÍVILS. São Paulo, 18-20 mar. de 2016).

vinculados “[...] à preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito”,<sup>331</sup> exigindo-se necessário e adequado equilíbrio, conforme já fundamentado. Desta forma, a denominada cláusula geral de negociação processual admite a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, dispondo os contratantes sobre os “seus” ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, estando, de regra, limitada a disposição sobre poderes que não lhe pertencem.<sup>332</sup>

Nesta toada, possível a disposição sobre a questão de fundo litigiosa, sobre poderes e deveres processuais dos contratantes, não podendo, de regra, invadir poderes e deveres alheios, próprios e exclusivos da autoridade judicial, surgindo a exata necessidade de análise em cada caso concreto.<sup>333</sup> Tais atributos do Estado-juíz serão analisados no terceiro capítulo, na perspectiva de situações aplicadas ao processo de execução, conforme o escopo do presente trabalho. Sobre as situações intermediárias e duvidosas, bem como acerca da fixação de espaços determinados das partes e do juiz, o processualista espanhol Niceto Alcalá-Zamora y Castillo assim manifesta-se:

Cuando la facultad de disposición de las partes, en vez de ejercitarse respecto de la cuestión litigiosa o de fondo – en cuyo caso se trataría de parte juzgadora – transcende al desarrollo de proceso y sirve, verbigracia, para alterar el régimen de la competencia o para cambiar la marcha del procedimiento, con derogación de principio de formalismo y de la noción de orden público que sobre las normas procesales se proyectan, entonces habremos de considerar tales mutaciones, sean obra de una sola de las partes o de ambas, como incursiones de éstas por los dominios del juzgador, lícitas desde el momento en que las consiente la ley, pero que no por ello se detienen ante su estricta cualidad de sujetos que piden, sino que los impulsan hasta erigirlas en sujetos que deciden.<sup>334</sup>

<sup>331</sup> GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 10, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23657/16714>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

<sup>332</sup> Assim assevera Alexandre Freitas Câmara: “Têm as partes, então, autorização da lei para dispor sobre suas próprias posições processuais, não podendo o negócio alcançar as posições processuais do juiz. Assim, por exemplo, é lícito celebrar negócio processual que retire das partes a faculdade de recorrer (pacto de não recorrer), mas não é lícito às partes proibir o juiz de controlar de ofício o valor dado à causa nos casos em que este seja estabelecido por um critério prefixado em lei (art. 292).” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Altas, 2017, p. 122).

<sup>333</sup> Sobre o tema, em 2017, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados, no Seminário “O Poder Judiciário e Novo Código de Processo Civil”, aprovou o Enunciado 62 que assim dispõe: “A regra do art. 190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que: a) limitem seus poderes de instrução ou de sanção à litigância ímproba; b) subtraiam do Estado/juíz o controle da legitimidade das partes ou do ingresso de amicus curiae; c) introduzam novas hipóteses de recorribilidade, de rescisória ou de sustentação oral não previstas em lei; d) estipulem o julgamento do conflito com base em lei diversa da nacional vigente; e e) estabeleçam prioridade de julgamento não prevista em lei.” (ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS. **Seminário “O Poder Judiciário e Novo Código de Processo Civil”**. 16-28 ago. de 2015. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2017).

<sup>334</sup> ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y dudosas. In: *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*. Padova: CEDAM, 1958, v. 2, p.1-78.

Desta feita, em ambiente pautado pelas disposições que legalmente autorizam a infiltração das partes nas áreas reservadas ao julgador, seria justificável que determinados negócios processuais, reconhecidos os seus exatos limites, possam versar sobre prazos, efeitos suspensivos, matéria probatória, entre outros.<sup>335</sup>

Acrescido ao requisito da capacidade, pode-se afirmar que os sujeitos devem exercer consentimento livre e informado no momento da contratação, não impregnados de qualquer vício de consentimento que poderia desembocar em invalidação dos acordos processuais, especificamente em anulabilidade. Neste horizonte, Antônio do Passo Cabral afirma que a constatação do erro, dolo e coação “[...] são os principais defeitos do consentimento que podem justificar a nulidade do acordo processual.”<sup>336</sup> Neste ponto, merece reparos tal conclusão. Isto porque, adotando um sistema híbrido ou misto de nulidades para os negócios jurídicos processuais, em correlação entre a lei material e a lei processual, referidos vícios do consentimento acarretariam tecnicamente na “anulação” dos negócios, conforme estabelece o art. 177 e seguintes do Código de Processo Civil em vez de sua nulidade. O parágrafo único do art. 190 do Código de Processo Civil, ao atribuir análise de ofício pelo juiz acerca da aplicação e existência de nulidade no intuito de recusar aplicação às convenções processuais, não compreende casos de anulabilidade, que deverão, de regra, ser atacados por ação autônoma, conforme será aprofundado no próximo item.

#### 2.4.2 A licitude do objeto negocial

Enfrentado o requisito do agente capaz, o art. 104, inciso II, do Código Civil, estabelece como requisito para a validade do negócio jurídico o objeto lícito, possível, determinado ou determinável. A toda evidência, em uma convenção processual o objeto deverá ser lícito, tal qual a exigência para o negócio jurídico privado. Sem embargo, na relação direta com a cláusula geral de negociação processual inserta no art. 190 do Código de Processo Civil, pode-se estabelecer certa ligação da previsão de objeto lícito com a negociação acerca de mudanças procedimentais e convenções sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais,

<sup>335</sup> Sobre o tema, ver GODINHO, Robson. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 407-417. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 1).

<sup>336</sup> CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 285.

desde que o direito versado admita autocomposição. Impende aduzir que mesmo os direitos indisponíveis podem estar afetos à autocomposição, tal como ocorre nos direitos coletivos. Correta nesta linha a redação do art. 190 do Código de Processo Civil, pois “[...] não obstante a indisponibilidade do direito material, há aspectos que admitem autocomposição, como se dará em matéria de alimentos, por exemplo”,<sup>337</sup> sendo admissíveis, nestas situações, as convenções sobre matéria processual. Precário o argumento pautado no critério da indisponibilidade do direito material como fundamento para a não aceitação dos negócios processuais, haja vista que mesmo nestes casos seria admissível, por exemplo, a convenção de foro, a distribuição do ônus da prova, a dilação de prazos, desde que não causassem prejuízos e conferissem benefícios processuais mútuos.<sup>338</sup>

Pode-se afirmar *ab initio* que o modelo de negociação processual atípica poderia ocorrer apenas no universo dos direitos que admitam autocomposição, bem como para regular ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, conforme os exatos termos legais. Na definição da licitude do objeto do negócio processual, a convenção processual não poderá servir para afastar regra processual necessária e obrigatória, tal como um acordo que estabeleça segredo de justiça ou ainda que afaste a intimação obrigatória do Ministério Público.<sup>339</sup>

Neste mesmo horizonte acerca da licitude do objeto do negócio processual, sendo taxativo rol e matéria disposta na lei processual, não caberia negociação processual sobre esta, tal como a criação de um recurso processual não existente ou ainda a inserção de novas hipóteses de cabimento aos recursos já previstos no ordenamento processual.<sup>340</sup> De igual forma, inadequado e insustentável um negócio processual que busque afastar determinada legislação do ambiente de cognição do juiz, bem como autorizar o uso de língua estrangeira nos atos processuais, como também repelir a exigência do dever de fundamentação das decisões.<sup>341</sup>

<sup>337</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Altas, 2017, p. 121.

<sup>338</sup> CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 298 et seq. Finalizando, Antônio do Passo Cabral concluiu: “Atos de disposição processual não podem atingir efeitos proibidos no direito material. A disposição de direitos processuais não pode, v.g., implicar indiretamente em renúncia a direitos materiais irrenunciáveis.” (CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 299).

<sup>339</sup> Os exemplos são traçados por Fredie Didier Jr., que assim leciona: “Não se admite negócio processual que tenha por objeto afastar regra processual que sirva à proteção de direito indisponível. Trata-se de negócios processuais celebrados em ambiente propício, mas com objeto ilícito, porque relativo ao afastamento de alguma regra processual cogente, criada para a proteção de alguma finalidade pública. É ilícito, por exemplo, negócio processual para afastar a intimação obrigatória do Ministério Público, nos casos em que a lei reputa obrigatória (art. 178, CPC).” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 389).

<sup>340</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 389.

<sup>341</sup> Proficiente a lição de Barbosa Moreira sobre a licitude do objeto nas convenções sobre material processual, tecendo comentário ainda na égide do Código Civil de 1916 e do Código de Processo Civil de 1973: “A exigência da licitude e da possibilidade do objeto, expressa no Código Civil (arts. 82 e 145, n. II), deve reputar-se implícita no ordenamento processual. Absurdo supor que este prescindisse de semelhante requisito nos atos

Inválido, igualmente, um negócio processual que afaste “[...] posições jurídicas que sejam inerentes ao modelo processual adotado no Brasil, como se daria, por exemplo, com um negócio processual que dispensasse o contraditório ou a boa-fé.”<sup>342</sup>

Por derradeiro, também no que toca à licitude do objeto, igualmente seria inválido o negócio jurídico processual, impondo-se a sua nulidade, quando celebrado com o vício de simulação, conforme prevê o art. 167 do Código Civil, bem como na hipótese de fraude à lei, nos termos do art. 166, inciso VI, do Código Civil.<sup>343</sup>

Conclui-se assim, diante da complexidade dos casos, que as premissas pautadas na cogência das normas, na existência de ordem pública ou de interesse público, bem como na disponibilidade ou indisponibilidade do direito material, não são por si sós, critérios completos e seguros para apurar a licitude e adequação de determinado negócio processual. Tal intento deverá passar obrigatória e diretamente pela análise concreta dos direitos fundamentais envolvidos em cada acordo processual realizado, conforme será abordado no terceiro capítulo, já na perspectiva do processo executivo.

#### 2.4.3 A liberdade de forma do negócio jurídico processual

Quanto à forma, no negócio processual vigora o princípio da liberdade, não havendo lei específica que exija forma especial para os negócios jurídicos processuais. A própria permissão para a celebração de negócios processuais atípicos, a partir da cláusula geral de negociação processual inserida no art. 190 do Código de Processo Civil, pressupõe a liberdade das formas e a dispensa de uma estrutura rígida na formação dos referidos negócios. Aplica-se aqui o mesmo princípio geral “[...] quer à luz do direito processual, quer do direito civil: a forma é livre, a menos que a lei predetermine.”<sup>344</sup> Tanto da análise do direito civil como do direito

---

das partes, unilaterais ou bilaterais que sejam. Aqui, por consequência afigura-se desnecessário recorrer à distinção acima lembrada: seja como for, ninguém hesitará em repelir a admissibilidade de uma convenção pela qual as partes, exemplificativamente, ajustassem dispensar o juiz da observância do direito positivo e autorizá-lo a decidir por equidade, em caso não previsto em lei (cf. Código de Processo Civil, art. 127), ou acordassem em usar nos atos do processo língua estrangeira (cf. Código de Processo Civil, art. 156), ou ainda combinassem fazer recair a penhora em coisa situada em lugar inacessível.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1984, s. 3<sup>a</sup>, p. 94.

<sup>342</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 121.

<sup>343</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 388.

<sup>344</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1984, s. 3<sup>a</sup>, p. 94.

processual no presente caso, pode-se extrair a preponderância da liberdade das formas. A dispensa da forma para a celebração dos acordos sobre matéria processual acaba por conduzir ao entendimento por parte da doutrina de que tais convenções poderiam ser estipuladas inclusive oralmente,<sup>345</sup> ou ainda, em carta, telegramas e, atualmente, por mensagens eletrônicas,<sup>346</sup> não importando “[...] se a contratação faz-se por meio escrito ou verbal desde que se apresentem com clareza e certeza as emissões de vontade das partes.”<sup>347</sup> Não havendo lei especial que assim exija, a forma é livre, assim como em qualquer outro negócio jurídico que não tenha o requisito da forma.<sup>348</sup>

Ocorre que, a depender do tipo de negócio processual a ser realizado, da necessária proteção das partes contratantes, bem como do objeto do contrato de direito material, a mínima exigência da forma escrita será efetivada, ou por expressa imposição da lei, como no compromisso arbitral, conforme estabelece a Lei n. 9.307/1996, ou ainda pelo imperativo de índole assecuratória e protetiva, como nas hipóteses de contratos de consumo e contratos de adesão, bem como naqueles negócios que possam refletir na eficácia dos direitos fundamentais das partes. É que a forma oral possui as suas naturais limitações, máxime no que guarda relação com as dificuldades de provar o que foi efetivamente negociado. Igualmente, na celebração de um negócio jurídico processual que possa ter como consequência a restrição a um direito fundamental, tal como um acordo de única instância, que toca, portanto, na seara do duplo grau de jurisdição,<sup>349</sup> não haveria, em tese, a obrigatoriedade de instrumento formalmente

<sup>345</sup> A forma oral é defendida por Fredie Didier Jr.: “A consagração da atipicidade da negociação processual liberta a forma com o que o negócio jurídico se apresenta. Assim, é possível negócio processual oral ou escrito, expresso ou tácito, apresentado por documento formado extrajudicialmente ou em mesa de audiência etc. Há, porém, casos excepcionais (foro de eleição e convenção de arbitragem, p. ex.), em que a lei.” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 389). Adentrando na distinção, requisitos e limites dos atos orais e escritos, ver ARAGÃO, Egas Dirceu Moiz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. II, p. 14.

<sup>346</sup> Conforme afirma Antônio do Passo Cabral: “A convenção pode ser inserida no próprio contrato de direito material ou ainda em cartas, telegramas e até, em nosso sentir, e-mails, desde que, nas mensagens eletrônicas, possam ser identificadas e comprovadas a autoria, autenticidade e a integridade do documento. A manifestação de vontade pode ainda ser expressada ‘por referência’, constando de um documento autônomo (ou instrumento anexo) que remeta ao contrato principal (aplicando-se por analogia o art. 4º § 1º da Lei 9.307/96). No estrangeiro, tem sido admitida também a inserção das convenções em contrato social ou estatuto social, pelo qual os sócios e acionistas se comprometem, em caso de processo judicial, a observarem os acordos ali estipulados.” (CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 288).

<sup>347</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das convenções processuais no processo civil*. 2014. 237 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 127.

<sup>348</sup> Pontes de Miranda aprofunda a informalidade do negócio jurídico: “Só a lei pode determinar que se observe, necessariamente, alguma forma. Se isso não ocorre, pode o negócio jurídico concluir-se oralmente, frente a frente, ou pelo telefone, ou por meio de gestos, ou qualquer outra espécie de expressão.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. XXXVIII, p. 106).

<sup>349</sup> A preocupação com a densificação do duplo grau de jurisdição e sua fundamentalidade é vista em REICHELDT, Luis Alberto. *Sistemática recursal, direito ao processo justo e o novo Código de Processo Civil: os desafios*

estabelecido, a não ser para sua utilização como meio de prova em futuro e eventual descumprimento. Certamente em eventual e futura contenda, caso um dos contratantes venha a recorrer, dificilmente o outro conseguirá fazer valer o negócio processual invocado, dada a sua fragilidade formal, frente ao direito fundamental que então se quer ver exercido. Não se confunda aqui, neste viés, a validade do acordo com os meios para sua comprovação, restando estes últimos prejudicados caso a forma oral não seja registrada.

## **2.5 A possibilidade de controle quanto à validade dos negócios jurídicos processuais nos termos do parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015**

O controle da validade dos negócios processuais, além de estar ligado diretamente aos requisitos de validade inseridos no art. 104 do Código Civil, anteriormente pormenorizados, envolve critérios outros estabelecidos pelo parágrafo único do art. 190 do Código de Processo Civil, bem como pela correta aplicação da teoria das invalidades dos atos processuais. Isto porque, sejam os negócios processuais firmados de maneira pré-processual ou ainda incidentalmente ao litígio instaurado judicialmente, quando levados à cabo no processo, sofrem a incidência da sistemática das invalidades processuais. A vertente de análise aqui deve compreender uma atuação do juiz voltada para a proteção das partes e dos correlatos direitos fundamentais que estão sendo exercidos no processo e veiculados pelo negócio processual. Afasta-se um poder diretivo e decisório do julgador que importe na completa redução da liberdade e da autonomia das partes, em um indesejável retorno ao hiperpublicismo processual. Nas palavras de Luis Alberto Reichelt, a atuação do magistrado de ofício não poderá implicar no sufocamento do “[...] âmbito de liberdade de disposição de direitos própria das partes. Ao contrário, a presença ativa do julgador contribui para que essa mesma liberdade seja exercida de modo a revelar uma manifestação efetiva de respeito ao ordenamento jurídico.”<sup>350</sup>

---

deixados pelo legislador ao intérprete. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 244, p. 24-28, jun. 2015. Ainda sobre o tema, ver ainda KUKINA, Sérgio Luiz. O duplo grau de jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 109, p. 97-112, jan./mar. 2003. Parte da doutrina, por sua vez, defende não ter o duplo grau verdadeiramente estatura constitucional. Neste sentido, pode ser encontrado em LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 17-18.

<sup>350</sup> REICHELT, Luis Alberto. O sistema de direitos fundamentais processuais densificado pelo Novo CPC e a necessária superação da Súmula 381 do STJ. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 110, p. 459-472, mar./abr. 2017. PDF, p. 4. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

Observe-se que, conforme determina o parágrafo único do art. 190 do Código de Processo Civil, o juiz, de ofício ou a requerimento, controlará a validade das convenções realizadas, 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.

Inicialmente, importa considerar que, ao atribuir análise de ofício pelo juiz acerca da aplicação e existência de nulidade no intuito de recusar aplicação às convenções processuais, o dispositivo não compreende casos de anulabilidade do negócio, que deverão ser atacados por ação autônoma e não incidentalmente. Incidentalmente, portanto, o julgador poderia negar aplicação ao negócio jurídico nas hipóteses de nulidade, conforme hipóteses previstas no art. 104, 166 e 167 do Código Civil. Ainda que seja de complexa apuração em alguns casos, como na simulação (art. 167 do Código Civil) ou na hipótese de negócio realizado no intuito de fraudar lei imperativa (art. 166, inciso VI, do Código Civil), necessária a análise incidental, bem como a negativa de aplicabilidade, dada a gravidade da mácula que implica na nulidade do negócio processual existente.

O argumento acerca da necessidade de demanda própria e autônoma em vez de incidental somente para os casos de anulabilidade é justificável por dois elementos: a uma, por expressa disposição legal, já que o art. 190, parágrafo único, permite o controle incidental de ofício ou a requerimento, “somente” nos caso de nulidade; a duas, porque eventual alegação de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores demandaria a ampliação da cognição do juiz e do tema probatório, o que tornaria incompatível com a resolução da controvérsia de direito material submetida à juízo.

Feitas estas considerações, para a correta análise do parágrafo único do art. 190 do Código de Processo Civil, necessário aprofundar alguns elementos, quais sejam: a validade dos negócios jurídicos,<sup>351</sup> a teoria das invalidades, a abusividade nos contratos de adesão e a manifesta situação de vulnerabilidade. Fora destes casos, *a priori*, não haveria justificativa para que o julgador pudesse negar a aplicabilidade aos negócios sobre matéria processual. Tal

---

<sup>351</sup> Na lição de Zeno Veloso: “Não devem ser confundidas inexistência e invalidade. O inválido existe. Representa algo que entrou no mundo jurídico, que é, embora não valha ou não possa valer. Posto que existente, foi construído com afronta a alguma norma jurídica, portanto, entrou com deficiência ou insuficiência no mundo jurídico, o que o torna nulo ou anulável. Não existir não é o mesmo que não-valer. O negócio jurídico nulo não vale porque é deficiente, defeituoso, carente, falto, imperfeito, ou outro sinônimo que se queira usar. Mas é existente. Existe, mas é inválido. Apresentou elementos materiais suficiente para seu ingresso no mundo jurídico, mas eivado de vícios na sua formação, deixando de atender a algum ou alguns requisitos essenciais, do ponto de vista jurídico, para que fosse considerado válido.” (VELOSO, Zeno. *Invalidade do negócio jurídico: nulidade e anulabilidade de acordo com o novo Código Civil brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 24).

conclusão é construída a partir do termo “somente”, utilizado pelo parágrafo único do art. 190 do Código de Processo Civil, impondo-se visão restritiva da nulidade e ampliativa acerca do aproveitamento dos negócios processuais como verdadeiros marcos da autonomia da vontade, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, como visto no capítulo primeiro.

A análise aqui elaborada tem como escopo apenas os negócios jurídicos processuais efetivamente levados para o processo, sejam os de natureza pré-processual que posterior e efetivamente são levados para uma demanda, sejam os realizados incidentalmente, durante a tramitação da ação. Tal cisão decorre do fato de que o parágrafo único do art. 190 do Código de Processo Civil, ao tratar da nulidade, insere esta apenas quando o juiz “recusa aplicação” à convenção sobre matéria processual, distinguindo-se daqueles negócios processuais que estão insertos em um contrato e sequer foram levados ao Poder Judiciário. A estes últimos negócios processuais, em tese nulos, discutir-se-ia a possibilidade apenas de uma excepcional ação autônoma de invalidação, oposto ao que busca regular o parágrafo único do art. 190 do Código de Processo Civil.<sup>352</sup>

### *2.5.1 O plano da validade dos negócios jurídicos na ordem civil*

Como primeiro elemento, a validade dos negócios jurídicos na ordem civil, bem como a sua aplicação nas convenções processuais foi detalhada no item anterior, tratando da capacidade, da licitude do objeto e da liberdade da forma. No que guarda relação com a licitude do objeto, reitera-se a necessária análise dos direitos fundamentais envolvidos na negociação processual, superando o argumento simplista de proibição no âmbito das normas cogentes, da prevalência do interesse público e da indisponibilidade do direito material, conforme visto no item anterior.

---

<sup>352</sup> Sobre o tema, ponderada a posição de Flávio Yarshell, ao reconhecer a falta de interesse processual para demandas que exclusivamente busquem a declaração de nulidade de um negócio jurídico processual: “Nesse particular, ao menos como regra, não haverá interesse processual para demanda cujo objeto seja exclusivamente a declaração de nulidade – total ou parcial – do negócio. Compete à parte – seja autora ou ré – alegar a nulidade de forma incidental, submetendo ao juiz da causa, que é funcionalmente competente – com exclusão de qualquer outro – para determinar se e quais as regras processuais a reger a respectiva atividade. Não há utilidade para invalidação autônoma, inclusive sob a ótica estatal. De demanda autônoma só se poderá excepcionalmente considerar se a cognição necessária para apuração do vício – por exemplo, no caso de simulação – exigir processo cujo objeto seja exclusivamente a apuração da nulidade.” (YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 77).

Assinale-se que, mesmo um negócio jurídico inválido, este tecnicamente existe. Somente será inválido porque existe. Diferencia-se, assim, o plano da existência e o plano da validade. Por sua vez, a consequência da validade, normalmente, é sua eficácia. Necessário, assim, vislumbrar o negócio jurídico na perspectiva dos diferentes planos da existência, validade e eficácia. Isto porque “[...] existir, valer e ser eficaz são conceitos tão inconfundíveis que o fato jurídico pode ser, valer e não ser eficaz, ou ser, não valer e ser eficaz.”<sup>353</sup> Dita diferenciação resta por ser relevante na análise da nulidade do negócio jurídico e de sua prospecção no âmbito processual. Deste modo, a inexistência do negócio jurídico sequer implicaria a sua nulidade, que somente seria arguida na hipótese de negócio existente, dado que “[...] a valoração de um negócio como nulo ou anulável pressupõe, pelo menos, que o negócio exista, isto é, que se verifiquem os elementos correspondentes ao seu tipo, sem embargo de ocorrer, nesses elementos, alguma anormalidade.”<sup>354</sup>

O plano da validade, portanto, é que guarda relação direta com teoria das nulidades. Ou seja, negócio jurídico processual inválido inserido no processo avoca a utilização da teoria das nulidades processuais. Pontes de Miranda, com propriedade, relaciona o conceito de nulidade e as propriedades do ato jurídico nulo no ordenamento civil, embora não trate aqui das nulidades no processo, mas apenas destas no ordenamento civil a saber:

O conceito de nulidade não coincide, já vimos, com o de inexistência. Tanto assim que é possível, nos casos concretos, tirar-se algo do nulo, o que se não conceberia, se nulo e inexistente fossem o mesmo. Nulo não alude a não-ser, mas apenas a não valer. Os negócios jurídicos nulos e os atos jurídicos *stricto sensu* nulos são os que foram criados com vício grave; tal que: a) são insanáveis as suas invalidez e irratificáveis, tanto que confirmação deles, a rigor, não há, há firmação nova, *ex nunc*, e de modo nenhum confirmação; b) qualquer interessado, e não só o figurante, pode alegar e fazer serm pronunciada a nulidade, dita, então, deficiência absoluta; c) o juiz, encontrando-as, ainda se não argüidas, pode decretá-las; d) para suscitar o pronunciamento judicial sobre elas não precisa o interessado de propor demanda (ação ordinária, ou não), e até *incidenter* é suscetível; e) não corre prescrição da pretensão à decretação da nulidade; f) é sem efeito.<sup>355</sup>

Ocorre que nem todos os efeitos arrolados acima serão necessariamente aplicados na hipótese de nulidade do negócio jurídico processual, isto porque se aplica um regime misto, com incidência das regras civis que tratam das nulidades, entretanto, “[...] sob a específica ótica

<sup>353</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. IV, p. 15.

<sup>354</sup> MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 617.

<sup>355</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. IV, p. 20-21.

das regras de natureza processual.”<sup>356</sup> No processo civil, o sistema de invalidades adota a teoria do aproveitamento máximo dos atos processuais, passando as invalidades e o afastamento dos atos pela efetiva verificação do prejuízo, isto porque “[...] o sistema de invalidades processuais é construído para que não haja invalidades”,<sup>357</sup> sendo tal decretação algo pernicioso ao processo. A teoria das invalidades ou nulidades processuais será mais bem aprofundada e aplicada ao final do presente item.

### 2.5.2 A vulnerabilidade da parte na formação dos negócios jurídicos processuais

Nesta segunda etapa, passa-se a analisar a hipótese da manifesta situação vulnerabilidade de uma parte, inserida expressamente no parágrafo único do art. 190 do Código de Processo Civil como causa de invalidade e recusa de aplicação pelo juiz do negócio jurídico processual celebrado.

Fredie Didier Jr. afirma ser a vulnerabilidade hipótese de “incapacidade processual negocial”, o que levaria à nulidade da convenção, pois, no momento da celebração, é constatado “[...] desequilíbrio entre os sujeitos na relação jurídica, fazendo com que a negociação não se aperfeiçoe em igualdades de condições.”<sup>358</sup> Na mesma linha, Igor Raatz estabelece estreita ligação entre a vulnerabilidade e a incapacidade, ao afirmar que “[...] importante caso de incapacidade negocial é o da manifesta vulnerabilidade.”<sup>359</sup> Leonardo Greco, adentrando no tema dos limites da autonomia das partes frente ao poderes do juiz, afirma que a definição de tais áreas passa necessariamente pelo “[...] respeito ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas, para que uma delas, em razão de atos de disposição seus ou de seu adversário, não se

---

<sup>356</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 76.

<sup>357</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 401.

<sup>358</sup> DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 386.

<sup>359</sup> RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 255. Assim continua o mesmo autor nas páginas: “Tem-se, com isso, que a tutela da parte vulnerável no processo civil é uma imposição direta do princípio da igualdade, o qual tem assento no art. 5º da CF e é consagrado no art. 7º do Novo CPC.” (RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 255 e 256).

beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de ação e de defesa.”<sup>360</sup>

Neste contexto, a manifesta vulnerabilidade geraria assimetria entre as partes, sendo necessária a exata equalização a partir do repúdio à uma negociação processual pernicioso à isonomia. Trata-se da específica aplicação do direito fundamental à igualdade processual, observado na perspectiva interna do negócio jurídico, mas sobretudo refletido nas posições, poderes e deveres processuais. Por esta disposição do parágrafo único do art. 190 do Código de Processo Civil, o direito fundamental à igualdade é analisado não apenas em um ambiente abstrato, mas no contexto da dinâmica processual, garantindo-se equivalência de poderes e deveres processuais entre as partes. Eleva-se aqui o modelo cooperativo e a divisão coordenada de tarefas, vislumbrando-se, na igualdade, “[...] um feixe de direitos das partes em face do juiz e, ainda, de direitos que consagram exigências imponíveis inclusive ao próprio legislador quando do exercício da tarefa de regulamentação da atividade processual.”<sup>361</sup> A análise da dinâmica processual, bem como do caso concreto conduzirá ao correto exame da necessidade de equilíbrio no processo, isto porque “[...] a igualdade supõe uma comparação, um contexto, uma identificação no caso”, conforme asseveram Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem.<sup>362</sup>

Por fim, a análise do desequilíbrio processual e a elevação da igualdade não poderá ter como premissa o prejuízo ou insucesso do negócio processual para uma das partes, mas o momento da celebração dos negócios processuais. Caso um contratante tenha escolhido uma estratégia processual, a partir da celebração de uma convenção processual, que ao fim e ao cabo não tenha lhe conferido nenhuma vantagem processual, ou pelo contrário, tenha reduzido seus poderes processuais, prejudicando seu desempenho nas posições processuais, isto não implicará necessariamente em ofensa ao direito fundamental da igualdade e tampouco indício de vulnerabilidade. Exemplificativamente, a se supor válido um negócio processual que preveja a ausência de efeito suspensivo a um recurso, ou ainda aos embargos à execução (mesmo que cumpridos os seus requisitos legais), não poderá a parte sucumbente ou devedora alegar sua vulnerabilidade e quebra da igualdade. Trata-se, no caso, tão somente do insucesso de uma opção processual que, no momento da celebração, se revelou vantajosa, dada a possibilidade de

---

<sup>360</sup> GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 10, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23657/16714>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

<sup>361</sup> REICHELTE, Luis Alberto. O conteúdo do direito à igualdade das partes no direito processual civil em perspectiva argumentativa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 210, p. 13-40, ago. 2012. PDF, p. 15-16. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

<sup>362</sup> MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 114.

vitória na causa, mas que em seu desfecho veio em detrimento aos interesses do contratante, ora parte sucumbente/devedora. Havendo a prévia compreensão do risco, não há que se falar em afronta à igualdade e qualquer modalidade de vulnerabilidade.<sup>363</sup>

A partir da proteção e efetivação do direito fundamental à igualdade processual,<sup>364</sup> promove-se o equilíbrio processual e o pleno exercício do contraditório, este último inserido em uma dimensão substancial, tendo como consequência a obtenção de uma decisão justa, como resultado desejável da densificação do direito fundamental ao processo justo.<sup>365</sup>

Considerando, portanto, que decretar a nulidade e afastar a aplicação de um negócio jurídico, sob a pauta da vulnerabilidade, conduz também, embora não unicamente, à efetivação do direito fundamental à igualdade, ao que importa agora em considerar critérios seguros para a aferição desta “manifesta vulnerabilidade”, consoante prevê o parágrafo único do art. 190 do Código de Processo Civil. Reconhece-se que a vulnerabilidade poderá surgir não apenas do contraste de ordem econômica, mas igualmente informacional, técnica,<sup>366</sup> cultural, tecnológica,

---

<sup>363</sup> Conforme assevera Rafael Sirangelo de Abreu: “A igualdade que se pretende tutela é aquela no momento do conhecimento dos riscos inerentes ao negócio e da sua lavratura (mas não a igualdade após o insucesso da estratégia traçada). Isso significa que o controle dos negócios processuais deve levar em conta a plena capacidade das partes em exercitar o contraditório, mantendo-se como híidas as manifestações de vontade que derivem de estratégias processuais (ainda que malsucedidas) nas quais se permitiu a compreensão dos riscos. O tão só fato de que tenha resultado um desequilíbrio entre sujeitos processuais em termos de desempenho futuro de suas posições processuais não significa que a manifestação de vontade seja inválida.” (ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 212).

<sup>364</sup> Assim sustentam Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero: “O processo só pode ser considerado justo se as partes dispõem das mesmas oportunidades e dos mesmos meios para dele participar. Vale dizer: se dispõem das mesmas armas. Trata-se de exigência que obviamente se projeta sobre o legislador e sobre o juiz: há dever de estruturação e condução do processo de acordo com o direito à igualdade e à paridade de armas. Como facilmente se percebe, a igualdade, e a paridade de armas nela implicada, constitui pressuposto para efetiva participação das partes no processo e, portanto, é requisito básico para a plena realização do direito ao contraditório.” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 724-725).

<sup>365</sup> Continua Rafael Sirangelo de Abreu: “A igualdade em perspectiva interna ao processo não se refere somente ao livre exercício do direito de ação e defesa, mediante simetria nas posições desempenhadas por cada ator do embate processual, mas à necessidade de que esses disponham de equivalente oportunidades práticas, durante todo o iter procedimental, em matéria de debate probatório, alegações, recursos e demais posições, para que tenham, na prática (e não simplesmente na teoria), iguais possibilidade de obter justiça. A credibilidade do processo como instrumento de resolução de conflitos depende de sua capacidade de oferecer uma perspectiva de equilíbrio a todos os seus participantes, sendo indispensável que os litigantes possam nutrir alguma expectativa de vitória.” (ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 79).

<sup>366</sup> Acerca da vulnerabilidade técnica, já se referiu anteriormente, sendo agora reiterado, o Enunciado 18 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis, que assim estabelece: “Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica.” (VII ENCONTRO DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. São Paulo, 18-20 mar. de 2016).

entre outros.<sup>367</sup> Esta natureza multiforme<sup>368</sup> da vulnerabilidade exige uma atuação atenta e qualificada do julgador<sup>369</sup> e não pautada em critérios apenas abstratos, desvinculados do caso concreto.<sup>370</sup> A toda evidência, isto não afasta as naturais presunções que podem ocorrer, bem como a análise das máximas de experiências observadas a partir daquilo que ordinariamente ocorre.<sup>371</sup>

Claudia Lima Marque e Bruno Miragem, relacionando vulnerabilidade e igualdade, assim apresentam o seu conceito contemporâneo:

Poderíamos afirmar, assim, que a vulnerabilidade é mais um estado da pessoa, um estado inerente de risco ou um sinal de confrontação excessiva de interesses identificado no mercado, é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação. A vulnerabilidade não é, pois, o fundamento das regras de proteção do sujeito mais fraco, é a apenas a ‘explicação’ destas regras ou da que guia e ilumina a aplicação destas normas protetivas e reequilibradoras, à procura do fundamento da Igualdade e da Justiça equitativa.<sup>372</sup>

<sup>367</sup> Sobre o tema, Fernanda Tartuce acentua acerca da vulnerabilidade como a “[...] suscetibilidade do litigante que o impede de praticar os atos processuais em razão de uma limitação pessoal involuntária ensejada por fatores de saúde e/ou de ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional de caráter permanente ou provisório.” (TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 184).

<sup>368</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 320 et seq.

<sup>369</sup> Conforme leciona Leonardo Greco: “Como já acentuei em outro estudo, a igualdade das partes deve ser concreta, e não apenas formal, o que exige um juiz vigilante para suprir, em caráter assistencial, as deficiências defensivas do mais fraco em relação ao mais forte. A posição de dependência de uma parte em relação à outra, a inferioridade econômica em decorrência da pobreza ou da proeminência do Estado, são circunstâncias que criam uma desigualdade concreta a exigir permanente intervenção equalizadora do juiz e a limitar o seu poder de disposição.” (GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 10, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23657/16714>>. Acesso em: 15 nov. 2017).

<sup>370</sup> Igor Raatz assim aprofunda: “É importante deixar claro que a vulnerabilidade deve ser aferida no caso concreto, sendo possível, no máximo, presumi-la, como ocorre com o incapaz, com o consumidor e com o empregado. Ademais, o Novo CPC admite que se recuse a aplicação de negócio jurídico processual em que uma das partes encontre-se em manifesta situação de vulnerabilidade, o que significa dizer que a análise da vulnerabilidade não somente deverá ser aquilatada *in concreto*, mas, também, que deverá pressupor uma situação em que é nítido que uma das partes é suscetível de ser atingida em razão de sua desigualdade frente a outra.” (RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 257).

<sup>371</sup> Luis Alberto Reichelt assim leciona acerca das máximas de experiência: “Trata-se, aqui, de regras obtidas a partir do senso comum, construídas em função da observação de um conjunto de casos ou da aplicação de conhecimentos científicos, as quais permitem ao julgador concluir no sentido de que a prova produzida em relação a um indício autoriza considerar provada a alegação do fato principal.” (REICHELTL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 166-167). Sobre o tema, ver também MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 149; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 55-71; e CAMBI, Eduardo. *A prova cível: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

<sup>372</sup> MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 117.

Em ambiente de pluralismo e relativismo cultural, emerge na visão de Claudia Lima Marques e Bruno Miragem o paradigma da diversidade no direito privado, com a igualdade resumida no ideal do “justo” representado pelos direitos humanos e fundamentais, configurando-se a dignidade da pessoa humana como vetor que vem do direito público e do direito natural, em dimensão protetiva.<sup>373</sup> A tratar da vulnerabilidade, portanto, estão envolvidos os direitos fundamentais à igualdade e à dignidade da pessoa humana. A vulnerabilidade está inserida neste paradigma da diversidade, configurando-se em “[...] quatro tipos de vulnerabilidade: a técnica, a jurídica, a fática e a vulnerabilidade básica dos consumidores”,<sup>374</sup> esta última relativa ao caráter informacional, por isso também chamada de vulnerabilidade informacional vinculado aos consumidores.

Na vulnerabilidade técnica, o contratante, comprador ou tomador de serviços não possuem conhecimentos técnicos específicos sobre o que está adquirindo.<sup>375</sup> Tal vulnerabilidade prospectada no campo das convenções processuais, não demonstra ser de elevada importância, salvo excepcionalmente e hipoteticamente quando, por negócio jurídico processual, dispensasse prova pericial, ignorando o contratante que o objeto do contrato exige obrigatoriamente prova pericial para demonstração de suas efetivas qualidades e funcionalidades.

Na vulnerabilidade jurídica, de grande relevância na negociação processual, pode-se apresentar o caso de uma parte que não tenha conhecimentos técnicos jurídicos e processuais sobre o que está convencendo, ignorando as consequências instrumentais futuras do acordo que está firmando.<sup>376</sup> Aqui ocorreria, inclusive, a presunção de vulnerabilidade na hipótese de ausência de advogado, quando da lavratura do negócio jurídico no âmbito pré-processual.<sup>377</sup> Reitera-se que a ausência de advogado no negócio jurídico processual realizado

---

<sup>373</sup> MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 125 et seq.

<sup>374</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 322.

<sup>375</sup> Conforme afirma Bruno Miragem: “A vulnerabilidade técnica do consumidor se dá em face da hipótese na qual o consumidor não possui conhecimentos especializados sobre o produto ou serviço que adquire ou utiliza em determinada relação de consumo. [...] O que determina a vulnerabilidade, neste caso, é a falta de conhecimentos específicos pelo consumidor e, por outro lado, a presunção ou exigência destes conhecimentos pelo fornecedor.” (MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 123).

<sup>376</sup> Igor Raatz atribui a esta vulnerabilidade a denominação de “vulnerabilidade técnica”. (RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 258).

<sup>377</sup> Sobre o tema, já referido anteriormente, o Enunciado 18 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis: “Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica.” (VII ENCONTRO DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. São Paulo, 18-20 mar. de 2016).

extrajudicialmente não necessariamente torna inválida a convenção sobre matéria processual.<sup>378</sup> No presente estudo, já se afirmou que, sendo o acordo incidental, dentro do processo, estar-se-ia diante de ato postulatório, sendo imprescindível a presença de advogado.

A vulnerabilidade fática, por sua vez, igualmente poderia ser vislumbrada no ambiente dos negócios jurídicos processuais, quando do poder do parceiro contratual, derivado de seu porte econômico ou da essencialidade de seu serviço, naturalmente poderia impor situações processuais mais vantajosas em detrimento da parte menos favorecida. Cláudia Lima Marques afirma que avizinhada a esta vulnerabilidade está a visão processual da vulnerabilidade fática, qual seja, a hipossuficiência econômica que “[...] leva a considerar abusivas as cláusulas de eleição de foro e impor um foro privilegiado”, por exemplo.<sup>379</sup> Normalmente, a vulnerabilidade fática teria o seu nascimento a partir de um negócio inserido em um contrato de adesão, tal qual repudia o parágrafo único do art. 190 do Código de Processo Civil, a partir da inserção abusiva de tal cláusula. Cristiano Heineck Schmitt assenta que, nos contratos de adesão, não haveria propriamente um exercício da liberdade negocial, mas um ato de assentimento, quando a inserção de cláusulas abusivas não ocasiona “[...] a nulidade do negócio por falta ou defeito de algum requisito formal do contrato ligado ao consentimento, mas sim por afronta ao princípio da boa-fé objetiva essencialmente e ao equilíbrio negocial.”<sup>380</sup>

Ao fim ao cabo, embora ocorra a presunção de vulnerabilidade em favor do consumidor, objetivamente não se pode considerar, como regra, a proibição de convenções processuais em contrato de consumo, a depender do caso concreto.

### 2.5.3 As nulidades processuais aplicadas aos negócios jurídicos processuais

Traçadas estas linhas argumentativas, cumpre esclarecer que o negócio jurídico processual, conforme referido anteriormente, poderá ser afastado em virtude de nulidade, aplicando-se, para tanto, o ordenamento civil e o processual civil. As hipóteses que levariam à

<sup>378</sup> Sore o tema, afirma Antônio do Passo: “A par de todas estas considerações, embora não seja necessário sempre, o patrocínio por advogado é recomendável, até para que se assegure que o consentimento seja livre esclarecido, para que exista previsibilidade sobre o vínculo assumido e para neutralizar as desigualdades que se possam verificar quando da formação da avença.” (CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 280).

<sup>379</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 331-332.

<sup>380</sup> SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 82.

invalidação do negócio jurídico processual no âmbito do direito civil foram aprofundadas anteriormente, passando agora a aplicar o sistema de nulidades ou invalidades processuais,<sup>381</sup> conforme necessária correlação entre a lei material e a lei processual. Embora ocorra divergência doutrinária entre os termos “nulidade” e “invalidade” processuais, sendo este último mais abrangente, em termos de depuração terminológica será utilizada a expressão “nulidade”, por apego ao texto do Código de Processo Civil, que assim estabelece nos arts. 276 ao 283, bem como por permitir o parágrafo único do art. 190 do Código de Processo Civil o controle de ofício pelo magistrado, característica específica da nulidade e não da anulabilidade.<sup>382</sup>

O sistema de nulidades processuais adota premissas diferenciadas daquelas utilizadas pelo sistema civil, não podendo este ser simplesmente transplantado para o processo sem qualquer limitação<sup>383</sup> e adaptação, sobretudo na elevação da teoria do aproveitamento máximo dos atos processuais, bem como pelas “barreiras à invalidação”,<sup>384</sup> em especial na efetiva verificação do prejuízo e no princípio da finalidade. Isto porque os princípios específicos das nulidades processuais passam pela economia processual, pela liberdade e instrumentalidade das

<sup>381</sup> Embora ocorra divergência doutrinária entre os termos nulidade e invalidade processuais, sendo este último mais abrangente, em termos de depuração terminológica será utilizada a expressão ‘nulidade’, por apego ao texto do Código de Processo Civil de 2015 que assim estabelece nos arts. 276 ao 283, para designar o sistema geral das invalidades processuais. Deste modo, prefere-se no presente estudo não dividir entre ‘nulidades’ e ‘anulabilidades’, conforme estabelece parte da doutrina. Galeno Lacerda em sua clássica obra ‘Despacho Saneador’ estabelece a diferenciação entre ‘nulidade absoluta’ (ofensa à norma que protege interesse público), ‘nulidade relativa’ (norma desatendida de natureza imperativa, mas que tenha por fim interesse prevalentemente da parte) e ‘simples anulabilidade’ (ofensa à norma que tutele interesse privado de natureza dispositiva).” (LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1990).

<sup>382</sup> Neste sentido, leciona Alexandre Freitas Câmara: “A inobservância de norma processual cogente gera a *nulidade* do ato processual, enquanto o descumprimento de norma processual dispositiva acarreta sua *anulabilidade*. Invalidade, portanto, é uma categoria genérica, composta por duas diferentes espécies, a *nulidade* e a *anulabilidade*. E a principal diferença entre essas duas espécies está no fato de que a nulidade pode – e deve – ser reconhecida de ofício, enquanto a anulabilidade só pode ser reconhecida mediante provocação.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Altas, 2017, p. 146).

<sup>383</sup> Sobre o tema, assim refere Teresa Arruda Alvim Wambier: “Estas regras, apesar de estarem formalmente contidas num diploma legal formado de normas de natureza civil, dizem respeito a todo o direito, como já se disse. Entretanto, pelo fato de integrarem o Código Civil, sua aplicação aos outros ramos de direito não é de todo automática. Nestes artigos contêm-se normas gerais, mas não se pode perder de vista que foram concebidas por civilistas, para o direito civil. Efetivamente ‘por séculos o direito de forma foi confundido com o direito de fundo’, e o processo era classificado no direito privado, como ‘mero capítulo do direito civil’. Assim, cada ramo do direito, aos poucos, historicamente, se foi desgarrando do mais ancião dos direitos. De fato, embora com efeito haja comunhão de origens, a teoria das nulidades elaborada no plano do direito civil não pode ser transplantada para o campo do direito público sem limitações.” (WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 147-150).

<sup>384</sup> ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral – institutos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. II, p. 1.657 et seq.

formas, aproveitamento dos atos<sup>385</sup> e pela teoria da causalidade.<sup>386</sup> Assim, nem toda nulidade do negócio jurídico processual implicará na sua direta decretação e completa ineficácia em razão das regras jurídicas contrárias à decretação. Neste diapasão, invalidar o negócio jurídico é decretar a nulidade de um ato processual, o que implica considerar previamente que “[...] a) a invalidade de um ato não prejudica outros que eventualmente sejam independentes; b) não se reconhece invalidade quando se puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveitaria a decretação daquela;” e por derradeiro, um dos principais critérios “[...] c) aproveitam-se os atos, ainda que desconformes ao modelo legal, desde que não haja prejuízo à defesa de qualquer das partes.”<sup>387</sup>

Observando-se os requisitos do agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei, exigidos pelo ordenamento civil, percebe-se que, mesmo na falta de algum deles, a nulidade poderá não ser decretada, a depender da análise do caso concreto. Tomando-se por base o requisito do agente capaz, observa-se que, mesmo na hipótese de o negócio processual ser firmado por um sujeito incapaz, caso não haja prejuízo a este, a nulidade não será decretada, sobrepondo-se ao vício a tese de que a nulidade pressupõe prejuízo.

Em um exemplo simples, mas ilustrativo, tome-se por base um negócio jurídico processual realizado por um pródigo, sem participação de seu curador, que convencione, além de atos de alienação com a outra parte, a inexistência de efeito suspensivo aos recursos a serem eventualmente interpostos no processo futuro. Haveria pelo ordenamento civil a possibilidade de anulação do negócio jurídico, dada a incidência do art. 171 do Código Civil. Em eventual processo futuro, bem como sendo invocado pelo seu curador o vício apontado, havendo sentença de total procedência em favor dos interesses do pródigo, não havendo qualquer recurso interposto pelas partes, não persistiria o afastamento da cláusula a ser decretado, pela ausência de prejuízo, inclusive com a incidência do art. 282, § 2º, do Código de Processo Civil.

---

<sup>385</sup> A teoria do aproveitamento dos atos é tratada como o problema das invalidades decorrentes por Daniel Mitidiero e Carlos Alberto Alvaro, assim referindo: “A invalidade decorrente concebe o processo com um procedimento em contraditório, constituído de atos ligados entre si por nexos de implicação. Vale dizer: verifica-se a estreita imbricação entre os atos do procedimento, de modo que um acaba por preparar o lugar para o outro, algo como uma relação de causa e efeito, como os elos de uma corrente. Tendo presente essa situação, o legislador se preocupa em salvar da decretação da invalidade tudo o que for possível da atividade desenvolvida, esforçando-se por isolar os elementos do procedimento afetados pelo vício e diminuir sua extensão, como se faz com os focos de epidemia.” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010, v. 1, p. 325-326).

<sup>386</sup> SCARPARO, Eduardo. *As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 24.

<sup>387</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 78.

Não ocorrendo prejuízo, não haverá nulidade, não há nulidade processual a ser decretada diante da inexistência de dano.<sup>388</sup> Importante salientar, entretanto, que, na análise da existência ou não do prejuízo, leva-se em consideração não somente a atuação e repercussão na esfera das partes, mas igualmente o “[...] fundamento valorativo do tipo”,<sup>389</sup> perquirindo-se acerca dos primários objetivos do ato processual e, sobretudo, acerca dos valores que o sustentam.<sup>390</sup> O princípio da finalidade, igualmente aplicável, aplica-se quando, destoando do modelo legal, o ato atingiu seu objetivo e sua finalidade no processo.<sup>391</sup> Isto é justificado pelo fato de que “[...] as regras que dispõem sobre a forma do ato processual não têm um fim em si mesmas”.<sup>392</sup> O critério finalístico então estabelecido busca analisar qual a finalidade do ato processual, qual direito fundamental processual da parte estaria sendo protegido pelo ato realizado em desconformidade com a norma que disciplina a sua produção, ponderando, assim, se mesmo viciado o ato atingiu a proteção ou efetivação de direitos processuais esperada dele.<sup>393</sup> Busca-se o respeito às “[...] diretivas axiológicas constitucionais”<sup>394</sup> que seriam alcançadas a partir da correta interpretação de um justificável formalismo.

<sup>388</sup> Araken de Assis assim leciona: “O princípio do não prejuízo é o que pré-exclui a invalidade do ato viciado inidôneo a provocar danos à parte. Ao contrário do anterior, este princípio ‘há de ser considerado apenas, e necessariamente, *a posteriori*’. E, com efeito somente à luz do caso concreto mostrar-se-á lícito ao juiz aquilatar se ocorreu, ou não, o sacrifício do interesse da parte tutelado na regra infringida.” (ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*: parte geral – institutos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. II, p. 1.659).

<sup>389</sup> SCARPARO, Eduardo. *As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 134.

<sup>390</sup> Nesta linha, afirma Eduardo Scarparo: “A caracterização do prejuízo pode dar-se tanto em face dos objetivos primeiros do ato como para os valores que o sustentam. Faz-se impossível compreender a abrangência do conteúdo do prejuízo sem ter presente as peculiaridades axiológicas que circundam o tipo.” (SCARPARO, Eduardo. *As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 134).

<sup>391</sup> DALL’AGNOL JR., Antônio Janyr. *Invalidades processuais*. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1989.

<sup>392</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. *Revista de Processo*, v. 60, out./dez. 1990, p. 31-43, out./dez. 1990. PDF, p. 1. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

<sup>393</sup> Na linha do princípio da finalidade, segue a lição de Araken de Assis acerca de eventual vício na citação por edital, aplicado ao princípio da finalidade: “A cominação de nulidade avalia, *a priori*, a função para a qual se delineou determinado ato, a exemplo da citação, estimulando o agente a seguir a forma vinculada, advertindo que os desvios ensejarão, de regra, a invalidade. E, embora desgarrado do modelo legal, a exemplo do edital de citação que omitiu o nome do réu, eventualmente o ato produz o efeito programado, chamando o réu a juízo. Assim, apesar de cominada a nulidade (art. 280), e viciado o ato de citação, o vício fica superado. Não há necessidade de repetir o ato. O juiz só pode, embora seja cominada a nulidade, considerar válida e eficaz a citação.” (ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*: parte geral – institutos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. II, p. 1.658).

<sup>394</sup> Assim leciona Carlos Alberto Alvaro: “Formalismo é maior que a simples forma ou que as formalidades, já que engloba não apenas o invólucro do ato, mas a delimitação de poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, a coordenação de sua atividade, a ordenação do procedimento e a organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais, sempre relacionadas com as diretivas axiológicas constitucionais. Por isso, de um lado o formalismo é responsável por dar ordem ao procedimento, e, por outro, atua como garantia de liberdade contra o arbítrio estatal.” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 29).

Inegável reconhecer que, normalmente, o ato que não atinge a sua finalidade causará prejuízo, bem como a importância do binômio prejuízo/finalidade na decretação de nulidade de qualquer espécie.<sup>395</sup> Reconhecida, por exemplo, a vulnerabilidade jurídica da parte no momento da celebração do negócio jurídico, os critérios finalidade e prejuízo passam a operar na atuação do julgador quando da possível da decretação da nulidade daquele ato. Assim, caso eventuais sujeitos de direitos convençam em um contrato uma cláusula que estabeleça a utilização de única instância, renunciando recursos processuais e o duplo grau de jurisdição, sem ter a parte vulnerável juridicamente qualquer entendimento acerca da existência deste seu direito fundamental processual, bem como sem estar assistida por advogado, pode o juiz, no futuro processo, julgar favoravelmente o mérito a favor do vulnerável, sem decretar a nulidade por ausência de prejuízo, inclusive nos termos do que dispõe o parágrafo segundo do art. 282 do Código de Processo Civil. O mesmo se poderia dizer do negócio processual firmado por um vulnerável faticamente que aceita convencionar que, na eventualidade de um processo, será proibida a realização de perícia como meio de prova. A razão que leva o vulnerável faticamente a aceitar tal disposição processual deve-se ao fato que é empresa individual e necessita daquele contrato com um parceiro contratual de elevado valor econômico. A futura discussão acerca da vulnerabilidade fática, bem como da nulidade do negócio processual, resta afastada caso o juiz entenda que o direito do suposto vulnerável ficou comprovado no processo, sendo o caso de julgamento antecipado do mérito, por desnecessidade de produção de provas. Nos dois exemplos tratados, o binômio prejuízo/finalidade constitui legítima barreira a impedir a decretação da nulidade, informando caminho a ser percorrido pelo julgador.

Em fechamento, deve-se ainda alertar que o negócio processual não guarda similitude exata com o instrumento negocial que o veicula. Desta feita, um único instrumento negocial poderá estabelecer dois ou mais negócios processuais típicos ou atípicos. Em eventual declaração de invalidação, a nulidade e o afastamento de um deles não implicará a invalidade de todos, respeitando os independentes, na forma da teoria do aproveitamento dos atos, bem como com fundamentado no próprio ordenamento civil, consoante art. 184 do Código Civil.

---

<sup>395</sup> José Bedaque bem arremata esta conclusão: “[...] não há nulidade absoluta decorrente de mera violação à forma. Ela está sempre relacionada à finalidade do ato e ao prejuízo causado pela não observância da forma, mesmo tratando-se de nulidade cominada.” (BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 440). Sobre o tema, ver também TESHEINER, José Maria Rosa. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

## 2.6 A eficácia imediata dos negócios jurídicos processuais prevista no artigo 200 do Novo Código de Processo Civil

A regra geral de efeitos para os atos processuais impõe que estes tenham efeito jurídico direto e imediato, conforme prevê o art. 200 do Código de Processo Civil. Salvo, portanto, a hipótese de desistência da ação que requer homologação judicial, conforme expressa disposição do parágrafo único do artigo anteriormente referido, os atos das partes irão imediatamente constituir, modificar ou extinguir direitos processuais. Nesta esteira, seria infundado exigir que todos os acordos processuais, todas as convenções sobre matéria processual fossem precedidas de homologação judicial. Calmon de Passos, ao aprofundar o estudo acerca dos negócios jurídicos processuais, ainda na vigência do Código de 1973, em pensamento de excelência ainda influenciado pelo excessivo publicismo processual, coloca em dúvida a existência dos negócios jurídicos processuais, bem como defende que, se existirem, reclamam a homologação judicial, aprofundando necessário debate do então art. 158 que certamente contribuiu para o desenvolvimento da sistemática dos negócios jurídicos processuais.<sup>396</sup>

Admitir que os negócios jurídicos processuais dependam de homologação, à luz da Constituição de 1988 e do atual Código de Processo Civil, não se apresenta como o melhor entendimento, devendo-se considerar a “[...] irradiação imediata de efeitos.”<sup>397</sup> Por evidência que, nas hipóteses previstas legalmente, a homologação judicial resta necessária. Entretanto, na estrutura geral da negociação processual, não haveria a exigência de participação do Estado-

---

<sup>396</sup> Assim refere Calmon de Passos: “Em face da literalidade do art. 158 do Código de Processo Civil somos tentados admiti-los. Dizendo ele que os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais, ressaltando, apenas, em seu parágrafo único, a desistência da ação, sugere a exigência de negócios jurídicos processuais em nosso sistema. Sempre coloquei ressalvas a esse entendimento, porque convencido de inexistirem, em nosso processo civil, declarações de vontade das partes com eficácia imediata no processo, sempre reclamando, para isso, a intermediação do magistrado. De toda e qualquer declaração de vontade das partes é ele destinatário e seu pronunciamento sobre elas é essencial para a produção de efeitos no processo. Daí afirmar que se admitirmos como negócios jurídicos processuais a desistência da ação ou do recurso, a suspensão do processo por acordo das partes etc., serão negócios jurídicos apenas por motivo de relevância que, nessas circunstâncias, se deve dar, necessariamente, à vontade do resultado, sem que se creia, contudo, que as declarações das partes, por sí sós, de logo e de pronto, sejam eficazes para o processo e nele produzam as consequências pretendidas pelos interessados. Estas, para que ocorram, reclamam o pronunciamento judicial, que lhes emprestará o caráter de atos do processo. Sem esse dizer integrativo, consequências de natureza processual são indeduzíveis.” (CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 68-70).

<sup>397</sup> Conforme refere Antônio Dall’Agnol ao comentar o art. 158 do Código de Processo Civil de 1973: “Irradiação ‘imediata’ de efeitos – O dispositivo põe em evidência que os negócios jurídicos processuais (unilaterais ou bilaterais) produzem, de regra, seus efeitos, independentemente de manifestação judicial.” (DALL’AGNOL, Antônio. Do processo de conhecimento, arts. 102 a 242. In: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 2, p. 238).

juiz, não podendo ser considerada condição para a eficácia do negócios processuais. Sobre o efeito jurídico imediato dos atos processuais das partes, assenta Ponte de Miranda que, não tratando o *caput* do art. 158 do Código de Processo Civil de 1973 em homologação, tal condição somente seria exigível nas restritas hipóteses da lei, tal como na desistência da ação, bem como na transação e na renúncia ao direito.<sup>398</sup>

Um dos motivos desta conclusão exposta parte da interpretação literal do art. 200 do Código de Processo Civil, o qual explicita a eficácia imediata dos atos das partes acerca de suas declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, constituindo, modificando ou extinguindo imediatamente direitos processuais, salvo a desistência da ação. Em termos gerais, haveria um entendimento pela taxatividade das hipóteses que retiram o efeito jurídico direto e imediato aos atos das partes, exigindo-se a prévia homologação para que seus efeitos possam ser emanados.<sup>399</sup> Outro motivo pode ser encontrado no necessário respeito ao direito fundamental à liberdade e a autonomia privada, conforme mencionado no início deste capítulo. Assim, exigir homologação para uma convenção sobre matéria processual seria restringir o campo de autonomia reservado à parte, em total ofensa à liberdade negocial, impondo chancela estatal em descompasso com os valores constitucionais. Diogo Assumpção Rezende de Almeida afirma ser o pensamento acerca da necessidade de homologação um “[...] resquício do modelo exclusivamente social, pelo qual os atos das partes só têm sentido se estiverem de acordo com os anseios públicos perseguidos no processo.”<sup>400</sup>

Como se explicaria, por exemplo, a necessária homologação judicial de um negócio jurídico processual estabelecido previamente à demanda em um contrato.<sup>401</sup> Nada impede,

<sup>398</sup> Assim comenta Pontes de Miranda: “Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, a modificação e a extinção dos direitos processuais. Não se falou em homologação. A diferença entre o art. 158 do Código de 1973 e o art. 16 do Código de 1939 é profunda, razão para que se não atenda a jurisprudência anterior a respeito de atos das partes, consistentes em declarações de vontade, unilaterais ou bilaterais, ocorridas a partir de 1ª de janeiro de 1974. Todos independem de homologação, pois o art. 158, parágrafo único, só se reporta à desistência da ação [...] O compromisso e a transação são formas de desistência, bilaterais é certo; mas a lei considera-os separados (arts. 267, VII e XI). A regra jurídica do art. 158 cabe também para o compromisso e a transação, no plano processual (no plano do direito material, as regras jurídicas são as do direito privado).” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Forense, 1974, t. III, p. 73-76.

<sup>399</sup> Outros dois exemplos são arrolados por Antônio do Passo Cabral, quais sejam, a homologação da convenção que escolhe o administrador e disciplina a forma de administração de empresa ou semoventes penhorados, conforme estabelece o art. 862, § 2º do Código de Processo Civil, bem como a homologação da autocomposição no curso do processo com o objetivo de interromper a litispendência, na linha do que preceitua o art. 515, II do Código de Processo Civil (CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 234).

<sup>400</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das convenções processuais no processo civil*. 2014. 237 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014, p. 95-96.

<sup>401</sup> Sobre o tema, podem ser citados dois enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civil: Enunciado 133: “Salvo nos casos expressamente previstos em lei os negócios processuais do art. 190 não dependem de

entretanto, que as partes, ao estabelecerem um negócio jurídico processual, convençionem ser homologação judicial uma condição para a sua eficácia.

---

homologação judicial”; Enunciado 260: “A homologação, pelo juiz, da convenção processual, quando prevista em lei, corresponde a uma condição de eficácia do negócio.” (VII ENCONTRO DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS. São Paulo, 18-20 mar. de 2016.)

### **3 O ESTABELECIMENTO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS ATÍPICOS NO PROCESSO DE EXECUÇÃO: LIMITES E POSSIBILIDADES NA IMPOSIÇÃO DE RESTRIÇÕES A DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PARTES**

O ambiente da negociação processual ganha espaço favorável na perspectiva do processo de execução. Isto porque a fixação de negócios processuais atípicos, fortemente impregnado com carga dispositiva, floresce naquelas situações em que o direito privado e a autonomia de vontade parecem preponderar. No presente capítulo tratar-se-á inicialmente acerca do privatismo e publicismo, já referidos no primeiro capítulo, mas agora resgatados e inseridos no universo do processo executivo. Posteriormente, adentrar-se-á em situações limites nas quais serão analisadas a pertinência da negociação processual atípica e sua repercussão nas medidas executivas e no procedimento do processo de execução, assim como a possibilidade de criação de títulos executivos extrajudiciais por negócios processuais. Por fim, será enfrentada a possível limitação ao duplo grau de jurisdição no processo executivo em virtude de negócios processuais, como também a renúncia à impenhorabilidade quando esta estiver legalmente estabelecida. Todo o estudo do presente capítulo envolve diretamente a influência e inserção dos direitos fundamentais das partes na negociação processual.

#### **3.1 O processo de execução e o estabelecimento de negócios jurídicos processuais atípicos na perspectiva do princípio do dispositivo: privatismo e publicismo**

A evolução e aprofundamento dos pensamentos privatista e publicista influenciaram a evolução histórica do processo, bem como a polêmica sobre as teorias da ação<sup>402</sup>, desaguando em uma percepção que ora estava impregnada por carga privatista, ora por ideal publicista. A importância da autonomia científica do processo civil, originária da obra de Oskar Bülow<sup>403</sup>, teve como consequência a redução da autonomia privada e, por conseguinte, um pensamento reducionista no que tange à possibilidade de negociação processual, em especial na sua via

---

<sup>402</sup> Sobre a polêmica acerca do direito de ação, ver AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

<sup>403</sup> BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Ángel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

atípica. Este pensamento publicista, com seus excessos, restou por desenvolver a perspectiva hiperpublicista que reprimiu quase por completo o exercício da autonomia privada no processo. Maior aprofundamento acerca deste histórico foi visto nos capítulos primeiro e segundo do presente estudo.

A reconstrução do empoderamento das partes no processo civil – bem como uma proposta de solução para tensão existente entre privatismo e publicismo – passa pelo correto horizonte do princípio dispositivo, sendo necessária “[...] uma equilibrada extensão da incidência da autonomia privada na conformação do processo.”<sup>404</sup> Neste contexto, a noção do princípio dispositivo é alterada e influenciada conforme a realidade histórica e cultural em que resta aplicada, devendo-se compreender “[...] como resultado da combinação de fatores culturais e ideológicos que combinam sob o céu de uma realidade histórica específica.”<sup>405</sup>

Ocorre que o princípio do dispositivo, inserido na presente realidade histórica de tutela efetiva e tempestiva, adere ao processo de execução em ambiente de completa abertura para o exercício da autonomia na execução. Antônio do Passo Cabral e Fredie Didier Jr., ao analisarem a negociação processual, afirmam que na execução “[...] tudo indica uma prevalência dos interesses privados sobre os interesses públicos, o que conspira a favor da permissibilidade à vontade das partes para conformar, em alguma medida, as formas e atos da execução.”<sup>406</sup>

A dispositividade da execução em favor do exequente, autoriza concluir que o procedimento deverá atender ao interesse do credor, dispondo este da execução, o que leva a configurar ambiente favorável à dispositividade e disponibilidade. Assim, na formação de um crédito, no estabelecimento de um título executivo extrajudicial, as convenções sobre matéria processual ganham terreno fértil, isto porque a perspectiva do princípio dispositivo é diferenciada. O estabelecimento do título, a eleição do foro competente, a determinação acerca da impenhorabilidade, entre outros, poderão influenciar diretamente na formação do valor de

---

<sup>404</sup> CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 228, p. 359-376, fev. 2014. PDF, p. 8. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017. Na língua originária: “[...] una equilibrata estensione dell’incidenza dall’autonomia privata nella conformazione della vicenda processuale.” (CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civile: gli accordi processuali. *Civil Procedure Review*, v. 1, n. 2, p. 43, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www.civilprocedurereview.com/>>. Acesso em: 13 abr. 2017).

<sup>405</sup> REICHELDT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 94. Luis Alberto Reichelt, ao analisar os diversos conceitos agregados ao dispositivo e sua evolução histórica, assim acrescenta: “Dessas considerações é possível inferir a conclusão no sentido de que a determinação do significado do princípio dispositivo é, em última instância, símbolo dos valores cultivados em uma determinada realidade cultural, sintetizando as diversas vertentes que se entrelaçam ao longo de um processo de evolução histórica.” (REICHELDT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 94).

<sup>406</sup> CABRAL, Antônio do Passo; DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, v. 275, p. 193-228, jan. 2018. PDF, p. 4. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

um contrato a ser celebrado. Nestes termos, Araken de Assis afirma: “Diversamente do que se sucede no processo de conhecimento, em que o réu possui interesse análogo na composição da lide e na extirpação da incerteza, excluindo ou não a razoabilidade da posição assumida no processo, a execução almeja o benefício exclusivo do credor.”<sup>407</sup> A própria previsão de desistência da execução unilateralmente pelo credor, sem concordância do executado, prevista no *caput* do art. 775 do Código de Processo Civil, é expressa previsão de negócio processual unilateral, o que torna a autonomia da vontade ostensiva neste processo. O credor poderá, no exercício da sua autonomia contratual, fixar com o devedor, de comum acordo, negócios jurídicos processuais atípicos. Portanto, partindo da premissa de que “[...] outorgou a lei ‘amplo poder de disposição’ ao credor sobre o processo”,<sup>408</sup> poderá este renunciar, modular, abrandar ou intensificar tais direitos processuais, apresentando-se a execução como o “[...] ambiente mais propício à celebração de convenções processuais.”<sup>409</sup> Em contraponto, Cândido Rangel Dinamarco, em obra anterior ao novo Código de Processo Civil, bem como às últimas alterações no processo de execução, defende a carga publicista no processo de execução, dada a presença da força estatal na satisfação do crédito e o caráter substitutivo da atividade estatal na execução.<sup>410</sup> Com a devida vênia, a presença do poder estatal na possível satisfação do direito não torna o processo executivo somente publicista com a redução da autonomia da vontade das partes.

<sup>407</sup> ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 147.

<sup>408</sup> Assim refere Araken de Assis: “Eis o motivo por que, art. 775, *caput*, erigiu o direito de o exequente desistir de toda a execução ou de apenas alguma medida executiva, tornando, destarte ineficazes objeções do devedor à desistência formulada pelo exequente da execução, definitiva ou provisória, e de qualquer ato executivo particular. Em nome ‘dos princípios que informam a execução’, outorgou a lei ‘amplo poder de disposição’ ao credor sobre o processo.” (ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 147). Sobre o almejado proveito para o credor, assim refere Jaqueline Mielke Silva: “Na realização da execução, portanto, deve ser buscado o proveito para o credor, de forma que se possa alcançar um resultado prático que se aproxime o máximo possível da solução que seria obtida se não houvesse ocorrido a transgressão do direito.” (MIELKE SILVA, Jaqueline. A proposta de pagamento parcelado como instrumento de realização de direitos na execução civil: aplicabilidade ao cumprimento de sentença. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 40, n. 131, p. 197-218, set. 2013).

<sup>409</sup> CABRAL, Antônio do Passo; DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, v. 275, p. 193-228, jan. 2018. PDF, p. 4. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

<sup>410</sup> Assim refere Cândido Rangel Dinamarco: “Não estaria cumprida a função pacificadora do Estado (função jurídica), se se contentasse platonicamente me chegar até o ponto de enunciar a regra do caso concreto e deixasse *ad libitum* do obrigado a realização do preceito. Quando ele não cumprisse voluntariamente, teria a outra parte de contar com sua própria força para fazer valer o direito subjetivo reconhecido, como todos os riscos e males da autotutela e com toda a conturbação que a generalização desta representaria para a sociedade. Obviamente, não estaria consumado o escopo social de pacificar a justiça. Daí o interesse público no processo de execução, no qual o Estado completa a atividade voltada à atuação da vontade concreta do direito e realização dos objetivos deste. Por outro lado, o resultado que o Estado busca através do processo de execução é um resultado que o próprio obrigado deveria realizar e só à falta dessa realização é que os órgãos públicos (em princípio) intervêm; nisso reside o caráter substitutivo da atividade estatal na execução.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 198-199).

### 3.2 O processo de execução e os limites no estabelecimento de negócios jurídicos processuais atípicos: controle, cognição na execução e o direito fundamental ao contraditório

A amplitude da dispositividade própria do privatismo processual vislumbrado no processo de execução deverá, entretanto, estar submetida aos limites legais, identificados, por exemplo, na cognição exercida pelo juiz acerca do objeto litigioso que “[...] continua a ser tratado em sede executiva, por meio, eventualmente, de diversas decisões escalonadas, que resolvem gradualmente questões atinentes à relação jurídica de direito material carecedora de tutela jurisdicional, mesmo sem postulações do executado.”<sup>411</sup> Este pensamento influencia a aceitação e análise dos limites e validade dos negócios processuais no processo de execução.

Pensar na execução à disposição do credor não implica em desconsiderar os direitos do executado e a autonomia de vontade exercida por este em negócios jurídicos processuais realizados incidentalmente ou de maneira pré-processual. A execução não seria de um lado só.<sup>412</sup> O executado continua a exercer o seu direito fundamental ao contraditório no processo de execução, pois não seria “parcial ou atenuado”, em especial na necessária análise do julgador acerca das convenções processuais, analisando a existência de nulidades, vulnerabilidades, abusividades e ofensas a direitos fundamentais.

A doutrina clássica, ao afirmar a liquidez e certeza do título em favor do exequente – bem como o desequilíbrio entre exequente e executado –, nega a existência da cognição judicial na execução.<sup>413</sup> Contemporaneamente, tal pensamento não pode prosperar. O processo executivo não é imune à cognição judicial e tampouco permite esta apenas na modalidade “[...] meramente eventual e rarefeita.”<sup>414</sup> Pode-se afirmar com grau de segurança que a atividade

---

<sup>411</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 272.

<sup>412</sup> Araken de Assis elenca, com base no denominado princípio do resultado, inúmeras normas na execução que vêm no interesse do executado: “Paralelamente, o princípio do resultado, sintetizando várias tendências convergentes, tutela ao executado. Nenhum ato inútil, a exemplo da penhora de bens de valor insignificante e incapaz de satisfazer o crédito (art. 836, *caput*), poderá ser consumado. Fiel à progressiva adequação do débito à responsabilidade do executado, a execução é hoje parcial, ou seja, limita-se ao necessário e suficiente para solver a dívida. O art. 831 limita a penhora aos bens suficientes à satisfação do crédito, entendendo-se por tal o principal, a correção monetária, os juros, as custas e os honorários. E o art. 899, já no ápice da faes expropriativa, prevê a suspensão (*rectius*: interrupção, pois não se retomará a prática do ato posteriormente) da alienação no momento em que o produto da venda dos bens penhorados satisfizer o crédito.” (ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 147).

<sup>413</sup> Esse, por exemplo, é o pensamento exposto na obra de Enrico Tullio Liebman. (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

<sup>414</sup> MINATTI, Alexandre. *Defesa do executado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 43.

cognitiva do juiz na execução é exercida acerca dos requisitos de admissibilidade da tutela executiva, bem como no que tange seus atos expropriatórios. Questões relacionadas com a “[...] penhorabilidade dos bens, sobre a avaliação e a arrematação dos bens e tantas outras sobre as atividades executivas atípicas, são debatidas pelas partes e decididas pelo magistrado diretamente no seio da execução.”<sup>415</sup> Nesta linha, na execução de título extrajudicial não resta totalmente afastada a possibilidade de cognição inclusive acerca do exame da relação jurídica de direito material.<sup>416</sup> No mesmo sentido, afirma José Miguel Garcia Medina: “Note-se que há cognição no processo de execução de título extrajudicial, assim como, também, em cumprimento de sentença que reconhece dever de pagar quantia em dinheiro.”<sup>417</sup> Reconhece-se, portanto, a atividade cognitiva no que tange aos requisitos da execução e a validade e adequação dos atos executivos, bem como em algumas situações tangentes à própria obrigação veiculada no título executivo e ainda em questões que envolvam julgamento meritório.<sup>418</sup> A existência de cognição prévia como condição da expropriação, a qual se adota no presente estudo, não é posição pacífica na doutrina. Daniel Mitidiero pontua que, na técnica dos títulos executivos extrajudiciais, “[...] o legislador elege determinados documentos e outorga eficácia executiva com o intuito de dispensar a prévia cognição judicial como condição da expropriação.”<sup>419</sup> Em tal concepção, acelera-se a realização do direito e transfere-se a outro processo de conhecimento, qual seja, os embargos à execução, ação incidental à execução, na qual será discutida a existência do direito estampado no título. Ocorre que não poderá existir

---

<sup>415</sup> MINATTI, Alexandre. *Defesa do executado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 40.

<sup>416</sup> Sobre o tema, ver SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. No mesmo sentido vem a conclusão de Alexandre Minatti: “[...] não há uma completa e irrestrita desvinculação entre o título executivo e a relação jurídica substancial, de modo que a cognição judicial não deve se fechar apenas no exame do título em si, mas se abre para todos os demais elementos constantes dos autos, o que pode levar o juiz a conhecer oficiosamente da relação substancial de forma mais aprofundada, podendo, inclusive, concluir pela improcedência da pretensão do exequente. [...]. Não basta a apresentação do título. Outros elementos devem ser agregados para que o juiz, minimamente, conheça da relação substancial e reconheça nelas os caracteres que a lei exige para atribuir eficácia executiva àquele fato ou negócio jurídico: liquidez, certeza e exigibilidade. Esses elementos nem sempre são extraídos da composição formal do título, mas da própria relação material instrumentalizada no documento.” (MINATTI, Alexandre. *Defesa do executado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 42-43).

<sup>417</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 283.

<sup>418</sup> Neste sentido a lição de Freddie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira: “Há cognição no exercício da função executiva – quer ocorra em processo autônomo, quer como fase de um mesmo processo. Inicialmente, cumpre ao órgão jurisdicional verificar o preenchimento dos pressupostos processuais. Além disso, o magistrado também deverá conhecer de questões de mérito, como o pagamento, compensação e a prescrição, por provocação do interessado ou, em alguns casos, até mesmo de ofício.” (DIDIER JR., Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*, 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, v. 5, p. 61)

<sup>419</sup> MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 75.

atividade judicial sem cognição, sendo esta modulada e graduada em relação “[...] à tarefa que se espera ver cumprida pelo Poder Judiciário.”<sup>420</sup>

Vinculando o tema da cognição do juiz na execução civil e a temática dos negócios jurídicos processuais, importa retomar alguns tópicos tratados no capítulo anterior para a correta compreensão. Inicialmente, refere-se que a análise e o afastamento dos negócios jurídicos processuais poderá ser determinado de ofício pelo juiz ou a requerimento, conforme estabelece expressamente o parágrafo único do art. 190 do Código de Processo Civil. Afirma-se que, portanto, no que tange aos negócios jurídicos processuais, haverá cognição a ser exercida pelo julgador na execução, conforme as situações e modelos abaixo explicados. Forçoso questionar, destarte, qual a cognição exercida pelo juiz da execução na análise dos negócios jurídicos processuais. A cognição seria exauriente ou sumária ao analisar os negócios jurídicos processuais no processo executivo?<sup>421</sup> Para tanto, tome-se dois exemplos como paradigmas.

Em uma primeira perspectiva, observa-se o exemplo do exequente que, ao ajuizar a inicial da execução, cumprindo seus requisitos, requer a aplicação do negócio jurídico processual celebrado. Ao receber a inicial da execução de título extrajudicial, o juiz poderá verificar a validade da convenção e dar efetividade ao negócio jurídico processual celebrado. Pergunta-se: qual cognição foi exercida pelo juiz nesta primeira perspectiva? Pode-se concluir que o juiz irá proferir uma decisão fundada em cognição sumária,<sup>422</sup> sem a oitiva do executado, invertendo-se o contraditório, pois caberá ao executado trazer eventualmente, se assim desejar, algum elemento para a invalidade da convenção sobre matéria processual, fundamentando

---

<sup>420</sup> Conforme defendem Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira: “Se se busca certeza, a cognição tem de ser tanto mais exaustiva quanto possível; se se busca segurança, uma medida que atenuie os riscos da demora do processo, a cognição não pode ser tão exaustiva, sob pena de comprometer a própria utilidade da medida; se se pretende a execução, a cognição judicial não deve abarcar, ao menos inicialmente, questões que digam respeito à formação do título, mas, necessariamente, envolverá as questões que digam respeito à formação do título, mas, necessariamente, envolverá as questões que dizem respeito à efetivação da obrigação, ou seja, os pressupostos de admissibilidade e a sobrevivência da obrigação executada.” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*, 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, v. 5, p. 62) Sobre o tema, ver também BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Cognição e decisões do juiz no processo executivo*. In: WAMBIER, Teresa; FUX, Luiz; NERY JR. Nelson (Coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 363.

<sup>421</sup> A nomenclatura e classificação aqui utilizada é empregada na clássica obra de Kazuo Watanabe, que assim leciona: “No plano vertical, a cognição pode ser classificada, segundo o grau de profundidade, em exauriente (completa) e sumária (incompleta).” (WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 118).

<sup>422</sup> Na definição de Daniel Mitidiero, ao comentar a sistemática das tutelas provisórias, assim resta assentado o conceito de cognição sumária: “Cognição sumária é aquela que não exaure o conhecimento do caso, não permitindo a formação de um juízo de verdade e a convicção de certeza. Ela viabiliza tão somente um juízo de probabilidade a respeito das alegações fático-jurídicas formuladas no processo. Vale dizer: trabalha nos domínios da aparência do direito (*fumus boni iuris*). A cognição sumária é uma atividade que tem por objeto alegações e provas e que visa à formação de um juízo de probabilidade.” (MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 112).

nulidade, abusividade, manifesta vulnerabilidade, entre outros, e requerendo a aplicação da teoria das invalidades processuais. Nesta hipótese, caberia ao executado provocar a cognição que será posteriormente exauriente.<sup>423</sup> Isto porque a decisão sobre a aceitação ou não do negócio processual na execução é uma decisão sobre a forma de executar, “[...] sendo perfeitamente lícito o debate entre as partes, de sorte a gerar o mesmo contraditório que se conhece no processo de conhecimento.”<sup>424</sup>

Em uma segunda perspectiva, presente a premissa de que a atividade executiva não afasta a cognição, examina-se o caso em que o exequente, ao ajuizar a inicial da execução, cumprindo seus requisitos, requer a aplicação do negócio jurídico processual celebrado. Ao receber a inicial da execução de título extrajudicial, o juiz poderá verificar a validade da convenção e negar aplicabilidade ao negócio jurídico processual celebrado. Pergunta-se: qual cognição foi exercida pelo juiz nesta segunda perspectiva? Ocorre que para o julgador negar a aplicação do negócio jurídico processual na execução, conforme o exemplo tratado, em virtude da proibição da decisão surpresa inserta no art. 10 do Código de Processo Civil, deverá oportunizar a manifestação das partes, instalando-se cognição exauriente, sem necessariamente ocorrer ação distinta de conhecimento. A proibição da decisão surpresa sustenta o direito fundamental ao contraditório como direito de influenciar a decisão judicial, bem como a cognição exauriente aqui realizada.<sup>425</sup>

Nesta linha, a admissibilidade de negócios jurídicos processuais na execução, reforça o argumento de cognição, seja sumária ou exauriente, realizada pelo julgador no processo executivo. Frise-se que este controle do juiz acerca das convenções sobre matéria processual então celebradas ocorrerá sem a instalação de um incidente próprio, mas no transcurso da atividade executiva, sendo incidental e não autônoma, tal qual a previsão aplicada acerca da

---

<sup>423</sup> Sobre os módulos cognitivos na execução, assim leciona Heitor Sica: “Historicamente consagram-se duas técnicas para lidar com essa questão (sendo a segunda mais comum que a primeira): (a) criação de incidentes com prévio e amplo contraditório, encerrados por decisão fundada em cognição exauriente, para posterior liberação da eficácia executiva; ou (b) suficiência de decisão fundada em cognição sumária, proferida sem prévia oitiva do executado, para liberação de eficácia executiva, invertendo-se o contraditório.” (SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 190).

<sup>424</sup> THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução*. 23. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária do Direito, 2005, p. 51.

<sup>425</sup> Sobre o contraditório como direito de influência e sua posição no Novo Código de Processo Civil, ver RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 232, p. 13-35, jun. 2014; CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmulas*. São Paulo: Altas, 2018, p. 97; CABRAL, Antônio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 2, n. 2, p. 449-464, apr./giug. 2005; e REICHELTL, Luis Alberto. O conteúdo da garantia do contraditório no direito processual civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 162, p. 330-351, ago. 2008.

discussão da penhora superveniente (art. 917, §1º, do Código de Processo Civil) ou ainda à desconsideração da personalidade jurídica, quando requerida na inicial da execução.

A ideia de que a atividade cognitiva está distante da execução de título extrajudicial é acolhida em parte pelo ordenamento, ao estipular ação de conhecimento, com cognição plena e exauriente, para veicular as defesas do executado, o que poderá ocorrer nos embargos à execução ou na propositura de ação autônoma, nas chamadas defesas heterotópicas.<sup>426</sup> Entretanto, o próprio sistema processual prevê situações em que o juiz exerce a cognição no bojo da própria ação executiva, sem incidentes, indo além dos requisitos da execução e validade dos atos executivos, adentrando em temas como a prescrição e a desconsideração da personalidade jurídica – quando esta for requerida na inicial –,<sup>427</sup> assim como nos casos de nulidade e negativa de aplicabilidade dos negócios jurídicos processuais. Este último, embora sem previsão legal, mas equiparados às matérias e sistemáticas anteriormente referidas, ocorre em verdadeiro sincretismo entre cognição e execução. Assim, tal como o incidente de desconsideração<sup>428</sup> requerido na petição inicial da execução deverá tramitar e ser apurado nesta, a análise da aplicabilidade ou afastamento dos negócios jurídicos processuais na execução também exigirá a atividade intelectual do julgador, não suspendendo, de regra, a execução. A ausência de efeito suspensivo, de regra, é justificada por dois motivos: a uma, pela inexistência de previsão legal, conforme art. 921 do Código de Processo Civil; a duas, por aplicação analógica ao art. 134, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil. A analogia entre a decisão acerca da desconsideração da personalidade jurídica requerida na inicial e a aceitação ou afastamento

---

<sup>426</sup> Neste sentido, refere José Miguel Garcia Medina: “Viu-se que, para alguns setores da doutrina, as atividades cognitivas (sobre a existência da dívida p. ex.) e executiva são bastante distintas, o que aconselha que se desenvolvam em processo diversos. Como consequência desse princípio, tem-se que as eventuais defesas que o executado tenha a opor devem ser apresentadas em ação distinta, de conhecimento, que, como regra, é veiculada através dos embargos à execução (arts. 914 e ss. do CPC/2015), embora possa o executado ajuizar tal ação autonomamente (cf. art. 784, § 1º do CPC/2015).” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 283).

<sup>427</sup> Importante ressaltar que, apesar da alocação da desconsideração como intervenção de terceiros, suas disposições materiais permaneceram inalteradas. Neste sentido, Alexandre Câmara afirma: “Ao Código de Processo Civil incumbe, tão somente, regular o procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (o qual será sempre o mesmo, qualquer que seja a natureza da relação jurídica de direito substancial deduzida no processo).” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *Comentários aos arts. 133-137*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Org.). *Breves comentários ao CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 427).

<sup>428</sup> Sobre a perspectiva procedimental da desconsideração da personalidade jurídica inserida no Código de Processo Civil, ver: REICHELDT, Luis Alberto. *A desconsideração da personalidade jurídica no projeto de novo Código de Processo Civil e a efetividade da tutela jurisdicional do consumidor*. *Revista de Direito do Consumidor*, Cidade, v. 98, p. 245-259, mar./abr. 2015; e CARELLO, Clarissa Pereira; ROSINHA, Martha Novo de Oliveira. *Intervenção de terceiros*. In: REICHELDT, Luis Alberto; DALL’ALBA, Felipe Camilo (Coord.). *Primeiras linhas de direito processo civil: teoria geral do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, v. 1, p. 231-245.

do negócio jurídico processual é efetivada por entender-se no presente estudo que nas duas situações haverá cognição exauriente do julgador, exigindo-se análise de material probatório. Em suma, sendo prevista e autorizada legalmente a desconsideração da personalidade jurídica na execução sem formação de incidente (art. 134, *caput*, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil), o mesmo poderá ser aplicado para a sistemática de afastamento ou não do negócio jurídico processual.

Analisada a temática da cognição do juiz na execução, em especial no horizonte dos acordos sobre matéria processual, importa agora adentrar na extensão e dimensão do direito fundamental ao contraditório. Sobre a dimensão do contraditório em sede executiva, Heitor Sica<sup>429</sup> apresenta quatro razões para desconstruir a ideia de que o contraditório em sede executiva seria “parcial e atenuado”, sendo estas agora analisadas na perspectiva dos negócios jurídicos processuais em sede de execução.<sup>430</sup>

A primeira razão apresentada por Heitor Sica reside no pensamento de que “[...] a radicalização da ideia de que o contraditório na execução é ‘parcial e atenuado’ pode trazer prejuízos ao próprio exequente. Sem dúvida alguma o contraditório aplica-se a ele, bem como a terceiros intervenientes.”<sup>431</sup> Exemplificando na sistemática dos negócios processuais em sede de execução, pode-se afirmar a dimensão deste contraditório para o exequente na medida em que este almeja buscar, na execução, a decretação de nulidade de uma convenção processual que tenha sido estabelecida em seu desfavor, em contrato assinado por duas testemunhas, que, por exemplo, tenha atribuído impenhorabilidade para o veículo de passeio do devedor. Tal fundamento poderia ser considerado a partir da verificação de vulnerabilidade jurídica do credor, ora exequente, em razão de não estar assistido por advogado.

---

<sup>429</sup> As quatro razões estão apresentadas em SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 138-140.

<sup>430</sup> A doutrina, em grande parte, sustentava a inexistência de contraditório na execução. Leonardo Greco analisa com profundidade este panorama em apreciação crítica que contrasta com o panorama do Estado de Direito: “Alguns juristas, como Redenti na Itália e Joé Frederico Marques no Brasil, defenderam a existência na execução, como consequência de seu caráter jurisdicional e da existência de lide entre as partes, de um contraditório mitigado: o executado é titular de direitos subjetivos processuais: não pode opor-se ao cumprimento da prestação constante do título executivo, mas intervém nos atos executórios sobre o *modus procedendi*, o *quomodo exequendum vel procedendo*. O Estado de Direito Contemporâneo. Alicerçado nos fracassos e frustrações do Estado-Providência, que desbordaram no totalitarismo nazi-fascista, e construído em todo o Ocidente a partir da reconstitucionalização ocorrida após a 2ª Guerra Mundial, apresenta algumas características essenciais que refletem diretamente no alcance do contraditório no processo judicial: respeito absoluto à dignidade da pessoa humana, garantia da eficácia concreta dos direitos dos cidadãos e participação democrática. Neste novo Estado de Direito, nenhuma decisão de qualquer autoridade pública, que possa atingir a esfera de interesses de algum particular, deve ser adotada sem que tenha sido antecedida da garantia ao interessado da ampla oportunidade de influir eficazmente na sua elaboração.” (GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. 1, p. 267).

<sup>431</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 138.

A segunda razão apresentada está fundada na ideia de que é enganosa “[...] a assertiva repetida com frequência de que o executado não é chamado para se defender, mas, sim, para satisfazer a obrigação. [...] As reformas corridas entre 1994 e 2006 gradualmente abandonaram e necessidade de ‘segurança do juízo’ para admissão de defesas do executado [...]”<sup>432</sup> Em compasso com a negocial processual, pode-se referir o exemplo de cláusula contratual que, em contrato de adesão, tenha, em desfavor do executado, afastado qualquer hipótese de atribuição de efeito suspensivo na execução, mesmo estando garantida, embargada e presentes os requisitos da tutela provisória, conforme estabelece o art. 919, § 1º, do Código de Processo Civil. Restando a abusividade da cláusula prevista em contrato de adesão, consoante prevê o parágrafo único do Código de Processo Civil, a nulidade desta poderia ser decretada a requerimento do executado, sendo este um meio de defesa proposto, inclusive, por simples petição no processo, exigindo a cognição do juiz.

A terceira razão apresentada por Heitor Sica na defesa da plenitude do contraditório é assim apresentada:

A terceira: a recusa em reconhecer o contraditório na própria execução fundava-se na ideia de que o executado somente poderia se defender por meio de embargos à execução, considerados como demanda incidente geradora de nova relação jurídica processual. Esse entendimento já não se sustenta à luz do fato de que diversas questões sempre foram debatidas em contraditório endoexecutivamente, e com o passar do tempo tornou-se cada vez mais comum que o executado pudesse de defender sem instaurar processo incidente.<sup>433</sup>

Aqui, de igual forma, permeando a disciplina dos negócios processuais na execução, reitera-se o exemplo anterior em que a abusividade da cláusula em contrato de adesão poderia ser alegada pelo executado por simples petição, endoexecutiva, concedendo a este o direito de influenciar a decisão acerca da nulidade desta convenção processual, perfazendo o conceito contemporâneo do contraditório em sua dimensão substancial.

A quarta razão apresentada por Heitor Sica para repudiar a tese do contraditório “eventual e atenuado” é explicada em alguns países que dividem na execução os atos entre o juiz e um ente externo “[...] responsável pela prática de diversos atos executivos”,<sup>434</sup> o que não ocorre em nosso ordenamento.

---

<sup>432</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 139.

<sup>433</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 139-140.

<sup>434</sup> SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 139-140.

Em suma, os limites observados nos negócios jurídicos processuais e tratados nos capítulos anteriores, tais como capacidade, legitimidade, licitude do objeto, nulidade, vulnerabilidade e abusividade, bem como a ponderação entre os direitos fundamentais envolvidos na convenção sobre matéria processual, igualmente continuam presentes no processo de execução, pois nestes casos o juiz continua a exercer cognição *ex officio* e estes vícios poderiam ser alegados de maneira endoexecutiva. A conclusão de que a execução é exercida em favor do credor não reduz o contraditório oportunizado ao executado, que poderá ser exercido, por exemplo, para afastar uma convenção sobre matéria processual eivada de nulidade, aplicando-se o parágrafo único do art. 190 do Código de Processo Civil no processo de execução.

Neste sistema de admissibilidade ou não de determinado negócio jurídico processual, figuram o contraditório e a cognição como elementos centrais, exercidos no processo de execução, a partir do agir do julgador que observa as provas, verifica a norma aplicável ao suporte fático e declara as consequências jurídicas, sendo insustentável considerar inexistente aqui o contraditório e a cognição, mesmo que em sua máxima extensão.<sup>435</sup> No processo de execução estaria presente não apenas a atividade executiva na busca de um cumprimento forçado da norma concreta, mas igualmente a atividade cognitiva, onde há a formulação do juízo a respeito da incidência ou não da norma abstrata, no caso aquela extraída do art. 190, *caput* e parágrafo único, do Código de Processo Civil.

### **3.3 O direito fundamental à liberdade e o estabelecimento de negócios jurídicos processuais atípicos no processo executivo**

O direito fundamental à liberdade e a decorrente autonomia privada foram tratados e ambientados na matéria dos negócios jurídicos processuais no capítulo dois do presente estudo.

---

<sup>435</sup> Sobre a cognição, profunda a lição de Teori Albino Zavascki: “Compõe, portanto, a atividade jurisdicional aquela destinada a *formular juízo a respeito da incidência ou não de norma abstrata*, e que consiste, essencialmente, em: (a) coletar e examinar as provas sobre o ato ou o fato em que se possa ter havido incidência; (b) verificar, no ordenamento jurídico, a norma ajustável àquele suporte fático; e (c), finalmente, declarar as consequências jurídicas decorrentes da incidência ou, se for o caso, declarar que não ocorreu a incidência por falta de suporte fático, ou não ocorreu pelo modo ou na extensão ou com as consequências pretendidas, ou, ainda, que em relação ao fato ou ato não incidiu o preceito normativo alvitado na demanda. A essa atividade, que se desenvolve com a colaboração dos interessados no conflito, em regime contraditório, e que tem como resultado uma sentença identificadora do conteúdo da norma jurídica correta, denomina-se cognição.” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil*: do processo de execução, arts. 566 a 645. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 8, p. 37).

No presente tópico serão aprofundados, sob a ótica do direito fundamental à liberdade, a possibilidade de convenções sobre matéria processual que impactam nas medidas executivas a serem efetivadas pelo julgador, bem como na adaptabilidade do procedimento e na possibilidade de criação de títulos executivos extrajudiciais.

### *3.3.1 Negociação processual e o impacto nas medidas executivas, expropriatórias e nas normas procedimentais: o direito fundamental à liberdade e o direito fundamental à tutela efetiva*

Consoante referido anteriormente, o direito fundamental à liberdade, garantido no art. 5º, *caput*, da Constituição de 1988, também é suporte para a adequação e o desenvolvimento dos negócios jurídicos processuais no ordenamento. Na efetivação do direito fundamental à liberdade, as partes de uma negociação, exercendo sua autonomia privada, podem estabelecer cláusulas que validamente tratem sobre matéria processual, regulando as possíveis medidas executivas a serem implementadas durante o processo de execução, pelo que se torna possibilitada, assim, a adaptabilidade das medidas executivas, conforme a vontade acordada dos litigantes, expressão da eficácia do direito fundamental à liberdade.

Pensar que o processo de execução está posto conforme o interesse do credor implica em reconhecer que este poderá adaptar e renunciar determinadas medidas expropriatórias na realização do seu direito. Por sua vez, reconhecer que o executado exerce o seu direito fundamental ao contraditório pleno e o exercício da autonomia privada igualmente conduz à aceitabilidade das convenções sobre matéria processual. Aqui, o direito fundamental à tutela efetiva é inflado pelo exercício da liberdade, no sentido estrito da autonomia contratual que resta por viabilizar um caminho, uma estratégia pensada e construída de comum acordo por credor e devedor. Nesta linha de raciocínio, “[...] os acordos executivos atendem a interesses tanto do exequente como do executado, podendo ser mecanismos úteis para equilibrar as exigências processuais da execução com a manutenção dos laços sociais estremecidos com o conflito.”<sup>436</sup> As vantagens em muitos casos podem ser evidentes, tais como a redução do risco de inadimplemento, a tempestividade da tutela, a redução do custo do processo, entre outros, dependendo da singularidade do caso concreto, a ser o processo de execução um campo fértil

---

<sup>436</sup> CABRAL, Antônio do Passo; DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, v. 275, p. 193-228, jan. 2018. PDF, p. 4. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

para a utilização da negociação processual na via típica ou atípica, almejando a eficácia do direito fundamental à tutela efetiva.

Entrelaçando com os fundamentos anteriormente construídos, conclui-se que neste exercício da autonomia privada, os negócios jurídicos processuais validamente construídos e aplicados no processo de execução, elevam o modelo cooperativo de processo e, ao não ofenderem as normas impositivas, o interesse público, bem como os valores defendidos por normas cogentes, atribuem eficácia a diversos direitos fundamentais das partes.

No exercício de sua autonomia, credor e devedor poderão estabelecer em negócio jurídico processual, assistidos por seus advogados, que a alienação na modalidade de leilão não poderá ser utilizada como meio expropriatório, bem como convencionam que o exequente será o administrador-depositário na hipótese de penhora de frutos e rendimentos de coisa imóvel, fixando-se, desde já, o valor mínimo da locação. Analisando o presente caso, pode-se afirmar que a convenção que proíbe a alienação na modalidade de leilão é um negócio jurídico processual atípico que vem em favor do executado, isto porque sendo este o proprietário do bem, não terá o seu bem expropriado por valor mínimo, não condizente com o mercado.<sup>437</sup> Por outra via, convencionando-se que o exequente será o administrador-depositário da penhora dos frutos e rendimentos, este ganha vantagem processual na busca da satisfação de seu crédito, podendo, por exemplo, celebrar a locação do imóvel. Na hipótese narrada tem-se a modulação do art. 825, inciso II, e art. 879, inciso II, ambos do Código de Processo Civil, ao afastar a possibilidade de leilão e seu regramento que poderá conduzir à arrematação por preço mínimo, desde que não seja vil. Já para o exequente, a evidente vantagem e busca da efetividade é conferida pela facilidade na locação do imóvel penhorado, conforme estabelece o art. 869, § 4º, do Código de Processo Civil. Observe-se no exemplo estudado que para a renúncia efetivada existe uma contrapartida proporcional, pelo 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.”<sup>438</sup>

Não há no caso narrado, em tese, qualquer invalidade do ato negocial, nulidade, vulnerabilidade, abusividade ou ofensa à norma cogente e ao interesse público. Na perspectiva dos direitos fundamentais, não há qualquer conflito que necessite de ponderação, pois resta elevada a liberdade negocial na dispositividade da fixação das cláusulas, a segurança jurídica

---

<sup>437</sup> Conforme leciona Araken de Assis: “Na segunda licitação, necessária na hipótese de a primeira se frustrar pela falta de interessados, os pretendentes ofertam livremente e admitir-se-á a alienação pelo maior lance, respeitado o preço mínimo, mas excluído o preço vil.” (ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.121).

<sup>438</sup> CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 337.

às partes que convencionam o afastamento do leilão, bem como o almejado direito fundamental à tutela efetiva<sup>439</sup> ao conferir ao exequente o poder de administrador-depositário. Não há aqui conflito com o devido processo legal e seus direitos correlatos na defesa de um processo justo. Pelo contrário, o que ocorre é a “concorrência de direitos”, um afluxo de direitos em um verdadeiro “[...] cruzamento de direitos fundamentais, que acontece quando o mesmo comportamento de um titular é incluído no âmbito de proteção de vários direitos, liberdades e garantias”, conforme leciona Canotilho.<sup>440</sup> Concorrem em estado ideal o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV), a liberdade (art. 5º, *caput*), a segurança jurídica (art. 5º, *caput* e inciso XXXVI) e a tutela efetiva (art. 5º, inciso XXXV), todos sendo afetados, caso o julgador não permita a celebração do negócio processual anteriormente exemplificado.<sup>441</sup>

Desta feita, a intervenção estatal operada pelo Estado-juiz ao não permitir o acordo exemplificado vai de encontro ao “processo justo”.<sup>442</sup> Isto porque, como já dito no capítulo 1, busca-se um processo que possa concretizar os valores constitucionais e realizar a justiça no caso concreto.<sup>443</sup> A realização do processo justo não está vinculado apenas ao cumprimento das previsões legais, mas um devido processo apresentado e disposto pela ordem constitucional,

<sup>439</sup> Sobre a efetividade e o processo, assim afirmam Jaqueline Mielke Silva, José Tadeu Neves Xavier e Jânia Maria Lopes Saldanha: “Não é demasiado referir, que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda sua plenitude os seus escopos institucionais. A efetividade do processo significa a sua aptidão a eliminar insatisfações, com justiça, fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade, assegurando-lhes liberdade.” (MIELKE SILVA, Jaqueline; XAVIER, José Tadeu Neves; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *A nova execução de títulos executivos extrajudiciais: as alterações da lei 11.382/2006*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 28).

<sup>440</sup> Assim estabelece Canotilho acerca da concorrência de diversos direitos fundamentais no comportamento do sujeito “[...] ela pode se manifestar sob duas formas: a) cruzamento de direitos fundamentais, que acontece quando o mesmo comportamento de um titular é incluído no âmbito de proteção de vários direitos, liberdades e garantias e; b) acumulação de direitos, hipótese que um determinado bem jurídico, leva à acumulação, na mesma pessoa, de vários direitos fundamentais.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, p. 287).

<sup>441</sup> Sobre a concorrência de direitos fundamentais em perspectiva oposta à colisão, assim lecionam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins: “As figuras jurídico-dogmáticas da colisão e da concorrência de direitos fundamentais devem ser estritamente distinguidas, mesmo porque desempenham papéis dogmáticos a serem enfrentados em momentos diferentes do exame de constitucionalidade e, portanto, muito distintos entre si. A colisão deve ser enfrentada somente no momento da possível justificação de uma intervenção estatal, como aqui feito, porque um direito fundamental de outro titular de direito pode estar limitando o exercício do direito fundamental atingido pela medida ou omissão estatal. A concorrência, por sua vez, diz respeito a um problema bastante diverso, que no exame de constitucionalidade tem caráter prejudicial (por isso, muitas vezes, tematizado no exame de admissibilidade – interesse processual de agir), qual seja, o da definição do parâmetro de avaliação. Isso ocorre quando houver concorrência entre mais de um parâmetro e, assim, o titular puder se valer de mais de um direito fundamental contra uma mesma intervenção estatal, porque esta supostamente (o exame demonstrará a procedência ou não dessa presunção) atingiu mais de um direito fundamental do mesmo titular.” (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 169).

<sup>442</sup> TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il ‘il giusto processo’ in materia civile: profili generale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Bologna, a. LV, n. 2, p. 386, giug. 2001.

<sup>443</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

pelas fontes do direito e pela cultura social.<sup>444</sup> Assim, o devido processo legal e o necessário respeito às normas procedimentais, é impregnado pela perspectiva da adequação ou adaptação, este último como base interna do formalismo-valorativo, conforme aprofundado no item 1.3.1. Impõe-se na execução, e muito mais nesta, dada a grande carga de dispositividade, adaptar as peculiaridades da causa ao procedimento.<sup>445</sup> Deverá o julgador, conforme o caso, nortear a direção do processo pela adaptação subjetiva, objetiva e teleológica do procedimento, de modo que o processo possa ser tão efetivo quanto possível,<sup>446</sup> com a permissão dos negócios jurídicos processuais na execução alterando o procedimento e convencionando acerca dos atos expropriatórios.

Conforme já referido anteriormente, o próprio direito fundamental à efetividade, com o implemento da atividade satisfativa, está intimamente ligado com a adequação, havendo interdependência, ou seja, “[...] se a efetividade requer a adequação e a adequação deve trazer efetividade.”<sup>447</sup> impõe-se a utilização de técnica adequada diante das situações complexas do direito material. Incongruente pensar no campo da negociação processual na perspectiva do direito fundamental ao devido processo legal sem levar em consideração a adequação e adaptação que pavimentam o caminho do procedimento na busca do direito fundamental à tutela efetiva.

Por outro lado, nos processos de execução não poderá ser utilizado negócio jurídico processual que afaste a possibilidade de condenação em litigância de má-fé, ou que estabeleça que a execução tramite pelo meio mais gravoso ao executado. Insustentável que a negociação processual sirva de instrumento para a renúncia absoluta de direitos fundamentais processuais, sem respeito ao núcleo essencial destes,<sup>448</sup> não podendo, portanto, o negócio processual ser efetivado “[...] à custa de renúncias a direitos fundamentais processuais em atenção apenas à vontade das partes. Assim, sempre que um desses acordos – mesmo que implique apenas restrição aos interesses das partes – violar um direito fundamental, eles devem ser

---

<sup>444</sup> PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da constituição federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 121.

<sup>445</sup> Esta diferenciação nominal é apontada por Fernando Gajardoni. Sobre o tema ver: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. 2007. 284 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 154.

<sup>446</sup> MATTOS, Sérgio. O princípio da adequação do processo na visão de Galeno Lacerda. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 226, p. 147-160, dez. 2013. PDF, p. 4. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

<sup>447</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Gênese: Revista de Direito Processual*. Curitiba, v. 8, n. 28, p. 334, abr./jun. 2003.

<sup>448</sup> Conforme refere Antônio do Passo Cabral: “É, portanto, a intensidade com que os direitos fundamentais perdem efetividade que pode levar à invalidade ou inadmissibilidade de uma convenção processual.” (CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 337).

desconsiderados.”<sup>449</sup> Aqui ambientado, tal argumento é defendido na construção de que o direito fundamental à liberdade e a autonomia privada, em ponderação, não podem afastar o interesse público evidenciado na punição das condutas de má-fé, bem como no direito fundamental à tutela efetiva que restaria concretizados pelas medidas indutivas,<sup>450</sup> coercitivas e mandamentais do órgão judicial.<sup>451</sup>

### 3.3.2 A criação de títulos executivos por negócios processuais

O art. 784 do Código de Processo Civil estabelece o rol de títulos que, por atribuição legal, possuem força para a propositura de ação executiva, a partir da máxima *nullum titulus sine lege*. Um primeiro panorama de análise passa pelo questionamento acerca do rol dos títulos executivos extrajudiciais previsto no Código de Processo Civil. Ao atribuir eficácia executiva a determinados instrumentos, parte-se, no presente estudo, da premissa de que este repertório é taxativo, *numerus clausus*, não podendo existir título executivo fora da previsão legal. Assim, o poder negocial das partes poderá determinar a formação de um título executivo extrajudicial. Adverte José Miguel Garcia Medina que “taxatividade não significa previsão do título na lista do art. 784 do CPC/2015, mas encontrar-se o título previsto em lei.”<sup>452</sup> Na mesma linha acerca

<sup>449</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 1, p. 532.

<sup>450</sup> Sobre a aplicabilidade do art. 139, IV ao processo de execução de títulos extrajudiciais, refere-se o Enunciado 48 da Escola Nacional de Formação dos Magistrados, que assim estabelece: “O art. 139, IV, do CPC traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais.” (ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS. *Seminário “O Poder Judiciário e Novo Código de Processo Civil”*. 16-28 ago. de 2015. Disponível em: <<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2017).

<sup>451</sup> Antônio do Passo Cabral e Fredie Didier Jr. elencam algumas diretrizes em que não seriam aceitos negócios jurídicos processuais no processo de execução: “Resumimos mais algumas diretrizes: *i*) não se admite negócio jurídico processual que exclua as sanções decorrentes da prática de ilícitos processuais; *ii*) admite-se renúncia do direito à multa e a promessa de não executar o valor da multa; *iii*) admite-se negócio jurídico processual em que se aceite, previamente, o uso de medidas executivas atípicas como técnica principal (não subsidiária) de efetivação da decisão; *iv*) admite-se negócio jurídico processual em que se aceite, previamente, o uso de determinadas medidas executivas atípicas, que passam, por isso, a ser medidas típicas, de origem negocial.” (CABRAL, Antônio do Passo; DIDIER JR., Fredie. *Negócios jurídicos processuais atípicos e execução*. *Revista de Processo*, v. 275, p. 193-228, jan. 2018. PDF, p. 11. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017).

<sup>452</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 170.

da tipificação, Sérgio Shimura refere que “[...] não é a natureza da obrigação que qualifica um título executivo, mas sim a inclusão do mesmo entre os títulos executivos por disposição legal expressa. O que importa é a catalogação legal, feita pelo Código de Processo Civil ou por lei extravagante.”<sup>453</sup> Semelhante interpretação é dada por Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira para quem “[...] o título executivo sujeita-se à regra da taxatividade: o título é executivo se estiver em rol legal taxativo. Não é a natureza da obrigação que qualifica um título executivo, mas sua inserção entre aqueles assim considerados por disposição legal expressa.”<sup>454</sup> Contraponto importante é apresentado por José Tadeus Neves Xavier, Jaqueline Mielke Silva e Jânia Maria Lopes Saldanha que, ao comentarem as então modificações inseridas no Código de Processo Civil de 1973 pela Lei 11.382/2006, atribuem natureza exemplificativa ao repertório do então art. 585 (atualmente art. 784 do Código de Processo Civil de 2015), dada a previsão do inciso VIII que conferia força executiva a todos os demais títulos que por disposição expressa a lei atribuir força executiva.<sup>455</sup> Atualmente, idêntica previsão é encontrada no art. 784, inciso XII do Código de Processo Civil de 2015. Assim, embora referidos autores atribuam natureza exemplificativa, afastada a questão do *nomen iuris*, igualmente anuem com a necessidade de previsão legal para que se considere existente a força executiva.

Fixada esta premissa de que a configuração de um título executivo extrajudicial depende de expressa disposição legal, afirma-se com segurança que antes da vigência do Código de Processo Civil de 2015, não haveria possibilidade de criação de títulos executivos extrajudiciais por negócios jurídicos processuais atípicos. Na vigência do Código de Processo Civil de 1973, portanto, apenas com a realização concreta dos requisitos legais, é que poderia determinado instrumento ter eficácia de título executivo extrajudicial e isto não estava autorizado para qualquer negócio jurídico. Assim, por exemplo, um contrato particular assinado apenas pelos contratantes, sem a participação de duas testemunhas, não estaria configurado como um título executivo extrajudicial, ainda que contivesse uma cláusula que por convenção atribuísse força executiva àquele instrumento.

---

<sup>453</sup> SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. Saraiva: São Paulo, 1997, p. 255-256. Sobre o tema, ver também ZAVASCKI, Teori Albino. *Título executivo e liquidação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

<sup>454</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*, 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, v. 5, p. 264.

<sup>455</sup> Assim referem: “O art. 585/CPC contém o rol de títulos executivos extrajudiciais. Trata-se de uma enumeração meramente exemplificativa, consoante se extrai do inciso VIII do texto da Lei nova.” (MIELKE SILVA, Jaqueline; XAVIER, José Tadeu Neves; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *A nova execução de títulos executivos extrajudiciais: as alterações da lei 11.382/2006*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 41).

Com a inserção da cláusula geral de negociação processual, extraída a partir da interpretação do art. 190 do Código de Processo Civil, cumpre analisar se o panorama referido anteriormente foi modificado. De antemão, compete dizer que o rol dos títulos executivos extrajudiciais, agora também referenciado sobretudo no art. 784 do Código de Processo Civil, não estabelece expressamente que alguma convenção contratual sobre matéria processual possa criar título executivo extrajudicial. Poder-se-ia repetir, portanto, que mesmo com o advento do Código de 2015, um contrato particular assinado apenas pelos contratantes, sem a participação de duas testemunhas, não está expressamente configurado como um título executivo extrajudicial. Entretanto, pode-se questionar, a possibilidade desse mesmo contrato fixar cláusula que por convenção atribuisse força executiva àquele instrumento, sem a presença de duas testemunhas. Questiona-se: passaria este contrato a ter força executiva, mesmo sem a expressa previsão legal? Poderia um negócio jurídico processual criar título executivo extrajudicial? Na doutrina vislumbram-se duas posições.

Uma tendente à segurança jurídica e à taxatividade, negando a possibilidade de criação de título executivo por negócio jurídico processual atípico e a outra valorizando a liberdade e a autonomia privada. Vinculado à tese de que a norma jurídica determina o que seria título executivo, pautando o entendimento sobre a taxatividade legal, José Miguel Garcia Medina eleva a necessidade de proteção à segurança jurídica<sup>456</sup> conferida pelo ordenamento. Medina conclui, portanto, que, ao considerar preponderante a segurança jurídica, “[...] a regra prevista no art. 190 do CPC/2015 não autoriza às partes criarem título executivo não previsto em lei, ou que as partes dispensem requisito previsto na lei para que esteja diante de título executivo”.<sup>457</sup> Neste pensamento, um documento particular assinado apenas pelo credor e devedor, sem a participação de duas testemunhas, conforme estabelece o art. 784, inciso III do Código de

---

<sup>456</sup> Apresentando quatro razões para a proibição da criação de título executivo por negócio jurídico processual, elevada a segurança jurídica, assim expressa Medina: “A exigência de título executivo, para se dar azo ao processo de execução, sob esse prisma, também prescreve certa dose de segurança jurídica, no sentido de que seja possível saber, de antemão: (a) quais fatos, dentre os diversos fatos jurídicos, foram selecionados pela norma jurídica como títulos executivos; (b) que só terá acesso ao processo de execução quem detiver um título executivo, o que importa, em certa medida, numa espécie de controle, pelo órgão jurisdicional, da legitimidade da pretensão executiva deduzida pelo demandante; mas, também; (c) que alguém somente poderá sofrer, sobre sua pessoa ou seus bens, atos executivos, se tais atos executivos estiverem ‘legitimados’ pela existência de um título executivo pode ser vista como uma garantia que presta o ordenamento jurídico de que não por outra razão, mas somente em virtude de um título executivo é que alguém deverá se sujeitar à execução; ainda (d) considerando esta sua função típica, o título executivo habilita o exequente a ajuizar a ação de execução, o que importa indiscutível situação de vantagem em relação ao credor destituído de título executivo.” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 165).

<sup>457</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 165-166.

Processo Civil, mesmo que contenha convenção entre as partes dotando de força executiva aquele instrumento, não haverá título executivo.<sup>458</sup>

Por outra via, parte da doutrina resta por aceitar a possibilidade de criação de títulos executivos extrajudiciais por convenção, estando nesta linha de pensamento Fabiano Carvalho<sup>459</sup>, Alexandre Freitas Câmara<sup>460</sup>, Antônio do Passo Cabral<sup>461</sup>, Fredie Didier Jr.<sup>462</sup>, Leonardo Carneiro da Cunha<sup>463</sup>, Paula Sarno Braga<sup>464</sup> e Rafael Alexandria de Oliveira<sup>465</sup>, estes últimos em obra conjunta, cujos argumentos passarão a ser demonstrados.

Na defesa da possibilidade de criação de títulos executivos extrajudiciais por negócios jurídicos processuais, a ascensão da autonomia privada é alocada como ponto fundamental. A partir da inclusão no sistema de uma cláusula geral de negociação processual, a autonomia poderá ser exercida, isto porque o “[...] o prestígio da vontade das partes reforça o devido processo legal”,<sup>466</sup> sendo um ambiente propício para a criação de títulos executivos por negócios jurídicos processuais. Considera-se, assim, a pretensão executiva como uma situação jurídica disponível, e nessa perspectiva “[...] não há óbice para que as partes estabeleçam um

<sup>458</sup> José Miguel Garcia Medina assim assevera: “Assim, não se considerará título executivo, p. ex., documento particular assinado apenas pelo devedor, em que conste convenção entre as partes no sentido de se dispensar a assinatura de duas testemunhas, assim como não se considerará título executivo negócio do qual não resulte obrigação de pagar quantia líquida., ainda que as partes designem um negócio assim celebrado como título executivo. Diante do que se disse, depreende-se que não se permite, no direito brasileiro, a celebração de convenções processuais tendentes à criação de título executivo não previsto em lei ou à eliminação de elemento constante em algum dos tipos escolhidos pelo legislador para que se configure o título executivo. Trata-se, pois, a nosso ver, de limite à incidência do art. 190 do CPC/2015.” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 172-173).

<sup>459</sup> CARVALHO, Fabiano. Comentário ao art. 771. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1772.

<sup>460</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Altas, 2017. (Edição VitalSource Bookshelf).

<sup>461</sup> CABRAL, Antônio do Passo; DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, v. 275, p. 193-228, jan. 2018. PDF, p. 8-10. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

<sup>462</sup> CABRAL, Antônio do Passo; DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, v. 275, p. 193-228, jan. 2018. PDF, p. 8-10. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017; e DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*, 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, v. 5, p. 315-317.

<sup>463</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*, 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, v. 5, p. 315-317.

<sup>464</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*, 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, v. 5, p. 315-317.

<sup>465</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*, 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, v. 5, p. 315-317.

<sup>466</sup> CABRAL, Antônio do Passo; DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, v. 275, p. 193-228, jan. 2018. PDF, p. 9. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

título executivo por acordo processual”,<sup>467</sup> fixando em um instrumento uma cláusula de exequibilidade. Nesta linha, “[...] admite-se que haja uma confissão de dívida por instrumento particular assinado pelo devedor, mas sem qualquer testemunha (o que a lei exige como requisito do título executivo extrajudicial previsto no art. 784, III), a que se atribua eficácia de título executivo por convenção das partes.”<sup>468</sup>

Outro ponto levantando pela corrente favorável à negociação processual como fonte de títulos executivos é a determinação contida no art. 771 do Código de Processo Civil. Em vista disso, seria admissível a fonte negocial atípica para o título a partir da parte final do referido artigo que estabelece que as regras sobre execução são aplicáveis aos “[...] efeitos de atos ou fatos processuais a que a lei atribuir força executiva.” Por esta razão, o art. 190 do Código de Processo Civil estaria autorizando que negócios jurídicos processuais atípicos possam criar títulos executivos extrajudiciais.<sup>469</sup>

Entende-se no presente trabalho, dado o que já foi desenvolvido, pela possibilidade de criação de títulos executivos extrajudiciais por negócios jurídicos processuais atípicos, além dos casos previstos legalmente ou ainda dispensando os requisitos formais exigidos, conforme os argumentos ora aprofundados:

A) O argumento da ofensa à segurança jurídica não prospera frente ao exercício da autonomia de vontade que realiza o direito fundamental à liberdade. Isto porque as partes, ao estabelecerem um contrato, por exemplo, não contendo nenhuma invalidade, vulnerabilidade ou abusividade, não podem posteriormente alegar quebra da segurança jurídica. Pelo contrário, realizado o negócio jurídico, o que gera insegurança jurídica seria exatamente o seu descumprimento ou invalidação posterior. Respeita-se, aqui, o ato jurídico perfeito. Assim, enquadrando-se a segurança jurídica como o “[...] conjunto de condições que tornam possíveis às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”,<sup>470</sup> conforme refere José Afonso da Silva, não há qualquer violação na formação de título executivo diretamente por negócio jurídico processual atípico. Os contratantes conhecem previamente os termos do contrato e atender a segurança

---

<sup>467</sup> CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 316.

<sup>468</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Altas, 2017, p. 321.

<sup>469</sup> Este é o entendimento compartilhado em CARVALHO, Fabiano. Comentário ao art. 771. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1772.

<sup>470</sup> SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 412. Sobre o tema, ver também SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia do direito fundamental à segurança jurídica. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 6, p. 323, jul./dez. 2005.

jurídica é dar efetividade processual àquele título formado pela convenção processual.<sup>471</sup> Sobre o valor da segurança jurídica e a sua relação com a liberdade contratual, Fernando Araújo refere a insegurança gerada pela admissão de “[...] revisão dos termos contratuais a cada alteração das circunstâncias e a cada oscilação na onerosidade contratual, e no que isso representaria para a tutela das expectativas das partes.”<sup>472</sup> Negar aplicabilidade ao negócio processual que cria título executivo extrajudicial sob o fundamento de ofensa à segurança jurídica é fomentar a insegurança jurídica.

B) Inexistente invalidade, vulnerabilidade e abusividade, a perspectiva do negócio jurídico processual é permeada pela sua função social e pela boa-fé, a partir da autodeterminação das partes no âmbito contratual, conforme referido no item 2.1.1 do presente trabalho. Como já referido, a convenção, portanto, não é conceituada e informada apenas pelo exercício da autonomia de vontade, mas por sua concepção e função social, analisando os efeitos deste negócio jurídico na sociedade como um todo, em uma plena valorização da “[...] confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé das partes contratantes.”<sup>473</sup> Assim, negar aplicabilidade ao negócio processual atípico que cria título executivo é atentar contra a sua função social e a boa-fé dos contratantes. No horizonte dos contratos empresariais, propício à negociação processual atípica, a criação destes títulos nos contratos realiza ainda o negócio, para além de sua função social, como instrumento de maximização das aspirações dos contratantes.<sup>474</sup>

---

<sup>471</sup> Sobre segurança jurídica, efetividade e processo justo, segue a lição de Eduardo Cambi e Filipe Braz da Silva Bueno: “Tanto a segurança jurídica quanto a efetividade processual podem ser retiradas de uma mesma origem constitucional. A segurança jurídica está ligada ao direito processual civil pela garantia do devido processo legal (art. 5.º, LIV, CF), sendo relevante ressaltar que se trata de princípio dinâmico que deve exprimir a efetividade da tutela jurisdicional e a consagração do direito fundamental ao processo justo (art. 5.º, XXXV, CF). Assim, se o direito ao processo justo compreende as principais garantias processuais, como as da ação, da ampla defesa, da igualdade e do contraditório efetivo, do juiz natural, da publicidade dos atos processuais etc., que são as garantias do devido processo legal e também da efetividade, não se pode negar, que segurança jurídica e efetividade estão intimamente ligadas, sendo faces da mesma moeda.” (CAMBI, Eduardo; BUENO, Filipe Braz da Silva. Segurança jurídica e efetividade processual. *Revista dos Tribunais Sul*, São Paulo, v. 4, p. 175-190, maio/abr. 2014. PDF, p. 6. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017).

<sup>472</sup> ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 329.

<sup>473</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 214. E continua: “Valores como equidade, a boa-fé e a segurança nas relações jurídicas tomam o lugar ao lado da autonomia da vontade na nova teoria contratual.” (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 215). Na mesma toada, refere Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza e Maria Celina Bodin de Moraes: “Os atos de autonomia são dirigidos à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis.” (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2007, p. 215).

<sup>474</sup> ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 47-48.

C) Considerando a taxatividade do rol do art. 784 do Código de Processo Civil, bem como a determinação do inciso XII do mesmo artigo, que dispõe que terá poder executório “[...] todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva”, percebe-se que a inserção de uma cláusula geral de negociação processual atípica, conforme o art. 190 do Código de Processo Civil, respeita o ordenamento na criação de títulos executivos derivados diretamente de convenção sobre matéria processual, já que construídos a partir da autorização legal.

D) Pensar que a fixação de títulos executivos por negócios jurídicos processuais atípicos ou dispensando requisitos legais, fere o direito fundamental ao devido processo legal é olvidar que este direito fundamental é informado pelos princípios da adequação e adaptação como base interna da perspectiva do formalismo-valorativo, conforme estabelecido no item 1.3.1 do presente trabalho. O processo deverá estar adequado às suas finalidades, a partir da utilização de normas procedimentais adequadas e adaptadas ao direito material postulado em juízo,<sup>475</sup> servindo como “[...] ferramenta a serviço do Estado e dos indivíduos na construção de uma realidade mais justa”,<sup>476</sup> atribuindo eficácia ao direito fundamental à tutela efetiva;

E) O modelo cooperativo ou coparticipativo, já referenciado no item 1.3.2, vem ao encontro deste posicionamento, valorizando a autonomia das partes e o papel destas, em exata divisão compartilhada de tarefas, o que implica considerar a possibilidade de formação de títulos executivos a partir de uma negociação processual atípica;

F) Por analogia, analisando o repertório de títulos executivos extrajudiciais do art. 784 do Código de Processo Civil, percebe-se que lá está previsto a formação de um título executivo a partir de um negócio processual típico que exige a presença de duas testemunhas. Neste

---

<sup>475</sup> Neste sentido, afirma Galeno Lacerda: “Isto significa que o Código representa, na verdade, o sistema legal de adequação do processo, como instrumento, aos sujeitos que o acionaram, ao objeto sobre o qual atua, e aos fins da respectiva função judiciária, polarizado sempre para a declaração e realização do direito em concreto.” (LACERDA, Galeno Vellinho de. O código como sistema legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, p. 170, 1976. (Edição comemorativa do cinquentenário 1926-1976). Na mesma linha, segue Alvaro de Oliveira: “Aliás, a existência de regras especiais para determinados procedimentos, em função de relação jurídica substancial submetida à apreciação do órgão jurisdicional, revela exatamente a necessidade de adequação do processo ao direito material.” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 137-138).

<sup>476</sup> Sobre os fins do processo e o papel dos sujeitos, assim refere Reichelt: “Dá-se às partes e ao juiz papéis no debate dos autos que são estabelecidos em função de escopos juridicamente determinados, como, por exemplo, a proteção da liberdade, o respeito à democracia e a preservação dos direitos fundamentais. De outro lado, considera-se a atuação conjunta dessas atividades por eles desenvolvidas como algo igualmente atrelado a esses mesmos objetivos, que coincidem com os resultados almejados pelo Estado em seu compromisso fundamental. Desta maneira, os fins do processo deixam de ser pensados como fins exclusivamente seus, e passam a ser tratados como escopos atrelados a um instrumento que deve ser empregado como canal de transformação do mundo no qual se insere, atuando como ferramenta a serviço do Estado e dos indivíduos na construção de uma realidade mais justa.” (REICHELTL, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 109-110).

horizonte, caso os contratantes dispensem a presença de duas testemunhas e convençionem pela força executiva daquele título, não haverá qualquer vício que retire a força executiva do instrumento, máxime se pensarmos que sendo levado este título à juízo, nenhuma das partes refira que este não foi celebrado ou que exista algum vício. A exigência de participação de duas testemunhas instrumentárias não pode ser obstáculo para o exercício dos direitos fundamentais e como condição de que se sobrepõe à autonomia de vontade manifestada na cláusula que atribui força executiva ao negócio celebrado;

G) A formação de títulos executivos por negócios processuais atípicos não fere valores defendidos por normas cogentes ou interesse público, mas eleva no contexto processual o direito fundamental à liberdade e à tutela efetiva;

H) Por fim, deve ser levado em consideração que este específico negócio processual que crie um título executivo não poderá ser efetivado de forma oral, conforme referido no item 2.4.1.3 do presente estudo, haja vista o requisito da cartularidade na execução.<sup>477</sup>

Pelo exposto, conclui-se pela admissão de negócios jurídicos processuais atípicos como fonte negocial válida de títulos executivos extrajudiciais. Academicamente, o tema ganha relevância no ambiente de discussão a partir da ideia de que a autonomia de vontade poderia atuar na formação de títulos não expressamente previstos, entretanto, “[...] é mais fácil buscar duas testemunhas para assinar um contrato (e assim preencher os requisitos do art. 784, III, do CPC para torná-lo título executivo), do que correr o risco de acreditar na autonomia da vontade e quiçá ver o Judiciário no futuro resistente às convenções processuais.”<sup>478</sup> negar aplicabilidade ao negócio jurídico processual.

### **3.4 O desafio presente na imposição de restrições ao direito fundamental ao duplo grau de jurisdição decorrentes do estabelecimento de negócios jurídicos processuais atípicos no processo de execução**

---

<sup>477</sup> Repensando o requisito da cartularidade na realidade do processo digital, ver BARBOSA, Marco Antônio; ROSSETTO, Guilherme Ferreira; SCABELLI, Carlos Alberto. O cheque e o princípio da cartularidade no processo digital. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, p. 321-338, abr. 2016.

<sup>478</sup> CABRAL, Antônio do Passo; DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, v. 275, p. 193-228, jan. 2018. PDF, p. 10. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

A partir dos elementos traçados, outro importante questionamento guarda relação com a possibilidade de serem estabelecidas restrições ao direito fundamental ao duplo grau de jurisdição por negócios jurídicos processuais que importem na renúncia recursal na via da execução. Implica considerar, especificamente, na impossibilidade de interposição de agravo de instrumento no processo de execução perante as decisões interlocutórias, a despeito da possibilidade prevista no art. 1.015, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Assim, diante da manutenção de uma decisão que determine a penhora de um bem, tido pelo devedor como impenhorável, não poderia o executado interpor referido recurso.

O primeiro ponto a ser atacado, guarda relação com a posição do duplo grau de jurisdição na ordem constitucional.<sup>479</sup> Em um primeiro panorama, pode-se considerar a fundamentalidade do duplo grau “[...] como garantia decorrente do devido processo legal.”<sup>480</sup>

Outro fundamento que justifica a posição do duplo grau como direito fundamental reside no argumento pautado na incorporação no ordenamento nacional do Pacto de São José da Costa Rica que, em seus arts. 8º, n. 2, “h”, e 25 estabelece o direito de recorrer, o que impacta na ampliação do catálogo de direitos fundamentais originalmente previsto, com fundamento no art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988.<sup>481</sup> Sendo o rol de direitos fundamentais um catálogo

<sup>479</sup> Sobre a fundamentalidade do duplo grau e a densificação no Código de Processo Civil, ver: REICHELTL, Luis Alberto; COLOMBO, Juliano. Reflexões sobre a caracterização e a densificação do direito fundamental ao duplo grau de jurisdição no novo CPC. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 13, n. 76, p. 57-70, jan./fev. 2017.

<sup>480</sup> SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 100. Nesta trilha, seguem Sérgio Gilberto Porto e Daniel Ustárroz: “O duplo grau, nesse contexto, conecta-se com o direito de ação e o devido processo constitucional. Processos mais singelos devem ser resolvidos mais rápida e economicamente, podendo-se admitir em tese a limitação do duplo grau, em nome da realização do devido processo constitucional. Contudo, decisões mais graves que interfiram de forma relevante na vida do cidadão merecem controle mais efetivo, podendo-se alcançar a conclusão de que o devido processo seria ameaçado se evitado o duplo grau nessas hipóteses.” (PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 53). Em sentido contrário, assim afirma Paulo Mendes de Oliveira: “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 assegurar o devido processo legal sem o duplo grau de jurisdição e vice-versa.” (OLIVERIA, Paulo Mendes de. *Negócios Processuais e o Duplo Grau de Jurisdição*. In: *Negócios processuais*. Coord. de Antônio do Passo Cabral e de Pedro Henrique Nogueira. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 436).

<sup>481</sup> Sobre o catálogo aberto dos direitos fundamentais, bem como acerca do disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assim assevera Ingo Sarlet: “No que diz com a hipótese específica dos direitos fundamentais que, por via da abertura propiciada pelo art. 5º, § 2º, da nossa Carta, passam a integrar o nosso catálogo (não importando aqui se de forma automática, ou não), a solução não se revela tão singela ou, pelo menos, tão adequada. Na realidade, parece viável concluir que os direitos materialmente fundamentais, oriundos de regras internacionais – embora não tenham sido formalmente consagrados no texto da Constituição – se aglutinam à Constituição material e, por essa razão, acabam tendo *status* equivalente. [...] À luz dos argumentos esgrimidos, verifica-se que a tese da equiparação (por força do disposto no art. 5º, § 2º, da CF) entre os direitos fundamentais localizados em tratados internacionais e os sediados na Constituição formal é que mais se harmoniza com a especial dignidade jurídica e axiológica dos direitos fundamentais na ordem jurídica interna e internacional, constituindo, ademais, pressuposto indispensável à construção e consolidação de um autêntico direito internacional dos direitos humanos, resultado da interpenetração cada vez maior entre os direitos fundamentais constitucionais e os direitos humanos dos instrumentos jurídicos internacionais.”

aberto, a partir da interpretação do referido artigo constitucional, o Pacto de São José da Costa Rica, incorporado pelo Decreto n. 678/1992, em se tratando dos direitos materialmente fundamentais, passa a estar aglutinado “[...] à Constituição material e, por esta razão, acabam tendo *status* equivalente.”<sup>482</sup> Referido argumento acaba sendo ponderado por parte da doutrina, sob o argumento de que tal referência é relativa exclusivamente ao direito penal, não sendo garantido na perspectiva do processo civil. Neste sentido, Araken de Assis afirma que “[...] o art. 8º, 2, h d, da Convenção Americana de Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, internada pelo Dec. 678, de 06.11.1992, só assegurou o direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior no processo penal.”<sup>483</sup> Alexandre Câmara igualmente refere que o duplo grau de jurisdição “[...] no processo civil, diferentemente do que acontece no processo penal, tem *status* meramente legal, e não supralegal ou constitucional.”<sup>484</sup>

Sérgio Gilberto Porto e Daniel Ustárroz, por sua vez, afirmam que o duplo grau encontra assento no sistema constitucional, não sendo justificável negar a sua posição pela razão de não estar explícito na Constituição, podendo ser limitado em razão da necessidade de afirmação de outro direito fundamental.<sup>485</sup>

Pode-se considerar, portanto, a existência do princípio do duplo grau que, a partir de sua recepção no ordenamento constitucional, é positivado como direito fundamental processual.<sup>486</sup> Assim, pode-se tratar do duplo grau tanto como princípio quanto como direito fundamental. Adota-se aqui a denominação de direito fundamental processual e não apenas princípio, pois este último poderia levar a conclusão em sentido “[...] altamente liberal ou postulado sem qualquer força vinculante, simples programa endereçado ao legislador, inteiramente desprovido de conteúdo para conferir a alguém direito subjetivo ao bem jurídico

---

(SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 125-126).

<sup>482</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 125.

<sup>483</sup> ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral – fundamentos e distribuição de conflitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. I, p. 385.

<sup>484</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Altas, 2017, p. 293.

<sup>485</sup> Assim referem Sérgio Gilberto Porto e Daniel Ustárroz: “Desta forma, em que pese o duplo grau ser limitado pela legislação infraconstitucional (desde que em prol da afirmação de outros direitos fundamentais e preservado seu núcleo essencial), encontra assento constitucional no sistema brasileiro.” (PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da constituição federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 99).

<sup>486</sup> Sobre o tema, refere Araken de Assis: “Os direitos fundamentais processuais operam positiva e negativamente na conformação do processo e, como resultado, chega-se ao processo constitucionalmente justo e e equilibrado. É o duplo caráter objetivo e subjetivo dos direitos fundamentais, retratado no devido processo; por um lado, outorga um direito subjetivo e a pretensão de a parte exigir o processo constitucionalmente conformado em qualquer caso concreto; e, de outro lado, objetivamente a hierarquia superior vincula os órgãos do Estado à observância do processo constitucionalmente conformado.” (ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral – fundamentos e distribuição de conflitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. I, p. 392).

mais antevisto do que explicitado em sua proposição.<sup>487</sup> Assim, a amplitude e falta de convergência acerca da noção de princípio poderia levar a uma abstração que culmine com a retirada de força ao duplo grau de jurisdição. Fundamento diverso encontrado quanto à fundamentalidade do duplo grau é encontrado em Araken de Assis que, ao classificar o duplo grau no capítulo dos direitos fundamentais relativos à estrutura do processo, refere que este é derivado, ainda, da previsão de recurso ordinário já que é “[...] cabível para o STF contra decisões proferidas em única instância pelos tribunais superiores, nos casos do art. 102, II, da CF/1988, e para o STJ, nas hipóteses do art. 105, II, da CF/1998. Desse modo, costuma-se incluir no catálogo o duplo grau de jurisdição.”<sup>488</sup>

Enquadrar o duplo grau na categoria dos direitos fundamentais importa em reconhecer o tratamento jurídico diferenciado e reforçado que está submetido, bem como a “[...] especial dignidade e proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material.”<sup>489</sup> Ainda que se possa discutir acerca da internalização do Pacto de São José da Costa Rica apenas na área penal, o que implica, com a devida vênia, reduzir injustificadamente a sua extensão,<sup>490</sup> inegável reconhecer a fundamentalidade material do duplo grau. Tem o duplo grau dignidade suficiente para ser considerado materialmente fundamental.<sup>491</sup> Acerca da fundamentalidade material, assim refere Ingo Sarlet:

Importante, neste contexto, é a constatação de que o reconhecimento da diferença entre direitos formal e materialmente fundamentais traduz a ideia de que o direito constitucional brasileiro (assim como o lusitano) aderiu a certa ordem de valores e de princípios, que, por sua vez, não se encontra necessariamente na dependência do Constituinte, mas que também encontra respaldo na ideia dominante de Constituição e no senso jurídico coletivo.<sup>492</sup>

Identifica-se com clareza que a ideia da Constituição e o senso jurídico coletivo conduzem à necessidade do sistema processual de prever a possibilidade de revisão das decisões, diante da falibilidade humana, da equidistância dos julgadores em segundo grau, da colegialidade, do sentimento natural de inconformismo etc., que justificam a adoção de um grau

<sup>487</sup> ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*: parte geral – fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. I, p. 389.

<sup>488</sup> ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*: parte geral – fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. I, p. 385.

<sup>489</sup> Neste sentido, acerca da fundamentalidade formal e material: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 509.

<sup>490</sup> Tal argumento pode ser deduzido acerca do art. 8º que trata das garantias judiciais, sendo conferido o duplo grau ao processo penal, diretamente extensível ao processo civil.

<sup>491</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 539.

<sup>492</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 81.

revisor dada a fundamentalidade material do duplo grau.<sup>493</sup> Ingo Sarlet afirma ainda, a possibilidade de identificação e construção jurisprudencial de direitos fundamentais não escritos e dispostos nos tratados internacionais, a partir do conceito materialmente aberto sustentado pelo art. 5º, §2º, da Constituição de 1988,<sup>494</sup> o que reforça o entendimento acerca da existência do direito fundamental ao duplo grau de jurisdição.

Entendimento contrário é apresentado por Paulo Mendes de Oliveira, negando a concretização de um direito fundamental ao duplo grau de jurisdição, bem como sobre sua posição constitucional, sendo inexistente “[...] uma garantia à dúplice revisão, de maneira que as partes estão sujeitas, no particular, à disciplina infraconstitucional sobre as espécies recursais cabíveis.”<sup>495</sup> Com a devida vênia, o fato de estar disciplinado por ordenamento infraconstitucional não retira do duplo grau a sua fundamentalidade. Os direitos fundamentais são disciplinados e não possuem valor absoluto, visto que deverão ser colocados em ponderação com outros direitos fundamentais.<sup>496</sup> A normatização infraconstitucional é necessária para a concretização dos direitos fundamentais.

Ressalte-se que não há defesa aqui exposta sobre a possibilidade de as partes criarem novo recurso não previsto em lei, visto que haveria uma clara ofensa à taxatividade recursal.<sup>497</sup>

---

<sup>493</sup> Sobre os fundamentos que justificam a adoção do duplo grau, assim refere Cristiana Pinto Ribeiro: “Primeiramente, apresenta-se o fundamento psicológico, tanto em relação à parte vencida, que tem um sentimento natural de inconformidade com a decisão desfavorável, reagindo imediatamente à decisão, quanto em relação ao magistrado, que em tese decide com mais cuidado ao saber que a sentença será revista. A doutrina também refere à falibilidade humana, que não poderia deixar de acompanhar a existência dos juízes, como argumento favorável ao duplo grau, levando-se em conta que a revisão ocorre, normalmente, por juízes mais experientes, que compõem um órgão colegiado.” (RIBEIRO, Cristiana Pinto. *Apelação no novo CPC: efeitos devolutivo e suspensivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 28-29).

<sup>494</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 87.

<sup>495</sup> Assim refere Paulo Mendes de Oliveira: “Sobre ser um direito fundamental das partes, pela argumentação antes expendida sobre a alocação do princípio do duplo grau de jurisdição no texto constitucional, parece claro que não se pode concluir pela existência de um direito fundamental ao recurso. O acesso à justiça não confere aos postulantes tal extensão, sendo garantida uma resposta do Judiciário a qualquer alegação de lesão ou ameaça a direito, mediante um procedimento em que sejam asseguradas as garantias processuais antes trabalhadas. Não há, porém, uma garantia à dúplice revisão, de maneira que as partes estão sujeitas, no particular, à disciplina infraconstitucional sobre as espécies recursais cabíveis.” (OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição*. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 436).

<sup>496</sup> Sobre o tema, refere Araken de Assis: “Nenhum direito fundamental afigura-se absoluto. Existem casos em que eles se contradizem, ou mutuamente se excluem, exigindo ponderação. Um deles é parcialmente sacrificado para que o outro seja parcialmente viabilizado.” (ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral – fundamentos e distribuição de conflitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. I, p. 387).

<sup>497</sup> Sobre a taxatividade recursal como aspecto impeditivo da negociação que crie recurso não previsto na lei, assim afirmam Júlia Lipiani e Marília Siqueira: “Se o legislador determinou a existência somente dos determinados recursos previstos em lei, de modo a limitar as possibilidades de revisão das decisões de primeiro grau, já que uma sentença não poderia ser impugnada ilimitadamente, não seria lógico ou razoável que fosse permitido às partes do processo criar novas modalidades recursais atreladas aos seus interesses particulares, ainda que por convenção. Tratando-se de matéria de reserva legal, portanto, não há como se cogitar a possibilidade de negociação em torno dela.” (LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. *Negócios jurídicos*

Pelo contrário, aqui se busca demonstrar o cabimento de negócio jurídico processual que impeça a utilização de recurso no processo de execução, tal como o agravo de instrumento.

Considerar o duplo grau como direito fundamental, portanto, não implica compreender o seu uso limitado pois a “[...] falta de contingenciamento às impugnações das resoluções judiciais, em nome do valor justiça, geraria intolerável elastério dos trâmites processuais.”<sup>498</sup> Neste cenário, tanto a lei processual como a fonte negocial poderiam limitar a utilização do duplo grau em prol da realização e eficácia de outros direitos fundamentais, em exata e necessária ponderação.

Fixada a fundamentalidade do duplo grau, retorna-se ao questionamento inicial: poderia ser celebrado um negócio jurídico pré-processual que vede a interposição de recursos no processo de execução? Havendo manutenção de uma decisão que determine a penhora de um bem, tido pelo devedor como impenhorável, não poderia o executado interpor referido recurso? Qual seria a providência a ser tomada pelo Tribunal?

As respostas aqui construídas desaguam na consideração da validade do acordo celebrado, na impossibilidade de interposição de agravo de instrumento e no não conhecimento do recurso eventual interposto.<sup>499</sup>

Inicialmente, observe-se que, no exemplo tratado, não há ofensa ao direito fundamental à tutela jurisdicional, verificado a partir da interpretação do art. 5º, inciso XXXV, da Constituição de 1988.<sup>500</sup> A tutela jurisdicional será prestada. Mesmo já tendo escoado o prazo de embargos à execução (art. 915 do Código de Processo Civil), em caso de penhora superveniente, esta poderá ser impugnada pelo executado, conforme art. 917, § 1º do Código de Processo Civil.<sup>501</sup> Rejeitada a alegação de impenhorabilidade, não haveria possibilidade de interposição de agravo de instrumento em razão do óbice criado pela fonte negocial.

---

*processuais sobre a fase recursal.* In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 456).

<sup>498</sup> ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral – fundamentos e distribuição de conflitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. I, p. 493.

<sup>499</sup> Neste sentido, refere Alexandre Câmara: “[...] não se pode deixar de recordar a possibilidade de, mediante negócio processual atípico (art. 190), celebrar-se um pacto de não recorrer, cuja existência impedirá a apreciação do recurso que eventualmente venha a ser interposto.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Altas, 2017, p. 497).

<sup>500</sup> Conforme referem Daniel Mitidiero e Luiz Guilherme Marinoni: “O direito à tutela jurisdicional deve ser analisado no mínimo sob três perspectivas: (i) do acesso à justiça; (ii) da adequação da tutela; e (iii) da efetividade da tutela. Note-se que o art. 5º, XXXV, da CF, posto que descenda nitidamente dos arts. 141, § 4º, da CF/1946. E 153, § 4º, da CF/1967, têm âmbito de proteção com espectro muito mais largo que os seus antecessores.” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 712).

<sup>501</sup> Conforme afirma Alexandre Minatti: “A defesa típica do executado em caso de execução fundada em título executivo extrajudicial é deduzida pela via dos embargos do executado, mais uma vez, ponderando-se que o CPC/2015 autoriza a adefesa atípica, por simples petição, no bojo da demanda executiva, *ex vi* fo art. 917, § 1º.” (MINATTI, Alexandre. *Defesa do executado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 40).

De igual forma, não existem valores protegidos por normas cogentes que restam afetados pela disponibilidade recursal na execução. Conforme referido anteriormente, o princípio dispositivo, inserido em sua perspectiva material, no que se refere à liberdade das partes e ao objeto do processo, deverá ser interpretado conforme a realidade histórica e cultural em que resta analisado, bem como impregnado pelo modelo cooperativo ou participativo do processo. Assim, a autonomia de vontade encontra ambiente mais que favorável no processo de execução.<sup>502</sup> Ademais, aquele que celebrou o negócio processual dispõe da tutela recursal, sendo o recurso voluntário, modulando, portanto, os “seus” deveres, poderes e faculdades, conforme aprofundado no item 2.4.1. Sobre o tema, Alexandre Câmara afirma que “[...] têm as partes, então, autorização da lei para dispor sobre suas próprias posições processuais, não podendo o negócio alcançar as posições processuais do juiz. Assim, por exemplo, é lícito celebrar negócio processual que retire das partes a faculdade de recorrer (pacto de não recorrer).”<sup>503</sup> A voluntariedade recursal é uma das manifestações do princípio dispositivo em sede recursal, assim “[...] por mais injusta ou ilegal que tenha sido a decisão proferida, a parte atingida está livre para aceitá-la, pois, melhor do que ninguém, sabe o que lhe convém.”<sup>504</sup>

Analisando a perspectiva agora no conceito do contrato, vinculado à sua função social ou ainda como instrumento maximizador do bem-estar, de acordo com tratado no item 2.1.1, percebe-se que a fonte negocial que estabeleça acordo de única instância é plenamente aceita, pois irá prospectar seus efeitos contemplando as justas expectativas da parte beneficiada, conduzindo à efetividade da tutela e à razoável duração do processo, bem como a situações socialmente úteis.<sup>505</sup> Ademais, em se tratando de negócio processual inserido em contrato empresarial, analisando o aspecto econômico, servirá de instrumento maximizador, impulsionando a atividade empresarial, com a possível redução de custos.<sup>506</sup>

No terreno dos direitos fundamentais, pode-se pensar que o referido negócio processual geraria uma suposta ofensa ao direito fundamental ao duplo grau de jurisdição, ao devido processo legal e à segurança jurídica. Repise-se que não há direito fundamental absoluto que não possa sofrer restrições diante de uma aparente colisão com outros direitos fundamentais

---

<sup>502</sup> CABRAL, Antônio do Passo; DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, v. 275, p. 193-228, jan. 2018. PDF, p. 4. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

<sup>503</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 122.

<sup>504</sup> PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 66. Referidos autores acrescentam na mesma página: “O princípio da voluntariedade é um dos corolários dos princípios dispositivo e da demanda, em sede recursal”.

<sup>505</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2007, p. 215.

<sup>506</sup> Sobre o contrato no conceito de instrumento maximizador, ver ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 45-46.

que devem preponderar na análise do caso concreto. Aqui se apresenta a preponderância da autonomia de vontade e do direito fundamental à liberdade, bem como do direito fundamental à tutela efetiva e à razoável duração do processo, em aparente conflito com os direitos fundamentais do duplo grau de jurisdição, do devido processo legal e da segurança jurídica. A análise dos direitos fundamentais envolvidos, por si só, já uma tarefa que exige grande cuidado e qualificação teórica, em virtude do amplo suporte fático de grande parte dos direitos fundamentais, bem como pela mescla conceitual e diversidade do *nome iuris* de diversos direitos verificado na doutrina.<sup>507</sup>

Apresentando-se como critério possível para a correta solução diante do aparente conflito, poderá o julgador, aplicando o postulado normativo da proporcionalidade em seus três níveis, adotar caminho seguro na solução da questão. Sobre a proporcionalidade, Humberto Ávila afirma que a proporcionalidade seria um postulado normativo aplicativo, uma metanorma, situando-se em plano distinto, denominado normas de segundo grau, atuando como estruturas para a aplicação de outras normas.<sup>508</sup> Os três níveis apresentados são a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Neste primeiro nível, adequação é satisfeita no intuito de representar o negócio jurídico processual como meio adequado para regular situações processuais e realizar a cláusula geral de negociação processual atípica. Dessarte, pela realização de convenção atípica sobre matéria processual, poderá ser limitado o duplo grau de jurisdição, a partir da permissão contida de

---

<sup>507</sup> Conforme refere Antônio do Passo Cabral: “À evidência, nem sempre pode ser tão simples identificar apenas uma garantia fundamental que seja potencialmente afetada pela convenção. Os acordos para simplificação de formalidades, p. ex., além de tocarem o devido processo legal, também podem levar a uma tramitação do processo em tempo razoável; um acordo probatório para a produção de prova em uma determinada localidade (mas fora da sede do juízo) pode falar em nome da efetividade do processo e de sua duração razoável, ainda que potencialmente possa ferir o princípio da ampla defesa. A dificuldade de precisar qual ou quais os direitos fundamentais envolvidos decorre, de um lado, do amplo suporte fático dos direitos fundamentais, que se estruturam para que possam abranger o maior número de situações jurídicas dignas de proteção. Por outro lado, é também fruto de um déficit analítico na literatura do direito processual, que constantemente mistura o conteúdo de diversas garantias fundamentais, sem atentar para a precisão conceitual.” (CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 332).

<sup>508</sup> Acerca da diferenciação entre princípios e postulados normativos, assim refere Humberto Ávila: “Como os postulados situam-se em um nível diverso do das normas objeto de aplicação, defini-los como princípios ou como regras contribuiria mais para confundir do que para esclarecer. Além disso, o funcionamento dos postulados difere muito do dos princípios e das regras. Com efeito, os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção. Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios com postulados.” (ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 177-178).

forma aberta pelo art. 190 do Código de Processo Civil. O negócio jurídico processual, em tese, tem idoneidade técnica para realizar o acordo de única instância no processo de execução.

No segundo nível, enfrenta-se a necessidade. Na esfera da necessidade, afirma-se que o negócio jurídico processual é meio necessário para atingir o fim desejado, ou seja, a unicidade de instância. Não há meio alternativo a ser realizado que garanta previamente, tal como o negócio jurídico processual, a não utilização da instância recursal no ambiente do Poder Judiciário. Assim, com nível de segurança, somente mediante o negócio jurídico processual as partes teriam a justa expectativa da utilização de única instância, sob pena de um contratante depender posteriormente da vontade do outro para a suposta renúncia ao direito de recorrer.

Vencidos os níveis anteriores, na proporcionalidade em sentido estrito, questiona-se acerca das vantagens proporcionadas pela validade da convenção sobre matéria processual e o acordo de única instância, bem como se este supera as desvantagens que seriam geradas pelo seu afastamento. Sobre o critério da proporcionalidade em sentido estrito, assim aprofunda Humberto Ávila:

O exame da proporcionalidade em sentido estrito exige a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição aos direitos fundamentais. A pergunta que deve ser formulada é a seguinte: O grau de importância da promoção do fim justifica o grau de restrição causada aos direitos fundamentais? Ou, de outro modo: As vantagens causadas pela promoção do fim são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio? A valia da promoção do fim corresponde à desvalia da restrição causada?<sup>509</sup>

A adoção do postulado normativo da proporcionalidade poderá, a partir de construção dialética e fundada na correta hermenêutica, verificar a preponderância do direito fundamental adequado ao caso concreto. Pode-se pensar, assim, que as vantagens da aceitação do negócio jurídico processual estão postas na valorização da autonomia privada, no direito fundamental à liberdade, no mecanismo que atribui maior efetividade à tutela jurisdicional, bem como na razoável duração do processo e na redução do custo do processo. Em contraposição, o devido processo legal não resta afetado em seu núcleo essencial, mas realizado e conformado pela adaptação e adequação, ambos na perspectiva do formalismo-valorativo, conforme fundamentado no item 1.3.1. O duplo grau de jurisdição, haja vista sua voluntariedade, poderá sofrer disposição, não havendo proibição quanto ao seu não exercício. Por fim, a segurança jurídica não estará afetada pois as partes conhecem previamente os termos do contrato e atender a segurança jurídica é dar efetividade à convenção processual de renúncia de instância.

---

<sup>509</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 217.

Sobre a proporcionalidade, vários são os autores que buscaram ao seu modo, fixar critérios para a sua utilização, tendo todos um endereço comum na ponderação de valores ou bens jurídicos envolvidos. Barbosa Moreira refere que a atenta “[...] ponderação comparativa dos interesses em jogo no caso concreto afigura-se capaz de permitir que se chegue a solução conforme à Justiça. É exatamente a isso que visa o recurso ao princípio da proporcionalidade.”<sup>510</sup> Na visão de Juarez Freitas, quando ocorrida a possível ofensa a outro direito fundamental, exige-se um esforço interpretativo, em clara interpretação sistemática, acerca de qual bem jurídico deverá prevalecer, sendo esta entendida como uma operação em que será atribuída “[...] topicamente, a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas estritas (ou regras) e aos valores jurídicos, hierarquizáveis num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias em sentido amplo.”<sup>511</sup> Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sérgio Cruz Arenhart referem que a “[...] dificuldade da questão das restrições não expressamente autorizadas aos direitos fundamentais se liga ao problema de resolução das colisões entre os direitos fundamentais, daí importando a regra da ponderação.”<sup>512</sup> Na perspectiva do denominado princípio da proporcionalidade, Robert Alexy apresenta três outros princípios parciais, trabalhando no ambiente de direitos fundamentais, igualmente como princípios, sendo mandamentos de otimização, estabelecendo a “lei de ponderação” como o terceiro princípio parcial da proporcionalidade.<sup>513</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, ao aprofundar os denominados limites aos limites dos direitos fundamentais, igualmente apresenta os três níveis de análise do denominado princípio da proporcionalidade, com atenção à terceira etapa da proporcionalidade em sentido estrito e nesse particular expondo a controvérsia doutrinária acerca do risco de excesso de subjetivismo na técnica de ponderação.<sup>514</sup>

<sup>510</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 337, p. 125-134, jan./mar. 1997, p. 128.

<sup>511</sup> FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 82.

<sup>512</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 1, p. 382.

<sup>513</sup> Assim refere Robert Alexy: “O princípio da proporcionalidade consiste de três princípios parciais: dos princípios da idoneidade, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Todos os três princípios expressam a idéia da otimização. Direitos fundamentais como princípios são mandamentos de otimização. Como mandamentos de otimização, princípios são normas que ordenam que algo seja realizado, relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas, em medida tão alta quanto possível. [...] A ponderação é objeto do terceiro princípio parcial do princípio da proporcionalidade, do princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Esse princípio diz o que significa a otimização relativamente às possibilidades jurídicas. Ele é idêntico com uma regra que se pode denominar ‘lei da ponderação’. Ele diz: ‘Quanto mais alto é o grau do não-cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro’.” (ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade*. Tradução de Luís Afonso Heck. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 1, p. 721-732, maio 2011. PDF, p. 4-5. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017). Sobre o tema, ver também ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

<sup>514</sup> Assim assevera Ingo Wolfgang Sarlet: “De acordo com a posição corrente e amplamente recepcionada pela doutrina e também acolhida em sede jurisprudencial (embora nem sempre corretamente aplicada!), na sua

Acerca dos diversos modelos adotados, Jorge Reis Novais assevera a necessidade de limitação dos direitos fundamentais, alegando sobretudo a existência de outros bens igualmente dignos de proteção jurídica, a saber:

Do percurso pelos vários modelos de fundamentação resultou, claramente, que qualquer que seja a justificação ou fundamentação encontrada, as mais elementares necessidades de convivência social apontam para a possibilidade e necessidade de os direitos fundamentais, independentemente das reservas ou ausência de reservas com que os dotou o legislador constituinte, poderem ter de ceder nas situações em que outros bens igualmente dignos de proteção jurídica assim o exigiam.<sup>515</sup>

O risco de subjetivismo vem apontado por parte da doutrina como o principal ponto frágil da teoria da proporcionalidade na ponderação principiológica. Nesta linha Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins apresentam visão crítica à ideia de ponderação pela falta de uma medida objetiva, cientificamente comprovada para a ponderação. Para estes autores, a abordagem principiológica é falha, pois “[...] a partir do momento em que começa a subjetividade na interpretação (o que sempre ocorre na ponderação *stricto sensu*), o julgador excede os limites de seu poder, pois apresenta como eventualmente inconstitucional uma norma que simplesmente não é de seu agrado.”<sup>516</sup> Neste panorama, haveria irracionalidade na

---

função como critério de controle de legitimidade constitucional de medidas restritivas no âmbito de proteção dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade costuma ser desdobrado em três elementos (subcritérios ou subprincípios constitutivos, como prefere Gomes Canotilho): a) a adequação ou conformidade, no sentido de um controle da viabilidade (isto é, da idoneidade técnica) de que seja em princípio alcançar o fim almejado por aquele(s) determinado(s) meio(s), muito embora, para alguns, para que seja atendido o critério, bastaria que o poder público (mediante a ação restritiva) cumpra o dever de fomentar o fim almejado; b) da necessidade, em outras palavras, a opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição, exame que envolve duas etapas de investigação: o exame da igualdade de adequação dos meios (a fim de verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim) e, em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo (com vista verificar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais afetados); c) da proporcionalidade em sentido estrito (que exige a manutenção de um equilíbrio proporção e, portanto, de uma análise comparativa) entre os meios utilizados e os fins colimados, no sentido do que para muitos tem sido chamado de razoabilidade ou justa medida, já que mesmo uma medida adequada e necessária poderá ser desproporcional.” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 415-416).

<sup>515</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 569.

<sup>516</sup> Assim referem: “A proposta de Alexy insere na ponderação, além do sopesamento axiológico propriamente dito, elementos fáticos ligados ao caso concreto. Mas, em ambos os casos, falta uma medida objetiva, cientificamente comprovada para a ponderação, por mais rebuscados que pareçam os modelos apresentados por Alexy e seus seguidores. Alguns autores defendem a abordagem principiológica, observando que a carga de subjetividade na decisão dos juízes pode diminuir, graças ao trabalho da doutrina e também mediante a consolidação jurisprudencial de certos entendimentos. Isso convence na medida em que cabe à doutrina sistematizar e padronizar entendimentos, promovendo sua uniformização (mas também sua revisão!). Contudo, essa observação não responde e muito menos resolve o problema. A dificuldade principal não diz respeito à subjetividade dos julgadores que é inerente ao exercício do poder discricionário. Pergunta-se, antes de tudo, quem deve tomar essa decisão (discricionária e de cunho político). Assim sendo, não é suficiente dizer que o método da ponderação é marcado por “limites de racionalidade”, admitindo que a decisão do julgador sempre terá elementos subjetivos e não passíveis de consenso e de controle intersubjetivo. É necessário entender que, a partir do momento em que começa a subjetividade na interpretação (o que sempre ocorre na ponderação *stricto sensu*), o julgador excede os limites de seu poder, pois apresenta como eventualmente inconstitucional

aplicação da ponderação, visto que ponderar em sentido estrito significa tomar posições políticas e não jurídicas, pois “[...] como acreditar que um juiz possa comparar de forma confiável a ‘valia’ de um direito e a ‘desvalia’ do outro ou que tenha a capacidade de avaliar se um direito possui ‘peso suficiente’?”<sup>517</sup>

Com a devida vênia, a ponderação política continua sendo feita pelo legislador e a inconstitucionalidade ou a mais valia não é encontrada apenas naquilo que é do agrado do julgador. Referido posicionamento reduz a posição do julgador e o seu padrão decisório, bem como a tutela jurisdicional a ser prestada diante da análise do caso concreto. Uma decisão que pondere pelo afastamento de determinado direito fundamental em detrimento de outro somente será válida se cumprido fielmente o dever de fundamentação (art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil). Ademais, a própria decisão colegiada proferida pelos Tribunais incrementa a racionalidade e qualifica a decisão, afastando-se a ideia de que o julgador não teria capacidade para analisar o peso suficiente de um direito. Desta maneira, o cumprimento dos padrões decisórios e o dever de fundamentação ofuscam o risco de subjetivismo inerente à atividade do julgador.<sup>518</sup>

---

uma norma que simplesmente não é de seu agrado. [...] Dito de outra forma, a proporcionalidade *stricto sensu* tem o condão de ferir tanto o princípio da separação de funções estatais quanto o princípio democrático: ponderar em sentido estrito significa tomar decisões políticas e não jurídicas. E ignorar que, acima das relações empíricas entre intervenção e propósito estatal, está a ponderação *stricto sensu* do legislador. Tal ponderação cabe somente ao legislador, em se considerando sua legitimação democrática e constitucional organizacional. Intersecções orgânicas no exercício da função legislativa não elidem o caráter normativo do art. 2º da CF. Há uma presunção de atribuição de competência a favor do órgão tradicionalmente especializado para o exercício daquela função quando a Constituição, na parte especial organizacional, silencia. A legitimação democrática é atributo da adequação funcional dos órgãos do Poder Legislativo em face da atividade legiferante estatal. Assim sendo, a proporcionalidade *stricto sensu* na acepção principiológica não só carece de “critérios seguros que possam afastar a discricionariedade de seu aplicador”, mas também é uma construção irracional, dada a impossibilidade jurídica de quantificar e comparar os direitos fundamentais, decidindo qual possui maior ‘peso’ ou importância no caso concreto. (DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 221-222).

<sup>517</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 221-222.

<sup>518</sup> Luiz Francisco Torquato Avolio retrata o risco de subjetivismo e, comungando de Nicolò Trocker, estabelece três critérios para a aplicação da proporcionalidade, a saber: “A teoria encerra um subjetivismo ínsito, que já defluiu da impossibilidade de enunciação dos seus elementos essenciais – interesses e valores – num plano abstrato. Sua aplicação jurisprudencial, como demonstram as linhas de evolução, reveste-se de algumas incertezas. Por isso, como afirma Trocker, não é de causar estranheza o ceticismo daqueles que vêem no princípio da proporcionalidade um parâmetro excessivamente vago e perigoso para uma satisfatória sistematização das vedações probatórias. Sem dúvida, existe o perigo, percebido nos precedentes jurisprudenciais colacionados, de que os juízes, na definição do *fattispecie* singular, venham a orientar-se somente com base nas circunstâncias particulares do caso concreto e percam de vista as dimensões do fenômeno no plano geral. Por outro lado, sustenta o autor a necessidade de uma definição dos critérios para sua aplicação, através da determinação: a) dos valores em jogo; b) da ordem (normativa) das prioridades; e c) do cânone da proporcionalidade (entre o meio empregado e o fim a ser obtido). Adverte que as maiores incertezas derivam, efetivamente, da errônea individualização dos valores em jogo.” (AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas – interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 66-67).

Karl Larenz afirma que a ponderação entre os direitos envolvidos é resultado de valorações “[...] que – nisso reside a maior dificuldade – não só devem ser orientadas a uma pauta geral, mas também à situação concreta em cada caso.”<sup>519</sup> Tal concepção é baseada na ideia de não existir fórmula pré-concebida, mas análise específica da situação submetida à ponderação. Apesar do subjetivismo impregnado em toda a atividade jurisdicional, plenamente possível a limitação do duplo grau de jurisdição pelo estabelecimento de negociação processual atípica que estabeleça instância única de julgamento, cerrando a porta recursal.

Antônio do Passo Cabral, além da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais processuais, sugere a utilização de índices dos tipos para a correta interpretação acerca da aplicabilidade ou não do negócio jurídico processual. Assim, o negócio jurídico processual atípico deve ser enquadrado e agrupado a algum padrão legalmente tipificado, a partir de um “raciocínio tipológico”, levando-se em consideração “o regramento das convenções típicas.”<sup>520</sup>

A possibilidade do acordo de única instância é reforçada pela análise do direito comparado, ressaltando-se as permissões previstas no atual Código de Processo Civil Português em seu artigo 632, n. 1, assim restando estabelecido “1- É lícito às partes renunciar aos recursos; mas a renúncia antecipada só produz efeito se provier de ambas as partes”, bem como no Direito Francês, em seu artigo 41, parágrafo 2, assim citado e analisado por Loïc Cadiet, a saber:

Según el artículo 41, párrafo 2 del Código de Procedimiento Civil, “surgida la controversia” y “siempre que se trate de derechos de su libre disposición” las partes pueden “acordar de manera expresa, que el litigio sea resuelto sin posibilidad de recurso, aunque la cuantía de la demanda supere el importe mínimo para recurrir”. Entonces, este acuerdo tiene como objetivo la renuncia conjunta de las partes a recurrir.<sup>521</sup>

Aos argumentos expostos, soma-se, ainda, o modelo cooperativo ou participativo do processo impregnando no processo um sistema mais democrático de empoderamento das partes e divisão coordenada de trabalho, retomando-se o que foi aprofundado no item 1.3.2.

<sup>519</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983, p. 492.

<sup>520</sup> CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 334.

<sup>521</sup> CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales em derecho francés: situación actual de la contratualización del proceso y de la justicia em Francia. *Civil Procedure Review*, v. 3, n. 3, p. 20, aug./dec. 2012. Disponível em: <<http://www.civilprocedurereview.com/>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

### 3.5 A autonomia da vontade e o direito fundamental à dignidade da pessoa humana: renúncia à impenhorabilidade por negócios jurídicos processuais atípicos no processo executivo

Ponto que igualmente refere análise mais detida, em razão de sua relevância, bem como por criar um modelo para a aplicação dos negócios jurídicos processuais no processo de execução, guarda relação com a possibilidade de convenção sobre matéria processual estabelecer renúncia aos casos de impenhorabilidade previstos legalmente.

O viés aqui empreendido não está orientado na hipótese de estabelecer impenhorabilidade por negócio jurídico processual, o que em tese é permitido pela interpretação do art. 833, inciso I, do Código de Processo Civil, mas sim no estabelecimento de negócios jurídicos processuais que dispensem a impenhorabilidade prevista legalmente.<sup>522</sup> Nesta linha, a impenhorabilidade tem como seus princípios a tipicidade e a disponibilidade, conforme refere Araken de Assis.<sup>523</sup> Já Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira elevam a dispositividade dada a natureza jurídica das regras de impenhorabilidade, afirmando que esta “[...] é um direito do executado, que pode ser renunciado se o bem impenhorável for disponível. Se a impenhorabilidade é disponível, não pode ser considerada como regra de ordem pública.”<sup>524</sup> Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sérgio Cruz Arenhart ponderam no sentido de que a previsão de impenhorabilidade do bem de família “[...] não pode ser objeto de renúncia, não podendo o devedor oferecer tais bens à penhora de forma válida.”<sup>525</sup>

<sup>522</sup> A previsão sobre o estabelecimento de impenhorabilidade por negócio processual é pacífica na doutrina. Neste sentido, manifesta-se Alexandre Câmara: “Também é absolutamente impenhorável o *bem de família* (arts. 1.711 e 1.715 do CC) – que não se confunde com o imóvel residencial, previsto na Lei no 8.009/1990, e que se sujeita a outro regime de impenhorabilidade – ou qualquer outro bem que, por negócio processual, as partes tenham resolvido que não poderia ser penhorado em uma execução em que fossem partes.” (CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Altas, 2017, p. 342).

<sup>523</sup> ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 323.

<sup>524</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*, 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, v. 5, p. 836.

<sup>525</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 1, p. 903.

A tipicidade da impenhorabilidade é encontrada na parte final do art. 789 do Código de Processo Civil quando estabelece que o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, com exceção daquelas hipóteses estabelecidas em lei.

Entretanto, a perspectiva da autonomia privada e do princípio dispositivo no processo de execução autorizam pensar na existência da disponibilidade em matéria de impenhorabilidade. Tal pensamento deverá ser realizado “[...] à luz da Constituição, seja porque voltam-se à efetivação de direitos fundamentais, seja porque, em sua realização, podem atingir direitos fundamentais.”<sup>526</sup> Evidente, portanto, que o tema da impenhorabilidade guarda estreita relação com a verificação dos direitos fundamentais envolvidos no caso concreto, isto porque admitir uma impenhorabilidade, para o exequente, poderá interferir no direito fundamental à tutela efetiva. Em contrapartida, na perspectiva oposta, a permissão de penhorabilidade poderá gerar ofensa aos direitos fundamentais do executado.<sup>527</sup> Referida disponibilidade é encontrada a partir do próprio ordenamento que autoriza, por exemplo, que uma ferramenta de trabalho seja dada em garantia em uma operação bancária. Impera aqui a “[...] liberdade de regramento das vontades.”<sup>528</sup> Conforme referido, a convenção sobre a impenhorabilidade é justificada pela parte final do inciso I do art. 833 do Código de Processo Civil. Na sua via inversa, “do mesmo modo que, através de negócio jurídico, os respectivos figurantes podem constituir gravame real e, assim, predeterminar a coisa à satisfação de determinado crédito, mostra-se lícito estipular o contrário, pré-excluindo de futura execução determinado bem.”<sup>529</sup>

Retome-se o exemplo tratado no item 2.3 do presente trabalho que pauta seus critérios na existência de norma jurídica cogente proibitiva inserida no art. 833, inciso IV, do Código de Processo Civil que veda a penhora de verba de natureza salarial. Sob o prisma teleológico, resta

<sup>526</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 418. José Miguel Garcia Medina assim continua: “Sob esse prisma, decidiu-se, na jurisprudência que ‘o rol das impenhorabilidades do ordenamento pátrio objetiva preservar o mínimo patrimonial necessário à existência digna do executado, impondo ao processo executório certos limites. Assim, a depender das peculiaridades do caso, as regras de impenhorabilidade podem ser ampliadas, de modo a adequar a tutela aos direitos fundamentais, como por exemplo: o direito à moradia, à saúde ou à dignidade da pessoa humana.” (MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: Teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 418).

<sup>527</sup> Assim referem Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira: “A impenhorabilidade de certos bens é uma restrição ao direito fundamental à tutela executiva. É técnica processual que limita a atividade executiva e que se justifica como meio de proteção de alguns bens jurídicos relevantes, como a dignidade do executado, o direito ao patrimônio mínimo, a função social da empresa ou a autonomia de vontade (nos casos de impenhorabilidade negocial). São regras que compõem o devido processo legal, servindo como limitações políticas à execução forçada.” (DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*, 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, v. 5, p. 831).

<sup>528</sup> ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 324.

<sup>529</sup> ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 338.

preponderante compreender que o legislador busca proteger, com tal proibição, a manutenção e segurança alimentícia pessoal e familiar do devedor, permitindo, em tese, uma subsistência digna. Tal conclusão resta corroborada pela inclusão das ressalvas do parágrafo segundo do art. 833 do Código de Processo Civil. Em um caso exemplificativo e hipotético, poderíamos considerar que o contratante, futuro devedor, mediante a inserção de cláusulas que versem sobre negócios jurídicos processuais, poderia celebrar com o credor, futuro exequente, a disposição de que 50% do salário do executado pudesse ser penhorável e, em contrapartida, uma joia com profundo valor econômico e sentimental, ficasse abrangida pela impenhorabilidade. Com isso, no caso específico, hipoteticamente, o devedor que pudesse ter outra fonte de custeio familiar, teria protegido bem com elevado valor econômico e sentimental, blindando a sua dignidade em sentido amplo, almejada pela norma legal de impenhorabilidades. Em considerando ser uma norma cogente de impenhorabilidade, o valor por esta protegido é alcançado pela própria celebração do negócio jurídico processual atípico, a partir da negociação estar fundada em bens disponíveis e na autorização conferida pelo art. 190 do Código de Processo Civil.<sup>530</sup>

Observe-se que tanto a renúncia à impenhorabilidade prevista legalmente quanto a alteração na ordem de preleção dos bens passíveis de penhora poderiam ser convencionadas, elevando-se a autonomia privada no processo de execução a partir do fortalecimento do negócio jurídico processual atípico celebrado.

Inegável compreender, entretanto, que, em se tratando de possível restrição a direitos fundamentais, “[...] é preciso que sua aplicação se submeta ao método da ponderação, a partir da análise das circunstâncias do caso concreto.”<sup>531</sup> Parte-se, assim, da premissa de que a impenhorabilidade não é de ordem pública, mas vem ao interesse e proteção do executado, entrando no debate a possibilidade de renúncia aos direitos fundamentais, bem como a proteção de um patrimônio mínimo e o direito fundamental à dignidade da pessoa humana.

Não são alvo no presente estudo os atos unilaterais de oferecimento à penhora pelo executado de bem impenhorável, como por exemplo, quando este oferece seu bem de família, mas apenas se busca fundamentar a negociação jurídico-processual bilateral, ao o acordo prévio firmado entre as partes defende-se ser válida e eficaz em convenção que estabeleça que

---

<sup>530</sup> Neste sentido, referem Antônio do Passo Cabral e Fredie Didier Jr.: “Assim, tanto é possível o pacto de impenhorabilidade, negócio típico previsto no art. 833, I, do CPC, como o pacto de penhorabilidade, que pode ser *típico*, como nos casos de direitos reais de garantia, ou *atípico*, com base no art. 190 do CPC, observada sempre a exigência de o bem objeto da negociação ser disponível.” (CABRAL, Antônio do Passo; DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, v. 275, p. 193-228, jan. 2018. PDF, p. 14-15. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017).

<sup>531</sup> DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*, 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, v. 5, p. 831.

determinado bem legalmente impenhorável poderá ser penhorado na futura e eventual execução.

Ressalte-se, inclusive, que a possibilidade de uma convenção sobre matéria processual fixar cláusula de penhorabilidade sobre bem legalmente impenhorável confere ao sistema muito mais segurança jurídica aos contratantes. Isto porque, analisando o panorama dos Tribunais Superiores inserido na temática da impenhorabilidade, percebe-se que, no mais das vezes, as decisões casuisticamente consideradas acabam por gerar uma surpresa ao jurisdicionado, a partir de uma relativização e ponderação muitas vezes inesperada. Tome-se o exemplo do julgamento proferido pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em novembro de 2017, no Recurso Especial n. 1658069/GO, tendo como Relatora a Ministra Nancy Andrighi, no qual, a partir de ponderação e harmonização “[...] do princípio da dignidade da pessoa humana – de um lado [...]” e do outro “[...] o direito à satisfação executiva”, restou permitida, excepcionalmente, a penhora de parte de verba salarial do executado no patamar de 30% para pagamento de dívida de natureza não alimentar.<sup>532</sup>

Não adentrando no mérito da ponderação que pode se demonstrar apropriada, bem como na análise da fundamentação empregada na decisão, imperioso reconhecer que se estas mesmas partes envolvidas na causa, tivessem no exercício de sua autonomia privada, fixado por um negócio jurídico processual cláusula que permitisse a penhorabilidade da verba salarial em patamar até inferior a 30%, um grau elevado de segurança jurídica estaria impregnado na relação, demonstrando a vantagem de tal disposição inclusive na defesa dos direitos fundamentais envolvidos na relação. O mesmo pode ser dito acerca da possibilidade de penhora do bem de família do fiador em contrato de locação que, a despeito da já declarada constitucionalidade da ressalva do artigo 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/1990<sup>533</sup>, muitas vezes

---

<sup>532</sup> O acórdão foi assim ementado: “DIREITO PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. PENHORA DE PERCENTUAL DE SALÁRIO. RELATIVIZAÇÃO DA REGRA DE IMPENHORABILIDADE. POSSIBILIDADE. 1. Ação ajuizada em 25/05/2015. Recurso especial concluso ao gabinete em 25/08/2016. Julgamento: CPC/73. 2. O propósito recursal é definir se, na hipótese, é possível a penhora de 30% (trinta por cento) do salário do recorrente para o pagamento de dívida de natureza não alimentar. 3. Em situações excepcionais, admite-se a relativização da regra de impenhorabilidade das verbas salariais prevista no art. 649, IV, do CPC/73, a fim de alcançar parte da remuneração do devedor para a satisfação do crédito não alimentar, preservando-se o suficiente para garantir a sua subsistência digna e a de sua família. Precedentes. 4. Na espécie, em tendo a Corte local expressamente reconhecido que a constrição de percentual de salário do recorrente não comprometeria a sua subsistência digna, inviável mostra-se a alteração do julgado, uma vez que, para tal mister, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, inviável a esta Corte em virtude do óbice da Súmula 7/STJ. 5. Recurso especial conhecido e não provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1658069/GO*. Relator: Mina. Nancy Andrighi. Julgado em: 14 nov. 2017. Publicado em: 20 nov. 2017).

<sup>533</sup> “Constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador. Ratificação da Jurisprudência firmada por esta Suprema Corte. Existência de Repercussão Geral.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário n. 612360 SP*. Relator: Mina. Ellen Gracie. Julgado em: 13 ago. 2010. Publicado em: 03 set. 2010).

por vulnerabilidade jurídica, o garantidor não tem completa ciência da repercussão que isso irá gerar em sua esfera patrimonial e na sua moradia. Igualmente neste último caso, a previsão expressa de uma cláusula que identifique a possibilidade de penhora confere ao sistema uma maior segurança e transparência.

Inarredável reconhecer que, conforme já afirmado, havendo invalidade, nulidade, vulnerabilidade ou abusividade, o negócio jurídico processual que envolva disposição sobre a penhora de bens, legalmente impenhoráveis, não poderá ser aplicado, devendo ser afastado e revisto, inclusive de ofício pelo julgador, na forma autorizada pelo parágrafo único do art. 190 do Código de Processo Civil. Aqui a vulnerabilidade, nas suas exatas ramificações referidas no item 2.4.2.2, assume papel de importância, essencialmente quando em um possível contrato a parte renuncia o benefício legal e oferece o seu patrimônio como penhorável. Essencialmente nos contratos de adesão, nas relações de consumo, nas operações de crédito em instituições financeiras, esta operação revela-se, no mínimo de duvidoso e discutível exercício do direito fundamental à liberdade, impondo-se um análise mais detalhada.<sup>534</sup> Entretanto, naquelas relações em que há equilíbrio entre os contratantes, ausente a vulnerabilidade, eleva-se a autonomia e a possibilidade de disponibilidade na penhora, não havendo, *a priori*, nenhum valor defendido por norma cogente que restaria afetado, tampouco afronta à disposições de ordem pública. Pelo contrário, novamente aqui, solidifica-se o modelo cooperativo ou participativo de processo, gerando maior participação das partes na busca da efetividade da tutela. Não se esqueça, ainda, da função social do contrato (desenvolvida no item 2.1.1) e da cláusula que prevê a possibilidade de penhora de bem legalmente impenhorável, gerando efeitos para os seus partícipes e terceiros, pautados ainda na boa-fé objetiva, e emergindo justas expectativas. No horizonte da teoria econômica do contrato, o negócio jurídico processual então previsto, tornando possível a penhora de bem blindado pela impenhorabilidade legal, servirá como instrumento maximizador para desenvolvimento de negócios, tanto para o credor quanto para o devedor. Para o credor, a segurança do negócio com a possibilidade de uma penhora mais efetiva, para o devedor o empenho em cumprir as cláusulas contratuais estabelecidas, afastando uma possível penhora. Ressalte-se, ainda, que no âmbito empresarial, o negócios processuais referidos poderão inclusive reduzir o preço do contrato, a partir do oferecimento de uma garantia mais efetiva, observando a lógica do mercado.<sup>535</sup>

---

<sup>534</sup> Sobre o tema, ver MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, 2012.

<sup>535</sup> Sobre o contrato como instrumento maximizador na atividade empresarial, ver ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

O embate aqui desenvolvido acaba por passar inegavelmente pela análise do postulado normativo da proporcionalidade, haja vista o aparente conflito entre direitos fundamentais que acaba sendo verificado na análise do caso concreto pela análise do patrimônio mínimo e da dignidade da pessoa humana que envolve para sua realização um plexo de direitos fundamentais. Peter Häberle, analisando o conceito de dignidade da pessoa humana e sua conjuntura no meio social, afirma que “[...] as conexões intersubjetivas dos direitos fundamentais individualmente tomados constituem parcela da dignidade humana”,<sup>536</sup> demonstrando a complexidade da análise do tema que deve ser verificado casuisticamente em cada caso, sendo impensável uma forma de preponderância e sopesamento pré-determinada, dada a abstração dos direitos fundamentais frente a concretude específica dos determinados casos. Ingo Wolfgang Sarlet, analisando as diversas dimensões da dignidade da pessoa humana, ressalta a perspectiva defensiva e prestacional da dignidade da pessoa humana, sendo esta implementada por meio de medidas positivas e aquela pela proteção contra atos de sua violação.<sup>537</sup> O afastamento de ofício pelo julgador de negócio jurídico processual que disponha sobre penhora de bens impenhoráveis, sob a alegação de ofensa à dignidade da pessoa humana, apresenta-se na dimensão defensiva da dignidade, decorrente de “[...] deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos.”<sup>538</sup>

<sup>536</sup> Afirma Peter Häberle: “Na dignidade humana habita, de antemão, a dimensão comunicativa, social, que pode ganhar realidade tanto na esfera privada quanto na pública. Dignidade humana significa também, mas não somente, o espaço interno do homem. Sua abertura ao social, o momento da responsabilidade diante de outros homens e da comunidade, pertence a ela do mesmo modo e revela-se tão constituinte como o momento de sua auto-responsabilidade, no sentido de autodeterminação. As conexões intersubjetivas dos direitos fundamentais individualmente tomados constituem parcela da dignidade humana.” (HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 91).

<sup>537</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 15-43.

<sup>538</sup> Assim assevera Ingo Wolfgang Sarlet: “É justamente neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão defensiva e prestacional da dignidade. Como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças. Como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção.” (SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: *Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*, 2ª ed. SARLET, Ingo Wolfgang (org.) Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 15-43. p. 32).

Nesta dimensão da dignidade da pessoa humana, surge a necessidade de proteção de um patrimônio mínimo que permita a subsistência digna do executado na análise particular de sua situação.<sup>539</sup> O negócio jurídico processual que estabeleça a possibilidade de penhora sobre bem legalmente impenhorável não poderá gerar situação incompatível com a dignidade humana do executado.<sup>540</sup> Eduardo Cambi refere ao tutelar juridicamente o patrimônio mínimo, três direitos fundamentais são realizados, a dignidade, o direito à vida e à existência digna, retirando-se determinados bens da esfera da excecutoriedade, figurando-se uma “[...] justa limitação política à execução forçada.”<sup>541</sup>

Reforça-se aqui a proporcionalidade referida no item anterior em seus três níveis de análise, a partir da identificação dos direitos fundamentais envolvidos, conforme retratado no item 3.3. De maneira abstrata, sem análise de caso específico, não há como manifestar-se pela aplicabilidade ou não, sendo, em tese, plenamente admitidos negócios jurídicos processuais atípicos que estabeleçam hipótese de penhorabilidade sobre bens legalmente impenhoráveis. A proporcionalidade e a análise dos direitos fundamentais à liberdade, à tutela jurisdicional executiva, em ponderação com a dignidade da pessoa humana e a proteção ao patrimônio mínimo poderão demonstrar a adequação ou não da disposição realizada.<sup>542</sup>

<sup>539</sup> Sobre o patrimônio mínimo, Luiz Edson Fachin assim afirma: “Considerando-se inexistir prévia definição do que seja o conteúdo do patrimônio mínimo, a ser estabelecido pelo princípio da subsistência digna, o universo patrimonial poderá ser formado por um ou mais bens.” (FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 309).

<sup>540</sup> Assim acrescenta Luiz Edson Fachin: “Em atenção às necessidades mínimas do devedor não querendo reduzi-lo a uma situação incompatível com a dignidade humana ou servindo às conveniências do interesse comum, de não utilizar uma empresa, a lei declara impenhoráveis determinados bens. São coisas ou bens protegíveis.” (FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 209)

<sup>541</sup> Assim refere Eduardo Cambi: “A tutela jurídica do patrimônio mínimo tem respaldo na Constituição Federal, a qual assevera ser a dignidade da pessoa humana fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III), além de contemplar o direito à vida (art. 5º, *caput*) e à existência digna (art. 170, *caput*). Tal percepção constitucional do valor da pessoa humana e dos limites do direito de propriedade irradia-se pelo sistema jurídico, conformando as leis infraconstitucionais, tendo como uma possível consequência a retirada de certos bens da esfera de excecutoriedade, taxando-os de impenhoráveis. Logo, nem todos os bens do devedor responder, patrimonialmente pela obrigação, não podendo o processo de execução satisfazer um direito material de crédito a qualquer preço, sob pena de não tutelar a dignidade do ser humano e de sua família, construindo-se uma justa limitação política à execução forçada” (CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. *Tutela do patrimônio mínimo necessário à manutenção da dignidade do devedor e da sua família*. In: SHIMURA, Sérgio Seiji; ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Processo de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 253).

<sup>542</sup> Pedro Henrique Pedrosa Nogueira igualmente refere a ponderação quando da utilização da tutela jurisdicional executiva: “Também poderá ser invocado o direito fundamental à tutela jurisdicional executiva para permitir, em determinadas circunstâncias, o uso de meios executórios adequados ainda quando não previstos em lei, em ponderação com o princípio da tipicidade dos meios executórios (corolário do princípio da legalidade). O direito à tutela jurisdicional executiva também poderá, em casos excepcionais ser usado, em ponderação com o direito à moradia, como instrumento apto a permitir (mesmo diante de vedação legal) a penhora de bem de família de elevado valor, que desvirtue, na prática, a garantia estabelecida na Lei 8.009/1990 (nos casos, v.g., em que, mesmo havendo penhora e expropriação do bem utilizado para residência do devedor, o saldo remanescente após a alienação judicial do imóvel permita ao executado adquirir outro imóvel destinado à sua moradia com dignidade). É preciso ressaltar, por fim, que o direito fundamental à tutela jurisdicional executiva

---

não pode ostentar um status de princípio absoluto. Assim, em certas circunstâncias, ele também cederá espaço a outros direitos fundamentais cujo cumprimento, no caso concreto, se apresente mais importante, segundo a lei de ponderação.” (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. O direito fundamental à tutela jurisdicional executiva e a técnica da ponderação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 169, p. 38-61, mar. 2009. PDF, p. 13-14. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017).

## CONCLUSÃO

Após o aprofundamento realizado ao longo do presente trabalho científico, confirma-se a importância do tema desenvolvido, bem como a necessidade de critérios seguros para a fixação dos limites jurídicos aos negócios jurídicos processuais no âmbito dos direitos fundamentais das partes. A hipótese inicialmente aventada restou confirmada. Como limitador, utiliza-se a necessária análise individual de casos concretos de negócios jurídicos processuais e a aplicação do postulado normativo da proporcionalidade em seus três níveis de análise (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), a partir da compreensão dos direitos fundamentais envolvidos. As conclusões desenvolvidas ao longo do trabalho são agora sintetizadas:

1. A concepção privatista, própria da ausência de autonomia científica do processo civil existente na Europa no final do século XIX, foi superada pelo pensamento publicista originário da obra de Oskar Bülow, separando o processo dos domínios do direito material, com redução da autonomia privada. O então momento histórico revela uma visão restritiva dos negócios jurídicos processuais;

2. A retomada das convenções processuais, a partir da autorização legal, bem como na experiência dos tribunais franceses e na doutrina italiana da parte final do século XX, contribuíram para a criação, admissão e efetivação de acordos coletivos, fortalecendo o tema e impactando na sua aplicabilidade igualmente na perspectiva individual;

3. A negociação processual, já existente na forma típica no Código de Processo Civil de 1973, ganha espaço de destaque no atual ordenamento processual dada a amplitude retratada pelo artigo 190 do Código de Processo Civil, sedimentando e elevando o “contratualismo processual” na via atípica;

4. O princípio da adaptação do procedimento como base interna do formalismo-valorativo, justificando um sistema de adequação dos meios processuais à exigência substancial da justiça e do direito material, favorece e conforma a utilização de negócios jurídicos processuais atípicos na concretização do direito fundamental à tutela efetiva;

5. Os negócios jurídicos processuais representam a mais completa expressão da concepção cooperativa ou comparticipativa do processo. O processo, como espaço democrático participativo e forma de assecuração e concretização dos direitos fundamentais, impõe aos seus sujeitos os devidos encargos na formação de uma comunidade de trabalho;

6. A cooperação e o contraditório substancial, na perspectiva do formalismo-valorativo, ganham um novo papel com a distribuição dos poderes, faculdades e deveres processuais. O processo civil contemporâneo reclama uma perspectiva cooperativa ou participativa, valorizando a liberdade e a autonomia privada das partes, sendo densificada a noção de divisão compartilhada de tarefas, bem como a percepção de um modelo colaborativo de processo;

7. Na efetivação dos direitos fundamentais das partes e na elevação da autonomia privada equilibrada e permeada pelo caráter publicista, o panorama processual contemporâneo exige maior poder individual frente à dependência estatal, negando-se um pernicioso hiperpublicismo;

8. A correta dose e intensidade no exercício da autonomia privada frente ao ainda presente caráter público do processo é o desafio a ser perseguido no Estado Democrático de Direito, fortemente impregnado pelo novo paradigma cooperativo. A reconstrução do poder das partes no processo civil – bem como uma proposta de solução para tensão existente entre privatismo e publicismo – passa pelo correto horizonte do princípio dispositivo;

9. A liberdade e a autonomia privada não poderão ser consideradas como direitos absolutos, mas inseridos em sistema de possível restrição de direitos fundamentais. A busca da justiça social e o interesse geral poderão se sobrepor à liberdade de contratar. A concepção e função social dos contratos exige que os efeitos dos negócios jurídicos processuais sejam considerados na sociedade como um todo. Analisar o conteúdo do negócio jurídico implica em ter como orientação a boa-fé, assimilando que esta, em movimento dialético, possa servir de prelúdio para os deveres que serão extraídos daquele determinado contrato

10. Na concepção econômica do contrato ele é compreendido como instrumento maximizador e nesta dimensão realiza o bem-estar, sendo os negócios jurídicos processuais ferramentas para alcançar tal objetivo;

11. O adequado conceito do princípio dispositivo é alterado e influenciado conforme a realidade histórica e cultural em que resta aplicado e admitir a realização de negócios jurídicos processuais é pensar na preponderância do princípio dispositivo também para as regras procedimentais e as situações processuais;

12. O pensamento de ser a segurança jurídica pautada na certeza do procedimento estabelecido com base em normas cogentes deve ser analisado com temperança, na medida em que podem levar ao afastamento das necessidades concretas e do direito material postulado. O estabelecimento de normas cogentes deve auxiliar a interpretação dos negócios processuais

atípicos admitidos no sistema, diante de correta ponderação acerca dos direitos fundamentais envolvidos e análise do caso concreto

13. Os negócios processuais que alteram o procedimento e situações jurídicas processuais podem conviver com normas cogentes de campo agora reduzido, pautando-se o entendimento de que a legitimação da decisão está vinculada à participação efetiva dos jurisdicionados na formação da decisão judicial;

14. O direito à tutela efetiva não contempla apenas o direito à sentença produzida em um contraditório participativo, mas igualmente o direito à realização do comando judicial, sendo, para tanto, conferidos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial postulado e reconhecido, como por exemplo a fixação de negócios jurídicos processuais;

15. A proibição ou visão restritiva outorgada aos negócios jurídicos processuais poderá atentar, em determinadas situações, contra o direito fundamental à razoável duração do processo;

16. A adequada percepção acerca da validade dos negócios processuais impõe submetê-los à necessária correção pela lei material e pela lei processual;

17. A interpretação do art. 190 do Código de Processo Civil deverá estar moldada para admitir que menores de idade, representados ou assistidos, possam realizar acordos processuais;

18. Possível a disposição sobre a questão de fundo litigiosa, sobre poderes e deveres processuais dos contratantes, não podendo, de regra, invadir poderes e deveres alheios, próprios e exclusivos da autoridade judicial, surgindo a exata necessidade de análise em cada caso concreto;

19. Inadequado e insustentável um negócio processual que busque afastar determinada legislação do ambiente de cognição do juiz, bem como autorizar o uso de língua estrangeira nos atos processuais, como também repelir a exigência do dever de fundamentação das decisões;

20. As premissas pautadas na cogência das normas, na existência de ordem pública ou de interesse público, bem como na disponibilidade ou indisponibilidade do direito material, não são por si sós, critérios completos e seguros para apurar a licitude e adequação de determinado negócio processual;

21. A manifesta vulnerabilidade geraria assimetria entre as partes, sendo necessária a exata equalização a partir do repúdio à uma negociação processual perniciosa à isonomia;

22. Na estrutura geral da negociação processual, não haveria a exigência de participação do Estado-juiz, não podendo ser considerada condição para a eficácia dos negócios processuais;

23. No que tange aos negócios jurídicos processuais, haverá cognição a ser exercida pelo julgador na execução. A admissibilidade de negócios jurídicos processuais na execução, reforça o argumento de cognição, seja sumária ou exauriente, realizada pelo julgador no processo executivo.

24. O direito fundamental ao contraditório em sede executiva não poder ser considerado parcial ou atenuado;

25. O exercício da autonomia privada por meio dos negócios jurídicos processuais validamente construídos e aplicados no processo de execução, elevam o modelo cooperativo de processo e, ao não ofenderem as normas impositivas, o interesse público, bem como os valores defendidos por normas cogentes, atribuem eficácia a diversos direitos fundamentais das partes;

26. Haverá possibilidade de criação de títulos executivos extrajudiciais por negócios jurídicos processuais atípicos, além dos casos previstos legalmente ou ainda dispensando os requisitos formais exigidos;

27. Considera-se válido o negócio jurídico processual que preveja a impossibilidade de interposição de agravo de instrumento e o não conhecimento do recurso eventual interposto;

28. A autonomia de vontade e a negociação processual encontram ambiente mais que favorável no processo de execução;

29. A correta solução diante do aparente conflito entre direitos fundamentais na celebração de negócios jurídicos processuais deverá ser solucionada por meio do postulado normativo da proporcionalidade em seus três níveis (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito);

30. Haverá possibilidade de celebração de negócios jurídicos processuais que dispensem a impenhorabilidade prevista legalmente. A perspectiva da autonomia privada e do princípio dispositivo no processo de execução autorizam pensar na existência da disponibilidade em matéria de impenhorabilidade legal. A proporcionalidade e a análise dos direitos fundamentais à liberdade, à tutela jurisdicional executiva, em ponderação com a dignidade da pessoa humana e a proteção ao patrimônio mínimo poderão demonstrar a adequação ou não da disposição realizada;

Por derradeiro, postas estas conclusões, reconhece-se a inesgotabilidade e a necessidade de permanente e constante aprofundamento da temática da negociação processual, com a valorização e retomada do papel das partes no processo civil. Dada a densidade da matéria, o problema e a hipótese permanecem abertas aos possíveis e diferenciados critérios interpretativos.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Rafael Sirangelo de. “Customização processual compartilhada”: o sistema de adaptabilidade do novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 257, p. 51-76, jul. 2016. PDF. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

ABREU, Rafael Sirangelo de. *Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y dudosas. In: *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*. Padova: CEDAM, 1958, v.2, p.1-78.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. Tradução de Luís Afonso Heck. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, São Paulo, v. 1, p. 721-732, maio 2011. PDF. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no Novo CPC. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 245-268. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 1).

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr, 2015.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das convenções processuais no processo civil*. 2014. 237 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 285-319.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e processo de conhecimento. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 96, p. 59-69, dez. 1999.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, v. 2, n. 4, p. 119-130, 2004.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 35, p. 57-72, mar. 2008.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010, v. 1.

ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada como princípio fundamental – perspectivas estrutural e funcional. *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*, São Paulo, v. 2, p. 579-606, out. 2010. PDF. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 193, p. 167-200, mar. 2011. PDF. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

ANDREWS, Neil. Relações entre a corte e as partes na era do case management. Tradução de Fernanda Medina Pantoja. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 217, p. 181-203, mar 2013.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moiz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. II.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria económica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Os “acordos processuais” no projeto do CPC – aproximações preliminares. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (Org.). *Desvendando o Novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 139-155.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Os acordos processuais no Novo CPC: aproximações preliminares. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 4, n. 39, p. 103-117, abr. 2015.

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral – fundamentos e distribuição de conflitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. I.

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro: parte geral – institutos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. II.

ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 244 p. 393-423, jun. 2015. PDF. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

ÁVILA, Humberto Bergmann. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 99-127.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas – interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesses público e privado*. Curitiba: Juruá, 2009.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Democracia moderna e processo civil. *Revista Direito & Justiça*. Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica. Porto Alegre, v. 12, a. X, p. 73-89, 1998.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. 1.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A.; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Constituição e as provas ilicitamente obtidas. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 337, p. 125-134, jan./mar. 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A Emenda Constitucional 45/2004 e o processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 130, p. 235-248, dez. 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. As presunções e a prova. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 55-71.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1984, s. 3<sup>a</sup>.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da efetividade do processo. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 10, n. 29, p. 77-94, nov. 1983.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre o problema da “efetividade” do processo. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1984, s. 3<sup>a</sup>, p. 27-42.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 41, p. 7-14, jan./mar. 1986.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Reformas processuais e poderes do juiz. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2004, s. 8<sup>a</sup>.

BARBOSA, Marco Antônio; ROSSETTO, Guilherme Ferreira; SCABELLI, Carlos Alberto. O cheque e o princípio da cartularidade no processo digital. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 254, p. 321-338, abr. 2016.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez y María Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 2001.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Cognição e decisões do juiz no processo executivo. In: WAMBIER, Teresa; FUX, Luiz; NERY JR. Nelson (Coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 358-378.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Nulidade processual e instrumentalidade do processo. *Revista de Processo*, v. 60, out./dez. 1990, p. 31-43, out./dez. 1990. PDF. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2007.

BIANCA, Massimo Cesare. *Diritto civile: la norma giuridica i soggetti*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2002, v. 1.

BONCI, Marco. Active case management – English reception and Italian rejection. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 219, p. 225-237, maio 2013.

BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BÜLOW, Oskar. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Ángel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964.

CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

CABRAL, Antônio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 2, n. 2, p. 449-464, apr./giug. 2005.

CABRAL, Antônio do Passo; DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, v. 275, p. 193-228, jan. 2018. PDF. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales em derecho francés: situación actual de la contratualización del proceso y de la justicia em Francia. *Civil Procedure Review*, v. 3, n. 3, p. 20, aug./dec. 2012. Disponível em: <<http://www.civilprocedurereview.com/>>. Acesso em: 14 nov. 2017.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, v. 3.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de súmulas*. São Paulo: Altas, 2018. (Edição VitalSource Bookshelf).

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, v. I.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Altas, 2017. (Edição VitalSource Bookshelf).

CÂMARA, Alexandre Freitas. Comentários aos arts. 133-137. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER, JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Org.). *Breves comentários ao CPC*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 454-463.

CAMBI, Eduardo. *A prova cível: admissibilidade e relevância*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. Tutela do patrimônio mínimo necessário à manutenção da dignidade do devedor e da sua família. In: SHIMURA, Sérgio Seiji; ALVIM, Teresa Arruda (Coord.). *Processo de execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 248-278.

CAMBI, Eduardo; BUENO, Filipe Braz da Silva. Segurança jurídica e efetividade processual. *Revista dos Tribunais Sul*, São Paulo, v. 4, p. 175-190, maio/abr. 2014. PDF. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

CAMBI, Eduardo; NEVES, Aline Regina. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 64, p. 219-259, dez. 2015.

CAMBI, Eduardo; SOUZA, Fernando Machado de. A disponibilidade do interesse público no novo Código de Processo Civil e o princípio da eficiência da administração. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 44, n. 142, p. 129-143, jun. 2017.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paula Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.

CANELLA, Maria Giulia. Gli accordi processuali francesi volti alla “regolamentazione collettiva” del processo civile. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Bologna, a. LXIV, n. 2, p. 549-561, giug. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2002.

CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 228, p. 359-376, fev. 2014. PDF. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civile: gli accordi processuali. *Civil Procedure Review*, v. 1, n. 2, p. 42-57, jul./set. 2010. Disponível em: <<http://www.civilprocedurereview.com/>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. *El proceso civil en el derecho comparado*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973.

CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile. Milano: Giuffrè, 1974.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologias e sociedade*. Tradução e notas de Elicio Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Fabris, 2008.

CARELLO, Clarissa Pereira; ROSINHA, Martha Novo de Oliveira. Intervenção de terceiros. In: REICHELDT, Luis Alberto; DALL'ALBA, Felipe Camilo (Coord.). *Primeiras linhas de direito processo civil*: teoria geral do processo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, v. 1, p. 231-245.

CARNACINI, Tito. Tutela giurisdizionale e tecnica del processo. In: *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*. Milano: Giuffrè, 1951, v. 2, p. 693-772.

CARNELUTTI, Francesco. Note sull'accertamento negoziale. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, v. 1, p. 3-24, 1940.

CARPI, Federico; ROMAGNOLI, Umberto. Accordi di parte e processo. *Supplemento della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Padova, a. LXII, n. 3, set. 2008.

CARVALHO FILHO, Milton Paulo. Comentários aos artigos 1.511 a 1.783 do Código Civil. In: PELUSO, Cesar (Coord.). *Código Civil comentado*. São Paulo: Manole, 2013, p. 1.611-2.138.

CARVALHO, Fabiano. Comentário ao art. 771. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno (Coord.). *Breves comentários ao Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.855-1.857.

CARVALHO, Jorge Morais. A moral como limite à autonomia privada. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 8, p. 303-326, jul./set. 2016.

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

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

CHIOVENDA, Giuseppe. *La acción em el sistema de los derechos*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Valparaíso: Edeval, 1992.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Napoli: Nicola Jovene, 1913.

CHIOVENDA, Giuseppe. Romanismo y germanismo en el proceso civil. In: *Ensayos de derecho procesal civil*. Traducción de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA; Bosch, 1949, v. 1, p. 225-261.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*. Milano: Giuffrè, 1993, v. 1.

CHIZZINI, Augusto. Konventionalprozess e poteri delle parti. *Rivista di Diritto Processuale*, Roma, a. LXX, n. 1, p. 45-60, gen./feb. 2015.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *La garanzia dell'azione ed il processo civile*. Padova: CEDAM, 1970.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

COUTO E SILVA, Clóvis; FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). *O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

COUTURE, Eduardo. *O princípio da liberdade no sistema do processo civil*. Lisboa: Jornal do Fôro, 1948.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 27-62. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 1).

D'ORS, J. A. *Derecho privado romano*. 9. ed. rev. Pamplona: EUNSA, 1997.

DALL'AGNOL, Antônio. Do processo de conhecimento, arts. 102 a 242. In: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 2.

DALL'AGNOL JR., Antônio Janyr. O princípio dispositivo no pensamento de Mauro Cappelletti. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 46, p. 97-115, mês. 1989.

DALL'AGNOL JR., Antônio Janyr. *Invalidades processuais*. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1989.

DE CRISTOFARO, Marco. Case management e riforma del processo civile, tra effettività della giurisdizione e diritto costituzionale al giusto processo. *Rivista di Diritto Processuale*, Roma, n. 2, a. 65, p. 282-305, mar./apr. 2010.

DENTI, Vittorio. Negozio processuale. In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1978, v. XXVIII.

DIDIER JR., Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 198, p. 213-226, ago. 2011.

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

DIDIER JR., Fredie. *Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento*. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/fredie%20didier\\_3\\_-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/fredie%20didier_3_-%20formatado.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2018.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Curso de direito processual civil*, 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, v. 5.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, v. II.

ESPINOZA, Danielle Sales Echaiz. *Entre substancialismo e procedimentalismo: elementos para uma teoria constitucional brasileira adequada*. Maceió: EDUFAL, 2009.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

FERRI, Luigi. *La autonomía privada*. Traducción y notas de derecho español por Luis Sancho Mendizabal. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GAJARDONI, Fernando. *Flexibilização procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual*. 2007. 284 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

GARCÍA FAÍLDE, Juan José. *Nuevo derecho procesal canónico*. 3. ed. Salamanca: Universidad Pontificia, 1995.

GODINHO, Robson. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 407-417. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 1).

GODINHO, Robson Renault. Reflexões sobre os poderes instrutórios do juiz: o processo não cabe do “Leito de Procusto”. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 235, p. 85-117, set. 2014.

GOLDSCHMIDT, James. *Direito processual civil*. Tradução de Lisa Pary Scarpa. Campinas: Bookseller, 2003, v. I.

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 21, p. 580-609, 1966.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, v. 1.

GRECO, Leonardo. *O processo de execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, v. 1.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 7-28, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23657/16714>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 164, p. 29-56, out. 2008.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 2.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Defesa, contraditório, igualdade e “par conditio” na ótica do processo e estrutura cooperatória. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Org.). *Novas tendências do direito processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 1-16.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 79, p. 187-203, jul./set. 1995. PDF. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 45-103.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneicher. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. I.

JHERING, Rudolf Von. *O espírito do direito romano*. Tradução de Rafael Benaion. Rio de Janeiro: Alba, 1943, v. I.

JOBIM, Marco Félix. *Cultura, escolas e fases metodológicas do processo*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

JOBIM, Marco Felix. *O direito à razoável duração do processo: responsabilidade civil do Estado em decorrência da intempestividade processual*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Kalouste Gulbenkian, 1997.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução e notas de Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1964.

KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

KUKINA, Sérgio Luiz. O duplo grau de jurisdição. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 109, p. 97-112, jan./mar. 2003.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: Fabris, 1990.

LACERDA, Galeno Vellinho de. O código como sistema legal de adequação do processo. *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, p. 161-170, 1976. (Edição comemorativa do cinquentenário 1926-1976).

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.

LARENZ, Karl. O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico. Tradução de Alessandro Hirata. *Revista Direito GV 3*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 55-64, jan./jun. 2006.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *Duplo grau de jurisdição no direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Fondamento del principio dispositivo. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 15, p. 551-565, 1960.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, v. 1.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. *Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal*. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 445-479. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 1).

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado Constitucional. *Doutrinas Essenciais do Processo*, São Paulo, v. 1, p. 1.133-1.170, out. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Gênese: Revista de Direito Processual*. Curitiba, v. 8, n. 28, p. 298-338, abr./jun. 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

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

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 3.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Claudia Lima. O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos: entre interesses individuais, sociais e direitos fundamentais. In: \_\_\_\_\_ (Org.). *A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 17-87.

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

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. Culturalismo e experiência no novo código civil. *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*, São Paulo, v. 2, p. 1.113-1.134, out. 2010. PDF. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. O novo Código Civil brasileiro: em busca da “ética da situação”. In: MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson (Org.). *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 87-168.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 41-66, maio 2005. Disponível em <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35261/34057>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

MATTOS, Sérgio. O princípio da adequação do processo na visão de Galeno Lacerda. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 226, p. 147-160, dez. 2013.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Execução: teoria geral, princípios fundamentais e procedimento no processo civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MELLO, Marcos Bernardes de. Sobre o princípio da respeitabilidade das normas jurídicas cogentes e a invalidade dos negócios jurídicos. In: MARTINS-COSTA, Judith; FRADERA, Vera Jacob de (Org.). *Estudos de direito privado e processual civil: em homenagem a Clóvis do Couto e Silva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 77-97.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIELKE, Jaqueline. O tempo na sociedade pós-moderna: a necessidade de adequação do direito processual civil. In: JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix; TELLINI, Denise Estrela (Org.). *Tempestividade e efetividade processual: novos rumos do processo civil brasileiro*. Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 357-383.

MIELKE SILVA, Jaqueline. A proposta de pagamento parcelado como instrumento de realização de direitos na execução civil: aplicabilidade ao cumprimento de sentença. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 40, n. 131, p. 197-218, set. 2013.

MIELKE SILVA, Jaqueline. *O direito processual civil como instrumento de realização de direito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2012.

MIELKE SILVA, Jaqueline; XAVIER, José Tadeu Neves; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *A nova execução de títulos executivos extrajudiciais: as alterações da lei 11.382/2006*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

MINATTI, Alexandre. *Defesa do executado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, v. II.

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

MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 183, p. 165-194, maio 2010. PDF, p. 6. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MITIDIERO, Daniel; ZANETI JR., Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Fabris, 2004.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Atualizada por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, v. 2.

NERY, Rosa Maria de Andrade. É possível a convivência do princípio da autonomia privada com o da lealdade, dito da boa-fé objetiva? *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 73, p. 17-29, jan. 2017. PDF. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Medidas executivas coercitivas atípicas na execução de pagar quantia certa – art. 139, IV, do novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 265, p.

107-150, mar. 2017. PDF. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

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

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. O direito fundamental à tutela jurisdicional executiva e a técnica da ponderação. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 169, p. 38-61, mar. 2009. PDF. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição*. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 417-441. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 1).

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução do direito civil constitucional*. Tradução e Organização de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PINTO, Pio Vito. *I processi nel codice di diritto canonico: commento sistematico al lib. VII*. Città del Vaticano: Vaticana, 1993.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1973, v. 1.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Forense, 1974, t. III.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Atualização legislativa de Sérgio Bermudes. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, t. III.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. IV.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972, t. XXXVIII.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Cidadania processual: processo constitucional e o novo processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de direitos fundamentais no processo civil: o conteúdo processual da constituição federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Manual dos recursos cíveis*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

PUGLIESE, Giovanni. La litis contestatio nel processo formulare. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. VI, p. 37-64, 1951.

RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*. Salvador: Juspodivm, 2016.

REICHELT, Luis Alberto. A desconsideração da personalidade jurídica no projeto de novo Código de Processo Civil e a efetividade da tutela jurisdicional do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, Cidade, v. 98, p. 245-259, mar./abr. 2015.

REICHELT, Luis Alberto. *A prova no direito processual civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

REICHELT, Luis Alberto. O conteúdo da garantia do contraditório no direito processual civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 162, p. 330-351, ago. 2008.

REICHELT, Luis Alberto. O conteúdo do direito à igualdade das partes no direito processual civil em perspectiva argumentativa. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 210, p. 13-40, ago. 2012.

REICHELT, Luis Alberto. O sistema de direitos fundamentais processuais densificado pelo Novo CPC e a necessária superação da Súmula 381 do STJ. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 110, p. 459-472, mar./abr. 2017. PDF. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

REICHELT, Luis Alberto. Sistemática recursal, direito ao processo justo e o novo Código de Processo Civil: os desafios deixados pelo legislador ao intérprete. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 244, p. 15-30, jun. 2015.

REICHELT, Luis Alberto; COLOMBO, Juliano. Reflexões sobre a caracterização e a densificação do direito fundamental ao duplo grau de jurisdição no novo CPC. *Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil*, Porto Alegre, v. 13, n. 76, p. 57-70, jan./fev. 2017.

RIBEIRO, Cristiana Pinto. *Apelação no novo CPC: efeitos devolutivo e suspensivo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 232, p. 13-35, jun. 2014.

RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, a. 36, n. 114, p. 91-103, jun. 2009.

RIBEIRO, Darci Guimarães; SCALABRIN, Felipe. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. *Revista Scientia Iuris*, Londrina, v. 13, p. 155-168, nov. 2009.

ROCHA, António Manuel da; CORDEIRO, Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2011.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSITO, Francisco. O princípio da duração razoável do processo sob a perspectiva axiológica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 161, a. 33, p. 21-38, jul. 2008.

RUBIN, Fernando. Processo. In: REICHEL, Luis Alberto; DALL'ALBA, Felipe Camilo (Coord.). *Primeiras linhas de direito processo civil: teoria geral do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, v. 1, p. 144-161.

SÁ, Djanira Maria Radamés de. *Duplo grau de jurisdição: conteúdo e alcance*. São Paulo: Saraiva, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 15-43.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direito fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. Eficácia do direito fundamental à segurança jurídica. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, Belo Horizonte, n. 6, p. 319–369, jul./dez. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; RUFINO, André. Direito geral de liberdade. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SATTA, Salvatore. Accordo (diritto processuale civile). In: *Enciclopedia del Diritto*. Milano: Giuffrè, 1.958, v. I, p. 300-301.

SATTA, Salvatore. *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*. Milano: Giuffrè, 1969.

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

SATTA, Salvatore; PUNZI, Carmine. *Diritto processuale civile*. 13. ed. Padova: CEDAM, 2000.

SCARPARO, Eduardo. *As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. (Coleção Alvaro de Oliveira – Estudos de Processo e Constituição, v. 5).

SCHELER, Max. *A posição do homem no cosmos*. Tradução de Marco Antônio Casanova. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

SCHELER, Max. *Ética: nuevo ensayo de fundamentación de un personalismo ético*. Traducción de Hilario Rodríguez Sanz. Buenos Aires: Revista de Occidente, 1948, t. I-II.

SCHMITT, Cristiano Heineck. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano: ejercicio y defensa de los derechos*. Traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. Saraiva: São Paulo, 1997.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Cognição do juiz na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 147-170.

SOUZA, Artur Cesar. O princípio da cooperação no projeto do novo código de processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 225, p. 65-80, nov. 2013.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem e ação monitória). *Revista de Processo*, São Paulo, v. 264, p. 83-107, fev. 2017. PDF. Disponível em: <<http://www.rtonline.com.br/>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile*. Bologna: Il Mulino, 1989.

TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TARUFFO, Michele. *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi*. Bologna: Il Mulino, 1980.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2007.

TESHEINER, José Maria Rosa. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução*. 23. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária do Direito, 2005.

THEODORO JR., Humberto. *O contrato e sua função social*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. (Edição Minha Biblioteca).

TONIOLO, Ernesto José. *A proibição da reformatio in peius no processo civil: de acordo com o novo CPC*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

TROCKER, Nicolò. Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il 'il giusto processo' in materia civile: profili generale. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Bologna, a. LV, n. 2, p. 381-410, giug. 2001.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

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

TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de processo civil canônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

USTÁRROZ, Daniel. *Direito dos contratos: temas atuais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

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

WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. Traducción de Tomás A. Banzhaf. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, v. I.

WALD, Arnoldo. *Direito civil: direito das obrigações e teoria geral dos contratos*. 20. ed. São Paulo: Saraiva 2011, v. 2.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do processo e da sentença*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres. *Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2012.

WEBER, Thadeu. Autonomia e dignidade da pessoa humana em Kant. *Direitos Fundamentais e Justiça*, Porto Alegre, n. 9, p. 232-259, out./dez. 2009.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Org.). *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 63-80. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 1).

ZANETI JR., Hermes. A teoria circular dos planos (direito material e direito processual). In: AMARAL, Guilherme Rizzo; MACHADO, Fábio Cardoso (Org.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 165-196.

ZANETI JR., Hermes; PEREIRA, Carlos Frederico Bastos. Teoria da decisão judicial no Código de Processo Civil: uma ponte entre hermenêutica e analítica? *Revista de Processo*, São Paulo, v. 259, p. 21-53, set. 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil: do processo de execução, arts. 566 a 645*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 8.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Título executivo e liquidação*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul  
Pró-Reitoria de Graduação  
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar  
Porto Alegre - RS - Brasil  
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564  
E-mail: [prograd@pucrs.br](mailto:prograd@pucrs.br)  
Site: [www.pucrs.br](http://www.pucrs.br)