

PUCRS

ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO – TEORIA GERAL DA JURISDIÇÃO E PROCESSO

CAROLINA ZELINSKI FAY DA SILVA

**A UTILIZAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS
COMO MÉTODO DE GESTÃO DE RISCO**

Porto Alegre
2021

PÓS-GRADUAÇÃO - *STRICTO SENSU*



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

CAROLINA ZELINSKI FAY DA SILVA

**A UTILIZAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS
COMO MÉTODO DE GESTÃO DE RISCO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (com área de concentração em Teoria Geral da Jurisdição e Processo) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Osna

Porto Alegre

2021

Ficha Catalográfica

F282u Fay, Carolina Zelinski

A Utilização dos Negócios Jurídicos Processuais como Método de Gestão de Risco / Carolina Zelinski Fay. – 2021.

102.

Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, PUCRS.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Osna.

1. Negócios Jurídicos Processuais. 2. Análise Econômica do Processo. I. Osna, Gustavo. II. Título.

CAROLINA ZELINSKI FAY DA SILVA

**A UTILIZAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS
COMO MÉTODO DE GESTÃO DE RISCO**

Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre em Direito
pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande
do Sul - PUCRS.

BANCA EXAMINADORA:

Presidente: Prof. Dr. Gustavo Osna (orientador)
PPGD da PUCRS

Membro externo: Prof. Dr. Marco Antonio dos Santos Rodrigues
PPGD da UERJ

Membro externo: Prof^a. Dra. Trícia Navarro Xavier Cabral
PPGD da UFES

Membro externo: Prof. Dr. Christian Alex Delgado Suarez
PPGD da PUCP

Porto Alegre

2021

Aos meus pais, pelo incentivo, pelo apoio,
pela paciência e pela compreensão nos
momentos de ausência.

RESUMO

A presente dissertação se propõe a analisar essencialmente a funcionalidade dos negócios jurídicos processuais e suas atuais limitações, buscando responder ao seguinte questionamento: Os negócios jurídicos processuais podem servir como método eficiente de gestão de risco no processo? Para esse estudo, realizou-se uma pesquisa teórica e descritiva, através de referenciais bibliográficos e documentais relacionados a modelos processuais, a tratamento histórico da relação entre processo e liberdade, a conceitos e interpretações dos negócios jurídicos processuais, passando, ao final, pela avaliação de seus limites objetivos e por uma análise econômica do processo com sua proposta relação às convenções processuais. O método de abordagem utilizado nessa dissertação foi o hipotético-dedutivo e os métodos de procedimento adotados o histórico, o tipológico e o funcionalista. O método interpretativo foi especialmente o sistemático. A conclusão alcançada com essa pesquisa foi a de que, atualmente, a indefinição quanto à (i)licitude do objeto dos negócios jurídicos processuais, principalmente pela doutrina, impede que se realize uma gestão de risco efetiva e eficiente para adoção no processo, considerando a insegurança existente a respeito da (in)validade da convenção processual caso submetida à análise judicial.

Palavras-chave: Liberdade Processual. Negócios Jurídicos Processuais. Análise Econômica do Processo. Gestão de Risco Processual.

ABSTRACT

The present paper aims to analyze essentially the function of the contract procedure and its current limitation, answering the following question: Can contract procedure provide an efficient method for risk management in lawsuits? To achieve this purpose, theoretical and descriptive research was carried out. Bibliographic and documental referential was used concerning procedural models, the historical relation between procedure and freedom, concepts, and interpretation of contract procedure, and, finally, assessment of its limits and economic analysis of the process regarding contract procedure. The method used was the hypothetical-deductive approach, and the procedural methods adopted were the historical, typological, and functionalist. The interpretative method was mainly systematic. With this research, it can be concluded that the current lack of definition concerning the legality of objects of contract procedure, especially through doctrine, prevents effective and efficient risk management for the procedure to be made due to the existing insecurity regarding the (in)validity of the contract procedure in case of judicial analysis.

Keywords: Freedom and Procedural Law. Contract Procedure. Economic Analysis of Procedure. Procedural Risk Management.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A INSTITUIÇÃO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS COMO MANIFESTAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NO PROCESSO	14
1.1 A liberdade e a justificação da autonomia no processo.....	16
1.2 Uma releitura dos procedimentos especiais rígidos e a adoção “aberta” de técnicas processuais para adequação dos procedimentos	28
1.3. A flexibilização procedimental, a adequação de questões processuais promovidas pelas partes e a participação do juiz nesse cenário	42
2 OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS – LIMITES E EFEITOS DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS E PROCEDIMENTAIS	54
2.1. Os requisitos legais para negociação processual pelo art. 190, do CPC.....	57
2.2. A incógnita quanto aos limites do objeto na negociação processual	68
2.3. Negócios Jurídicos Processuais, Análise Econômica e Gestão de Risco do Processo	82
CONCLUSÃO	98
REFERÊNCIAS	100

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa está inserida na área de concentração “Teoria Geral da Jurisdição e Processo”, na linha de pesquisa “Jurisdição, Efetividade e Instrumentalidade do Processo”, do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, e busca, através de uma abordagem hipotético-dedutiva, responder ao seguinte questionamento: A partir de elementos vinculados à economia, e em consideração à autonomia privada e à adaptação do procedimento para tutela jurisdicional adequada e efetiva, como os negócios jurídicos processuais podem contribuir para a gestão de risco processual?

A relevância do tema se justifica pela negociação processual ser objeto de grande debate atual, especialmente com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, e ainda persistir diversos questionamentos em relação à indefinição de seus limites objetivos, e, conseqüentemente, acerca de suas funções. Podemos negociar processualmente direitos indisponíveis? Podemos renunciar garantias constitucionais processuais? Podemos utilizar alterações procedimentais como elemento de barganha em uma negociação? A resposta a esses questionamentos é tão subjetiva e aberta quanto à própria cláusula de negociação processual do art. 190, do CPC, que não é respondida sequer por meio de análise jurisprudencial ou de comparação doutrinária.

O presente trabalho busca analisar os fundamentos dos negócios jurídicos processuais no ordenamento jurídico brasileiro, avaliar criticamente os debates acerca da limitação de seu objeto e estudar, por meio de instrumentos vinculados à economia, as funcionalidades do instituto das convenções processuais. Pretende-se compreender como a negociação processual pode afetar o resultado de uma demanda judicial ou servir como incentivo processual, analisando-a como instrumento de gestão do processo. Almeja-se também entender como as indefinições quanto aos limites objetivos dos negócios jurídicos processuais podem afetar a adoção desse instituto na análise de custos e benefícios e na redução de incertezas inerentes ao processo judicial.

Para isso, o estudo iniciar-se-á com a análise dos efeitos da liberdade processual e da autonomia sobre o processo e de como se deu essa evolução histórica doutrinária mundialmente e normativamente no Brasil. Após, passar-se-á ao

exame dos procedimentos judiciais como dispostos por lei, e da proposta de inclusão de técnicas processuais para adequação dos procedimentos ao direito material sob tutela. Em um terceiro momento, o estudo terá como ênfase a avaliação dos meios de se proceder com as adequações procedimentais e com a adoção de técnicas processuais diferenciadas, seja através da flexibilização procedimental com participação do juiz ou por meio de uma atuação das partes, de acordo ao modelo cooperativo de processo.

Já no segundo capítulo deste trabalho, avaliaremos inicialmente os requisitos legais estabelecidos pelo ordenamento jurídico vigente para a instituição de negócios jurídicos processuais, estudando-se, em conjunto, os critérios definidos pela doutrina para a celebração desses acordos. Após, passar-se-á a uma análise crítica a respeito da indefinição sobre os limites objetivos dos negócios processuais, e suas repercussões no direito processual brasileiro. Por último, será relacionada a análise econômica do processo com a teoria os negócios jurídicos processuais, para se buscar compreender a eficiência deste instituto diante de uma insegurança jurídica que ainda lhe acompanha, resultante da redação legal, da reduzida jurisprudência e da divergência doutrinária sobre o tema.

Para isso, adotaremos como premissas o conceito de “negócios jurídicos processuais” como gênero, e sua classificação em unilaterais (manifestação de vontade de um único sujeito) ou plurilaterais (declaração de vontade de dois ou mais sujeitos, podendo ser chamados de acordos ou convenções processuais)¹.

Compreender-se-á como “autonomia privada”, a “autonomia da vontade” e o “autorregramento da vontade”, sem distinção quanto ao seu significado, ou aplicação em termos de direito privado ou direito processual.

Da mesma forma, não se fará distinção quanto à adaptação, como sendo a variação do rito por opção legislativa, ou adaptabilidade, referente à flexibilização procedimental por adaptação jurisdicional², por entendermos que essa distinção de nomenclatura não prejudicará nosso estudo, por ser feita a distinção entre adaptação

¹ A despeito desse entendimento adotado, reconhece-se a existência de entendimento doutrinário diverso, no sentido de que a divisão entre unilateralidade e plurilateralidade não se refere à formação do negócio jurídico (se há uma ou mais vontades envolvidas), mas sim às suas consequências, de modo que os negócios unilaterais estabeleceriam obrigações e regras onerosas a uma das partes, enquanto os negócios bi ou plurilaterais ensejariam consequências a todas as partes que os celebram (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 54-55).

² Distinção proposta por Marco Antonio dos Santos Rodrigues em sua obra “A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil”. (Rio de Janeiro: GZ Editora, 2014, p. 147-148).

legal ou judicial, quando oportuno.

Adotaremos como método de procedimento o histórico, o tipológico e o funcionalista, analisando inicialmente como a autonomia da vontade interferiu na evolução histórica do processo civil e conseqüentemente no acolhimento dos negócios processuais como instrumento processual no ordenamento jurídico brasileiro. Avaliaremos como a conceituação dos negócios processuais se desenvolveu e quais os parâmetros e pressupostos para sua utilização. Ao final, adotaremos conceitos vinculados à economia para justificação das funções dos negócios processuais e para indicação dos óbices ainda presentes para adoção das convenções processuais como método eficiente de gestão de risco no processo.

1 A INSTITUIÇÃO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS COMO MANIFESTAÇÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NO PROCESSO

A atribuição da atividade jurisdicional ao Poder Judiciário, vinculado ao Estado, decorre da soberania desse, que possui poder de império, conferindo aos juízes a função de tutelar direitos através de um julgamento³. Por muito tempo, a resolução de disputas se tornou uma atividade a ser desempenhada de forma exclusiva pelo Estado, criando-se entraves para a justiça privada e obstáculos para a criação de alternativas a essa vedação, por motivos eminentemente políticos, decorrentes do contexto histórico vivenciado⁴.

A partir da evolução da atividade jurisdicional, manteve-se o reconhecimento de monopólio da executividade da solução definida pelo Estado, vedando-se a autotutela, mas não impedindo que a solução de conflitos seja realizada por meios alternativos à justiça estatal. Sob essa tese, houve a expansão da utilização da mediação, conciliação e arbitragem – essa última passível de realização inclusive em conflitos trabalhistas e consumeristas atualmente –, o que também demonstrou uma possibilidade-necessidade de adequação e de modificação da justiça estatal em relação àquela tradicionalmente proposta. Isso porque, ao término de um processo judicial iniciado com a finalidade de resolução de disputa, sempre haverá a insatisfação de uma (ou de ambas) as partes com o resultado do processo ou com o processo *per se*⁵, o que pode ser neutralizado ou amenizado por meio de uma atuação participativa das partes no processo.

A maior efetividade no cumprimento de uma solução consensual, ou em um cenário em que há minimamente a participação dos sujeitos no alcance do resultado, corrobora que a participação dos sujeitos no processo não apenas se justifica como um direito constitucional em uma democracia participativa⁶ e em observância à

³ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Limites da Liberdade Processual**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019. p. 13.

⁴ OSNA, Gustavo. **Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade**: análise crítica da teoria processual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 23 e 117.

⁵ AZEVEDO, André Gomma de. Teoria do Conflito. In: **Manual de negociação, conciliação, mediação e arbitragem** (org. João José Custódio da Silveira). Belo Horizonte: Letramento, 2018. p. 70.

⁶ Em complemento a esses benefícios, Rodolfo Mancuso defende que através da democracia participativa e pluralista (art. 1º, p. único, CFRB), todas as pessoas são credenciadas e legitimadas a participar do esforço comum para a boa gestão da coisa pública, o que passa pela busca da justa composição dos conflitos que são submetidos ao Poder Judiciário, trazendo externalidades positivas no sentido de um menor custo, maior celeridade, eficiência e menor impacto. (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 170).

liberdade individual, como também possui uma razão finalística para sua aplicação.

A compreensão arcaica de que caberia às partes apenas dar os fatos ao juiz para que esse lhes desse o direito não é mais cabível em um Estado Democrático de Direito, ou mesmo justificável em um contexto em que se reconhece a maior eficácia de outros meios resolutivos. A participação dos sujeitos na busca por uma solução tempestiva, adequada e justa, afeta também a justiça estatal e o sistema processual brasileiro, gerando maior equilíbrio entre a atuação dos sujeitos processuais^{7 8}. Não significa que essa flexibilidade e participação no processo leve a uma total liberdade, pois a justiça estatal ainda consiste em uma função de natureza pública e isso possui implicância processual. Entretanto, reconhece-se que a jurisdição contemporânea evoluiu para um novo formato de processo civil, com maior disponibilidade acerca do objeto processual⁹.

Em atenção a essa evolução, o Código de Processo Civil de 2015 (CPC) tenta estabelecer um maior equilíbrio entre os atores processuais, prestigiando sua liberdade e disponibilidade processual, criando técnicas que garantam maior flexibilidade¹⁰, inclusive mediante convenções processuais, ou seja, negócios jurídicos bilaterais que tratem do procedimento, de ônus, poderes, faculdades ou deveres das partes. Não se trata de uma novidade no âmbito do processo civil, pois a legislação processual anterior já trazia algumas possibilidades em relação a negócios processuais típicos (como o estabelecimento de um foro de eleição), porém o debate sobre o tema ganha mais força a partir da instituição de uma cláusula aberta de negociação processual (art. 190, do CPC) – autorização para adoção de convenções processuais atípicas, a partir de requisitos básicos em relação à validade dos negócios jurídicos (art. 104, do Código Civil).

O estabelecimento de negócios jurídicos processuais – sejam típicos ou

⁷ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Limites da Liberdade Processual**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019. p. 16.

⁸ Não se desconhece a existência de entendimento no sentido de que o processo civil brasileiro seria democraticamente limitado, tendo em vista que a natureza processual é claramente técnica e possui modelo obrigatório de representação das partes por seus advogados (OSNA, Gustavo. **Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade**: análise crítica da teoria processual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 78-85). Entretanto, o objetivo desse capítulo é a de demonstração de que ao menos uma formal democratização do processo decorre do contexto histórico brasileiro, de modo que não abordaremos seu resultado prático, por não essencial à compreensão ora proposta.

⁹ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Limites da Liberdade Processual**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019. p. 16-17.

¹⁰ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Limites da Liberdade Processual**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019. p. 91.

atípicos – é considerado um exercício de autonomia privada destinado à criação de normas jurídicas, dentro de uma margem de liberdade conferida pelo ordenamento¹¹. Assim, antes de adentrarmos propriamente no tema dos negócios jurídicos processuais, é imprescindível que se compreenda de que forma a liberdade afeta a autonomia das partes no processo e porque ela será relevante para ressignificar o papel das partes em sua atuação processual, para, ao final, podermos debater os limites dessa manifestação de vontade no cenário do processo civil.

1.1 A liberdade e a justificação da autonomia no processo

Desde o reconhecimento de um direito de acesso à justiça, busca-se compreender a amplitude e as formas de tornar esse direito efetivo, a fim de que o sistema seja igualmente acessível a todos, além de produzir resultados que sejam individual e socialmente justos¹². Em um Estado constitucional, entende-se que a jurisdição deve responder às necessidades do direito material, de modo que a formulação da norma jurídica do caso concreto deve se dar em consonância à lei, à Constituição Federal, e também à consideração de necessidades do caso concreto para efetiva prestação da tutela jurisdicional¹³.

Logo, o direito de ação a ser previsto constitucionalmente não apenas garante um direito ao acesso ao Poder Judiciário para solução de conflitos – e aqui será necessário avaliar as melhores formas de se oferecer e de permitir o acesso indiscriminadamente –, mas também se torna um princípio constitucional de modo a estabelecer que todos têm o direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada¹⁴ ¹⁵. Por essa razão, o direito de ação passa a ter uma interpretação de *direito de acesso à justiça*¹⁶. Sua complexidade atinge não apenas a garantia de

¹¹ RAATZ, Igor. **Autonomia Privada e Processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. p. 169.

¹² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 8.

¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria do processo civil. v.1. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 150.

¹⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 132.

¹⁵ Outras nomenclaturas podem ser igualmente adotadas para indicar o direito à uma prestação jurisdicional adequada e eficiente, derivada do conceito de devido processo legal, como é o caso da expressão “direito à boa jurisdição” adotada por Marco Antonio dos Santos Rodrigues (Princípio da Eficiência Processual e o Direito à Boa Jurisdição. **Revista de Processo**. v. 275. Jan/2018. p. 89-117.)

¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria do processo civil. v.1. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 248-249.

acessar a justiça para tutela de um direito, ou para garantir um devido processo legal¹⁷
¹⁸, mas tendo em vista um processo *justo*, que apenas poderá ser assim conquistado
 mediante garantia desses direitos à participação das partes a ele integrantes¹⁹ e à
 efetividade do direito material²⁰.

Essa concepção implica algumas obrigações que afetam tanto o legislador
 quanto o juiz, pois o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva abrange tanto a
 estruturação legal do processo como a conformação dessa estrutura pela jurisdição²¹,
 a fim de alcançar uma tutela jurisdicional “qualificada”²². O legislador terá a obrigação
 de garantir possibilidades para se obter a tutela efetiva, seja positivando situações que
 permitam direta subsunção, seja trazendo regras processuais abertas que permitam

¹⁷ Nelson Nery Junior, ainda que defenda que os demais princípios e regras processuais derivem do devido processo legal, sustenta que o *procedural due process of law* se referiria à possibilidade efetiva de a parte ter acesso à justiça, deduzindo pretensão e defendendo-se do modo mais amplo possível – mas não necessariamente se referindo a uma tutela *efetiva* de direitos (NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 70).

¹⁸ Cassio Scarpinella Bueno, por sua vez, defende que, “aliada à correta compreensão da importância do ‘modelo constitucional’ para o estudo do direito processual civil, não há como deixar de reconhecer que o chamado ‘devido processo legal’ é, antes de tudo, um ‘devido processo *constitucional*’, expressão que enfatiza que a pauta de reflexão sobre o direito, em um modelo de Estado como o brasileiro, tem que partir da Constituição e não da lei.” (BUENO, Cassio Scarpinella Bueno. **Manual de direito processual civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 46).

¹⁹ Aqui é importante ressaltarmos que o direito à participação no processo não necessariamente será um direito ilimitado de participação. A própria visão cooperativa do processo demonstra que os sujeitos do processos tenham sua atuação incentivada na medida do possível, para que prevaleça o diálogo entre eles, mas a limitação à conduta de cada sujeito é natural do próprio funcionamento do processo, para que o instrumento não se desvie do natural caminho traçado pelo ordenamento jurídico (ou da forma convencional) e para que não obstaculize a própria e pretendida tutela jurisdicional adequada (AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 128).

²⁰ A concretização da norma processual deve considerar as necessidades do direito material específicas do caso, devendo, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, iluminar o raciocínio judicial para identificar as necessidades concretas de se modelar a ação processual, incumbindo, ao juiz, a individualização da técnica processual capaz de conferir a efetiva tutela do direito (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria do processo civil**. v.1. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 157). A despeito de os autores indicarem a responsabilidade do juiz de individualizar a técnica processual, em um contexto de colaboração e de modelo cooperativo do processo, poder-se-ia também considerar a possibilidade de as partes integrarem essa decisão de individualização da técnica.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria do processo civil**. v.1. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 155.

²² Esse termo foi adotado por Fredie Didier Jr. para demonstrar que o direito de ação abrangia também uma efetiva concretização do direito para o qual se buscava a tutela, não bastando a simples garantia formal do dever do Estado de prestar justiça. Com esse argumento, ele ratifica que o princípio da inafastabilidade da justiça assegura uma tutela jurisdicional adequada à realidade da situação jurídico-substancial que lhe é trazida para solução, de modo a garantir “o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios adequados às peculiaridades da situação de direito material”, sendo desse entendimento a origem do “princípio da adequação do procedimento, que nada mais é do que um subproduto do princípio da adequação da tutela jurisdicional” (DIDIER JR., Fredie. Notas sobre a Garantia Constitucional do Acesso à Justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do poder judiciário. **Revista de Processo**. v. 108. Out-dez/2002. p. 23-31).

a adoção pelo juiz com a natural flexibilidade de uma norma dessa espécie. Por outro lado, caberá ao juiz o poder-dever de encontrar a técnica processual idônea à proteção do direito material dentre aquelas disponíveis no leque de medidas processuais garantidas pelo legislador²³, o que deve ser realizado por meio de uma participação efetiva das partes.

Trata-se de duas questões importantes e complementares. O direito de participação das partes – e o de elas influenciarem sobre o convencimento do juiz – é distinto do direito ao procedimento adequado à tutela do direito e do caso concreto²⁴. Contudo, a efetiva participação é essencial para que haja uma real consideração das necessidades do direito material e do caso concreto, pois a interpretação judicial é uma interpretação vista “de fora”, não sendo suficiente para garantir a compatibilização entre procedimento e direito material. É por essa razão que, para perfectibilizar um procedimento adequado, o processo justo deve garantir um direito à participação efetiva das partes na construção desse procedimento, por se tratar de uma garantia de legitimidade da jurisdição²⁵. A liberdade e a autonomia privada atuarão como elementos estruturantes da divisão de trabalho e de funções entre o juiz e as partes²⁶.

Uma vez que o direito à tutela jurisdicional autoriza que o Estado entre em contato com a esfera jurídica do indivíduo, intervindo tanto na liberdade quanto na sua autonomia²⁷, o direito à liberdade e à autonomia privada impedirão a atuação oficiosa do órgão jurisdicional sobre a pretensão a ele apresentada. O processo representa, também, uma garantia *contrajurisdicional*, pois é composto de diversos direitos que restringem e limitam o poder jurisdicional²⁸, tornando-se tanto um espaço de liberdade para atuar perante os órgãos com poderes jurisdicionais, como também se apresenta como uma condição para a tutela da liberdade, por impedir intervenções estatais

²³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria do processo civil. v.1. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 155.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria do processo civil. v.1. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 487.

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria do processo civil. v.1. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 466.

²⁶ RAATZ, Igor. **Autonomia Privada e Processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. p. 113.

²⁷ RAATZ, Igor. **Autonomia Privada e Processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. p. 112.

²⁸ RAATZ, Igor. **Autonomia Privada e Processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. p. 112.

indevidas²⁹.

A jurisdição no Estado Constitucional é caracterizada a partir do dever estatal de dar tutela aos direitos³⁰, mas, além dessa finalidade, devem ser observados os direitos fundamentais que compõem o direito ao processo justo no próprio plano da justa estruturação do processo³¹, e que permitem a conclusão de que as partes devem estar presentes *ativamente* nessa construção. Isso porque o “autorregramento da vontade das partes” é uma das expressões/pilares³² da liberdade processual³³, e influencia o novo modelo processual que vem se construindo e que considera que a liberdade permite aos sujeitos processuais que exerçam seus direitos e suas faculdades, regulando juridicamente seus interesses³⁴.

Esse reforço à liberdade no processo civil é materializado pela garantia à participação das partes – e o consequente exercício de atos de disposição das partes – e pela oferta de meios e de técnicas processuais capazes de garantir um maior equilíbrio entre os sujeitos processuais – especialmente entre o juiz e as partes³⁵. Para efetivação desse direito à participação das partes no processo, o Estado (legislador e juiz) deve atentar às particularidades do direito material e do caso litigioso para estabelecer as discriminações necessárias de modo a garantir e a preservar a participação igualitária dos sujeitos no caso concreto³⁶.

A garantia de igualdade na participação das partes, além de ser relevante para o exercício do contraditório, influenciará na própria divisão de trabalho no processo. Essa divisão deve ser igual entre as partes (com paridade de armas), e em observância à posição dessas com o juiz, pois a ambas as partes deve ser garantido

²⁹ RAATZ, Igor. **Autonomia Privada e Processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. p. 112.

³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria do processo civil. v.1. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 469.

³¹ MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional. **Revista de Processo**. v.229/2014. p. 51-74. Mar./2014.

³² DIDIER JR., Fredie. Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 18.

³³ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Limites da Liberdade Processual**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019. p. 33.

³⁴ DIDIER JR., Fredie. Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 18.

³⁵ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Limites da Liberdade Processual**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019. p. 32.

³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria do processo civil. v.1. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 477.

o direito de influir sobre o convencimento desse³⁷. No modelo idealizado no processo civil há um justo equilíbrio entre essas posições jurídicas das partes e do juiz, e, por isso, a colaboração é colocada como norma fundamental do processo civil, no art. 6º do CPC³⁸.

No Brasil, o modelo processual trazido especialmente pelo CPC de 2015 é conceituado como modelo cooperativo de processo, em que se busca uma recomposição das posições dos sujeitos processuais de forma mais paritária, harmônica³⁹ e simétrica⁴⁰, como uma comunidade de trabalho (*Arbeitsgemeinschaft*)⁴¹⁴². As atividades dos protagonistas do processo se fundem em uma ação coordenada e conjunta por um mesmo fim, ainda que nos limites de suas respectivas atribuições e interesses⁴³. Objetiva-se uma conformação equilibrada da divisão de trabalho entre o juiz e as partes, e se estrutura um processo que respeita os espaços de autodeterminação das partes, ainda que se outorgue poderes de direção ao juiz a fim de dar efetiva e adequada tutela de direitos⁴⁴.

O modelo cooperativo permite que as partes possam exercer livremente o direito de participar da formação da decisão do litígio, e o Estado-juiz deve estar preparado para escutá-las e considerar seus argumentos⁴⁵. O processo civil pautado

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria do processo civil**. v.1. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 477.

³⁸ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: do modelo ao princípio**. 4.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 44.

³⁹ Fredie Didier Jr. defende, inclusive, que o modelo cooperativo de processo caracterizar-se-ia por articular os papéis processuais das partes e do juiz, “harmonizando a eterna tensão entre a liberdade individual e o exercício do poder do Estado” (DIDIER JR., Fredie. Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil. *In*: DIDIER JR., Fredie. **Ensaios sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 20). Entendemos que a cooperação no processo possui relação com a liberdade processual, mas não necessariamente é por ela justificada. Mitidiero defende que a cooperação possui mais relação com o contraditório e com a igualdade, sendo esses dois valores a efetiva base constitucional para colaboração no processo (MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: do modelo ao princípio**. 4.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 71)

⁴⁰ OSNA, Gustavo. **Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade: análise crítica da teoria processual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 33.

⁴¹ MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. **Revista de Processo Comparado**. v. 2/2015. Jul-dez/2015. p. 83-97.

⁴² Nesse sentido, Paula Costa e Silva define que o processo é uma “comunidade de comunicação” (SILVA, Paula Costa e. **Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 103).

⁴³ AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de Processo Civil no novo CPC**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 51.

⁴⁴ ABREU, Rafael Sirangelo de. “Customização processual compartilhada”: O sistema de adaptabilidade do novo CPC. **Revista de Processo**. v.257/2016. Jul/2016. p. 51/76.

⁴⁵ AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de Processo Civil no novo CPC**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 34.

pela colaboração ainda conserva traços dispositivos e inquisitórios^{46 47}, mas o juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na condução do processo e assimétrico apenas quando da decisão de questões processuais e materiais da causa⁴⁸. Como concretização dessa isonomia na condução processual, os deveres cooperativos do juiz são trazidos exemplificativamente como o dever de esclarecimento, diálogo, prevenção e auxílio⁴⁹, podendo-se incluir também nesse rol o dever de estimular a solução consensual dos conflitos (art. 3º, §2º, do CPC). Ou seja, o modelo sugere uma revisitação da divisão do trabalho entre juiz e partes, em consideração à efetividade do Estado Democrático de Direito e à necessidade de prestação de tutela ao direito mediante decisão de mérito justa e efetiva^{50 51 52}.

Essa divisão do trabalho possui uma relação intrínseca ao debate doutrinário a respeito da “natureza” do processo. Isso porque historicamente o processo sempre foi objeto de uma tentativa de enquadramento entre as duas searas de publicismo e privatismo em consideração aos seus reflexos e às suas características próprias. É um debate movimentado por aspectos culturais e políticos que influenciam o processo civil como um todo, além de gerar uma discussão sobre o processo possuir ou não “um caráter privado o suficiente” para autorizar as convenções processuais.

Geralmente, as conclusões são bastante dicotômicas: ou se trata o processo

⁴⁶ Como exemplo de traço dispositivo, pode-se indicar a possibilidade de formalização do julgamento pela aplicação de regras que regem o ônus da prova (art. 373, do CPC), e como exemplo de traço inquisitório cita-se a possibilidade de instrução de ofício pelo juiz (art. 370, do CPC) (MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: do modelo ao princípio. 4.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 54.)

⁴⁷ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: do modelo ao princípio. 4.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 54.

⁴⁸ MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. **Revista de Processo Comparado**. v.2/2015. Jul-dez/2015. p. 83-97.

⁴⁹ MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. **Revista de Processo Comparado**. v.2/2015. Jul-dez/2015. p. 83-97.

⁵⁰ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: do modelo ao princípio. 4.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 108.

⁵¹ Marinoni, Arenhart e Mitidiero inclusive referem que, “ao mesmo tempo em que o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva incide sobre a atuação do juiz como ‘diretor do processo’, outorgando-lhe o dever de extrair das normas processuais a potencialidade necessária para dar efetividade a *qualquer direito material* (e não apenas aos direitos fundamentais materiais), e, ainda, a obrigação de suprir as lacunas que impedem que a tutela jurisdicional seja prestada de modo efetivo a *qualquer espécie de direito*” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria do processo civil. v.1. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 187).

⁵² Rafael Stefanini Auilo, cuja dissertação de mestrado apresentada no Programa de Pós-Graduação da USP se refere ao modelo cooperativo de processo civil, defende que o atual modelo processual sofreu forte influências de princípios como devido processo legal, boa-fé, lealdade processual e contraditório, todos balizadores de um processo ético, e que o modelo de colaboração subjetiva tem por objetivo principal a busca pela efetividade da tutela jurisdicional, principalmente por meio da valorização de decisões mais justas (AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 48).

de forma publicista, com uma maior concentração de poderes no juiz (vertente influenciada pela ZPO austríaca de 1895), ou se conclui por um liberalismo processual, inspirado no processo civil de vertente francesa, em que se outorga às partes uma maior posição de força em face da autoridade e um direito à maior participação no processo⁵³.

Especificamente quanto à atuação das partes no processo, Guilherme Henrique Lage Faria refere que Josef Köhler, na Alemanha de 1887, admitia que a vontade das partes poderia ser orientada negocialmente para produção de efeitos no processo, tratando o “contrato” como uma categoria da teoria do direito, não restrita ao direito privado⁵⁴. Já se reconhecia a possibilidade de celebração de contratos processuais sobre fatos e provas, para exclusão de procedimento especial, criação de regras procedimentais em geral, dentre outras⁵⁵. É na Alemanha que o tema dos negócios jurídicos processuais recebe maior atenção doutrinária, com produção acadêmica mais relevante⁵⁶.

Contudo, a matéria apenas passou a ter destaque na jurisprudência alemã em razão do Movimento de Socialização Processual e a Teoria de Oskar Bülow, que entendia que a relação jurídico-processual estava lastreada primordialmente na figura do juiz, e que as partes eram meros colaboradores na formação dos provimentos decisórios⁵⁷. Com base nessa compreensão, Guilherme Lage Faria relata que Bülow entendia que os acordos processuais seriam inadmissíveis exatamente porque a publicidade da relação jurídica processual impossibilitaria que as partes convencionassem sobre poderes de outrem – qual seja, o Estado-Juiz⁵⁸. A partir disso, teve-se a compreensão de que os efeitos de atos jurídicos que dependessem de uma atuação das partes no processo seriam sempre produzidos por força de lei, e não propriamente da vontade privada⁵⁹.

⁵³ ABREU, Rafael Sirangelo de. “Customização processual compartilhada”: O sistema de adaptabilidade do novo CPC. **Revista de Processo**. v.257/2016. Jul/2016. p. 51/76.

⁵⁴ FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios processuais no modelo constitucional de processo**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 20.

⁵⁵ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 108.

⁵⁶ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 108.

⁵⁷ FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios processuais no modelo constitucional de processo**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 20.

⁵⁸ FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios processuais no modelo constitucional de processo**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 20-21.

⁵⁹ FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios processuais no modelo constitucional de processo**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 21.

Esse entendimento está diretamente relacionado ao objetivo de se atingir o maior refinamento conceitual da ciência processual possível, sem influência do direito material na construção do processo⁶⁰. Para se “acordar sobre o processo”, é necessário que se entenda que o processo tem por objetivo a tutela adequada do direito material, e que o processo servirá de instrumento para tanto, o que não era analisado em profundidade à época. Logo, por justamente objetivar a maior independência da ciência processual, Antonio do Passo Cabral relata que Bülow refuta a adoção de convenções processuais, surgindo, a partir de então, a expressão de que “com o juiz não se pode contratar” (sob o fundamento de que a presença do Estado-juiz na relação jurídica processual faria com que qualquer convenção estivesse necessariamente dispondo sobre seus poderes)⁶¹.

Na Itália, Faria refere que Salvatore Satta manifestou entendimento na mesma direção de Bülow, seguindo a premissa do publicismo, no sentido de que a relação jurídica processual é pública e que essa qualidade impediria a convenção processual⁶², por não se estar negociando apenas questões particulares, entre os sujeitos do processo. Como o objeto da convenção seria interesse público, pertencente a toda a sociedade, não estaria disponível à negociação⁶³. Com o passar do tempo, Satta passou a relativizar essa compreensão, admitindo a celebração de negócios processuais nos casos previstos expressamente em lei (convenções processuais típicas), entendimento esse já admitido por Chiovenda^{64 65 66}, ainda tímido no âmbito das convenções processuais.

⁶⁰ MITIDIÉRO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. **Revista de Processo**. v.183/2010. p. 165-194.

⁶¹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 111.

⁶² FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios processuais no modelo constitucional de processo**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 21.

⁶³ FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios processuais no modelo constitucional de processo**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 21.

⁶⁴ FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios processuais no modelo constitucional de processo**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 21-22.

⁶⁵ Chiovenda admite a figura dos negócios processuais, considerando que a lei italiana relacionada à produção de efeitos com a vontade das partes, sendo possível criar, modificar ou extinguir direitos processuais (NOGUEIRA, Pedro Henrique. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 94).

⁶⁶ Essa relutância de Chiovenda na aceitação das convenções processuais resta demonstrada pelo fato de ele ter se manifestado expressamente contrário à inversão convencional do ônus da prova por entender que se interferiria na atividade própria do juiz (atividade alheia, que não poderia sofrer interferência salvo autorização legal). (GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 581).

Enrico Tullio Liebman também era, em geral, contrário a tais convenções, defendendo que atos como a convenção sobre foro ou a cláusula arbitral apenas seriam admissíveis por não serem negócios processuais, mas meros atos processuais, visto que realizados fora do processo, cujo efeito já estava fixado e preestabelecido em lei⁶⁷.

Sob diversa percepção, na França, o debate sobre o cabimento das convenções processuais também se iniciou no início do Século XX, compreendendo-se inicialmente que os acordos deveriam ser controlados pelo Magistrado, que seria responsável por "homologar" o avençado⁶⁸. Entretanto, no fim do Século XX, a abordagem foi sendo alterada, beneficiada pela elasticidade normativa do procedimento francês e pela atuação dos juízes e tribunais que buscaram, no início dos anos 80, novas técnicas para assegurar mais flexibilidade ao procedimento judicial⁶⁹. Segundo Cadiet, essa flexibilização procedimental em processos judiciais adotou soluções tradicionais dos processos arbitrais, levando a um desenvolvimento do modelo cooperativo de processo por meio da negociação entre partes⁷⁰.

No Brasil, a postura doutrinária inicialmente discordou da possibilidade de se negociar o processo, mas, em geral, ficou silente^{71 72}, pois se tinha a compreensão majoritária de que a função jurisdicional possui finalidades públicas *ultra partes* (tese publicista), considerando também a instrumentalidade do processo proposta por Cândido Dinamarco⁷³.

⁶⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**, I. Tradução e notas Candido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984. p. 221 e 226-227.

⁶⁸ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 128-129.

⁶⁹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 129-130.

⁷⁰ CADIET, Löic. La Qualification Juridique Des Accords Processuels. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 137.

⁷¹ FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios processuais no modelo constitucional de processo**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 37-38.

⁷² De forma excepcional, Barbosa Moreira tratou do tema de forma consistente na década de 80, *nomeando* como convenções processuais as permissões legais como de eleição de foro, distribuição do ônus da prova ou sobre suspensão do feito, dentre outras, entendendo que essas deveriam ser aplicadas independentemente de homologação pelo juiz, desde que válidas (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. *In*: **Temas de Direito Processual. 3. série**. São Paulo: Saraiva, 1984; e WAMBIER, Luiz Rodrigues. Os negócios processuais atípicos e as "Convenções das partes sobre matéria processual" – homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. **I Grande Seminário de Direito Processual Civil do IAB**. Disponível em: <https://digital.iabnacional.org.br/wp-content/uploads/2018/09/negocios-processuais.pdf>. Acesso em 26 maio 2021. p.5).

⁷³ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 118.

O entendimento doutrinário da época mostrava-se adequado ao contexto histórico brasileiro, pois defendia um procedimento estatal de formação de decisões que estava preocupado com a legitimação política em um Brasil pós-ditadura militar⁷⁴. Uma vez que o “publicismo processual” está intrinsicamente ligado à função do Estado em um contexto de expansão da atividade estatal com objetivo de pacificação social e de garantia do *welfare state*⁷⁵, era justificado que o processo, em si, fosse visto com uma maior função social.

O entendimento que se tinha naquele momento era de que os interesses em disputa seriam acompanhados de um constante interesse público⁷⁶, justificando uma maior atuação do Estado, e uma garantia de posição assimétrica do juiz em relação às partes. Esse “modelo social” de processo também teria como uma de suas finalidades a promoção da igualdade efetiva entre as partes, o que, sob tal percepção, somente poderia ser alcançado através do reforço dos poderes dos juízes⁷⁷.

Para isso, rechaçava-se a possibilidade de se convencionar o processo ou o procedimento, e se atribuía ao juiz poderes instrutórios, fundamentado pela busca pela verdade, neutralizando-se a liberdade das partes⁷⁸. Ao autor da demanda judicial cabia a provocação da jurisdição, quebrando sua inércia, sendo o direito de conhecimento privativo do juiz e a estatalidade a marca da atividade jurisdicional⁷⁹. Assim, era outorgado ao juiz o poder de impulso do procedimento, e seria ele o responsável pela realização da maior parte da atividade processual – condução, desenvolvimento e instrução do processo –, predominando-se o princípio inquisitivo⁸⁰.

No Brasil, em geral, a doutrina vê o Código de Processo Civil de 1973 como uma codificação fundada no modelo publicista de processo, com forte influência da

⁷⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 120.

⁷⁵ OSNA, Gustavo. **Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade**: análise crítica da teoria processual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 27-29.

⁷⁶ OSNA, Gustavo. **Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade**: análise crítica da teoria processual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 29.

⁷⁷ ALVES, Tatiana Machado. **Gerenciamento Processual no Novo CPC/2015**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 63.

⁷⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 48.

⁷⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 48.

⁸⁰ REDONDO, Bruno Garcia. Negócios Processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/73 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 392.

processualística alemã do final do século XIX e mais fortemente da doutrina italiana da primeira metade do século XX⁸¹, conferindo ao juiz amplos poderes (“deveres-poderes”) para a condução do processo^{82 83}. Nesse Código, está valorizada especialmente a segurança jurídica a preponderar no processo judicial, imprimindo maior formalismo pelo legislador, o que acabará por levar a eventuais desvirtuamentos da finalidade do processo, com comprometimento ao acesso à justiça por empecilhos eminentemente formais^{84 85}.

Em uma tentativa de tornar o processo neutro e abstrato, o conceito de relação jurídica processual afeta a legitimidade do procedimento e da decisão, pois não admite a participação das partes, diferenciação essa importante para o movimento seguinte do estudo do processo civil⁸⁶. O referido Código é considerado, hoje, uma legislação patrimonialista, pois se desenhou o sistema para tutela de direitos partindo do pressuposto de um litígio entre duas pessoas em juízo como uma relação ainda obrigacional. Além disso, essa legislação anterior demonstra a orientação do legislador em relação à mercantilização dos direitos, reduzindo-se situações substanciais a questões meramente patrimoniais, de modo a tornar o resultado padrão do processo uma tutela jurisdicional pelo equivalente monetário⁸⁷.

Especialmente a partir da Constituição de 1988, esse entendimento foi sendo

⁸¹ MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. **Revista de Processo**. v.183/2010. p. 165-194.

⁸² REDONDO, Bruno Garcia. Negócios Processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/73 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 393.

⁸³ O termo “dever-poder” decorre da compreensão de que o juiz possuiria poderes maiores para a condução do processo em relação às partes, mas que esses poderes também lhe trariam maior responsabilidade nessa condução (REDONDO, Bruno Garcia. Negócios Processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/73 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 393).

⁸⁴ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Limites da Liberdade Processual**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019. p. 31.

⁸⁵ Conforme Cappelletti e Garth, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis buscavam garantir o “direito ao acesso à proteção judicial”, que significa, em essência, o direito formal do indivíduo de propor ou contestar uma ação. Entretanto, a titularidade do direito estará destituída de sentido se não houver mecanismos para sua efetiva reivindicação, de modo que “os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais” e que é necessário “expor o impacto substantivo dos vários mecanismos de processamento de litígios”, o que, em síntese, conclui que o acesso à justiça deve ser efetivo, na prática, e não meramente uma garantia formal (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 9-13).

⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria do processo civil**. v.1. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 465-466.

⁸⁷ MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. **Revista de Processo**. v.183/2010. p. 165-194.

modificado, levando à uma compreensão de que, em uma teoria processual compatível com o Estado Democrático de Direito, apenas haverá a legitimação do processo através da participação das partes na formação da decisão⁸⁸, o que exigirá rearranjos estruturais e institucionais para sua promoção eficiente⁸⁹. Isso porque esse Estado Constitucional se encontra pautado por uma tentativa de conciliação dos dois conceitos de liberdade (positiva e negativa), e as partes, no seu âmbito de liberdade e de autonomia, possuem o poder de construir os procedimentos de acordo com o modo que entendem melhor gerir seus interesses – desde que observados certos limites⁹⁰, justificados por normas constitucionais e infraconstitucionais^{91 92}.

A partir dessa compreensão, concluiu-se que, mesmo que o processo possua caráter publicista, decorrente evidentemente do exercício de sua função pública, essa característica não afasta a aplicação do princípio da liberdade no âmbito do Direito Processual Civil⁹³, especialmente tendo em vista sua compatibilização a direitos fundamentais, a preceitos básicos constitucionais, propondo-se uma democratização do processo, tendência comum a diversos ordenamentos^{94 95}.

⁸⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria do processo civil**. v.1. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 466.

⁸⁹ OSNA, Gustavo. **Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade: análise crítica da teoria processual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 49.

⁹⁰ RAATZ, Igor. **Autonomia Privada e Processo: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.p. 176.

⁹¹ RAATZ, Igor. **Autonomia Privada e Processo: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.p. 175.

⁹² A democracia participativa sugere a caracterização do processo como um espaço privilegiado de exercício direto de poder pelo povo, o que não retira o poder do juiz, mas potencializa o valor da participação das partes no processo (MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: do modelo ao princípio**. 4.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 45). Entretanto, essa potencialização, na prática, deve ser vista com ressalvas, pois a participação no processo civil brasileiro não é exercida diretamente pelas partes, mas apenas mediante representação. Assim, uma compreensão mais apurada é de que há uma maior participação das partes que, *representadas*, possuem um espaço mais amplo na condução processual. Contudo, sempre há um afastamento entre o representante e o representado, levando a um vínculo de agência (OSNA, Gustavo. **Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade: análise crítica da teoria processual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 84). Assim, o exercício e o resultado dessa participação será condicionado à boa atuação do advogado.

⁹³ DIDIER JR., Fredie. Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil. *In*: DIDIER JR., Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 18.

⁹⁴ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Limites da Liberdade Processual**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019. p. 18.

⁹⁵ Essa democratização do processo também será relevante para a compreensão da passagem que o processo civil sofreu a partir da Constituição de 1988, compreendendo-se que o processo deixa de atender apenas à necessidade de resolver casos concretos mediante prolação de decisão justa para as partes, mas também sendo responsável por promover a unidade do direito através da formação de precedentes, assegurando a tutela aos direitos tanto para as partes e o caso concreto, como para a sociedade em geral (MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional. **Revista de Processo**. v.229/2014. p. 51-74. Mar./2014).

A participação no processo será vista como uma amostra dessa democracia participativa instituída pela Constituição, trazendo também a imposição de que a decisão terá sua legitimidade condicionada à participação das partes e a compatibilização do procedimento ao seu conteúdo material. Nesse aspecto, invoca-se o debate quanto à legitimidade do próprio procedimento, que deverá privilegiar o uso de técnicas processuais, e se estruturar em consonância aos direitos fundamentais materiais⁹⁶. Para tanto, reconhece-se que não necessariamente um processo “inflexível” será a melhor versão de “processo” a ser oferecida às partes, que, como já visto, poderão participar ativamente da construção do procedimento.

1.2 Uma releitura dos procedimentos especiais rígidos e a adoção “aberta” de técnicas processuais para adequação dos procedimentos

O ordenamento jurídico brasileiro, pertencente à família *civil law*, sempre foi apegado à forma e à rigidez procedimental, objetivando a segurança jurídica e a previsibilidade como meio de assegurar a isonomia de tratamento entre os envolvidos na relação procedimental⁹⁷. O modelo de processo foi previsto para ser calculável⁹⁸, e o procedimento ordinário foi construído com o objetivo de que ele fosse apto a oferecer a melhor qualidade da tutela jurisdicional, com a mais completa cognição⁹⁹.

Entendia-se que o procedimento atenderia a essas necessidades se houvesse uma padronização, que geraria o melhor resultado às partes em termos de desempenho de suas garantias fundamentais processuais¹⁰⁰. Alvaro de Oliveira, por exemplo, defendia que o direito processual seria o direito constitucional aplicado, por significar essencialmente que o processo seria a ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, e que por isso o processo seguiria um “estatuto básico processual”, impedindo uma atuação arbitrária

⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria do processo civil. v.1. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 559-560.

⁹⁷ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Limites da Liberdade Processual**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019. p. 41.

⁹⁸ OSNA, Gustavo. **Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade**: análise crítica da teoria processual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 24.

⁹⁹ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 20.

¹⁰⁰ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 20.

do Estado, e definindo suas competências¹⁰¹.

Contudo, a tentativa de uma abstração do direito processual fez a doutrina confundir a instrumentalidade com neutralidade do processo, de modo que o direito processual passou a ser pensado de forma isolada ou à distância do direito material¹⁰². Ocorre que essa compreensão não é mais necessária para que o direito processual tenha sua autonomia respeitada em relação ao direito material, e não se justifica na tutela de diferentes situações de direito substancial e considerando diferentes posições sociais^{103 104}, de modo que a adequação do procedimento se torna uma opção viável, se não por vezes imprescindível. Como vimos, as garantias constitucionais processuais não são limitadas ao *fim* do processo, mas também exigem que seja observada a efetividade em relação aos seus meios¹⁰⁵.

De acordo com o direito a ser tutelado, a adequação – consistente na adaptação do procedimento às peculiaridades do caso concreto, dos sujeitos processuais, e às necessidades do direito substancial – pode servir a uma prestação jurisdicional mais eficiente, e a uma tutela mais efetiva^{106 107}. Essa conclusão é

¹⁰¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 62-63; 75- 77.

¹⁰² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria do processo civil**. v.1. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 489-490.

¹⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria do processo civil**. v.1. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 490.

¹⁰⁴ Na obra “Técnica Processual e Tutela de Direitos”, Marinoni bem esclarece que “o fato de o processo civil ser autônomo em relação ao direito material não significa que ele possa ser neutro ou indiferente às variadas situações de direito substancial. Autonomia não é sinônimo de neutralidade ou indiferença. Ao contrário, a consciência da autonomia pode eliminar o medo escondido atrás de uma falsa neutralidade ou de uma indiferença que, na verdade, é muito mais meio de defesa do que alheamento em relação ao que acontece à ‘distância das fronteiras’. Na realidade, jamais houve – ou poderia ter ocorrido – isolamento do direito processual, pois há nítida interdependência entre ele e o direito material. [...] Portanto, não há dúvida de que a suposição de que bastaria um único procedimento para todas as situações de direito material implica uma lamentável confusão entre autonomia e neutralidade do processo. Ou então se pretendeu, em um desejo que jamais poderia ser concretizado, que o processo realmente fosse indiferente ao direito material e à realidade social. Esse desejo, embora irrealizável, seria ligado à formalização do processo civil, indispensável para a eliminação de qualquer resquício de tratamento diferenciado às distantes posições sociais” (MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 6. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p.47-48).

¹⁰⁵ REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 65.

¹⁰⁶ REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 131

¹⁰⁷ Sobre a questão do formalismo processual por vezes injustificado (ou inapropriado) André Gomma de Azevedo refere que “frequente[mente] t[e]m[-se] o conflito acentuado ante procedimentos que abstratamente se apresentam como brilhantes modelos de lógica jurídica-processual, mas que na prática acabam por se mostrar ineficientes e frequentemente enfraquecem os relacionamentos sociais entre as partes em conflito. Torna-se claro que o conflito, em muitos casos, não pode ser completamente resolvido tão somente por abstrata aplicação da técnica de subsunção”. (AZEVEDO, André Gomma de. Teoria do Conflito. *In: Manual de negociação, conciliação, mediação e arbitragem* (org. João José Custódio da Silveira). Belo Horizonte: Letramento, 2018. p. 85).

alcançada a partir do reconhecimento da possibilidade de que, ainda que ao final se alcance a tutela pretendida, ela não necessariamente será eficiente, pois pode ser obtida a partir de um procedimento custoso e com duração irrazoável em relação ao objeto do processo, o que justamente se busca evitar¹⁰⁸.

Se o procedimento formal previsto em lei, que tinha por objetivo a mais completa cognição e a isonomia entre as partes, não estiver cumprindo esse papel no caso concreto, é indicado – se não necessário – que o procedimento seja modificado, relativizando-se seu formalismo pela aplicação do princípio da adaptação do procedimento¹⁰⁹. A exigência de que o processo seja “devido” também abrange a efetividade também dos meios¹¹⁰, de modo que a flexibilização do procedimento é justificada (i.) pela obrigação constitucional de que a jurisdição ofereça uma tutela efetiva dos direitos cuja pretensão lhe seja submetida à apreciação – entendimento esse que decorre da interpretação do art. 5º, XXXV, da CFRB¹¹¹ –; e (ii.) pela compreensão de que o devido processo legal não necessariamente será a observância de um “processo estritamente previsto *em lei*”, mas sim que o *due*

¹⁰⁸ Nesse sentido, Fredie Didier Jr. ensina que um procedimento eficiente apenas será assim identificado de forma retrospectiva, *a posteriori*, diferentemente do que ocorre com a adequação do procedimento, cuja qualidade pode ser avaliada antes ou durante o seu percurso, com base em critérios objetivos, subjetivos e teleológicos (Apontamentos para a concretização do princípio da eficiência do processo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, n. 52, jan./fev. 2013. p. 438)

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 116-117.

¹¹⁰ REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 89.

¹¹¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil**. v.1. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 28-29.

process deve ter em vista primordialmente um processo *justo*^{112 113 114}.

Com essas justificativas técnicas, surgiram originalmente os procedimentos *especiais*, que seriam aqueles construídos, em regra, para atender a uma específica situação jurídica material, situação essa que possuía especificidades que inviabilizariam a tutela pelo procedimento comum e padronizado¹¹⁵. Essa compreensão – ainda que falha em diversos aspectos como em seguida se demonstrará – foi extremamente importante para evidenciar que há objetos que justificam uma tutela jurisdicional diferenciada, e que há possibilidade de o procedimento sofrer adaptações em suas formas de tutela quando as especificidades do direito material não couberem nas estruturas do procedimento ordinário¹¹⁶. Esse reconhecimento levou à conclusão de que há um direito ao procedimento adequado¹¹⁷ para todo e qualquer caso submetido à proteção jurisdicional, de modo que se deve

¹¹² Há entendimentos contrários, como é o caso de Igor Raatz, que entende que a adoção da expressão “processo justo” compreende um modelo variável permitindo um “subterfúgio hermenêutico para conferir ao juiz maiores poderes” (RAATZ, Igor. **Autonomia Privada e Processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. p. 273-279).

¹¹³ A garantia processual ao devido processo legal tinha inicialmente o objetivo de pautar regras preestabelecidas a serem observadas, de forma a assegurar a previsibilidade processual. Contudo, há algumas décadas o devido processo legal vem sendo interpretado como uma garantia ao processo *justo*, sendo esse considerado aquele desenvolvido em observância aos direitos fundamentais processuais e à Constituição de um modo geral, e objetivando uma adequada prestação jurisdicional. Os negócios processuais não são incompatíveis com o devido processo legal, pois além de terem por finalidade a garantia a uma adequada prestação jurisdicional e um adequado procedimento, ainda possuem autorização em lei para implementação, possuindo origem no direito à liberdade, também garantido constitucionalmente. Ademais, processos negociados ou cooperativos não perdem a previsibilidade que é uma das faces do devido processo legal, pois as modificações são feitas por meio do negócio jurídico justamente para serem mais previsíveis, dando uma previsibilidade compatível e segundo os interesses das partes (MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova**: análise econômica e jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 101-103).

¹¹⁴ Nesse sentido também defende Luiz Rodrigues Wambier: “A rigor, cumpre o postulado do devido processo legal o processo em que a tutela jurisdicional é prestada de forma adequada, justa, efetiva e no menor tempo possível, com a observância das garantias processuais constitucionais. Pressupõe procedimento adequado, frente às circunstâncias do conflito de interesses submetido a exame judicial. Com o passar dos anos, entendeu-se que o processo não pode ser um fim em si mesmo, e que é preferível um procedimento atípico, mas que seja capaz de proporcionar aos jurisdicionados a prestação de tutela adequada. Grosso modo, o procedimento legitima-se pela obediência às garantias processuais fundamentais, entre as quais o contraditório, a ampla defesa e a isonomia. Desde que observadas essas garantias, não há que se falar em ofensa ao devido processo tão somente pela não submissão à forma padrão.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues. O modelo processual cooperativo e a flexibilização procedimental. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Ano 11. v.18. n.3. Set.-Dez/2017. p. 247-248).

¹¹⁵ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 21 e 26.

¹¹⁶ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 27.

¹¹⁷ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 27.

considerar a possibilidade de se excepcionar o procedimento comum e ordinário.

A fim de enfrentar a neutralidade e indiferença que o procedimento padrão poderá apresentar, os procedimentos especiais foram criados em prol do princípio da efetividade, ofertando tutela diferenciada com técnicas de simplificação e agilização do trâmite processual, alteração da ordem dos atos praticados em relação ao estipulado no procedimento comum etc.^{118 119}. A própria busca pela igualdade substancial dos litigantes justificaria a alteração do procedimento padrão, que, através de sua utilização, poderia levar à uma quebra de isonomia^{120 121}. Trata-se de uma adequação teleológica do procedimento, de modo a adaptar o procedimento às funções da jurisdição nos ritos internos dos processos, de acordo com a relação jurídica substancial submetida à apreciação do órgão jurisdicional, ou seja, adequando o processo ao direito material nele debatido^{122 123}.

Esses procedimentos especiais são adaptados *em abstrato* e podem estabelecer que a execução precederá a cognição (execução fundada em título executivo extrajudicial – arts. 771, do CPC), que serão feitos cortes na cognição no plano horizontal para limitação do debate a determinadas questões (ações possessórias – arts. 554 e seguintes, do CPC), ou que há particularizações procedimentais em atenção a certas especificidades quanto ao modo como determinado direito pode ser evidenciado no processo (ação monitória – arts. 700 e

¹¹⁸ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 28-29.

¹¹⁹ Segundo Antonio Marcato, “a funcionalidade do procedimento visa justamente estabelecer o equilíbrio entre o interesse de celeridade e de eficiência do processo, de um lado, e de outro o interesse de justiça na solução do litígio, razões pelas quais nosso ordenamento processual estabelece, ao lado dos ditos *procedimentos especiais*, adequados às peculiaridades das causas previstas em lei, o *procedimento comum*, aplicável por exclusão se, para o caso concreto, inexistir previsão de qualquer daqueles procedimentos típicos (NCPC, arts. 318 e s.)” (MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos Especiais**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 71).

¹²⁰ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 29.

¹²¹ Daniel Mitidiero e Alvaro de Oliveira bem comentam esse ponto, que, “às vezes mesmo atendido o formalismo estabelecido pelo sistema, em face das circunstâncias da espécie, o processo pode se apresentar injusto ou conduzir a um resultado injusto”, de modo que “a visão estática da segurança, que se baseava na garantia do ‘devido processo legal’ (art. 5º, inciso LIV, CRFB), deve ser substituída por uma visão dinâmica, ligada aos princípios e aos direitos fundamentais. Daí ser mais correto falar em direito fundamental a um processo justo” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. v.1. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 62-63).

¹²² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 119.

¹²³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. v.1. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 77.

seguintes, do CPC) etc.¹²⁴. Todas essas possibilidades devem estar formalmente estabelecidas em lei, para que seja possível “filtrar” as demandas passíveis de serem veiculadas pelo procedimento especial, que possui rito rigorosamente detalhado em lei¹²⁵. Trata-se da característica de *legalidade* do procedimento especial, sendo garantia de segurança aos litigantes a sua necessidade de estrita observância¹²⁶.

Relacionada à legalidade, temos como característica marcante dos procedimentos especiais a *taxatividade* (tipicidade fechada)¹²⁷. Isso significa que a lei preveria todos os procedimentos possíveis, não podendo ser aplicado o procedimento para situações não previstas expressamente na legislação¹²⁸. Desse fator também decorreria a compreensão acerca da *inflexibilidade* dos procedimentos especiais, que são rígidos¹²⁹ e sem possibilidade de adaptação. A adaptação procedimental autorizada pelo legislador já seria a prevista para aquele procedimento especial, cabendo às partes apenas adotarem o que está disposto em lei sem diversificações.

Em complemento, a doutrina tradicional defendia a *exclusividade* dos procedimentos especiais, que levava à conclusão de que os procedimentos especiais seriam um ambiente exclusivo para inserção de técnicas processuais diferenciadas, devendo-se necessariamente criar um procedimento especial para se adotar qualquer diferenciação de técnica que não seja a disposta para o procedimento comum¹³⁰. Em consonância a essas características, temos também a *infungibilidade*, que complementa a inflexibilidade da leitura do legislador quanto aos procedimentos especiais, impedindo que haja conversão entre os procedimentos comuns e especiais, salvo quando a lei expressamente assim determina (como é o caso do procedimento

¹²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. 4. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 51.

¹²⁵ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p.32.

¹²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 159.

¹²⁷ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 34.

¹²⁸ Cândido Dinamarco defende que os procedimentos especiais seguem modelos que tiveram suas técnicas procedimentais revisitadas, e que o procedimento deve se conformar exatamente ao procedimento previsto, sob pena de nulidade e possível ilegitimidade dos procedimentos jurisdicionais a serem produzidos (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 159).

¹²⁹ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 37.

¹³⁰ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 39.

previsto para a tutela cautelar em caráter antecedente – art. 307, p. único, do CPC)¹³¹.

Por fim, temos a *excepcionalidade* e a *indisponibilidade* dos procedimentos especiais¹³², que definiriam que os procedimentos especiais *devem* ser utilizados no caso de a situação jurídica se enquadrar na previsão legal, por subsunção, adotando-se o procedimento comum para os demais. Nesse caso, o indivíduo não possuiria liberdade para adotar o procedimento comum quando houvesse previsão de procedimento especial para aquela hipótese.

Todas essas características são ditadas pela doutrina tradicional e reforçam o entendimento de que o procedimento deve ser padronizado, inclusive quando há uma diferenciação reconhecida quanto ao ordinariamente adotado. Trata-se de uma rigidez do processo civil clássico, que permeia a legislação mesmo em uma tentativa de flexibilização como a criação dos procedimentos especiais¹³³.

Entretanto, essas características – em especial a taxatividade e sua tipicidade – serão responsáveis por “condenar” essa forma de tutela diferenciada e torná-la inefetiva – ou, ao menos, por não permitir sua efetividade ao nível a que se pretendia. É utópico admitir que a lei esgotaria as possibilidades procedimentais¹³⁴ e que o legislador poderia prever tantos procedimentos quantos fossem necessários às situações de direito substancial que demandariam tutela¹³⁵. Ademais, mesmo que o legislador edite um procedimento adequado a uma situação de direito substancial, isso jamais será suficiente para atender às circunstâncias do caso concreto^{136 137}.

¹³¹ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 38-39.

¹³² DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 35-36.

¹³³ Corroborando esse entendimento, Dinamarco defendia que não havia possibilidade de se optar por um procedimento da preferência do demandante. A determinação do procedimento adequado constituiria ditame de ordem pública do processo, cujo desatendimento viciaria a propositura da demanda e impediria sua apreciação (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 188-189).

¹³⁴ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 34.

¹³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria do processo civil. v.1. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 493.

¹³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria do processo civil. v.1. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 494.

¹³⁷ Nesse mesmo sentido é o entendimento de Luiz Rodrigues Wambier: “Na verdade, o procedimento padrão, estabelecido em lei, nem sempre se apresenta como o mais apropriado ao caso concreto. Afinal, não se pode exigir que o legislador consiga estabelecer regras únicas perfeitamente satisfatórias a todas as espécies de conflitos de interesses levados a julgamento pelo Poder Judiciário, e que ao mesmo tempo atende às peculiaridades de cada situação de direito material. Há situações em que o

A demora no processo legislativo também impede essa concretização¹³⁸ mesmo na situação claramente irrealizável de que o legislador premeditasse todas as situações de direito substancial. Além disso, a positivação de um procedimento especial, na prática, é majoritariamente uma escolha política, de conveniência¹³⁹, decorrente de razões históricas¹⁴⁰. Dentre as diversas possibilidades de adequação procedimental, é possível que se positivem um procedimento especial meramente para lhe oferecer maior celeridade, independentemente das peculiaridades do direito material, que deveria ser a razão fundamental para a previsão legal^{141 142 143}.

Portanto, atualmente compreendemos que a adequação procedimental através da criação de procedimentos especiais é um movimento tradicional que prevê alternativas legislativas pré-fixadas e que foi importante para demonstrar a possibilidade de oferecer uma devida tutela jurisdicional por procedimentos não-padronizados. Contudo, ainda que se trate de uma flexibilização do procedimento ordinário, ela é uma regra *rígida* por natureza. O esgotamento das possibilidades de flexibilização que o Estado entende por possível não atende às necessidades de uma sociedade complexa e mutante e nem mesmo contempla todas as necessidades do

procedimento deve ser adaptado às singularidades do caso, visando a que a tutela jurisdicional seja prestada com maior qualidade e eficiência” (WAMBIER, Luiz Rodrigues. O modelo processual cooperativo e a flexibilização procedimental. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Ano 11. v.18. n.3. Set.-Dez/2017. p. 243).

¹³⁸ REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 91.

¹³⁹ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 30.

¹⁴⁰ BUENO, Cassio Scarpinella Bueno. **Manual de direito processual civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 478-479.

¹⁴¹ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 31.

¹⁴² Em relação à celeridade, cabível aqui o destaque de que a incompatibilização entre a técnica processual e o direito material pode decorrer tanto de um processo demasiadamente lento que ofende a efetividade da jurisdição da mesma forma que um processo significativamente célere fulmina o devido processo e as demais garantias constitucionais. Logo, nem sempre a máxima celeridade será adequada, como é o caso de objetos que demandam uma cognição profunda para sua exauriência (REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 100).

¹⁴³ Luiz Rodrigues Wambier ratifica o entendimento de que “o elenco de procedimentos especiais foi criado pelo legislador tendo em conta as peculiaridades de certas pretensões de direito material, hábeis a justificar, a partir dos critérios eleitos pelo legislador, a obtenção de tratamento procedimental diferenciado”, mas que tais critérios podem ser de ordem econômica, política, conjuntural, histórica etc. Como exemplo, o autor refere as ações de matéria possessória ou a ação de exigir contas, que teria tido por base apenas uma escolha política do legislador, e não necessariamente um direito material que detivesse tamanha peculiaridade. (WAMBIER, Luiz Rodrigues. O modelo processual cooperativo e a flexibilização procedimental. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Ano 11. v.18. n.3. Set.-Dez/2017. p. 241).

direito material¹⁴⁴.

Por essas razões, e pela evolução do estudo dos procedimentos especiais, o legislador reconheceu a inefetividade – ou efetividade parcial – desses procedimentos, e rompeu parcialmente com algumas dessas características “tradicionais” ao alterar a previsão do antigo art. 292, §2º, do CPC/73. O art. 327, §2º, do CPC/15, admite atualmente que, na cumulação de pedidos, se adote o procedimento comum “sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum”.

Essa redação traz uma mudança importante na legislação processual brasileira, pois reconhece o procedimento comum como adaptável e flexível, receptivo à incorporação – ainda que episódica – de técnicas diferenciadas pensadas para procedimentos especiais¹⁴⁵. Segundo Didier Jr., Cabral e Cunha¹⁴⁶:

o procedimento comum passa a ser território propício para a inserção de técnicas procedimentais desenvolvidas para a tutela de determinados direitos. Essa cláusula geral pode ser a fonte normativa de reafirmação e do desenvolvimento do princípio da adequação do procedimento.

É fundamentalmente com base nessa disposição legal que esses autores sugerem que talvez a melhor alternativa para adequação do procedimento a uma situação jurídica material não seja a proliferação de incontáveis procedimentos especiais, mas sim a inserção de possibilidades de flexibilização em um procedimento que sirva como modelo procedimental padrão¹⁴⁷. A permissão de uma veiculação de diversas técnicas procedimentais em um mesmo procedimento, seja ele comum ou especial¹⁴⁸, mostra-se mais efetiva do que a estruturação de diversos procedimentos especiais que não podem ser adotados nem mesmo de forma analógica para direitos materiais que exijam tutela semelhante.

Os autores defendem que a utilização de diversas técnicas de diferenciação procedimental é justificada pela disposição do art. 327, §2º, do CPC, pois essa

¹⁴⁴ REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 92.

¹⁴⁵ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 70.

¹⁴⁶ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 71.

¹⁴⁷ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 86.

¹⁴⁸ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 87.

representaria uma cláusula geral de flexibilização procedimental, possibilitando tanto a importação de técnicas especiais de tutela jurisdicional para o procedimento comum, como o caminho inverso, ou seja, a importação de regras do procedimento comum para o procedimento especial¹⁴⁹. Em consonância ao art. 327, §2º, do CPC, a previsão do art. 1.049, p. único, do CPC, também reconhece a complementariedade dos procedimentos, autorizando a incorporação de técnicas de procedimentos especiais desde que não incompatíveis com o procedimento a serem inseridas^{150 151}.

Dessa leitura feita por Didier Jr., Cabral e Cunha a respeito dos procedimentos especiais, podemos extrair algumas premissas gerais que serão extremamente importantes para a compreensão do estudo ora proposto nesse trabalho. A primeira delas é de que é possível a adoção de técnica diferenciada desde que compatível processualmente com o procedimento em que essa está sendo aplicada. Já a segunda se refere à uma modificação na interpretação do processo civil, pois¹⁵²:

A lógica do sistema passa a ser a mais ampla integração possível para que, da equação resultante de sua aplicação conjugada, possa-se ofertar ao jurisdicionado não só um leque variado de técnicas especiais, mas também um repertório de instrumentos que possam ser combinados, a fim de emprestar ao procedimento maior efetividade.

[...]

O procedimento comum passa a ser visto como um *locus* ou *habitat* adequado à previsão de técnicas de diferenciação da tutela jurisdicional, alterando a percepção tradicional de que o procedimento especial era quem detinha o monopólio ou a exclusividade para a previsão de uma dessas técnicas.

¹⁴⁹ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 73.

¹⁵⁰ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 75 e 94.

¹⁵¹ Com esse mesmo entendimento já se manifestou Tárzis Silva de Cerqueira, ao reconhecer que “o disposto nos arts. 327, § 2º, e 1.049, parágrafo único, ambos do novo CPC, representa novidade sem precedentes no tema processual brasileiro. As prescrições em conjunto formam a cláusula geral de adaptação procedimental a qual incide sobre o procedimento comum. [...] A adaptação procedimental apenas não será autorizada diante da incompatibilidade da técnica de especialização procedimental com o procedimento comum verificável com os chamados procedimentos indisponíveis. [...] Os procedimentos especiais mostram-se úteis e necessári[o]s no contexto do novo CPC, seja porque podem ser utilizados como base na formulação de demandas específicas relacionadas com a especificidade procedimental, seja porque, diante da cumulação, servirão de parâmetros a fornecer um modelo procedimental especializado a construir o módulo de adaptação do procedimento comum” (CERQUEIRA, Tárzis Silva de. A Nova Face do Procedimento Comum do Novo Código de Processo Civil Diante dos Procedimentos Especiais: Uma proposta de interpretação do art. 327, § 2º, em combinação com o art. 1.049, parágrafo único, ambos do CPC. **Revista de Processo**. v. 273/2017. p. 95-145. Nov/2017.)

¹⁵² DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais**: dos procedimentos às técnicas. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 89-90.

As técnicas processuais devem ser empregadas a fim de se alcançar uma tutela jurisdicional adequada, tendo-se como ponto de partida as necessidades concretas da pretensão material a ser protegida e os interesses das partes e de terceiros que comparecem ao processo¹⁵³. O resultado da demanda deve ser o mais aderente possível ao direito, buscando-se “dar a maior efetividade possível com a maior segurança possível”¹⁵⁴. Como o direito à efetividade da tutela jurisdicional deve atender ao direito material, deve-se ordenar as técnicas processuais capazes de gerarem respostas adequadas às necessidades apresentadas para tutela efetiva, tempestiva e preventiva¹⁵⁵, além de eficiente, justa e sem formalismos excessivos¹⁵⁶. Contudo, as técnicas processuais passíveis de adoção não estão restritas àquelas previstas nos procedimentos especiais, nem mesmo estando restritas a técnicas previstas em lei.

Isso porque a flexibilização procedimental é uma técnica que decorre da reconhecida adequabilidade do processo com o fim de lhe garantir maior eficiência. Sendo identificada a insuficiência do procedimento comum e o esgotamento das potencialidades dos procedimentos especiais, não necessariamente a especialização e a adaptação do procedimento virá do legislador¹⁵⁷.

Ainda que o processo pertença ao direito público¹⁵⁸, a garantia do devido processo legal, como já tratamos, deve ser lida como garantia a um processo justo, de modo que não necessariamente será adequada a observância do expressamente previsto na lei processual, sendo esse o caso quando o direito material demanda tutela diversificada sob pena de ela se tornar inefetiva. O procedimento pode ser flexibilizado sem redução da previsibilidade e da segurança jurídica almejadas pelo processo legal¹⁵⁹, pois a própria forma do processo foi pensada e prevista em lei para obtenção

¹⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. 4. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 43-44.

¹⁵⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. v.1. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2012.p. 29-30.

¹⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 6. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 100 e 127.

¹⁵⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. v.1. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 61.

¹⁵⁷ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 220-221.

¹⁵⁸ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 339.

¹⁵⁹ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais.

de uma tutela que não pôde ser diretamente obtida, motivo pelo qual deve ser feita a leitura do dispositivo legal processual em consideração ao seu objetivo normativo¹⁶⁰
161.

A origem desse entendimento também pode ser atribuída ao desenvolvimento e crescimento da arbitragem, que tornou consenso que o procedimento e sua rigidez *não* são inderrogáveis ou indisponíveis, ou mesmo decorrentes de normas cogentes em sua totalidade^{162 163 164}, o que demonstrou que a gestão processual com técnicas criativas de soluções *pode* ser realizada por meio de acordos celebrados entre as partes que modelem o procedimento segundo seus interesses¹⁶⁵.

Com a evolução do processo em privilégio à liberdade processual e à participação dos sujeitos de forma democrática e mediante contraditório, Fernando Gajardoni destaca que cabe à parte eleger o procedimento ou o ato processual que seja mais adequado à tutela de seu direito, comentando também sobre o papel do juiz

In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 339.

¹⁶⁰ SILVA, Paula Costa e. **Acto e processo**: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 96.

¹⁶¹ Nesse âmbito, Fernando Gajardoni e Camilo Zufelato defendem que a previsibilidade do processo será preservada pois ainda se mantém um padrão procedimental (do procedimento comum), que orienta a condução do processo pelo juiz e pelas partes, ainda que haja uma variação ritual a partir da adoção de técnicas diferenciadas dos procedimentos especiais nesse procedimento comum (GAJARDONI; Fernando da Fonseca; ZUFELATO, Camilo. Flexibilização e Combinação de Procedimentos no Sistema Processual Civil Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, ano 14, vol. 21, n. 3. Set-dez/2020. p. 153.

¹⁶² CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 223.

¹⁶³ Cândido Dinamarco reconhece que as normas processuais são de direito público por regerem relações com o Estado, estando esse no exercício do poder, mas isso não significará que todas as normas são de *ordem pública*, pois elas apenas o serão no caso de normas referentes a relações que transcendam a esfera de interesse dos sujeitos privados, disciplinando relações que os envolvam com atenção ao interesse público. Ainda que não haja um conceito rígido e nítido sobre quais normas são e quais não são de direito público, são consideradas dispositivas aquelas que levam em conta os interesses das partes em um primeiro plano, enquanto as cogentes serão aquelas com imperatividade absoluta, que não admitem prorrogação. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 87-88).

¹⁶⁴ Segundo Julio Guilherme Müller, “por atender concomitantemente o escopo público e a vontade das partes, ‘as normas processuais nem sempre são absolutas ou cogentes, mas eventualmente dispositivas’. De acordo com o critério de previsão legal, as normas processuais perderiam o caráter cogente sempre que houvesse norm[a] legal prevendo a possibilidade de as partes convencionarem a respeito da situação processual em questão. A exceção não prevista acarreta o reconhecimento da ausência de norma dispositiva e a presença de norma cogente. Essa compreensão firmou-se em tal amplitude que é possível falar-se em dogma da natureza pública e eficácia cogente das normas processuais. Todavia, esse fenômeno histórico da publicização do direito processual civil experimenta, atualmente, uma reviravolta em rumo à aplicação em maior extensão, mesmo que sujeito a limitações legais, da autonomia da vontade das partes no processo.” (MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova**: análise econômica e jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 86).

¹⁶⁵ CORDEIRO, Adriano C. **Negócios jurídicos processuais no novo CPC**: das consequências do seu descumprimento. Curitiba: Juruá, 2017. p. 103.

nessa atuação¹⁶⁶:

[...] o magistrado pode até advertir o litigante, com base no princípio da cooperação, a respeito das consequências deletérias da opção eleita. Mas sendo a variante facultativa, compete-lhe aceitar a opção e tocar o procedimento conforme a opção estratégica da parte. Afinal, o ativismo do juiz exibe-se perfeitamente conciliável com o ativismo das partes conscientes e cooperadoras.

Marcelo Dias Ponte e Pablo Freire Romão ratificam que esse poder atribuído às partes para flexibilizar o procedimento “retrata o entendimento de que aquelas, como destinatárias da prestação jurisdicional, possuem interesse em deliberar sobre a atividade-meio”, e que a autorização legal para assim se fazer decorre de uma introdução da autonomia privada dentro da esfera processual, propiciando um modelo mais democrático e aliado às expectativas das partes e à preservação da ordem pública^{167 168}. No mesmo sentido é o entendimento de Luiz Rodrigues Wambier, que entende que o exercício da autonomia da vontade e o dever de diálogo entre o juiz e as partes, somados à ampla concepção de acesso à justiça, conferem legitimidade à flexibilização do procedimento¹⁶⁹.

Não há como se defender nem mesmo que o objeto da adequação fique restrito ao procedimento e a normas procedimentais, pois figuras processuais (como a competência, prova e recurso) também podem ser objeto de adequação sem prejuízo, havendo, atualmente, disposição legal expressa para tanto (convenções típicas como eleição de foro e redistribuição do ônus da prova)¹⁷⁰. Com esse entendimento, Leonardo Greco, em 2007, manifestou-se no sentido de que o Estado Democrático de Direito e a compreensão do processo civil como instrumento de tutela efetiva de direitos levariam ao reconhecimento de poder de disposição às partes, que

¹⁶⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade Procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. 2007. 285 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 236.

¹⁶⁷ PONTE, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire. Negócio Jurídico Processual e Flexibilização do Procedimento: as influências da autonomia privada no paradigma publicista do direito processual civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. v.16. Jul.-Dez/2015. p. 311.

¹⁶⁸ Em relação a esse modelo democrático de processo na construção geral do procedimento, Kevin Davis e Helen Hershkoff defendem que os negócios processuais feitos caso a caso, e que posteriormente repercutirão em precedentes, servirão a demonstrar ao legislador os pontos em que necessária a alteração legislativa, o que demonstraria uma atuação democrática das partes (DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 201 e 191).

¹⁶⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. O modelo processual cooperativo e a flexibilização procedimental. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Ano 11. V.18. n.3. Set.-Dez/2017. p. 248.

¹⁷⁰ REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 63-64.

poderiam tomar atos decisórios de modo a determinar a marcha do processo e nele produzir efeitos jurídicos¹⁷¹. Também complementa que¹⁷²:

Não obstante esse poder das partes se contraponha ao poderes do juiz, não deve ser interpretado, de forma alguma, como uma tendência de privatização da relação processual, mas representa simplesmente a aceitação de que aquelas, como destinatárias da prestação jurisdicional, têm também interesse em influir na atividade-meio e, em certas circunstâncias, estão mais habilitadas do que o próprio julgador a adotar decisões sobre os seus rumos e a ditar providências em harmonia com os objetivos publicísticos do processo, consistentes em assegurar a paz social e a própria manutenção da ordem pública. Afinal, se o processo judicial não é apenas coisa das partes, são elas as destinatárias da tutela jurisdicional e são os seus interesses que a decisão judicial diretamente atinge, e, através deles, os seus fins últimos, embora remotos e abstratos, de tutela do interesse geral da coletividade, do bem comum e da paz social.

Assim, verifica-se que mesmo em 2007, ainda durante a vigência do CPC/1973, a doutrina já entendia como possível a adoção dos negócios jurídicos processuais para implementação de técnicas processuais diversas daquelas previstas para um determinado procedimento, admitindo-se, até aquele momento, a flexibilização judicial e a flexibilização por força de lei.

A importante modificação feita pelo Código de Processo Civil de 2015 em relação à flexibilização procedimental é a autorização expressa de que as partes possam, mediante acordo entre elas ou entre elas e o juiz, adequarem o procedimento e regularem questões processuais, não mais havendo a restrição de que essas modificações sejam feitas por iniciativa do Magistrado ou por imposição legal¹⁷³. Essa alteração aparece em consonância a outras mudanças feitas na legislação processual, especialmente em seus artigos iniciais que tratam da cooperação entre os sujeitos do processo (art. 6º), do zelo pelo contraditório (art. 7º), e da promoção da eficiência na aplicação do ordenamento jurídico (art. 8º).

Antonio do Passo Cabral defende que a negociação processual se encaixa nessa moldura pretendida pelo Novo Código de Processo Civil, sugerindo que os acordos processuais (negócios bilaterais) seriam “a mais perfeita expressão do

¹⁷¹ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. 1.ed. Out/Dez 2007. p. 7.

¹⁷² GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. 1.ed. Out/Dez 2007. p. 8.

¹⁷³ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Convenções em Matéria Processual. **Revista de Processo**. v. 241/2015. p. 489-516. Mar/2015.

modelo cooperativo do processo”¹⁷⁴, e complementa o seguinte¹⁷⁵:

[...] Assim, o acordo passou a ser também um mecanismo de gestão, adaptando a tramitação do procedimento às especificidades dos interesses das partes. Ao invés de impor às partes uma justiça *prêt-a-porter*, admite-se uma justiça feita “sob medida” (*tailor-made*). Nesse sentido, a definição do desenho de cada procedimento, quando operada pelas partes, traduz poderosa técnica de gerenciamento processual em favor da eficiência.

Leonardo Carneiro da Cunha também manifesta esse entendimento ao referir que o CPC/2015 foi fundado na concepção da democracia participativa, e que os negócios processuais são produto da autonomia privada, implicando liberdade de celebração e de estipulação¹⁷⁶. Também salienta que os negócios jurídicos processuais representam mais uma medida de flexibilização e de adaptação procedimental disponível, dentre outras, mas que se constituem como “meios de se obter maior eficiência processual, reforçando o devido processo legal, na medida em que permitem que haja maior adequação do processo à realidade do caso”¹⁷⁷.

Essa alteração promovida pela legislação processual traz diversos cenários possíveis, além de ocasionar consequências inclusive no que tange à *interpretação* da legislação processual. Assim, ainda que não tenhamos por objetivo a exaustão do tema de análise crítica do art. 190, do CPC, trataremos inicialmente da matéria a fim de compreender suas possibilidades e tipologias, compatibilizando-a com as garantias fundamentais processuais e tendo em vista uma tutela jurisdicional devida e eficiente em seus meios e propósitos.

1.3. A flexibilização procedimental, a adequação de questões processuais promovidas pelas partes e a participação do juiz nesse cenário

Antes da positivação do art. 190, do CPC/15, à vigência do Código de

¹⁷⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 217.

¹⁷⁵ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 226.

¹⁷⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Calendário Processual: negócio típico previsto no art. 191 do CPC. **Negócios Processuais** (coord. Ana Marcato, Beatriz Galindo, Gisele Fernandes Góes, Paula Sarno Braga, Ricardo Aprigliano e Rita Dias Nolasco). Coletâneas Mulheres no Processo Civil Brasileiro. v.1. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 301.

¹⁷⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Calendário Processual: negócio típico previsto no art. 191 do CPC. **Negócios Processuais** (coord. Ana Marcato, Beatriz Galindo, Gisele Fernandes Góes, Paula Sarno Braga, Ricardo Aprigliano e Rita Dias Nolasco). Coletâneas Mulheres no Processo Civil Brasileiro. v.1. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 301.

Processo Civil de 1973, já se admitia a figura dos negócios jurídicos processuais para algumas situações, como a desistência do recurso pela disponibilidade do poder de recorrer, a desistência da ação, ou a suspensão convencional do processo¹⁷⁸. A lei processual anterior também autorizava a negociação processual ao permitir a escolha do procedimento a ser utilizado, visto que se trata de negócio jurídico unilateral feito pelo autor ao ajuizar a demanda¹⁷⁹. Ademais, o art. 245, do Decreto nº 737 de 1850, autorizava expressamente a convenção negocial das partes sobre a eleição do procedimento sumário para qualquer causa¹⁸⁰, o que enfatiza que os negócios processuais estão presentes há muitos anos no ordenamento jurídico brasileiro.

Contudo, apenas com a ampliação dos poderes de disposição das partes sobre os atos do processo pelo Código de Processo Civil de 2015¹⁸¹ é que o debate tomou relevância entre os doutrinadores brasileiros, especialmente considerando a possibilidade de regulação de questões processuais e procedimentais de forma exclusiva pelas partes e em decorrência da clara autorização quanto à atipicidade da medida, ainda prematura no advento do Código anterior¹⁸². A partir da positivação do art. 190, do CPC, debruçou-se sobre a matéria para que se pudesse definir seu conceito, objetivando compreender sua aplicabilidade e suas limitações – questões essas ainda bastante controvertidas, como veremos na sequência.

Antonio do Passo Cabral conceitua o negócio processual como o ato que produz ou pode produzir efeitos no processo, efeitos esses escolhidos pela vontade

¹⁷⁸ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 172.

¹⁷⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 98-99.

¹⁸⁰ “Art. 245. Esta forma de processo é extensiva a qualquer acção, si as partes assim convencionarem expressamente” (BRASIL. Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial).

¹⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**: teoria do processo civil. v.1. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 566.

¹⁸² Cumpre referir que alguns autores possuem entendimento diverso, de que o art. 158 do Código de Processo Civil de 1973, que estabelecia 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” (BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1-pl.html>) já autorizava negócios jurídicos processuais atípicos, como é o caso, por exemplo, de, Bruno Garcia Redondo (REDONDO, Bruno Garcia. **Flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes no Direito Processual Civil Brasileiro**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: PUC-SP, 2013), e de Barbosa Moreira (MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Convenções das partes sobre matéria processual**. *In*: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 91-98).

do(s) sujeito(s) que o pratica(m)¹⁸³. Já Pedro Henrique Nogueira define o negócio processual como o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático, descrito em norma processual, esteja conferido o poder de escolher a categoria jurídica ou de estabelecer certas situações jurídicas processuais, ainda que necessária a observância de determinados limites do ordenamento¹⁸⁴.

Em se tratando de negócio jurídico – independentemente de seu caráter processual –, devemos considerar que há manifestação de vontade não apenas em relação ao ato como também quanto aos efeitos a serem produzidos pelo ato (ainda que a estipulação desses efeitos não esteja, em muitos casos, a inteiro dispor do manifestante)¹⁸⁵. Esse espaço para se dispor sobre os efeitos do negócio jurídico processual é o que gera a distinção com um ato processual de natureza negocial. Especificamente quanto aos negócios processuais, a produção de efeitos almejados deve ser prevista para uma relação jurídica processual que pode ou não ser contemporânea à formação do negócio, e seus efeitos serão imediatos (art. 200, do CPC). Mesmo no caso de um negócio concebido antes de uma judicialização do conflito, o fato jurídico produz seus efeitos independentemente do exercício pela parte que o celebrou, ou seja, independentemente da arguição da existência desse negócio no processo¹⁸⁶.

Os negócios processuais não possuem forma rígida a ser observada, o que significa que é possível que se estabeleça negócio processual oral ou escrito, expresso ou tácito, conforme disposto no art. 166, IV, do Código Civil – ainda que, para fins de segurança jurídica, é recomendável que os negócios bilaterais sejam realizados de forma escrita e expressa. Considerando essa liberdade das formas, exemplificativamente, o negócio processual incidental (feito no âmbito do processo) pode ser convencionado em audiência ou por ato simples das partes, enquanto o negócio processual extrajudicial pode ser celebrado por instrumento autônomo, como um contrato atípico (art. 425 do Código Civil), ou ser parte integrante de um negócio

¹⁸³ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 52.

¹⁸⁴ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 3. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 175.

¹⁸⁵ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 3. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 156.

¹⁸⁶ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 3. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 72.

mais amplo, como por uma cláusula contratual¹⁸⁷.

A declaração de vontade pode ser uni ou plurilateral e é capaz de constituir, modificar e extinguir situações processuais, ou mesmo de alterar o procedimento¹⁸⁸. Há duas informações relevantes que podemos extrair dessa premissa.

A primeira é que o “sistema de flexibilização por procedimento convencional” que surgiu com o art. 190, do CPC – como define Diogo Assumpção Rezende de Almeida –, ratifica o entendimento pretérito de Leonardo Greco quanto à possibilidade de disposição de direitos *processuais*, não se limitando a modificações apenas *procedimentais*¹⁸⁹.

A segunda é que a declaração de vontade pode ser uni ou plurilateral, e, mesmo no caso de ser plurilateral, não necessariamente a manifestação precisará ser feita de maneira simultânea¹⁹⁰. Isso porque o relevante na manifestação de vontade é que haja o consentimento entre as partes, o entendimento *comum*, de modo que pode haver uma concordância sucessiva, em que um sujeito adere ou se apresenta como concordante em relação aos efeitos previstos pela convenção, igualmente sendo considerado como a ela vinculado¹⁹¹. Todavia, tendo em vista que se trata de um *acordo*, caso seja plurilateral, o proponente pode se retratar antes da aceitação da outra parte, não ficando vinculado à proposta indefinidamente¹⁹².

Os negócios jurídicos processuais também podem ser adotados independentemente da (in)existência de uma “especialidade do caso”, pois não é requisito para adoção dos negócios processuais que se exija um fator extraordinário no caso, um contorno peculiar e diferenciado da demanda para justificar a adaptação do procedimento ou a modificação de questão processual¹⁹³. A adequação do procedimento pode se dar tanto para adequação à especialidade do direito objeto de

¹⁸⁷ FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios processuais no modelo constitucional de processo**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 100.

¹⁸⁸ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 52.

¹⁸⁹ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil**. São Paulo: LTr, 2014. p. 56.

¹⁹⁰ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 298.

¹⁹¹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 298.

¹⁹² CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 298.

¹⁹³ MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 124.

tutela¹⁹⁴, em razão de condições particulares das *partes* para fins de garantia de igualdade substancial¹⁹⁵, como por simples interesse dessas (em alterar o procedimento ou em modificar questões processuais), promovendo a adequação conforme os seus propósitos estratégicos para melhoria, aperfeiçoamento e eficiência do procedimento ou do processo em si^{196 197}.

No que se refere ao momento da formação dos negócios jurídicos processuais, eles podem ser classificados em incidentais (aqueles realizados no curso do processo, também denominados “convenções interlocutórias”)¹⁹⁸, ou pré-processuais (também chamados de convenções prévias ou preparatórias)¹⁹⁹.

Os negócios *incidentais* são os acordos firmados para solução ou instituição de regra em um processo jurisdicional já instaurado. Nesse caso, Loïc Cadiet entende que o negócio jurídico processual servirá como instrumento de gestão processual²⁰⁰, e que o acordo entre as partes durante o processo tem por objetivo que as partes assumam o controle do litígio, enquanto o juiz permanece com o controle/direção do procedimento²⁰¹. Trata-se de uma forma autocompositiva de se estabelecer certos mecanismos de controle do processo pelas partes em relação ao juiz, mas essas terão menor espaço de liberdade nesse momento, considerando que o processo judicial já está instaurado e eventuais interesses públicos e restrições atinentes à externalidades devem ser consideradas.

Mesmo que já existente a lide e o conflito entre as partes, Cadiet defende que,

¹⁹⁴ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 3. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 265.

¹⁹⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade Procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. 2007. 285 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. p. 203.

¹⁹⁶ Esse entendimento é adotado tanto por Antonio do Passo Cabral (2018, p. 77), quanto por Diogo Assumpção Rezende de Almeida (2014, p. 115).

¹⁹⁷ MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 124.

¹⁹⁸ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 82.

¹⁹⁹ Em uma primeira interpretação sobre a matéria, alguns textos alemães de Bülow rechaçavam a possibilidade de se estabelecer convenções futuras, pois ainda não haveria poderes, ônus e faculdades para serem objeto desses acordos, devendo as partes serem “protegidas” de vinculações que pudessem assumir precipitadamente, sem pleno conhecimento das consequências (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 84). Contudo, atualmente os negócios pré-processuais são inclusive mais recorrentes do que os próprios negócios incidentais, considerando a inexistência de animosidade entre as partes quando do momento da pactuação de convenções prévias, como se esclarecerá nos parágrafos seguintes.

²⁰⁰ CADIET, Loïc. La tendance a la contractualisation de la justice et du procès. **Revista de Processo**. v.261/2016. p. 116-137. Nov./2016.

²⁰¹ CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales em derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia em Francia. **Civil Procedure Review**. v.3. n.3. ago-dez, 2012. p. 18.

sendo a participação das partes o reflexo de um modelo colaborativo e democrático de processo, elas tendem a aceitar melhor a solução proposta judicialmente, proporcionando maior equilíbrio social na prestação jurisdicional²⁰².

Em contraponto aos negócios jurídicos incidentais, os *pré-processuais* regulam uma situação antes da instauração do processo, definindo cláusulas relativas à situação futura de um litígio apenas *potenciais*²⁰³, chamadas por Cadiet como cláusulas relativas aos litígios ou “cláusulas de discrepância”²⁰⁴. As convenções pré-processuais tendem a possuir maior utilidade, por inexistir animosidade no momento de sua pactuação²⁰⁵, de forma que as partes estão mais suscetíveis a regularem cláusulas relacionadas a um possível descumprimento de suas obrigações^{206 207}.

Especialmente no que se refere a esses negócios jurídicos pré-processuais – ainda que não se trate de uma exclusividade desses –, é importante ter em vista que a cláusula de convenção processual possui autonomia em relação ao instrumento (como um contrato), assim como ocorre na cláusula compromissória segundo definição da Lei de Arbitragem (art. 8º, da Lei nº 9.307/96)²⁰⁸. Essa independência decorre da ideia de que os negócios jurídicos processuais produzem efeitos diversos de um negócio jurídico material similar. Logo, ele não é compreendido como um complemento da liberdade no direito material, ou algo acessório²⁰⁹, mas que possui autonomia e características próprias que devem ser observadas mesmo no caso de uma eventual nulidade do negócio principal²¹⁰.

²⁰² CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès em droit français sur la contractualisation du règlement des litiges. **Revista de Processo**. v.160/2008. p. 61-82. Jun./2008.

²⁰³ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 83.

²⁰⁴ CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales em derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia em Francia. **Civil Procedure Review**. v.3. n.3. ago-dez, 2012. p. 7.

²⁰⁵ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 83

²⁰⁶ CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales em derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia em Francia. **Civil Procedure Review**. v.3. n.3. ago-dez, 2012. p. 7

²⁰⁷ Da mesma forma, Gustavo Osna bem refere que, no caso das convenções pré-processuais, além de “a coordenação de vontades ser tendencialmente mais provável”, há também “o fato de a celebração de convenções *ex ante* poder servir como elemento de barganha negocial, facilitando a transação” (OSNA, Gustavo. “Contratualizando o Processo”: Três Notas sobre os Negócios Jurídicos Processuais (e seu possível “fracasso”). **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro. Ano 14. Volume 21. Número 2. Maio-ago/2020. p. 178-179)

²⁰⁸ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 283.

²⁰⁹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 284-285.

²¹⁰ DIDIER JR., Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p.33.

Há inclusive uma correção entre normas materiais e processuais, implicando a compreensão de que, mesmo havendo cláusulas aparentemente conflitantes em um acordo processual e um contrato, não há hierarquia ou prevalência entre elas²¹¹. Essa questão é relevante especialmente porque as regras de direito material da teoria dos negócios jurídicos são aplicáveis *em tese* aos negócios jurídicos processuais, mas não em sua totalidade²¹². Apesar de serem negócios jurídicos, os acordos processuais são regulados pela lei processual no que se refere à sua capacidade, forma, e outros elementos de validade, motivo pelo qual as regras de direito material precisam ser adaptadas quando na aplicação do direito processual²¹³.

Outra classificação relevante dos negócios jurídicos processuais é a separação entre negócios típicos e atípicos, considerando a (in)existência de previsão legal sobre as medidas a serem adotadas.

Os negócios típicos são aqueles disciplinados expressamente em lei, como é o caso do foro de eleição, da distribuição dinâmica do ônus da prova e da desistência da ação. Nessas hipóteses, identifica-se diretamente se a norma se aplica ou não à situação fática, por subsunção²¹⁴. Outro exemplo é a hipótese de perícia convencional estabelecida pelo art. 471, do CPC/15, em que a prova pericial possuirá mesma eficácia e “peso” que teria a prova pericial caso nomeado perito de confiança do juízo²¹⁵.

Em relação aos negócios atípicos, é incontroversa a possibilidade de pactuação dessa modalidade de negócios processuais no direito brasileiro a partir da inclusão do art. 190, do CPC/15, sendo esses os elaborados conforme interesse das partes, sem que haja disposição prevista em lei especificamente quanto àquela negociação. A particularidade é que, para esses, exige-se maior cuidado na aferição de sua validade, pois seus pressupostos formais não estão regulados minimamente

²¹¹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 287.

²¹² CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 286.

²¹³ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 286.

²¹⁴ MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 94.

²¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria do processo civil**. v.1. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 566.

em lei^{216 217}.

O art. 190, do CPC, é considerado uma cláusula geral de convencionalidade no processo nesse sentido²¹⁸, o que significa que é o aplicador da norma quem deverá interpretar o suposto normativo e determinar a consequência jurídica que deve ser observada, pois não há uma tipificação quanto ao suporte fático ou mesmo quanto às suas repercussões²¹⁹. A redação da lei utiliza conceitos vagos e indeterminados de forma proposital, em ambos os extremos da estrutura lógico-normativa²²⁰, para que as partes e o órgão jurisdicional construam sua própria solução no caso concreto²²¹²²². Assim, o dispositivo legal servirá, na prática, como um parâmetro interpretativo em relação aos limites dos negócios processuais²²³.

Essa interpretação quanto aos limites dos negócios processuais será feita especialmente pelo juiz, que terá o dever de verificar a validade da convenção estabelecida entre as partes. O juiz não possui capacidade negocial, por essa não ser própria da função jurisdicional²²⁴, motivo pelo qual o Estado-juiz deve atuar imparcialmente tanto na interpretação, quanto no reconhecimento de validade e na aplicação do negócio firmado.

²¹⁶ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 379.

²¹⁷ Nesse momento não abordaremos de forma minuciosa os limites gerais e específicos dos negócios processuais típicos e atípicos, pois esse ponto será tratado em profundidade no segundo capítulo desse trabalho.

²¹⁸ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 99.

²¹⁹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 101.

²²⁰ Fredie Didier Jr. esclarece esse conceito ao indicar que tanto o antecedente (a hipótese fática) é composto por termos vagos, quanto o consequente (efeito jurídico) também é indeterminado. O autor também refere corretamente que os critérios interpretativos serão extremamente relevantes para concretização das cláusulas gerais, como é o caso da observância da finalidade concreta da norma, e da comparação a exemplos já tratados em decisões judiciais pretéritas, funcionando a cláusula geral como elemento de conexão, por permitir ao juiz a fundamentação da decisão em casos previamente julgados. (DIDIER JR., Fredie. Cláusulas Gerais Processuais. **Revista de Processo**. v. 187. Set./2010. p. 69-83).

²²¹ MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 97.

²²² Nesse sentido também refere Luiz Rodrigues Wambier ao declarar que na cláusula geral há "a generalização de determinado modelo de comportamento ou de situação jurídica que adquirirá feições concretas por força do trabalho interpretativo, exata e precisamente na análise do caso que ao intérprete seja submetido." (WAMBIER, Luiz Rodrigues. Abuso do Procedimento Especial. **Revista de Processo**. v. 204. Fev./2012. p. 51-73). Esse entendimento se adequa perfeitamente ao tema dos negócios processuais, em que a interpretação do negócio deverá ser realizada em análise à vontade das partes e aos efeitos por ela pretendidos, aferição essa que deve ser feita caso a caso.

²²³ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 378.

²²⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 252.

Se constatada e reconhecida a validade do negócio jurídico processual, o juiz terá seus poderes e deveres afetados pelo que for convenicionado, independentemente de seu interesse ou concordância²²⁵, devendo adotar uma interpretação restritiva em sua análise. Mesmo discordando do “conteúdo”/“mérito” que foi pactuado, o juiz somente poderá recusar a aplicabilidade do negócio processual quando esse for nulo^{226 227}. Isso significa que o juiz não é considerado como parte nas convenções processuais, mas está a elas vinculado, devendo não apenas cumprir os acordos processuais – quando lhe envolver – como dar-lhes cumprimento²²⁸.

Em regra, os negócios jurídicos processuais independem da intermediação de outros sujeitos ou de homologação para produção de efeitos^{229 230 231} (como exceção,

²²⁵ Importante destacar que tratamos, nesse momento, de interesse e concordância *pessoal* do juiz, pois as convenções processuais não podem dispor sobre prerrogativas do juiz, que são instituídas em lei e não estão disponíveis para convenção entre as partes (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 256).

²²⁶ RAATZ, Igor. **Autonomia Privada e Processo**: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.p. 235).

²²⁷ O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de que "os negócios jurídicos processuais atípicos autorizados pelo novo CPC são apenas os bilaterais, isto é, àqueles celebrados entre os sujeitos processuais parciais", pois o juiz não poderá ser "sujeito de negócio jurídico material ou processual que lhe seja dado conhecer no exercício da judicatura". Acerca dos poderes e do papel do juiz nesse contexto, também reconhece que "a interpretação acerca do objeto e da abrangência do negócio deve ser restritiva" e que, "dentre os poderes atribuídos ao juiz para o controle dos negócios jurídicos processuais celebrados entre as partes está o de delimitar precisamente o seu objeto e abrangência, cabendo-lhe decotar, quando necessário, as questões que não foram expressamente pactuadas pelas partes e que, por isso mesmo, não podem ser subtraídas do exame do Poder Judiciário". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.738.656-RJ**. Relatora: Nancy Andrighi (3ª Turma). Brasília, 05 dez. 2019.

²²⁸ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 254 e 270-271.

²²⁹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 77.

²³⁰ Cumpre sinalar que se reconhece a existência de entendimento diverso, como de Calmon de Passos, que defendia que no Direito Processual Civil predominariam regras cogentes, afastando o poder dispositivo das partes, que não poderiam convenicionar regras processuais. (PASSOS, J. J., Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, III. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 104.) Para ele, mesmo as declarações negociais das partes, para produzirem efeitos no processo, precisariam da intermediação do juiz (PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 69-70). Cadiet entende que os negócios jurídicos processuais, em regra, independem de homologação ou de concordância do juiz, mas essas serão necessárias em se tratando de convenções que tratam das prerrogativas do juiz (CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales em derecho fracas: situacion actual de la contractualización del proceso y de la justicia em Francia. **Civil Procedure Review**. v.3. n.3. ago-dez, 2012. p. 24).

²³¹ No mesmo sentido é o entendimento consolidado como no Enunciado do III Encontro do Fórum Permanente de Processualistas do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP): "(art. 191, caput; art. 200) Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do caput do art. 191 não dependem de homologação judicial.". Esse entendimento é corroborado por Igor Raatz que compreende que "os negócios jurídicos processuais somente terão a homologação como condição de eficácia quando a lei assim estabelecer" (RAATZ, Igor. **Autonomia Privada e Processo**: liberdade,

cite-se a desistência da ação, que exige legalmente a homologação no art. 200, p. único, do CPC). Assim, geralmente a homologação judicial não obsta a eficácia do negócio firmado, à exceção dos casos em que estabelecido pela lei ou definido pelas próprias partes de que a eficácia do negócio estará subordinada à homologação por parte do juiz. Nesse caso, a homologação judicial será elemento integrativo do suporte fático do negócio jurídico processual²³².

Quanto ao cumprimento dos negócios jurídicos, a doutrina diferencia os acordos obrigacionais dos acordos dispositivos para debater quanto à possibilidade de o juiz aplicar a convenção de ofício ou de interpretar que uma nova convenção por omissão está sendo celebrada, levando à desconsideração da avença anterior²³³. Isso significa que as convenções obrigacionais, que tratam das prerrogativas processuais dos litigantes, não poderão ser conhecidas de ofício, pois as partes podem renunciar à aplicação da norma convencional em favor da incidência da regra legal, primando pela preclusão (negócio processual por omissão), já que se trata de exceção processual²³⁴. Já as convenções dispositivas, que tratam sobre a configuração do procedimento (derrogação de suas regras), devem ser conhecidas de ofício, à exceção de quando a lei expressamente condiciona a cognição a respeito da convenção à alegação do interessado, sob pena de preclusão, como é o caso do foro de eleição^{235 236}.

negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. p. 235). Além dessa hipótese, podemos citar a possibilidade de as próprias partes convencionarem que o negócio jurídico processual somente terá eficácia se homologado pelo juiz.

²³² NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 268.

²³³ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 270-279.

²³⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 276/279.

²³⁵ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 277-279.

²³⁶ Antonio do Passo Cabral também traz uma outra exceção à regra de aplicação das convenções dispositivas, que seria a hipótese de essa ser condicionada à homologação judicial. Para o autor, a convenção seria ineficaz até o implemento da condição, mas o juiz não deveria aplicá-la se não houver requerimento expresso de homologação (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 278). Nos parece que, em não havendo requerimento espontâneo das partes para que haja a homologação judicial da convenção, o juiz deve dar cumprimento e intimar as partes para expressamente se manifestarem acerca de seu interesse em aplicar ou não a convenção. Em se tratando de acordo dispositivo, não nos parece que a inclusão de uma condição de eficácia como a homologação judicial seria suficiente para impedir que o juiz se pronunciasse sobre ela antes de as partes expressamente a invocarem. Contudo, considerando que foi incluída essa condicionante da homologação judicial que, em regra, não seria necessária, sugerimos que haja essa provocação por parte do juiz para que as partes se manifestem. A corroborar esse entendimento, cite-se que o Enunciado 252 do FPPC (Salvador) estabelece que "o descumprimento de uma convenção processual *válida* é matéria cujo conhecimento depende de requerimento".

A doutrina também entende que o papel do juiz, ainda que não seja tratado como parte do acordo, é o de (i.) incentivar o uso de instrumentos autocompositivos (o que abrange tanto a solução consensual de conflitos quanto a instituição de convenções processuais), dialogando e esclarecendo vantagens e desvantagens das possíveis condutas, inclusive em um sentido de prevenção; e de (ii.) controlar/fiscalizar a validade dos negócios jurídicos processuais, o que é restrito aos requisitos legais desses, independentemente de uma opinião do juiz quanto à sua *conveniência*²³⁷. Esses deveres do juiz, em realidade, não se distinguem dos deveres do juiz decorrentes da aplicação de um modelo cooperativo de processo, como já tratamos, sendo apenas sugeridos doutrinariamente para aplicação específica ao caso dos negócios jurídicos processuais.

Não obstante, de acordo com o modelo processual atualmente adotado e o princípio da cooperação a ser observado, além da finalidade prática de se evitar qualquer conflito entre as adequações promovidas com base no interesse das partes e os poderes-deveres do juiz na interpretação e julgamento do caso, tem-se como opção a integração da vontade do juiz em relação aos interesses dos convenientes. Isso será relevante especialmente porque o negócio jurídico processual refletirá não apenas nas partes envolvidas no processo, mas também no processo de cognição e decisão dos juízes, que, por sua vez, afetarão terceiros seja em relação aos precedentes ou aos efeitos de *stare decisis*²³⁸. Assim, ganha importância a colaboração entre os participantes do processo - juiz e partes - para que se possa construir um procedimento adequado ao caso e aos interesses envolvidos através de um diálogo judicial²³⁹.

Esse diálogo tornará evidente que as partes possuem majoritariamente interesses distintos na causa, até porque ocupam posições antagônicas e não possuem deveres recíprocos por força da colaboração²⁴⁰. Todavia, nada impede que as partes unam aquilo que possuem em comum, seja de forma autônoma ou por meio de uma condução isonômica do juiz, e que cheguem em um negócio parcial (por

²³⁷ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 257-258.

²³⁸ DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 191.

²³⁹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: do modelo ao princípio. 4.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 125.

²⁴⁰ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: do modelo ao princípio. 4.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 70-71.

exemplo, a respeito do procedimento judicial), de modo a alcançar uma participação equilibrada entre os envolvidos na ação²⁴¹.

A despeito do ambiente colaborativo, isso não significa que o juiz passará a ser parte do negócio jurídico processual firmado pelas partes, pois ele não possui capacidade negocial. Trata-se de uma oportunização prévia à formação do negócio para que o juiz possa desempenhar seu papel de esclarecimento, de diálogo e de prevenção, o que será interessante às partes até mesmo para evitar uma eventual nulidade do negócio posteriormente.

Há doutrina que inclusive entende que a flexibilização procedimental e a adequação de questões processuais promovidas apenas pelas partes afrontaria o modelo cooperativo de processo, por retirar do juiz o poder de decisão sobre a estruturação formal do procedimento²⁴². Justifica-se também que mesmo a decisão de nulidade do acordo não deveria ser considerada como abusiva se houvesse a observância às “garantias fundamentais do processo, como o contraditório participativo e a proporcionalidade na determinação da adaptação do procedimento”²⁴³. Discordamos desse entendimento, por compreender que os poderes do juiz não se sobrepõem à autonomia da vontade das partes, que ainda possuem o direito de convencionar questões processuais e procedimentais se assim desejarem (observados os requisitos legais para tanto), mas a situação *ideal* efetivamente se apresenta quando há a participação de todos esses sujeitos na adequação processual, inclusive do juiz, de forma colaborativa.

O próprio Código de Processo Civil, ao trazer a calendarização processual no art. 191, traz a indicação de que, “de comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso”. Mesmo havendo debate quanto ao enquadramento ou não da calendarização processual como um negócio jurídico²⁴⁴, é inegável que há um estímulo impulsionado pelo modelo

²⁴¹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**: do modelo ao princípio. 4.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 71.

²⁴² ALVES, Tatiana Machado. **Gerenciamento Processual no Novo CPC/2015**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. p. 249-250.

²⁴³ ALVES, Tatiana Machado. **Gerenciamento Processual no Novo CPC/2015**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019. p. 249.

²⁴⁴ Antonio do Passo Cabral entende que a calendarização processual seria um exemplo de ato conjunto processual, e não negócio jurídico processual, pois se trataria de um ato consensual das partes e não um ato convencional. (CABRAL, Antonio do Passo. **Convencções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 76-77). Contudo, por se tratar de entendimento minoritário na doutrina, não acompanhada por outros autores, não adentraremos no debate, especialmente porque

cooperativo de processo e pelas normas fundamentais do processos civil elencadas no Capítulo I do CPC, para que as partes e o juiz atuem em conjunto na flexibilização procedimental, hipótese essa que deve ser privilegiada a fim de se evitar maior conflito dentro de uma lide já judicializada.

Assim, para que possamos melhor compreender em quais situações será possível e oportuna a adoção de negócios jurídicos processuais, assim como quais os requisitos para adotar tal adequação, abordaremos no próximo capítulo os critérios definidos pelo art. 190 do CPC e os limites das convenções processuais. Além disso, apresentaremos uma visão crítica dos negócios jurídicos processuais e de sua interpretação atual em relação à sua aplicabilidade e efetividade, considerando elementos de análise econômica do processo para tal conclusão.

2 OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS – LIMITES E EFEITOS DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS E PROCEDIMENTAIS

O art. 190, do CPC, a partir da entrada em vigor da Lei nº 13.105/15, traz uma cláusula geral de negociação processual que permite às partes que estipulem mudanças no procedimento de modo a ajustá-lo às especificidades da causa e que convençionem sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, desde que o processo verse sobre direitos que admitam autocomposição. Em complemento, o parágrafo único impede a inserção abusiva de negócios jurídicos processuais em contratos de adesão ou em situações em que alguma parte esteja em manifesta situação de vulnerabilidade.

A negociação processual, autorizada de forma ampla no processo civil a partir desse artigo de lei, é considerada como uma das dimensões da autocomposição, pois está centrada na busca de consenso em torno do procedimento ou de situações jurídicas entre as partes, a partir de um exercício de sua autonomia²⁴⁵. Ainda que haja um procedimento “padrão” previsto em lei, a garantia de um devido processo legal – que em realidade se apresenta como direito a um processo justo – apenas se concretiza conferindo às partes certa disponibilidade quanto a questões processuais

tal distinção não será necessária para a compreensão do negócio jurídico processual como método de gestão de risco, tema desse trabalho.

²⁴⁵ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 3. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 262.

e procedimentais, que podem ser renunciadas desde que sem prejuízo ao exercício da função jurisdicional²⁴⁶. A natureza pública do processo é uma garantia aos cidadãos do regular exercício de poder do Estado, o que não significa que o procedimento é indisponível, pois nem todas as regras processuais e fases procedimentais são condições para o alcance de uma decisão justa a depender do caso concreto²⁴⁷.

A previsão do art. 190, do CPC, privilegia especialmente a vontade das partes em conformar negocialmente o procedimento e em modificar questões processuais, sendo pressuposto de existência dos negócios jurídicos processuais o *consentimento* das partes envolvidas²⁴⁸. As partes devem ter sua vontade direcionada tanto à prática do ato quanto à produção de seus efeitos jurídicos²⁴⁹, ainda que desnecessário que todos os efeitos do ato estejam ligados à vontade do agente para que o negócio seja válido²⁵⁰. Essa compreensão será relevante para posteriormente entendermos efetivamente o que será considerado como uma “situação de vulnerabilidade” e para justificar porque há uma restrição na inclusão de negócios processuais em contratos de adesão, especialmente considerando que a desigualdade é ínsita aos negócios jurídicos²⁵¹.

A cláusula geral de negociação processual também possui relevância sistêmica por se tratar de uma cláusula *aberta*, evitando problemas próprios da técnica de interpretação extensiva de negócios jurídicos processuais típicos. A previsão legal reconhece a impossibilidade de se positivar todas as mudanças procedimentais e processuais possíveis para adaptação do processo às situações fáticas e particulares da causa²⁵². Assim, permite uma abertura do sistema jurídico a valores ainda não

²⁴⁶ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 598-599.

²⁴⁷ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 599-600.

²⁴⁸ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 291.

²⁴⁹ CORDEIRO, Adriano C. **Negócios Jurídicos processuais no novo CPC: das consequências do seu descumprimento**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 116.

²⁵⁰ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 3. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 182.

²⁵¹ ABREU, Rafael Sirangelo de. A Igualdade e os Negócios Processuais. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 331.

²⁵² CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 167.

expressamente protegidos legislativamente²⁵³, sendo esse, inclusive, o fundamento adotado na previsão do art. 327, § 2º, do CPC, no que se refere aos procedimentos especiais. Logo, o universo de negócios processuais é amplo, pois grande parte dos atos procedimentais praticados pelas partes podem ser enquadrados como negócios jurídicos processuais²⁵⁴, de modo que a cláusula aberta permite a sua adoção em relação a fatores mesmo não antecipados e previstos pelo legislador.

Todavia, a utilização de uma cláusula aberta no art. 190 do CPC acarreta insegurança jurídica inerente à própria indeterminação do texto, visto que permite interpretações sensivelmente diferentes e até mesmo antagônicas^{255 256}. Essa técnica legislativa da cláusula aberta/geral vem sendo cada vez mais utilizada – como por exemplo no Código de Processo Civil Português, tendência que se repete em outros ordenamentos –, mas que exige dos doutrinadores e da jurisprudência local o fortalecimento de mecanismos de interpretação e de aplicação legal, de modo a aprimorar a coerência, integridade e estabilidade do direito²⁵⁷. Especificamente no caso das convenções processuais no ordenamento jurídico brasileiro, ainda não há essa estabilidade.

Essa insegurança a respeito da adoção dos negócios jurídicos processuais será relevante ao avaliarmos as funcionalidades e a efetividade das convenções, visto que o risco de eventual invalidação de negócio jurídico celebrado afeta o instituto como um todo. Ao analisarmos o processo a partir de um viés econômico, o risco do reconhecimento de uma nulidade de convenção que altera o procedimento ou que modifica questões processuais tem grave implicação na estratégia processual das partes e, conseqüentemente, na direção e resultado do processo.

A partir desse momento, trataremos das possibilidades trazidas pelas convenções processuais, a fim de se compreender de que forma elas podem auxiliar

²⁵³ DIDIER JR., Fredie. Cláusulas Gerais Processuais. **Revista de Processo**. v. 187. Set./2010. p. 69-83.

²⁵⁴ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 3. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 180.

²⁵⁵ MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 98.

²⁵⁶ Marco Félix Jobim ratifica esse entendimento, ao defender que o art. 190 do CPC, ao prever a flexibilização procedimental de forma ampla, torna o procedimento uma incerteza, demonstrando que o novo CPC estaria no conceito de pós-modernidade, com o rompimento das certezas (JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 170)

²⁵⁷ MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 98-99.

no alcance a um processo justo, entender suas limitações, e identificar quais serão os requisitos a serem observados para sua instituição, seja por expressa previsão legal, seja para formação de negócios processuais compatíveis com uma adequada tutela jurisdicional. Analisaremos também a (in)efetividade das convenções processuais através de parâmetros econômicos para definição do comportamento das partes envolvidas e como a interpretação doutrinária pode afetar a adoção prática do instituto.

2.1. Os requisitos legais para negociação processual pelo art. 190, do CPC

Os negócios jurídicos, de modo geral, são fatos jurídicos voluntários em que é manifestada ou declarada a vontade, e são produzidos os efeitos previstos no ordenamento jurídico, conferindo-se aos sujeitos de direito o poder de escolha na estruturação do conteúdo de eficácia da relação jurídica²⁵⁸. Já os negócios jurídicos *processuais* – ou seja, os negócios jurídicos que interferem em normas processuais especificamente²⁵⁹ – são os fatos jurídicos voluntários em que se confere ao sujeito o poder de regular certas situações processuais ou de alterar o procedimento, observados os limites fixados no próprio ordenamento jurídico²⁶⁰.

O Código de Processo Civil de 2015 expandiu as possibilidades de negociação sobre o processo ao positivar diversas modalidades de negócios processuais típicos, mas especialmente por trazer uma cláusula aberta de negociação processual no art. 190, do CPC, autorizando que as partes disciplinem, de forma ampla e convencional, o próprio processo, ou seja, instituindo-se negócios jurídicos processuais atípicos²⁶¹.

Às convenções processuais, por sua natureza, aplicam-se tanto normas sobre invalidades de negócios jurídicos de direito civil, quanto normas relacionadas às

²⁵⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. 3 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 43-44.

²⁵⁹ EXPÓSITO, Gabriela. Natureza Negocial dos Provimentos Judiciais. **Negócios Processuais** (coord. Ana Marcato, Beatriz Galindo, Gisele Fernandes Góes, Paula Sarno Braga, Ricardo Aprigliano e Rita Dias Nolasco). Coletâneas Mulheres no Processo Civil Brasileiro. v.1. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 189.

²⁶⁰ DIDIER JR., Fredie. Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil. In: DIDIER JR., Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. p. 18

²⁶¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 3. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 263.

invalidades processuais²⁶². Assim, segundo previsão legal, temos os seguintes requisitos gerais de validade dos negócios processuais celebrados pelas partes (típicos e atípicos): (i.) plena capacidade processual; (ii.) objeto lícito, possível e determinado/determinável (art. 114, do Código Civil); (iii.) vontade livre (ausente de coação, erro, dolo, lesão, estado de perigo ou fraude a credores)²⁶³. No caso dos negócios atípicos, exige-se ainda: (iv.) ausência de manifesta situação de vulnerabilidade das partes que os celebram; (v.) causa que verse sobre direitos passíveis de autocomposição; (vi.) inserção não abusiva em contrato de adesão; e (vii.) observância de eventual formalismo processual exigido por lei^{264 265}.

Esses critérios de validade poderão variar a depender do negócio jurídico – como em se tratando da convenção sobre ônus da prova (em que se deve considerar a situação de onerosidade excessiva), de modificação convencional da competência relativa (em que não se exige a disponibilidade do direito)²⁶⁶, ou de atos postulatórios (em que é também exigida a capacidade postulatória)²⁶⁷ –, mas os pressupostos acima listados são considerados como mínimos em linhas gerais para definição da validade dos negócios processuais, estando expressamente descritos em lei.

Seguindo a ordem acima estabelecida, temos inicialmente a exigência de que o sujeito seja plenamente capaz para celebrar a convenção processual. Será relevante para esse estudo destacar que a plena capacidade no plano do direito civil se distingue da capacidade processual, de modo que, para os negócios processuais, o processualmente incapaz pode celebrá-los, desde que representado ou assistido,

²⁶² NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 3. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 270.

²⁶³ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 3. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.p. 270-271.

²⁶⁴ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 3. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 272.

²⁶⁵ Pedro Henrique Nogueira também inclui como requisito subjetivo para validade do negócio jurídico a “competência e imparcialidade do juiz, quando este for sujeito do negócio” (NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 3. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 272). Por entendermos que esses são requisitos para validade do processo como um todo, não os incluímos como requisitos específicos dos negócios jurídicos processuais.

²⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria do processo civil**. v.1. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 566-567.

²⁶⁷ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 317.

pois a representação/assistência suprirá sua incapacidade^{268 269}.

Acerca do objeto do acordo, devem ser observadas as limitações estabelecidas pelo art. 104, do Código Civil, isto é, sendo necessário que o objeto do negócio processual seja lícito, possível e determinado (ou determinável). Para que o objeto seja lícito, sinteticamente, ele não deve contrariar regra cogente prevista em lei ou em normas constitucionais²⁷⁰. Trata-se de critério bastante amplo e, como veremos a seguir, é o tema mais debatido atualmente na doutrina a respeito dos limites dos negócios jurídicos processuais, considerando a dificuldade existente para definição sobre o que é um objeto lícito ou ilícito de convenção processual.

Também em relação ao objeto, Antonio do Passo Cabral entende que deve se exigir uma previsibilidade quanto aos efeitos e vínculos assumidos no caso das convenções pré-processuais²⁷¹. A delimitação do conteúdo da situação processual é comum a qualquer negócio jurídico, em que é necessário que a situação esteja devidamente individualizada e concreta²⁷², mas pode haver dissonância de entendimento quanto à extensão da previsibilidade dos efeitos como um requisito de validade do negócio jurídico processual. A previsibilidade como critério de validade do negócio deve estar restrita às questões *processuais* ajustadas, não se exigindo o mesmo em relação ao direito material²⁷³ (exceto nas situações de caso fortuito e força maior). Isso porque, como qualquer negócio jurídico, o negócio processual também possui um fator natural de risco.

Outro requisito para a validade das convenções processuais é a manifestação de vontade livre, sem que haja qualquer vício de consentimento – vício como erro,

²⁶⁸ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 3. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 275.

²⁶⁹ Para as pessoas com deficiência, o Estatuto da Pessoa com Deficiência também instituiu o procedimento nomeado “tomada de decisão apoiada”, cujo regulamento se encontra no art. 1783-A, do Código Civil, e deve ser exigido para que haja uma participação qualificada no procedimento convencional, garantindo que a manifestação de vontade seja livre, evitando posteriores alegações de invalidade do negócio (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 316).

²⁷⁰ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 283.

²⁷¹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 85-86.

²⁷² CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 87.

²⁷³ A título de exemplo, cite-se uma pactuação entre as partes em que ambas renunciam ao direito de recurso. É previsível a conclusão processual, reconhecendo-se que nenhuma das partes poderá recorrer quando houver uma decisão de mérito. A parte prejudicada com a decisão não poderá arguir que não era previsível que aquele fosse ser o resultado meritório alcançado e que por isso a cláusula negocial seria nula, pois essa previsibilidade se refere ao direito material e deveria ter sido considerada pela própria parte quando da celebração do acordo.

dolo, coação, simulação –, pois, nesses casos, haverá uma divergência entre a declaração contida no negócio jurídico e a vontade real do agente^{274 275}. Trata-se de vícios de vontade e vícios sociais que, se constatados, ensejarão a invalidação dos negócios processuais²⁷⁶.

O art. 190, do CPC, também estabelece, em seu parágrafo único, que a validade das convenções estará condicionada à inexistência de “manifesta situação de vulnerabilidade” (de alguma) das partes. Essa vulnerabilidade referida pela lei é a vulnerabilidade processual, sendo essa a entendida como a “susceptibilidade 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”²⁷⁷.

Logo, mesmo em se tratando de consumidores e de trabalhadores, que tradicionalmente são categorizados de forma genérica como hipossuficientes ou vulneráveis para fins de aplicação das regras de direito material, não há óbice que esses sujeitos celebrem negócios processuais, especialmente quando a convenção lhes for evidentemente favorável^{278 279}. O objetivo da norma que veda a celebração de convenções processuais quando presente “manifesta vulnerabilidade” é justamente impossibilitar que haja um desequilíbrio entre as partes de forma que a vontade de uma delas esteja distorcida no momento de se firmar o negócio processual. Logo, a vulnerabilidade material que seria aplicada a trabalhadores e

²⁷⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 324-326.

²⁷⁵ Marília Siqueira da Costa inclusive refere que a manifestação de vontade consciente com poder de autorregramento constituiria elemento cerne do suporte fático do negócio jurídico, de modo que sua presença afetaria o plano da existência e não da validade. Para fins de aferição da validade, deveria ser verificada a *perfeição* da manifestação da vontade (COSTA, Marília Siqueira da. **Convenções Processuais sobre Intervenção de Terceiros**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 95-96).

²⁷⁶ Enunciado 132, do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC) (Rio de Janeiro): “(art. 190) Além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios jurídicos atípicos do art. 190.”

²⁷⁷ TARTUCE, Fernanda. Vulnerabilidade como Critério Legítimo de Desequiparação no Processo Civil. 2011. 384 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 172.

2007. 285 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

²⁷⁸ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 3. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 277-278.

²⁷⁹ Nesse mesmo sentido é o entendimento de Marcela Kohlbach de Faria, que sustenta que um negócio jurídico processual que beneficie a parte supostamente vulnerável não pode ser considerado como inválido, pois esse benefício final demonstra que a vulnerabilidade não teve o condão de desequilibrar a posição das partes (FARIA, Marcela Kohlbach de. *Licitude do Objeto das Convenções Processuais*. **Negócios Processuais** (coord. Ana Marcato, Beatriz Galindo, Gisele Fernandes Góes, Paula Sarno Braga, Ricardo Aprigliano e Rita Dias Nolasco). Coletâneas Mulheres no Processo Civil Brasileiro. v.1. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 361)

consumidores não gera, por si só, um indício de vulnerabilidade na celebração de negócios jurídicos processuais, por se tratar de proteções diversas^{280 281 282}.

A “manifesta situação de vulnerabilidade” referida pelo art. 190, do CPC, apenas estará presente na hipótese em que o desequilíbrio das partes seja tamanho de modo a impedir que a manifestação da vontade, de uma ou mais partes, seja efetivamente livre e consciente²⁸³. Porém, essa análise deve sempre considerar a situação no caso concreto, se existente vulnerabilidade na relação entre o sujeito e o direito litigioso ou entre as próprias partes, não bastando a *presunção* de vulnerabilidade²⁸⁴. A exemplo, já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no julgamento do Agravo de Instrumento nº 0086637-51.2020.8.19.0000 que a alteração das regras legais para citação das partes, por meio de cláusula em Contrato de Locação de Loja Comercial em Shopping, mesmo que uma das partes seja pessoa física, não implica reconhecimento de manifesta vulnerabilidade ou nulidade reconhecível²⁸⁵.

Para constatação de uma situação de “hipervulnerabilidade negocial” para o processo, é necessário saber se as partes contratantes dispõem do domínio das

²⁸⁰ SOARES, Lara Rafaelle Pinho. A vulnerabilidade na negociação processual atípica. **Negócios Processuais** (coord. Ana Marcato, Beatriz Galindo, Gisele Fernandes Góes, Paula Sarno Braga, Ricardo Aprigliano e Rita Dias Nolasco). Coletâneas Mulheres no Processo Civil Brasileiro. v.1. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 287.

²⁸¹ Esse mesmo posicionamento é manifestado por Valquíria Maria Novaes Menezes, de que, ainda que se submeta a vulnerabilidade como conceito de direito material para o consumidor, deve ser feita a análise casuística, pois há a possibilidade de o consumidor não ser vulnerável no âmbito processual (MENEZES, Valquíria Maria Novaes. **Negócios Processuais** (coord. Ana Marcato, Beatriz Galindo, Gisele Fernandes Góes, Paula Sarno Braga, Ricardo Aprigliano e Rita Dias Nolasco). Coletâneas Mulheres no Processo Civil Brasileiro. v.1. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 605).

²⁸² Com igual compreensão, cite-se Marília Siqueira da Costa, ao declarar que “a análise da relação dos sujeitos, pelo ângulo da vulnerabilidade, deverá ocorrer tanto no plano processual, quanto no material, visto que não é a vulnerabilidade no plano substancial, por si só, que inviabilizará a aplicação do negócio jurídico processual” (COSTA, Marília Siqueira da. **Convenções Processuais sobre Intervenção de Terceiros**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 89).

²⁸³ No momento, Lara Rafaelle Pinho Soares sintetiza algumas das teses atualmente existentes a respeito da relação entre a ausência de manifesta vulnerabilidade com os negócios jurídicos processuais. Uma delas, adotada nesse trabalho, se refere à impossibilidade de uma das partes ser vulnerável em relação à outra para que haja uma livre manifestação de vontade. De outro lado, há entendimento de que a vulnerabilidade estaria relacionada com a inexistência de capacidade processual para negociar. A autora refere uma terceira corrente, a que se filia, no sentido de que a vulnerabilidade seria um requisito autônomo de validade do negócio processual (SOARES, Lara Rafaelle Pinho. A vulnerabilidade na negociação processual atípica. **Negócios Processuais** (coord. Ana Marcato, Beatriz Galindo, Gisele Fernandes Góes, Paula Sarno Braga, Ricardo Aprigliano e Rita Dias Nolasco). Coletâneas Mulheres no Processo Civil Brasileiro. v.1. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 292).

²⁸⁴ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 3. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 277.

²⁸⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento nº 0086637-51.2020.8.19.0000**. Relatora: Lucia Helena do Passo (27ª Câmara Cível). Rio de Janeiro, 23 abr. 2021.

informações, se estão tecnicamente assistidas, ou se as possibilidades de barganha estão razoavelmente equilibradas^{286 287}. Isso significa que, para o negócio processual, é a vulnerabilidade técnico-jurídica que possuirá maior relevância para análise da validade ou não da convenção, e não a vulnerabilidade *material* das partes²⁸⁸.

Com base nessa compreensão, a doutrina entende que a ausência de assessoramento de advogado, procurador, ou de outro sujeito com qualificação técnica para o ato jurídico, será um *indicativo* de vulnerabilidade^{289 290}. Ainda assim, será necessária a constatação da vulnerabilidade no caso concreto, pois a convenção processual firmada entre dois advogados, mesmo que sem assessoramento jurídico específico para o ato, pode ser suficiente para se alcançar certo equilíbrio e para garantir a validade do negócio firmado²⁹¹.

²⁸⁶ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 3. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 279.

²⁸⁷ Nesse sentido também referem Kevin Davis e Helen Hershkoff: “*Critics of contract procedure resist accepting the presumption of an efficient exchange when there is reason to believe that one party to the agreement has inadequate information. Concerns about inadequate information are particularly salient when individuals enter into standard-form contracts with business enterprises without any reasonable opportunity to consult an attorney. The idea that those individuals will not understand the terms of their contract is particularly plausible when it comes to procedural terms, because those terms often relate to subjects that no one other than a trial lawyer is likely to understand.*” (DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 181).

²⁸⁸ SOARES, Lara Rafaelle Pinho. A vulnerabilidade na negociação processual atípica. **Negócios Processuais** (coord. Ana Marcato, Beatriz Galindo, Gisele Fernandes Góes, Paula Sarno Braga, Ricardo Aprigliano e Rita Dias Nolasco). Coletâneas Mulheres no Processo Civil Brasileiro. v.1. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 289.

²⁸⁹ Enunciado 18, do FPPC (Salvador): “(art. 190, parágrafo único) Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”.

²⁹⁰ Nesse mesmo sentido entende Antonio do Passo Cabral que refere “ser recomendável, posto que não obrigatória, a assistência da parte por advogado quando da celebração de uma convenção processual. Mas o simples fato de que os acordos sejam celebrados sem a assistência de advogado não leva necessariamente à conclusão pela sua invalidade. É possível até que se considere que, não havendo assistência técnica de um profissional versado em Direito, haveria *indício* de vulnerabilidade. Mas nada impede, sobretudo nos acordos pré-processuais, que uma convenção seja celebrada sem advogados e que os convenientes estejam plenamente cientes do conteúdo das obrigações assumidas, manifestando sua vontade livremente no sentido de assumirem aqueles vínculos entre si. (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 367).

²⁹¹ Cite-se que, ainda que o TST atualmente entenda não ser possível a utilização de negócios jurídicos processuais em âmbito trabalhista (art. 2º, II, IN nº 39/2016) há doutrina contrária à essa tese, por compreender que “o fato de o reclamante ser ex-empregado, não afasta, por si só, a possibilidade de firmar um acordo processual, ainda que seja considerado vulnerável. Cabe ao juiz examinar o objeto convencionado e verificar se a cláusula é desarrazoada e onera excessivamente uma das partes. É preciso vislumbrar a abusividade do negócio firmado em detrimento de um sujeito. [...] Logo, se as partes estiverem assistidas pelos seus respectivos advogados (e não sob o manto do *jus postulandi*) e respeitarem os limites legais, além de lhes ser assegurada a igualdade real no processo (art. 7º, do CPC/15), não se vislumbra óbice para celebrarem negócio processual atípico, mesmo que a demanda envolva relação de trabalho, inclusive a de emprego. [...] Não se pode olvidar ainda que existem empregados que possuem alta qualificação, discernimento, capacidade de negociação das condições de trabalho (sobretudo do salário) e da rescisão contratual, além de elevado poder aquisitivo – o que

Mesmo antes da positivação do art. 190, do CPC, Leonardo Greco já trazia como um dos limites da autonomia da vontade um razoável equilíbrio entre as partes, “para que uma delas, em razão de atos de disposição seus ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de ação e de defesa”²⁹². Com o CPC/2015, esse entendimento foi traduzido como a expressa vedação de que alguma das partes se encontre em manifesta vulnerabilidade em relação à outra ou em consideração ao direito litigioso.

A tutela estabelecida em lei busca garantir certo equilíbrio no momento da celebração do acordo, ainda que, ao final, ou quando da incidência do negócio processual, as posições estejam diversas. A vulnerabilidade em termos processuais deve ser identificada a partir de fatores objetivos e pode ou não repercutir no acesso equilibrado ao processo²⁹³, o que deverá ser considerado para fins de análise da validade da convenção. Ao tratar da igualdade e da vulnerabilidade nos negócios processuais, Rafael Abreu comenta o seguinte²⁹⁴:

[...] deve-se ter em mente sempre que as manifestações de vontade *a priori* são válidas e que a desigualdade é ínsita aos negócios jurídicos, sendo imprescindível, para que haja alguma viabilidade no controle (e desvinculação da manifestação de vontade expressada pelos contraentes) dos negócios processuais, que haja demonstração de um efetivo desequilíbrio no acesso ao processo a determinar um verdadeiro déficit para uma das partes em termos de *possibilidade de influência* (equilibradas oportunidades de influenciar os desígnios do processo por meio do exercício do contraditório).

Contudo, esse mesmo autor traz questão relevante atinente aos negócios processuais em casos com pluralidade de partes, tendo em vista a potencialidade de ser afetado o equilíbrio das posições processuais entre os sujeitos. A primeira hipótese existente é de apenas um dos litisconsortes firmar o negócio processual, situação em que (i.) a convenção pode não prejudicar o litisconsorte não-participante,

permite a contratação de excelentes advogados – e que não podem ser considerados meros hipossuficientes ou vulneráveis.” (FACÓ, Juliane Dias. A aplicação do art. 190 do CPC/2015 ao Processo do Trabalho. **Negócios Processuais** (coord. Ana Marcato, Beatriz Galindo, Gisele Fernandes Góes, Paula Sarno Braga, Ricardo Aprigliano e Rita Dias Nolasco). Coletâneas Mulheres no Processo Civil Brasileiro. v.1. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 270-271).

²⁹² GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. 1.ed. Out/Dez 2007. p. 10.

²⁹³ ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 329.

²⁹⁴ ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 331.

ou (ii.) a modificação oriunda do negócio pode lhe impor uma onerosidade excessiva, em seu desfavor²⁹⁵. A segunda hipótese é a de o negócio ser firmado antes da inclusão de um terceiro na relação processual, de modo a gerar um desequilíbrio de posições diante de nova formação subjetiva do processo^{296 297}.

Pedro Henrique Nogueira destaca que essa aferição quanto à (in)existência de manifesta vulnerabilidade deve ocorrer em relação *ao momento* em que o negócio é celebrado, não sendo motivo de invalidação do negócio o desequilíbrio decorrente da convenção. Isso porque o simples fato de o negócio ser desfavorável a um dos sujeitos, dificultando o exercício de suas situações jurídicas no processo, não necessariamente levará a uma invalidade da convenção, pois escolhida pela própria parte²⁹⁸. Como destaca o autor, “a própria diversidade de interesses pode ensejar, até mesmo por estratégias de barganha, que um dos negociantes abdique e renuncie unilateralmente suas situações jurídicas em benefício de outrem”²⁹⁹. Contudo, será válida a convenção quando a manifestação de vontade, mesmo por meio de renúncia de benefício, ocorra “*voluntary, knowing, and intelligently made*”³⁰⁰.

Para negócios processuais atípicos há também outro requisito estabelecido em lei para fins de validade do negócio processual que é a de que o objeto se trate de

²⁹⁵ ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 333.

²⁹⁶ ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 333.

²⁹⁷ Essa situação se aplica especialmente para hipótese de processo de recuperação de empresas, em que há grande pluralidade de partes, que podem passar a intervir no processo em distintas fases, e que há espaço significativo para negociação entre partes e juízo. A exemplo: "devedor e credores podem pactuar a forma de manifestação da vontade dos credores a respeito do plano, estabelecendo o voto escrito e não em assembleia, desde que seja possível ao administrador judicial conferir a autenticidade do voto. As partes podem ajustar nova modalidade de comunicação dos atos processuais, desde que sejam seguras, como, por exemplo, a publicação no endereço eletrônico do administrador judicial, eliminando-se as custosas publicações de editais. Também é possível que as impugnações sejam processadas extrajudicialmente pelo administrador judicial que a impugnação integralmente processada seja protocolada em juízo para decisão, poupando-se o cartório de repetidos atos de comunicação. É viável a fixação de calendário processual. Possível a eliminação ou redução do prazo de fiscalização judicial, estabelecendo as partes que o processo será encerrado com a decisão de concessão da recuperação". BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 22057-60.82.2018.8.26.0000**. Relator: Sérgio Shimura (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). São Paulo, 07 fev. 2019.

²⁹⁸ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 3. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 280.

²⁹⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 3. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 280.

³⁰⁰ DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 176-177.

um “direito que admite autocomposição”. Essa redação difere e abrange leque mais amplo do que o critério da *disponibilidade* do objeto adotado na arbitragem³⁰¹, método esse em que não há a possibilidade de se ter como objeto direitos indisponíveis por se afastar totalmente o direito de análise do caso pelo Poder Judiciário³⁰², tratando-se de uma renúncia mais veemente, portanto.

Além disso, não necessariamente a disponibilidade sobre o direito material gera a disponibilidade sobre o processo ou sobre a tutela jurisdicional desses direitos³⁰³. Os direitos que admitem autocomposição também podem ser indisponíveis em teoria, e ainda assim negociáveis, como é o caso do direito subjetivo a alimentos, que comporta transação quanto ao valor, vencimento e forma de satisfação³⁰⁴. Logo, mesmo que se entenda que o direito é indisponível, em se admitindo autocomposição, ele poderá ser objeto de convenção processual.

O art. 190, do CPC, também traz a proibição de que os negócios processuais sejam inseridos *abusivamente* em contratos de adesão, visto que nessas espécies de contrato há um espaço restrito de negociação entre as partes. Essa limitação feita pela legislação decorre do fato de a base da negociação processual estar justamente na valorização da autonomia privada, do autorregramento da vontade, o que seria parcialmente incompatível com contratos de adesão, em que essa autonomia é mínima^{305 306}.

Todavia, a indicação da lei é de vedação apenas à inclusão *abusiva* da cláusula em contrato de adesão, ou seja, sendo proibida a implementação apenas de convenção que restringe, elimina ou dificulta o exercício de direitos ou faculdades

³⁰¹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 3. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 272.

³⁰² ZANETTI, Pedro Ivo Gil. **Revisão Contratual e Negócios Processuais**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 38.

³⁰³ Enunciado 135, do FPPC (Rio de Janeiro): “(art. 190) A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual.”

³⁰⁴ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 3. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 273.

³⁰⁵ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 3. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 281.

³⁰⁶ A respeito dos contratos de adesão, Kevin E. Davis e Hellen Hershkoff referem o seguinte: “Concerns about inadequate information are particularly salient when individuals enter into standard-form contracts with business enterprises without any reasonable opportunity to consult an attorney. The idea that those individuals will not understand the terms of their contracts is particularly plausible when it comes to procedural terms, because those terms often relate to subjects that no one other than a trial lawyer is likely to understand” (DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 181).

processuais³⁰⁷. Assim, se alguma interpretação do negócio processual estabelecido em contrato de adesão for favorável ao aderente, essa interpretação será preservada de modo a conservar a validade do acordo³⁰⁸. Nesse sentido é o que dispõe o art. 423 do Código Civil e o Enunciado 408 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Quando houver no contrato de adesão negócio jurídico processual com previsões ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

Acerca do tema, cite-se que o próprio art. 4º, §2º, da Lei nº 9.307/96 admite a inserção de cláusula compromissória de arbitragem em contratos de adesão, contanto que seja o aderente a “tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”. Essa opção tem por objetivo demonstrar que a manifestação da vontade do aderente era livre quando da celebração da convenção, ou que é de seu interesse espontaneamente aplicá-la, afastando a interpretação de que a inserção do negócio processual foi feita de forma abusiva no contrato. Nada obsta que esse entendimento também seja aplicado para os demais negócios processuais^{309 310}, ou que seja adotada forma similar para demonstrar que o aderente concordou livremente com a inclusão do negócio processual ao contrato.

Por fim, não há uma norma específica que trate da *forma* a ser observada nas convenções processuais, ou que imponha determinada exigência nesse sentido, o que leva à compreensão de que aplicável o art. 188, do CPC, quanto à liberdade das formas no processo. Assim, somente será efetivamente exigido que o negócio seja firmado na forma escrita quando a lei expressamente assim condicionar, como é o caso da cláusula compromissória na arbitragem (art. 4º, §1º, da Lei nº 9.307/96) e da

³⁰⁷ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 3. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 282.

³⁰⁸ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 3. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 282.

³⁰⁹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 372-373.

³¹⁰ No mesmo sentido, Pedro Ivo Gil Zanetti: “Por se tratar de disposição específica à arbitragem e por inexistir previsão em igual sentido para os negócios processuais em geral, não se pode afirmar que as mesmas condições de eficácia devem ser impostas aos demais negócios processuais inseridos em contratos de adesão. Não obstante, a previsão do §2º do artigo 4º da Lei nº 9.307/1996 certamente serve de parâmetro interpretativo, recomendado que cautelas semelhantes sejam adotadas em relação a negócios processuais que possam constituir uma limitação de direito ao aderente” (ZANETTI, Pedro Ivo Gil. **Revisão Contratual e Negócios Processuais**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 41-42).

eleição de foro (art. 63, §1º, do CPC). Nos demais casos, pode-se adotar tanto a forma escrita como oral, sendo possível, por exemplo, que o acordo seja firmado durante audiência e registrado em ata ou gravado em mídia digital.

A despeito dessa liberdade das formas, Bruno Garcia Redondo refere haver formalidades previstas para a maior parte dos atos e termos do processo (comunicação dos atos processuais, petição inicial, contestação, reconvenção, audiências, requerimento executivo, documentação da penhora etc.)³¹¹, que deveriam ser observadas e que acabam por limitar a aplicabilidade dessa compreensão de que os negócios processuais poderiam adotar formas “livres”. Segundo o autor, uma vez que a forma e a previsibilidade do rito atuam a favor da segurança jurídica, da confiança legítima, e de uma pretensa isonomia, a regra geral deve ser a da observância à forma estipulada em lei³¹², sendo adotada a liberdade de forma para os demais casos em que não haja essa disposição. Trata-se de uma visão um pouco diversa em relação ao tema, mas, ao final, possui o mesmo conteúdo.

Independentemente de a forma prevista em lei ser considerada como regra ou exceção, o entendimento predominante é de que eventuais defeitos relacionados à forma dos atos não devem gerar, obrigatória e rigorosamente, a decretação de nulidade do ato viciado, sendo esse, inclusive, o objetivo de a legislação trazer algumas disposições legais que permitem o aproveitamento dos atos nulos (arts. 277 e 283, do CPC)³¹³. A previsão de um rito processual e a atribuição de formalismo a atos processuais são preferenciais, mas não podem representar uma exigência intransponível³¹⁴. Bruno Garcia Redondo e Julio Guilherme Müller compartilham de tal entendimento, referindo esse último que o desvio de forma não implica necessariamente em nulidade, pois, ainda que o negócio não se apresente no formato descrito em lei, será válido se cumprir seu propósito essencial e se não causar prejuízo às partes e aos interesses tutelados³¹⁵. Assim, deve ser esse o conteúdo fundamental a ser avaliado em relação à validade do negócio processual.

³¹¹ REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 31.

³¹² REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 31.

³¹³ REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 32.

³¹⁴ REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 32.

³¹⁵ MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios processuais e a desjudicialização da produção da prova: Análise Econômica e Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 175.

O que se depreende a partir dos requisitos de validade acima indicados para celebração das convenções processuais é que diversos dos pressupostos são “abertos”, assim como a cláusula geral de negociação processual. Ainda que a intenção da disposição legal seja justamente abranger hipóteses não antecipadas pelo legislador, a aplicação das convenções processuais fica muito condicionada à interpretação a ser conferida a seus parâmetros, não permitindo a subsunção direta do fato à norma. Especialmente durante os primeiros anos de “experiência” dos negócios processuais atípicos, há muita incerteza na utilização desse instituto por não haver entendimentos firmados em jurisprudência, ou robustos em doutrina, de modo suficiente a garantir segurança jurídica para o tema.

Essa percepção será reforçada ao analisarmos os limites existentes em relação ao *objeto* do negócio processual, visto que a sua licitude, exigida pelo art. 104 do Código Civil, é pauta para longos debates em uma tentativa de definição das barreiras conferidas pelo ordenamento jurídico sobre o autorregramento da vontade e a deliberação de regras convencionadas pelas partes. Passaremos a elas.

2.2. A incógnita quanto aos limites do objeto na negociação processual

Para celebração e execução da convenção processual, deve-se haver certas balizas mínimas para definição do objeto do negócio processual, especialmente no que se refere ao prisma de sua licitude. Para tanto, diversos doutrinadores trazem sugestões de limites a serem observados para verificação da validade do acordo processual, limites esses que vão clarificando o debate com o passar dos anos e com o aumento dos debates doutrinários e interpretações judiciais sobre o tema.

Um dos primeiros obstáculos enfrentados para definição do objeto dos negócios jurídicos processuais se apresenta especialmente na extensão do objeto dos negócios atípicos, considerando a indefinição do conceito de “direitos que admitem autocomposição” como previsto no art. 190 do CPC. Primeiro, porque persiste uma considerável confusão entre a distinção dos direitos que admitem autocomposição e aqueles entendidos como disponíveis, e isso se depreende, por exemplo, da viabilidade de se estabelecer em contrato a cláusula de foro de eleição (referente à competência relativa), mas de não ser possível a negociação sobre competência absoluta (art. 62, do CPC).

Há interpretações diversas acerca dos limites existentes para definição do

objeto do negócio processual, e, na grande maioria das vezes, não há a mesma clareza nos temas como ocorre com a limitação da convenção sobre competência. Debate-se se a autonomia privada encontraria restrição no princípio da reserva legal, não estando no espectro de disponibilidade das partes³¹⁶, ou se o conceito adotado como limite para negociação seria a existência de um “interesse público” sobre o objeto ou a existência de “norma cogente” a ser respeitada.

Na visão de Remo Caponi, os limites para a definição do objeto do negócio processual seriam as normas cogentes, a “ordem pública” e os bons costumes, cabendo ao juiz a conferência quanto à regularidade desse negócio, e, conseqüentemente, a análise quanto à “transacionalidade” do objeto para que esse seja reconhecido como lícito³¹⁷:

Se su muove infatti dal punto fermo del carattere strumentale del processo civile nei confronti dei diritti e dell'autonomia dei privati, si può rovesciare l'impostazione attuale e ritenere che la disciplina del processo e dei suoi risultati possa aprirsi ad una fonte di regolamentazione negoziale, anche in via atipica, [...] entro i limiti del rispetto delle norme imperative, dell'ordine pubblico e del buon costume, limiti che sono posti a presidio di un'allocatione proporzionata delle risorse statali rispetto al risultato di assicurare alla collettività un servizio efficiente di giustizia civile. Entro questi limiti, il cui rispetto spetta al giudice verificare, il contratto processuale si impone a questi come gli si imporrebbe un contratto sostanziale tra le parti.

Adotando esses basilares, a doutrina majoritariamente tem se manifestado no sentido de que não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da 1ª instância, acordo para afastar motivos de impedimento do juiz, acordo para criação de novas espécies recursais, acordo para ampliação das hipóteses de cabimento de recursos^{318 319}.

A despeito dessa interpretação teórica, importante referirmos que, na prática, não há óbice para que os negócios processuais abranjam demandas, por vezes,

³¹⁶ FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios processuais no modelo constitucional de processo**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 95.

³¹⁷ CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: gli accordi processuali. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 245.

³¹⁸ Enunciado 20 teve sua redação revista no VI FPPC (Curitiba), nos termos acima transcritos.

³¹⁹ No mesmo sentido é o entendimento manifestado por Sabrina Dourado, que defende que as partes não poderão criar modalidades recursais, tendo em vista o princípio da taxatividade dos recursos cíveis, assim como não poderão ampliar as hipóteses de cabimento dos recursos, sob pena de violação à segurança jurídica (DOURADO, Sabrina. **Negócios Processuais na Esfera Recursal**. **Negócios Processuais** (coord. Ana Marcato, Beatriz Galindo, Gisele Fernandes Góes, Paula Sarno Braga, Ricardo Aprigliano e Rita Dias Nolasco). *Coletâneas Mulheres no Processo Civil Brasileiro*. v.1. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 545-546).

consideradas “de interesse público”, pois os acordos processuais podem envolver a Administração ou a Fazenda Pública, assim como podem ter por objeto direitos difusos ou coletivos^{320 321 322}.

A possibilidade de a Fazenda ser parte em uma autocomposição, por si só, demonstra que o princípio da supremacia do interesse público não implica incompatibilidade com os interesse dos particulares, assim como o princípio da indisponibilidade dos *interesses* públicos não torna indisponíveis os *bens* da Administração Pública³²³. É por essa razão que jurisprudencialmente tem-se analisado se o conteúdo do negócio jurídico processual afeta ou não os *bens* da Administração Pública (e conseqüentemente a coletividade) para declaração acerca da (in)validade da convenção³²⁴.

Ainda em relação a esse ponto, a doutrina corrobora que não há diferença ontológica entre os requisitos dos negócios jurídicos processuais em relação aos dos negócios jurídicos materiais, o que autorizaria a participação dos entes da

³²⁰ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 3. Ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 273.

³²¹ Especificamente em relação ao Ministério Público, a Resolução CNMP nº 118/2014 inclusive recomenda que as convenções processuais sejam adotadas “para permitir a adequada e efetiva tutela jurisdicional aos interesses materiais subjacentes, bem assim para resguardar âmbito de proteção dos direitos fundamentais processuais”. Segundo Antonio do Passo Cabral, “segue-se, portanto, não só a tendência de ampliação da convencionalidade na tutela coletiva, mas também se pode visualizar um evidente avanço nos instrumentos de atuação do MP”, sendo essa Resolução a primeira norma a vigor no ordenamento jurídico brasileiro que expressamente se reportava às convenções processuais. (CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as Convenções Processuais. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 721).

³²² Enunciado 256 do FPPC (Belo Horizonte): “(art. 190) A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual”

³²³ CORDEIRO, Adriano C. **Negócios jurídicos processuais no novo CPC: das conseqüências do seu descumprimento**. Curitiba: Juruá, 2017. p.141.

³²⁴ A exemplo, em decisão publicada em 18/11/2021, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais decidiu que, “embora admissível, em tese, o acordo de rateio de despesas processuais (enunciado 19 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis), não é dado às partes frustrarem, por meio de convenção processual, o direito do Estado ao recebimento das custas, que constituem receitas tributárias indisponíveis”. BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 100002105825.08.001**. Relator: Fernando Lins (20ª Câmara Cível). Belo Horizonte, 18 nov. 2021.

Administração em convenções processuais^{325 326 327}.

Da mesma forma, o fato de uma norma processual ser tratada como cogente ou não, assim como o critério de a norma estar prevista em lei ou na Constituição Federal, também não se apresenta como um parâmetro certo e definido para análise da licitude do objeto da convenção processual³²⁸, por haver uma imprecisão conceitual nessa definição. Ao classificarmos normas em cogentes e dispositivas tendo-se por base sua "indisponibilidade" ou "derrogabilidade", estaremos, necessariamente, tentando enquadrá-las na disputa de público *versus* privado que não mais se justifica. Especificamente no âmbito processual, os interesse públicos e privados devem conviver de forma coordenada e com mútua compatibilização, não necessariamente prevalecendo um sobre o outro³²⁹.

É sob essa compreensão que, no geral, é possível celebrar acordos processuais tratando de competência, suspensão do processo e de prazos – temas envolvendo normas ditas como cogentes –, e não necessariamente haverá uma ofensa ao devido processo legal pela simplificação do procedimento ou uma violação do direito a uma razoável duração do processo³³⁰ que implique em invalidação da convenção.

Ademais, em se analisando a experiência estrangeira, vemos que convenções processuais clássicas podem não ser admitidas a serem transportadas entre ordenamentos jurídicos diversos, mesmo que adotados os mesmos critérios quanto à

³²⁵ CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda Pública e Negócios Jurídicos Processuais no Novo CPC: Pontos de Partida para o Estudo. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 670.

³²⁶ No mesmo sentido, Tatiana Simões dos Santos entende por compatível a utilização de negócios jurídicos processuais pela Fazenda Pública, inclusive estimulando a adoção desse instrumento para gestão processual, celeridade e efetividade na solução de litígios. (SANTOS, Tatiana Simões. Negócios Processuais envolvendo a Fazenda Pública. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 686).

³²⁷ Apesar da admissibilidade teórica de se estabelecer negócios processuais envolvendo a Fazenda Pública, tem-se indicado que há problemas práticos a serem enfrentados na celebração desses negócios jurídicos processuais, como é o caso (i.) do volume de ações da Administração; (ii) da dificuldade de se garantir isonomia de tratamento aos jurisdicionados/cidadãos com tal prática, de modo a preservar a impessoalidade como princípio regente da Administração Pública; e (iii.) da autonomia funcional *versus* uniformidade de atuação dos representantes da Fazenda Pública (SANTOS, Tatiana Simões. Negócios Processuais envolvendo a Fazenda Pública. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 681).

³²⁸ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 348-349.

³²⁹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 171.

³³⁰ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 348-349.

definição do objeto. No direito inglês, por exemplo, admite-se que se inclua cláusulas de confidencialidade que impedem que a informação sobre o processo seja acessado por terceiros que não as partes envolvidas no caso³³¹. Ao revés, a doutrina brasileira majoritariamente entende como ilícita a extensão das hipóteses de segredo de justiça, por ofensa à exigência constitucional de publicidade nos processos judiciais³³².

Logo, o que se verifica é que mesmo a disponibilidade do direito é um conceito amplo, abstrato, e muitas vezes condicionado a questões políticas e culturais, e não necessariamente técnicas³³³. Assim o sendo, o mesmo ocorrerá no que se refere à possibilidade ou não de um direito ser objeto de composição. Há alguns parâmetros que podemos estabelecer nesse momento para entendermos pela “negociabilidade” e “transacionalidade” do objeto, especialmente por meio de doutrina e jurisprudência, mas não há garantia de que esse conceito seja preservado ao longo do tempo, a depender de mudanças legislativas e sociais prementes, por se tratar de conceitos abstratos e indefinidos³³⁴.

A exemplo, cite-se a indisponibilidade dos direitos trabalhistas. Trata-se de conceito que foi por muito tempo preservado, uniforme na jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho³³⁵, mas, a partir da Lei nº 13.467/17, é afastado em razão da expressa previsão sobre a possibilidade de se pactuar cláusula compromissória de arbitragem em contratos de trabalho (art. 507-A, da CLT). Não há como se cogitar nem mesmo de uma irrenunciabilidade a direitos fundamentais trabalhistas, pois a própria Medida Provisória 936/2020 demonstrou que o salário, antes tido como indisponível e irredutível, pode ser considerado parcial e temporariamente

³³¹ DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 194.

³³² Nesse sentido: CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p.71. Da mesma forma: DIDIER JR., Fredie. Negócios Jurídicos Processuais Atípicos no CPC/2015. DIDIER JR., Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 39.

³³³ BRAGA, Julia Tavares. Arbitragem e Direito do Trabalho, 12 jul. 2021. 1 vídeo (29min45s). [Live]. Disponível em: <https://youtu.be/wfSNZaf2bT8> Acesso em: 12 jul. 2021.

³³⁴ Marília Siqueira da Costa manifesta sua concordância a respeito de tal entendimento, destacando a “impossibilidade de serem utilizados os argumentos de violação à ordem pública e vedação à supressão ou alteração de normas cogentes, dada a indeterminabilidade dos conceitos que fatalmente poderá levar a decisões marcadas pela arbitrariedade, bem como pela necessidade de equilíbrio e cuidado na identificação de quais poderes do juiz são independentes e, portanto, não passíveis de disposição pelas partes (COSTA, Marília Siqueira da. **Convenções Processuais sobre Intervenção de Terceiros**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 119-120)

³³⁵ A exemplo, cite-se: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 00156100-50.2009.5.02.0013**. Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos (4ª Turma). Brasília, 30 nov. 2018.

renunciável³³⁶.

Logo, o que se conclui é que não há uma definição clara sobre quais direitos são considerados como disponíveis e quais não o são, assim como não há uma definição sobre quais direitos podem ou não ser convencioneados. Por se tratar de visão muito mais cultural e contextual³³⁷, a segurança jurídica do tema depende especialmente de uma apresentação reiterada do debate em face dos tribunais e de uma discussão doutrinária qualificada para definição de padrões para análise de validade.

Em uma tentativa de resolver essa incógnita a respeito dos limites objetivos dos negócios processuais, Antonio do Passo Cabral formula uma sugestão de parâmetros a serem observados para tanto, separando-os em limites *gerais* para qualquer acordo processual e *específicos* a dependerem da convenção, o que poderá servir de orientação para fins de análise da (in)validade das convenções pelos juízes.

O primeiro limite indicado é o da *reserva de lei*, que será aplicado para os casos em que um acordo não poderá derrogar uma norma legal, como seria a hipótese da criação de espécies recursais além das modalidades já previstas em lei ou de ampliação das possibilidades de recurso^{338 339}.

O segundo limite é o da aplicação da boa-fé e da cooperação processual, que

³³⁶ A mesma conclusão se depreende a partir do estudo dos limites propostos por Daniel Assumpção Rezende de Almeida em relação ao objeto dos negócios jurídicos processuais. O autor entende ser necessária a preservação de uma ordem pública processual, abrangendo-se, nesse conceito os interesses públicos inafastáveis. Para ele, seria necessária a preservação de garantias fundamentais como o devido processo legal, a celeridade, a garantia ao contraditório e à ampla defesa etc. (ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2014). Contudo, como inclusive já visto anteriormente, a própria abrangência do devido processo legal se difere com o tempo, pois anteriormente se entendia que era necessária uma observância estrita de um procedimento previsto em lei, enquanto atualmente se compreende que a garantia de um devido processo legal necessariamente exige uma adequação do procedimento ao direito material a ser tutelado, de modo que, do mesmo modo, essa mudança de conceito poderia levar a uma alteração das balizas para definição do objeto da convenção processual.

³³⁷ Nesse sentido, ratifica Bruno Garcia Redondo ao declarar que o conceito de (in)disponibilidade do direito é conferido pela “mentalidade e ótica” adotada em certos períodos. A exemplo, o autor refere que, se o intérprete mantiver a visão que detinha durante a égide do CPC/73, provavelmente a conclusão será sempre no sentido da impossibilidade de celebração do negócio processual, por considerar que o objeto não estaria ao alcance exclusivo das partes, por ser indisponível ou também pertencente a outros, como o juiz, o Estado ou à sociedade (REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios Processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/73 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015*. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 398).

³³⁸ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 361.

³³⁹ Nesse mesmo sentido é o Enunciado 20 do FPPC (Salvador): “(art. 190) Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância, acordo para afastar motivos de impedimento do juiz, acordo para criação de novas espécies recursais, acordo para ampliação das hipóteses de cabimento de recursos”

não poderiam ser retirados por meio de convenção processual e que deveriam sempre permear a elaboração de negócios processuais³⁴⁰. Considera-se que essas são diretrizes justificadas pela proteção da confiança e da segurança das expectativas legítimas formadas no processo, além de possibilitarem a cognoscibilidade do conteúdo dos acordos e a previsibilidade do vínculo assumido, sendo vedada a celebração de acordos com dolo ou simulação³⁴¹.

O terceiro limite é a chamada “igualdade e equilíbrio de poder nas convenções”³⁴². Esse balizador serve especialmente como um método de controle do livre arbítrio dos sujeitos no momento da propositura, negociação e aceitação da convenção processual. Segundo o autor, “sem igualdade, não há condições mínimas para exercício da liberdade porque as disposições convencionais terão sido assumidas num quadro em que o consentimento não foi livre e esclarecido”^{343 344}.

Para análise desse terceiro limite, Cabral também refere ser possível a adoção de uma *outcome-based approach*, ou seja, uma abordagem baseada no resultado atingido. Logo, se a convenção for benéfica ao “vulnerável” que abdica ou renuncia a algo, a partir de uma avaliação feita sobre o resultado do acordo processual, pode ser considerada válida a convenção. A adoção dessa interpretação teria por objetivo uma “reparação” de uma desigualdade intrínseca havida entre os convenientes, pois supriria um desequilíbrio existente quando transcorrido o procedimento da negociação³⁴⁵.

Uma interpretação semelhante é a que foi manifestada no II Encontro de Jovens Processualistas e que originou o Enunciado 16 do FPPC, que assim define: “O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de

³⁴⁰ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 363.

³⁴¹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 363-364.

³⁴² CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 364.

³⁴³ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 366.

³⁴⁴ Em relação a esse terceiro limite proposto pelo autor, entendemos ser discutível porque a “igualdade e equilíbrio de poder” estariam incluídos em uma análise de limites quanto à definição do objeto da convenção. O equilíbrio de poder está sendo exigido exclusivamente para garantir uma livre manifestação da vontade, não se tratando um requisito extra a ser adicionado aos demais pressupostos de validade das convenções processuais. Ocorre que, se a manifestação de vontade não é livre, a convenção processual estará atingida em seu núcleo, não sendo o limite da “igualdade e equilíbrio de poder nas convenções” o balizador da aplicação da convenção no que tange à licitude do objeto.

³⁴⁵ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 374-375.

procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo³⁴⁶. Isto é, ainda que teoricamente se pudesse debater a validade ou não de um ato *per se*, caso inexistente prejuízo às partes – especialmente àquela para a qual há dúvida quanto à sua total liberdade para manifestação de vontade –, pode ser considerada como válida a convenção que lhe gera um resultado positivo³⁴⁷.

Como quarto limite geral, o autor sugere a análise de custo-benefício entre eficiência e garantias, reconhecendo a impossibilidade de que as convenções processuais gerem externalidades negativas³⁴⁸, não podendo transferir ao Poder Judiciário ou a terceiros o impacto econômico ou temporal decorrente da aplicação do negócio processual^{349 350}. Assim, tendo em vista a natureza pública do processo, o

³⁴⁶ No mesmo sentido é o entendimento de Jaldemiro Rodrigues de Ataíde Júnior: “No campo-dependente dos negócios jurídicos processuais, também se encontra o regime de invalidação dos negócios processuais, pois em virtude do *princípio da ausência de nulidade processual sem prejuízo (pas de nullité sans grief)*, mesmo diante de vícios que ensejem a *nulidade* ou *anulabilidade* dos negócios processuais, estas sanções só serão decretadas se houver prejuízo (ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios Jurídicos Materiais e Processuais – Existência, Validade e Eficácia – Campo-Invariável e Campos-Dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 313).

³⁴⁷ Especificamente no que se refere ao critério da ausência de vulnerabilidade para celebração do negócio processual, Marília Siqueira da Costa trata a inexistência de prejuízo como um requisito concomitante a ser verificado: “Ou seja, deve-se ter em atenção sempre a incidência do princípio da ausência de nulidade sem prejuízo (*pas de nullité sans grief*), concluindo que, para invalidar o negócio jurídico, pela incidência da norma decorrente do parágrafo único do artigo 190, devem estar presentes, *cumulativamente*, a manifesta vulnerabilidade de um dos sujeitos (ou ausência de igualdade real), extraída a partir da imagem global formada pelos quatro aspectos acima destacados, e existência de prejuízo para o vulnerável”. (COSTA, Marília Siqueira da. **Convenções Processuais sobre Intervenção de Terceiros**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 91-92).

³⁴⁸ Consideramos externalidades como o resultado de uma ação que gera efeitos a sujeito não interveniente na transação originária (PIGNANELI, Guilherme. **Análise Econômica da Litigância**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2019. p. 119). Com maior esclarecimento, cite-se André Luis Cateli Rosa e Jussara Nasser Ferreira: “Externalidades são os efeitos sociais, econômicos e ambientais indiretamente causados pela ação de um agente que de alguma forma participa desse contexto, ou seja, ocorre quando o bem-estar de uma determinada pessoa é afetado em função de decisões tomadas por outra(s) pessoa(s). O estudo das externalidades tem sido de forma multidisciplinar, com cada área ressaltando seus próprios interesses e analisando o problema com uma ótica distinta. [...] Portanto, as externalidades revelam-se no impacto de uma decisão sobre aqueles que não participaram dela. Elas podem ser positivas ou negativas, ou seja, podem gerar benefícios ou malefícios à sociedade. Com efeito, verifica-se que ponto essencial do conceito de externalidade é que as vantagens e/ou os ônus resultantes das transações não são aproveitadas pelos que delas participam, mas sim por terceiros.” (ROSA, André Luis Cateli; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Resolução e revisão dos contratos de consumo em função da pandemia: perspectivas à luz da análise econômica do direito. **Revista de Direito do Consumidor**. v.132. nov-dez/2020. p. 57-87).

³⁴⁹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 375-376.

³⁵⁰ Ainda que não tratando como critério de validade, Kevin E. Davis e Helen Hershkoff referem que as convenções processuais apenas são consideradas *eficientes* se não houver externalidades negativas, ou seja, se a convenção não produzir efeitos adversos a partes terceiras ao negócio jurídico (DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 169).

controle de validade dos negócios processuais teria como um de seus parâmetros a viabilidade de as partes internalizarem os prejuízos ou custos deles decorrentes, o que ocorre especialmente nos casos de acordos sobre procedimento³⁵¹. Sob essa compreensão, a licitude do objeto da convenção estaria condicionada a que as partes fornecessem ao Poder Judiciário os meios materiais para realização de atos diversos daqueles previstos em lei, eliminando qualquer custo extra que o Poder Público poderia ter para cumprimento da convenção estabelecida³⁵².

Entendimento semelhante é o manifestado por Marinoni, Arenhart e Mitidiero que, dentre os pressupostos de validade dos negócios processuais propostos, referem a necessidade de (i.) observância dos limites do art. 190, p. único do CPC; (ii.) respeito às garantias constitucionais processuais; e (iii.) não interferência da convenção em atos de terceiros e não limitação da finalidade jurisdicional³⁵³. Kevin E. Davis e Helen Hershkoff também enfrentam a discussão sobre a validade de convenções processuais que limitam o processo de tomada de decisão do juiz, justificando não ser estar à disposição das partes a negociação desse objeto, pois os resultados de uma ação judicial superam seus interesses imediatos³⁵⁴.

Especificamente quanto a essa vedação à “limitação da finalidade jurisdicional”, Marinoni, Arenhart e Mitidiero defendem que o objeto da convenção será ilícito sempre que o acordo afetar a própria atividade jurisdicional de direção e de julgamento da causa. Citam que não bastaria nem mesmo que o juiz participasse da convenção para que o vício fosse afastado, pois o processo não pertenceria a um juiz determinado, não ficando a ele vinculado *ad eternum*³⁵⁵. Nesse sentido, os autores veem com relutância a perícia convencional, autorizada pelo art. 471, do CPC, pois o juiz seria obrigado a formar sua convicção com base em análise de um Expert que não conhece ou não confia, atingindo seu poder de direção no processo e a atividade

³⁵¹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 375-376.

³⁵² CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 377.

³⁵³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. 4. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 153-154.

³⁵⁴ DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 168.

³⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. 4. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 569-570.

jurisdicional por consequência³⁵⁶.

Outro negócio processual com debate semelhante ao proposto por esses autores é o “estabelecimento convencional de prova legal”, que é o acordo processual que define que um determinado fato será provado a partir de um meio de prova específico. A exemplo, para comprovação da existência de um contrato, as partes definem que deve necessariamente ser apresentada sua versão escrita, ou que os fatos relativos a um pagamento somente podem ser provados por prova documental e por nenhuma outra fonte de prova^{357 358}. O cerne da discussão está presente no fato de as partes definirem os meios de prova para aquela demanda, mas não necessariamente o juiz estar convencido a respeito dos fatos através dos meios escolhidos pelas partes para a prolação da sentença. Atualmente, essa espécie de negócio processual vem sendo acolhida pela doutrina francesa³⁵⁹, mesmo que refutada por outras doutrinas estrangeiras, como é o caso da italiana³⁶⁰. No Brasil, ainda se debate a validade do acordo processual sobre a matéria, mas a doutrina majoritariamente reconhece como aplicável ao nosso processo civil.

Retomando a proposição feita por Cabral quanto aos limites para definição do objeto do negócio processual, o autor sugere alguns limites específicos, sendo um deles a análise sobre quais seriam os limites internos e externos à autonomia da

³⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. 4. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 570.

³⁵⁷ DIDIER JR, Fredie; LIPIANI, Julia. Negócios Jurídicos em Contratos Empresariais. DIDIER JR., Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 186.

³⁵⁸ A respeito desse tema, Pedro Ivo Gil Zanetti entende que, mesmo observado o interesse público por trás da tutela jurisdicional, deveria se considerar o caráter instrumental do processo, de modo que os poderes do Juiz não poderiam se sobrepor à autonomia das partes que “voluntária e consensualmente optarem por limitar o escopo e os meios de prova a serem utilizados em determinado caso – sobretudo quando se tratar de direitos patrimoniais disponíveis. O entendimento diverso, com a devida vênia, abre demasiado espaço para o ativismo judicial e esvazia o conteúdo dos negócios processuais que tratam de produção e valoração de provas, gerando enorme incerteza jurídica e contrariando, em última análise, o paradigma que norteia o CPC/2015”. (ZANETTI, Pedro Ivo Gil. **Revisão Contratual e Negócios Processuais**. São Paulo: Almedina, 2019. p. 39-40),

³⁵⁹ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no novo CPC. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 383.

³⁶⁰ Beclaute Oliveira Silva analisa a posição de Michelle Taruffo no artigo “Verdade como objeto do negócio jurídico processual” e refuta o entendimento do autor italiano sob o argumento de que a prova é um dos meios de se demonstrar a existência do fato, e que a verdade ingressa como apenas um dos critérios de legitimação da decisão sobre o fato, podendo as partes negociarem sobre como irão produzir a prova sobre esse determinado fato, tendo em vista que, segundo Enunciado 50, do FPPC (Salvador), “os destinatários da prova são aqueles que dela poderão fazer uso, sejam juízes, partes ou demais interessados, não sendo a única função influir eficazmente na convicção do juiz”. (SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade com objeto do negócio jurídico processual. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 574).

vontade. Isso porque as partes poderiam dispor parcialmente de garantias constitucionais, mas seria necessário apurar em que medida o exercício da autonomia e da liberdade poderiam avançar sobre outras garantias³⁶¹. Para conciliação entre autonomia das partes e proteção mínima de direitos fundamentais, a sugestão dada pelo autor é a proteção do *núcleo essencial* daquele determinado direito³⁶².

Segundo ele, essa avaliação se iniciaria com a identificação das garantias processuais afetadas com a convenção processual proposta, e, a partir disso, seria seguida pela análise da margem de disponibilidade da garantia, protegendo-se “seu âmbito de proteção intangível”, que seria seu núcleo essencial³⁶³. Isso significaria que a *intensidade* com que os direitos fundamentais perderiam efetividade poderia levar à invalidade ou inadmissibilidade de uma convenção processual³⁶⁴.

Para definição do que seria esse “núcleo essencial” do direito fundamental a ser protegido, Virgílio Afonso da Silva sugere ser necessário analisar (i.) o que é efetivamente protegido por aquela determinada norma de direito fundamental; (ii.) qual a relação entre o que é protegido e suas possíveis restrições; e (iii.) como é possível fundamentar tanto o que é protegido como as suas restrições³⁶⁵. Tratando-se de um conteúdo essencial relativo, sua conceituação dependerá de condições fáticas e das colisões existentes entre diversos direitos e interesses no caso concreto, variando de situação para situação, a depender dos direitos envolvidos em cada situação, em uma análise de proporcionalidade³⁶⁶. O autor também refere que, ainda que reconhecida a possibilidade de restrição a um direito fundamental, essa deve ser sempre devidamente fundamentada e justificada, para que não perca sua pretendida proteção³⁶⁷.

Roberto Bley Santos também destaca que a renúncia a direitos fundamentais, especificamente por meio de negócios processuais, deve ser vista com cautela, não

³⁶¹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 379-380.

³⁶² CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 380.

³⁶³ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 384.

³⁶⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 386.

³⁶⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. v. 4. 2006. p. 41.

³⁶⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. v. 4. 2006. p. 42-43.

³⁶⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. v. 4. 2006. p. 48-49.

bastando que as partes sejam plenamente capazes para o fazerem³⁶⁸. Sugere o autor que a renúncia a tais direitos somente poderia ocorrer em situações em que há um “grau suficiente de autodeterminação do sujeito, consistente na garantia da *consciência* da natureza e das consequências do ato praticado, bem como a garantia de que a renúncia consista numa *decisão livre*”³⁶⁹. Além da garantia de uma manifestação livre da vontade, seria também necessário observar que a interpretação a tais atos de renúncia deve ser feita de forma restritiva, e que o ato será sempre pontual e individual³⁷⁰, sendo vedada a interpretação extensiva ou analógica.

Em relação à essa renúncia ou restrição de direito fundamental, Cabral refere que “qualquer disposição ou renúncia deve ser relacionada a uma contrapartida legítima e proporcional, um incremento ou benefício equivalente à situação que se renuncia”, a fim de evitar prejuízos desproporcionais³⁷¹. É o que Kevin Davis e Hellen Hershkoff nomeiam de *substantive fairness*³⁷², o que pode ser visto como uma regra de proporcionalidade para renúncia de direitos. Esse inclusive é o entendimento adotado por alguns doutrinadores brasileiros, como é o caso de Marília Siqueira da Costa, que assim defende³⁷³:

Assim, caso a disposição restrinja direitos fundamentais das partes, por exemplo o contraditório, e, de outro lado, não se preste a promover satisfatoriamente nenhum dos escopos, tem-se que o negócio jurídico não deverá ser admitido. Deve-se considerar, também, nesta análise como a norma objeto de disposição se relaciona com os escopos, se os promove ou não e, em caso positivo, quais deles são realizados e em que medida isso ocorre. A busca do intérprete tem de ser pelo equilíbrio, sempre.

No mesmo sentido, sustenta Julio Guilherme Müller, ao assim referir³⁷⁴:

A derrogação pelas partes ou o não exercício do direito fundamental não leva, necessariamente, ao entendimento de que houve uma restrição inconstitucional à ordem pública cogente ou ilegitimidade do processo em que nele se verificar por

³⁶⁸ SANTOS, Roberto Bley. Renúncia a Direitos Fundamentais por meio de Negócio Processual. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 13. Volume 20. Número 3. Set-Dez/2019. p. 474.

³⁶⁹ SANTOS, Roberto Bley. Renúncia a Direitos Fundamentais por meio de Negócio Processual. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 13. Volume 20. Número 3. Set-Dez/2019. p. 474.

³⁷⁰ SANTOS, Roberto Bley. Renúncia a Direitos Fundamentais por meio de Negócio Processual. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 13. Volume 20. Número 3. Set-Dez/2019. p. 475.

³⁷¹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 387.

³⁷² DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 183.

³⁷³ COSTA, Marília Siqueira da. **Convenções Processuais sobre Intervenção de Terceiros**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 129.

³⁷⁴ MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios processuais e a desjudicialização da produção da prova: Análise Econômica e Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 149.

ofensa ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Cada situação, em particular, deve ser analisada, inferindo-se a razoabilidade, adequação e proporcionalidade da limitação reconhecida e aplicada.

Sob essa ótica, se até mesmo a renúncia a direito fundamental é possível sem que isso leve necessariamente à violação da ordem pública cogente, a convenção que tiver como objeto uma restrição a idêntico direito também não pode ser de plano julgada como condição ilícita. O reconhecimento da (i)lícitude da restrição a direito fundamental passa pela análise da adequação e proporcionalidade da medida no contexto no caso concreto.

Dentre os acordos típicos, a doutrina majoritariamente entende por nula a distribuição convencional do ônus da prova que incorra em onerosidade excessiva à parte cujo ônus lhe foi atribuído³⁷⁵, pois, nesse caso, ela entende que estaria sendo criada a prova diabólica reversa e impediria o exercício da ampla defesa e da garantia à isonomia entre os sujeitos processuais^{376 377}. Dentre acordos atípicos, também pode ser reconhecido como nulo o acordo que prevê a ampliação demasiada de prazos, em ofensa à razoável duração do processo³⁷⁸.

Do mesmo modo, como anteriormente referido, entende-se como nulo o acordo em que as partes preveem a tramitação do processo por segredo de justiça, visto que o processo é, em regra, público, sendo imperativa a observância de sua publicidade. Uma vez que é garantida a privacidade através da disponibilidade de outros meios adequados de solução de disputas, como é o caso da arbitragem, que é sigilosa³⁷⁹, se adotada a via do processo judicial, a parte estará restrita às hipóteses legais de tramitação por segredo de justiça.

Outros acordos processuais cuja validade tem sido debatida são aqueles que possuem objeto que afetam a garantia de acesso à justiça. O *pactum de non petendo*, por exemplo, é uma convenção processual que a doutrina considera como válida em

³⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v.2. 4.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 566.

³⁷⁶ GÓES, Gisele Fernandes. Distribuição Convencional do Ônus da Prova. **Negócios Processuais** (coord. Ana Marcato, Beatriz Galindo, Gisele Fernandes Góes, Paula Sarno Braga, Ricardo Aprigliano e Rita Dias Nolasco). Coletâneas Mulheres no Processo Civil Brasileiro. v.1. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 216.

³⁷⁷ No mesmo sentido defendem Mate Knigge e Bart Krans a respeito do direito irlandês, em que se entende que a convenção será inválida no caso de acordos envolvendo produção probatória cuja aplicação leva a parâmetros irrazoáveis, desproporcionais ou injustos (KNIGGE, Marte; KRANS, Bart. *Contracts and Procedural Law: some remarks on dutch law*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 234-235.

³⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo civil**: tutela dos direitos mediante procedimento comum. v. 2. 4. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 568.

³⁷⁹ DIDIER JR., Fredie. Negócios Jurídicos Processuais Atípicos no CPC-2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p.119.

regra, mas que não pode ser estabelecida por tempo ilimitado, sendo também inválida se o cumprimento do termo fixado puder levar à prescrição ou decadência do direito³⁸⁰. Outra convenção considerada inválida em razão de uma maior “intensidade” na renúncia de direito fundamental seria o acordo que altera os custos processuais de uma ação de modo a tornar inviável a propositura da demanda, atingindo tanto o acesso à justiça quanto o exercício da ampla defesa³⁸¹.

Para tais casos de invalidade da convenção, em respeito à autonomia da vontade das partes que pactuaram o acordo, deve-se buscar “salvar” a convenção, ou seja, modificá-la em uma tentativa de preservar seu conteúdo essencial e a vontade manifestada das partes, minimizando eventuais repercussões negativas desse ato³⁸². Para tanto, é possível adotar as regras de conversão ou de fungibilidade, aproveitando a manifestação de vontade externada pelos convenientes³⁸³ e seu próprio interesse em uma espécie de “autocomposição processual”, incentivada pelo modelo cooperativo de processo.

Pode-se também invalidar apenas parcialmente a convenção³⁸⁴, alterando a parte nula ou apenas a excluindo quando possível. Caso seja necessária a invalidação total do ato, além de ser necessário que o juiz garanta a manifestação prévia das partes a respeito, em observância ao contraditório e à vedação da decisão surpresa³⁸⁵, a decisão deve ser devida e extensivamente fundamentada, considerando que se estará justamente tornando nulo um acordo firmado segundo

³⁸⁰ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 387.

³⁸¹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 387.

³⁸² Sobre o tema, Marcelo Dias Ponte e Pablo Freire Romão referem o seguinte: “Com o advento do princípio da cooperação e do dever anexo de consulta e prevenção, deve o órgão julgador, antes de proferir decisão interlocutória rejeitando o acordo processual proposto pelas partes, assinalar prazo e facultá-las a possibilidade de corrigir, orientando-as acerca das antijuridicidades existentes no pacto com o desiderato de sanar os vícios porventura existentes, sob pena de rejeição. Isso evidencia a ideia de que o magistrado não é parte da convenção processual, e sim um fiscal. [...] O dever de prevenção consiste no imperativo de o órgão jurisdicional alertar as partes sobre possíveis deficiências ou insuficiências dos seus argumentos ou requerimentos. É um convite para o aperfeiçoamento das alegações deduzidas pelos litigantes. E essa atuação judicial encontra respaldo no art. 10, do NCPC.” (PONTE, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire. *Negócio Jurídico Processual e Flexibilização do Procedimento: as influências da autonomia privada no paradigma publicista do direito processual civil*. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. v.16. Jul.-Dez/2015. p. 325).

³⁸³ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 423.

³⁸⁴ Nesse sentido é o Enunciado 134 do FPPC (Rio de Janeiro): “(Art. 190, parágrafo único) Negócio jurídico processual pode ser invalidado parcialmente”.

³⁸⁵ Nesse sentido é o Enunciado 259 do FPPC (Belo Horizonte): “(arts. 190 e 10). A decisão referida no parágrafo único do art. 190 depende de contraditório prévio.”

interesse das partes envolvidas no processo e sua autonomia da vontade. Ademais, uma vez que a invalidade decorrerá de uma consequência extraída da concretização de uma cláusula geral, é exigido um esforço incrementado de justificação em razão da discricionariedade que o próprio sistema processual atribui ao aplicador na construção do consequente normativo (art. 489, § 1º, II, do CPC)³⁸⁶.

Evidentemente que essas são soluções apresentadas em âmbito teórico, diferindo da prática ainda pouco manifestada. Trata-se de lacuna informativa identificada em diversos ordenamentos que adotam as convenções processuais, visto que não há muitos registros dos negócios processuais, ou de seu impacto efetivo na resolução das disputas³⁸⁷, o que implica em redução da utilização dessas convenções pela insegurança resultante. A própria inexatidão quanto aos limites e parâmetros a nortearem os negócios processuais conferem um papel dissuasivo na sua concretização³⁸⁸, pois, ao se formular um negócio processual, não se tem certeza quanto à chancela ou não do termo pelo Poder Judiciário, reduzindo seus eventuais benefícios³⁸⁹.

A partir dessas compreensões e tendo em vista as inseguranças originadas pelas indefinições referentes aos negócios processuais, faremos uma análise jurídica e econômica a respeito da eficiência das convenções processuais, e quais suas ordens de aplicação no âmbito do processo civil.

2.3. Negócios Jurídicos Processuais, Análise Econômica e Gestão de Risco do Processo

O debate sobre os limites do objeto da negociação processual é bastante extenso e a doutrina se ocupa, muitas vezes, em problematizar o tema por meio de

³⁸⁶ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 426.

³⁸⁷ DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 172.

³⁸⁸ OSNA, Gustavo. "Contratualizando o Processo": Três Notas sobre os Negócios Jurídicos Processuais (e seu possível "fracasso"). **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro. Ano 14. Volume 21. Número 2. Maio-ago/2020. p. 174.

³⁸⁹ OSNA, Gustavo. "Contratualizando o Processo": Três Notas sobre os Negócios Jurídicos Processuais (e seu possível "fracasso"). **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro. Ano 14. Volume 21. Número 2. Maio-ago/2020. p. 176.

exemplos radicais e extremados de convenções³⁹⁰. Contudo, objetivando um estudo voltado à prática da utilização dos negócios jurídicos processuais, propomos analisá-los através de aspectos econômicos, verificando como a celebração de convenções processuais se relaciona à avaliação econômica de custos e benefícios de um processo, de modo a otimizar sua eficiência³⁹¹. Para tanto, é necessário compreendermos inicialmente conceituações básicas da análise econômica do direito processual, que serão adotadas como critérios de avaliação de eficiência das convenções processuais.

Em uma análise baseada em *law & economics*, as partes são consideradas como agentes econômicos racionais, que avaliam o processo através de cálculos probabilísticos, ou seja, considerando as chances de êxito em conjunto a custos do processo e a seus riscos de perda³⁹², objetivando a maximização de seu resultado³⁹³. Nesse sentido, referem Pagliarini e Fayad: “[...] to be efficient is to make a choice that can maximize a measure of value with usefulness. [...] As a result of that, economics will consider the effects of laws on social values, aiming at the efficiency that produces maximization of profits”³⁹⁴.

Esse modelo de análise de comportamentos baseado em cálculo de custos e de benefícios considera que as pessoas são “maximizadoras racionais de seus próprios interesses”³⁹⁵, porém, que esses objetivos são “egoisticamente”

³⁹⁰ OSNA, Gustavo. “Contratualizando o Processo”: Três Notas sobre os Negócios Jurídicos Processuais (e seu possível “fracasso”). **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro. Ano 14. Volume 21. Número 2. Maio-ago/2020. p. 169.

³⁹¹ Considerando o caráter publicista do processo, entendemos que o mais adequado seria a avaliação de eficiência através do critério de Pareto de eficiência, segundo o qual um ato será considerado como eficiente quando há uma mudança de atribuição de bens sem prejuízo à parte transferente, ou seja, sem implicação de externalidades negativas. Contudo, tendo em vista a que tal visão é bastante idealista, entendemos que ainda assim é possível avaliarmos o aumento de eficiência processual pela utilização dos negócios jurídicos processuais através de uma avaliação de eficiência pelo critério de Kaldor-Hicks. Segundo esse critério, eventual prejuízo é inferior aos benefícios causados, motivo pelo qual a teoria é chamada de *eficiência potencial*, “pois se apresenta em situações nas quais o benefício que uma pessoa pode ter é maior do que o prejuízo que as outras podem sofrer, ou então em situações em que os benefícios sociais líquidos decorrentes de uma mudança sejam positivos” (JAKOBI, Karin Bergit; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **A Análise Econômica do Direito e a Regulação do Mercado de Capitais** (livro digital). São Paulo: Atlas, 2014. p. 39-40).

³⁹² COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. Provoações da Análise Econômica do Processo Civil. **Revista de Processo**. v. 315. maio/2021. p. 343-375.

³⁹³ Esse entendimento está muito relacionado à teoria de Posner, sob a qual os atos, instituições e interpretações normativas serão considerados como justos e bons a partir da análise da maximização da riqueza e sua eficiência.

³⁹⁴ PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; FAYAD, Anelize Klotz. Relations between arbitration and economic analysis of law. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 58. Jul-set/2018. p. 287-310.

³⁹⁵ COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. Provoações da Análise Econômica do Processo Civil. **Revista de Processo**. v. 315. maio/2021. p. 343-375.

considerados³⁹⁶. Em outras palavras, as partes irão buscar o alcance de seus próprios interesses e de seu bem-estar individual, através de uma avaliação matemática sobre quais fatores prevalecem diante de uma comparação entre os resultados positivos e os ônus originados por suas escolhas. Nessa avaliação não são consideradas as externalidades negativas originadas das ações das partes ou dos resultados coletivos das condutas por elas praticadas com o objetivo de maximização de utilidade pessoal^{397 398 399}.

O mesmo se aplica em relação aos negócios jurídicos processuais, que são firmados pelas partes quando essas entendem que, por uma avaliação de racionalidade e de redução dos custos de transação⁴⁰⁰, a celebração do negócio lhe é satisfatória na busca por maior qualidade na prestação jurisdicional e por maior eficiência⁴⁰¹ no plano econômico (maximização dos benefícios pessoais)⁴⁰². Considerando essa premissa, o Direito possui uma função coordenativa, e deve promover os estímulos e incentivos processuais à adoção de determinados comportamentos que entenda por mais favoráveis ou que devem ser valorizados negativamente e, conseqüentemente evitados⁴⁰³. A respeito do tema, Rafael Abreu refere que, “em um mundo de necessidades ilimitadas e recursos escassos, o desenho de esquemas de incentivos passa a ser imprescindível [...] para que haja

³⁹⁶ GALDINO, Flavio. Introdução à Análise Econômica do Processo Civil (I) – Os métodos alternativos de solução de controvérsias. **Revista Quaestio Iuris**. v.1. n.1. Rio de Janeiro, 2005. p. 169-201. p.176.

³⁹⁷ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Análise Econômica do Direito e a Concretização dos Direitos Fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 11, n. 11, jan./jun. 2012. p. 316/317.

³⁹⁸ Interessante referir que, segundo o art. 21 da LINDB (Decreto-Lei n. 4.657/42), caberia ao julgador fazer a análise das conseqüências jurídicas e administrativas de suas decisões quando da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, incumbindo a ele a indicação das condições para regularização de modo proporcional e equânime, sem prejuízo aos interesses gerais. Baseando-se nesse dispositivo, caberia ao julgador proteger esses interesses coletivos a partir das condutas praticadas pelos particulares.

³⁹⁹ Todavia, não se desconhece a existência de entendimento em sentido contrário, como, por exemplo, de Rodrigo Fernandes Rebouças que defende que "a AED contratual não pode ter apenas como foco a solução econômica e jurídica, pois tem que buscar equilíbrio com a função social, no sentido de adequar a solução ao que é mais adequado e eficiente sob a ótica econômica para as partes e para a sociedade como fonte de criação e circulação de riquezas" (REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia Privada e a Análise Econômica do Contrato**. São Paulo: Almedina, 2017. p. 111.)

⁴⁰⁰ ROSA, André Luis Cateli; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Resolução e revisão dos contratos de consumo em função da pandemia: perspectivas à luz da análise econômica do direito. **Revista de Direito do Consumidor**. v.132. nov-dez/2020. p. 57-87.

⁴⁰¹ MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 99.

⁴⁰² GALDINO, Flavio. Introdução à Análise Econômica do Processo Civil (I) – Os métodos alternativos de solução de controvérsias. **Revista Quaestio Iuris**. v.1. n.1 Rio de Janeiro, 2005. p. 169-201. p. 186.

⁴⁰³ ABREU, Rafael Sirangelo de. **Incentivos Processuais: economia comportamental e nudges no processo civil**. 1. Ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 42.

uma alocação eficiente dos recursos entre os diversos agentes”⁴⁰⁴, pois os incentivos atuarão como mecanismos que alteram essa estrutura de custos e benefícios⁴⁰⁵.

No caso de negócios jurídicos, em geral, é importante compreendermos que os fatores que influenciarão na realização de um acordo mutuamente benéfico é o custo de litigar, a aversão ao risco e a divergência entre as crenças das partes a respeito do resultado de eventual julgamento. Logo, na realização de acordos processuais, a autorização legal para que as partes convençionem o processo serve como incentivo para que elas busquem redução de custos, mitigação de riscos e maximização do retorno⁴⁰⁶ através da adoção desse instituto.

Entretanto, uma vez que o direito processual possui caráter publicista, é importante destacarmos que as partes de uma negociação não considerarão externalidades negativas e positivas quando decidirem firmar um acordo, exatamente por se objetivar o atendimento a interesses *particulares*. Logo, não são considerados como premissas para celebração de acordos pelas partes (i.) os custos para o sistema de justiça em decorrência de um litígio que busca analisar a (in)validade do acordo ou que o adota para sua consecução; (ii.) o fato de que informações reveladas durante o processo judicial podem ajudar terceiros a evitar ou reduzir riscos futuros, o que apenas será publicizado se houver a judicialização do conflito; e (iii.) que eventual realização de acordo pode não servir ao objetivo processual de induzir as partes a ajustarem suas condutas ao socialmente entendimento como ideal e pretendido pela lei⁴⁰⁷.

Miguel Patrício sinaliza alguns efeitos sociais benéficos que são originados no caso da judicialização de conflitos e que podem ser obstados com a realização de acordos que impedem que o conflito chegue ao Poder Judiciário ou que altere suas regras para fins de atendimento a interesses exclusivamente individuais das partes⁴⁰⁸:

[...] o próprio valor resultante da negociação, embora possa vir a reduzir o valor dos encargos com os outros agentes do processo, pode não ir de encontro às expectativas do Estado quanto à sinalização das consequências negativas da prática de comportamentos ilícitos [...]

⁴⁰⁴ ABREU, Rafael Sirangelo de. **Incentivos Processuais**: economia comportamental e *nudges* no processo civil. 1. Ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 42.

⁴⁰⁵ ABREU, Rafael Sirangelo de. **Incentivos Processuais**: economia comportamental e *nudges* no processo civil. 1. Ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 47.

⁴⁰⁶ FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo Civil e Análise Econômica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 58.

⁴⁰⁷ FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo Civil e Análise Econômica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 54.

⁴⁰⁸ PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise Econômica da Litigância**. Edições Almedina: Coimbra, 2005. p. 51.

Caberá aqui mencionar alguns dos *efeitos sociais benéficos* que podem resultar da prossecução para julgamento: 1) criação jurisprudencial; 2) revelação ou dilucidação de informações socialmente relevantes; 3) estabelecimento de precedente. Facilmente se reconhecerá que, salvo situações excepcionais, estes (e outros...) factores dificilmente serão conjecturados pelas partes.

Logo, caberá ao Poder Judiciário analisar quais os limites da autonomia da vontade para celebração de acordos processuais em consideração a tais externalidades deles decorrentes, visto que o direito de liberdade é muito caro ao ordenamento jurídico brasileiro, mas nem por isso a autonomia privada poderá afastar ou ofender um interesse da coletividade por seu próprio interesse.

Na avaliação da conduta das partes, segundo a doutrina, três aspectos mínimos são ponderados para que um negócio jurídico seja ou não firmado: (i.) o custo da litigância judicial⁴⁰⁹; (ii.) a predisposição das partes a correrem riscos; e (iii.) as informações/crenças divergentes existentes entre elas⁴¹⁰. Há ainda outros fatores que também podem ser incluídos nesse cálculo, como é o caso da relação entre o valor envolvido na disputa, o comportamento estratégico de cada parte⁴¹¹, e a probabilidade efetiva de o resultado final almejado ser alcançado em eventual processo (avaliando-se tal probabilidade de forma imparcial). Ainda que esses sejam aspectos identificados pela doutrina como critérios de avaliação para realização de um acordo (negócio jurídico em sentido material), demonstraremos como essa teoria pode ser igualmente aplicada ao caso das convenções processuais.

Inicialmente, sob a perspectiva das partes, a realização de um acordo dependerá da definição do chamado “preço de reserva”, que será o menor valor que o autor está disposto a aceitar para firmar um acordo e evitar o ajuizamento de uma ação judicial, assim como o maior valor que o réu está disposto a pagar em um acordo

⁴⁰⁹ Por sua maior implicação na análise para tomada de decisão sobre se acordar ou não, focaremos neste trabalho a avaliação dos custos financeiros e de tempo do processo como fatores a serem considerados. Todavia, não se desconhece entendimento doutrinário que indica, como custos associados ao litígio, os custos sociais de administração e de erro, sendo o primeiro os custos da própria manutenção e movimentação do Poder Judiciário e o segundo os custos assumidos pela sociedade quando, no processo judicial, os julgadores cometem erros na aplicação do direito (PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**. Barueri: Atlas, 2022. p. 386).

⁴¹⁰ SPIER, Kathryn E.; PRESCOTT, J.J. A comprehensive theory of civil settlement. **New York University Law Review**. Vol. 91. n.1, 2016. p. 71.

⁴¹¹ FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo Civil e Análise Econômica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 55.

para evitar uma demanda^{412 413}. Sendo o preço de reserva do autor inferior ao preço de reserva do réu, será favorável a realização de um acordo⁴¹⁴ dentro desse intervalo (ou janela) de acordo⁴¹⁵. Por outro ponto de vista, podemos entender que o acordo ocorrerá quando a diferença entre o julgamento esperado pelo autor e pelo réu não superar a soma dos custos de litigância para ambos⁴¹⁶, ou quando as partes identificarem que os custos do processo serão superiores às suas expectativas em relação ao desfecho de um processo judicial⁴¹⁷.

Esse primeiro fator é nomeado de *custo da litigância judicial*, sendo um acordo favorável quando houver a redução dos custos de um eventual processo, ainda que não haja total eliminação dessas taxas⁴¹⁸. A doutrina trata desse custo da litigância judicial como um argumento para incentivar o *full settlement*, ou seja, para estimular a celebração de um acordo resolvendo a disputa inteiramente, porém nada obsta que analisemos o custo da litigância judicial como um argumento para incentivar a adoção de negócios processuais, que seria um *partial settlement*: um acordo envolvendo questões processuais do conflito.

As partes podem, por exemplo, acordar a eliminação de um ato processual que entendam ser muito oneroso e pouco útil à resolução do caso concreto, a fim de que a via judicial se torne mais atrativa, já que os custos de litigar se reduzem⁴¹⁹ pela

⁴¹² FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo Civil e Análise Econômica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 55.

⁴¹³ Para melhor esclarecer o tema, Luiz Fux e Bruno Bordart apresentam o seguinte exemplo: “Suponha-se que as partes em litígio concordam que, caso uma demanda seja ajuizada, o autor possui 50% de chances de obter uma indenização de \$ 100 mil. Os custos de litigar são de \$ 25 mil para o autor e de \$ 10 mil para o réu. Nessa situação, o preço de reserva para o autor será de \$ 25 mil: $R_a = (50\% \times \$ 100.000) - \$ 25.000$. Por sua vez, o preço de reserva [para o réu] será de \$ 60 mil, pois $R_r = (50\% \times \$ 100.000) - \$ 10.000$. Assim, existe uma zona de acordos, pois será benéfico para ambos realizar uma composição consensual por qualquer valor entre \$ 25 mil e \$ 60 mil. Caso as partes possuam poder de barganha idêntico, dividirão pela metade a diferença entre seus preços de reserva, de modo que o valor do acordo será de \$ 42.500. (FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo Civil e Análise Econômica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 56).

⁴¹⁴ No mesmo sentido é o entendimento de Richard Allen Posner, que sustenta que a celebração do acordo ocorre apenas quando a oferta mínima do potencial litigante é inferior à proposta máxima apresentada pela parte adversa (POSNER, Richard Allen. *An economic approach to legal procedure and judicial administration*. **The Journal of Legal Studies**. Chicago, v.2, n.2, jun/1973, p. 417.

⁴¹⁵ WOLKART, Erik Navarro. **Análise Econômica do Processo Civil**: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 346.

⁴¹⁶ FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo Civil e Análise Econômica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 59.

⁴¹⁷ PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise Econômica da Litigância**. Edições Almedina: Coimbra, 2005. p. 46.

⁴¹⁸ SPIER, Kathryn E.; PRESCOTT, J.J. A comprehensive theory of civil settlement. **New York University Law Review**. Vol. 91. n.1, 2016. p. 72.

⁴¹⁹ FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo Civil e Análise Econômica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 58.

alteração na estrutura do processo e na própria estrutura de incentivos⁴²⁰, ensejando consequentemente uma minimização dos riscos originados por uma ação judicial⁴²¹⁴²². Em sentido contrário, caso as partes tenham por objetivo desestimular a judicialização do conflito, privilegiando a realização de um acordo para resolução da lide, é possível que se estabeleça critérios de forma pré-processual para que o montante das custas processuais se aproxime do valor esperado (benefício) que seria originado por um eventual julgamento favorável da demanda, ou que o valor das despesas totais para a propositura da ação seja superior ao das expensas decorrentes da possibilidade de celebração do acordo⁴²³.

Logo, o negócio jurídico processual, nesse âmbito, apresenta-se à semelhança de um contrato (negócio jurídico material), pois será o ambiente para alocação eficiente de recursos, para distribuição de riscos e para a tomada de decisões, a fim de planejar e economizar nos custos de transação⁴²⁴, de acordo com o poder de barganha de cada uma das partes⁴²⁵.

⁴²⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. (trad. Rachel Sztakn). 2.ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 669.

⁴²¹ SPIER, Kathryn E.; PRESCOTT, J.J. A comprehensive theory of civil settlement. **New York University Law Review**. Vol. 91. n.1, 2016. p. 78.

⁴²² Robert Bone destaca que nem sempre a tentativa de redução dos custos da litigância através de negócios processuais efetivamente leva a esse resultado: “A party-made rule that seems to reduce public costs might actually increase those costs. For example, an agreement to limit discovery could increase public costs if the expectation of a less onerous discovery burden and limited access to information reduced the size of the settlement surplus and with it the likelihood of settlement, thereby increasing the risk of trial. Also, by restricting access to information, discovery limits could generate trial or settlement outcomes with a higher-than-optimal error risk, thereby undermining deterrence goals. To be sure, parties will take account of private costs when they negotiate their contract, but there is no reason for them to take account of public costs like these”. Contudo, o autor também refere que o fato de as decisões das partes elastecerem o processo ou o encarecerem já ocorre na prática independentemente de previsão negocial: “Strategic behavior in ordinary litigation already harms third parties in multiple ways. When the existing parties prolong discovery or file summary judgment motions to delay litigation, for example, their choices are likely to impose delay costs on third parties in other suits. When a plaintiff exercises her right not to include others as co-plaintiffs in her suit, the result can adversely affect those not joined by delaying their suits or creating stare decisis effects. The important question therefore is not whether party-chosen rules might harm third parties but instead whether, and by how much, those rules are likely to exacerbate the harmful effects that already exist. [...] The important general point here is that the complexity of intense strategic interaction makes it difficult in many cases to determine whether party rulemaking will increase or reduce public litigation costs relative to the ordinary litigation baseline. One might worry about the added administrative costs when judges have to interpret contracts to determine what procedural rules parties have selected. But administrative costs are already high in the current system, and they might actually decline with party rulemaking.” (BONE, Robert. Party Rulemaking: Making Procedural Rules Through Party Choice. **Texas Law Review**. v. 90. Austin: University of Texas School of Law, 2012. p. 1357, 1372-1375).

⁴²³ GOULART, Bianca Bez. **Análise Econômica do Litígio**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 53.

⁴²⁴ GALVANI, Leonardo. Análise Econômica do Contrato e Eficiência Contratual. **Economic Analysis of Law Review**, v.9, n.2, maio-ago/2018. p. 204.

⁴²⁵ POSNER, Eric; **Análise Econômica do Direito Contratual pós três décadas: sucesso ou fracasso?** (org. Bruno Meyerhof Salama). São Paulo: Saraiva, 2010. p. 18.

Além do custo financeiro, podemos também analisar o custo do tempo do processo como um custo de transação que pode influenciar o índice de autocomposição e a instituição de convenções processuais. Isso porque a demora do processo leva a uma alteração do valor de reserva das partes, pois com o passar do tempo o valor de reserva do autor diminui, enquanto o réu passa a ter a seu dispor a possibilidade de protelar o acordo como expediente para depreciar a quantia a ser paga⁴²⁶. Logo, a urgência das partes em resolver a controvérsia poderá ser o principal motivo para se buscar um acordo, visto que mais célere, enquanto, de outro lado, uma das partes pode possuir alguma vantagem enquanto a controvérsia não é resolvida⁴²⁷. Desse modo, os incentivos processuais objetivados, se não despertados legalmente (ou ao menos não na intensidade desejada pelas partes), podem ser o motivo para celebração da convenção processual.

Nesse caso, novamente, convenções processuais que excluam atos processuais formais que apresentam pouca utilidade no caso concreto podem servir para maior celeridade do processo, havendo tanto uma minimização dos custos individuais quando uma redução dos custos administrativos⁴²⁸.

Outro fator que é considerado para que um negócio jurídico seja firmado é a *predisposição das partes a correrem riscos*, ou seja, à aversão ao risco de cada uma delas. Isso porque partes que possuem maior aversão ao risco geralmente preferem firmar um acordo, garantindo quantia certa e definida, em comparação a uma aposta que pode levar ao mesmo ou superior montante^{429 430}. Esse é exatamente o entendimento defendido por Robert Cooter e Thomas Ulen⁴³¹: “One of the most important behavioral implications of risk aversion is that people will pay money to avoid having to face uncertain outcomes. That is, a risk averse person might prefer a lower

⁴²⁶ FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo Civil e Análise Econômica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 81.

⁴²⁷ FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo Civil e Análise Econômica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 61.

⁴²⁸ Sobre minimização de custos sociais decorrentes do erro e atraso na decisão judicial, veja-se Miguel Patrício, página 120 e seguintes.

⁴²⁹ SPIER, Kathryn E.; PRESCOTT, J.J. A comprehensive theory of civil settlement. **New York University Law Review**. Vol. 91. n.1, 2016. p. 73.

⁴³⁰ Bianca Bez Goulart esclarece essa questão sob a ótica do modelo da escolha racional, segundo o qual “o potencial litigante tende a comparar a quantia financeira oferecida pelo eventual demandado para a celebração de acordo com o valor esperado a partir do êxito obtido no julgamento da ação judicial a ser proposta, selecionando o caminho que lhe proporciona, *a priori*, maiores benefícios econômicos”. (GOULART, Bianca Bez. **Análise Econômica do Litígio**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 62-63).

⁴³¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law & Economics**. 5th. Edition. Boston: The Addison-Wesley, 2008. p. 52.

certain income to a higher uncertain income”.

Na prática, a aversão a risco de ao menos uma das partes aumenta o espectro abrangido na zona de negociação, ou seja, majora o limite máximo e reduz o limite mínimo⁴³² da janela de acordo. Logo, quanto maior a aversão a risco, maior a chance de as partes alcançarem um acordo. Além disso, sendo ao menos uma das partes avessa ao risco, o acordo que reduz o risco originado por uma ação judicial pode ser mutualmente vantajoso porque os benefícios de uma redução do risco serão partilhados entre as partes⁴³³.

Transportando esse entendimento aos negócios jurídicos processuais, podemos entender que a instituição de convenções processuais que limitem o escopo a ser debatido em eventual ação judicial pode levar a uma redução do risco, sendo esse considerado uma incerteza estatisticamente mensurável⁴³⁴. A exemplo, a definição do perito que irá atuar na causa permite que as partes tenham maior conhecimento sobre o futuro resultado da disputa⁴³⁵. Da mesma forma, a distribuição convencional do ônus da prova pode servir como atrativo às partes para reduzir o risco quanto às obrigações originadas por uma ação judicial.

Por terceiro, a *assimetria informativa* entre as partes influenciará muito na realização de acordos entre elas. Essa disparidade de informações decorre, dentre outros fatores, da diferença no acesso das partes às informações necessárias sobre o caso, de modo que o acordo pode ser mutuamente atrativo, pois a diferença entre as crenças de cada parte será repartida⁴³⁶. Esse desequilíbrio é inclusive o que leva à realização de acordos em primeiro lugar, pois, se não estivesse presente, a parte que reconhece seu estado favorável na disputa provavelmente não aceitaria firmar um

⁴³² SHAVELL, Steven; KAPLOW, Louis. **Economic Analysis of Law**. Handbook of Public Economics, Auerbach and Feldstein. 1999. p. 1727.

⁴³³ SPIER, Kathryn E.; PRESCOTT, J.J. A comprehensive theory of civil settlement. **New York University Law Review**. Vol. 91. n.1, 2016. p. 74.

⁴³⁴ GOULART, Bianca Bez. **Análise Econômica do Litígio**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 176.

⁴³⁵ Acerca desse tema, Demetrio Giannakos sustenta que a perícia convencional geraria maior confiança na decisão do juiz, sendo esse um dos benefícios almejados pelos negócios processuais (GIANNAKOS, Demetrio Beck da Silva. *Análise Econômica dos Negócios Jurídicos Processuais*. **Revista de Processo**. v. 278. Abr/2018. p. 497-519).

⁴³⁶ SPIER, Kathryn E.; PRESCOTT, J.J. A comprehensive theory of civil settlement. **New York University Law Review**. Vol. 91. n.1, 2016. p. 75-76.

acordo⁴³⁷, em razão das barreiras para negociação^{438 439 440 441}. Todavia, se houver disparidade muito relevante entre as informações detidas por cada uma das partes, o acordo poderá restar frustrado, pois levará a uma superestimação (ou subestimação) do preço de reserva do adversário⁴⁴².

A implicação da assimetria informativa será relevante para os negócios jurídicos em razão da possibilidade de *partilha* de informações para ponderação de expectativas, de modo a aproximar as posições das partes na negociação⁴⁴³. Devemos considerar que, enquanto a partilha de “má informação” (prejudicial para outros) favorece a realização de acordos, a partilha de “boa informação” (benéfica a outros) fomenta a judicialização dos casos, por elevar o valor estimado⁴⁴⁴. Logo, a partilha das informações no geral, sem a cisão entre “boas e más”, aproxima as posições das partes na negociação. Assim, essa partilha leva a ganhos privados e sociais, esses últimos por conduzirem à celebração de maior número de acordos, evitando-se a judicializações de conflitos, reduzindo custos, e atenuando as

⁴³⁷ PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise Económica da Litigância**. Edições Almedina: Coimbra, 2005. p. 39.

⁴³⁸ PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**. Barueri: Atlas, 2022. p. 387.

⁴³⁹ Há doutrina que inclusive refere que a inclusão da produção antecipada de prova pelo CPC de 2015 teria como um de seus objetivos e benefícios o mútuo conhecimento das partes em relação às provas existentes e à posição do adverso, com a finalidade de eventual transação (COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. *Provocações da Análise Econômica do Processo Civil*. **Revista de Processo**. v. 315. maio/2021. p. 343-375).

⁴⁴⁰ Nesse sentido, cite-se também Flavio Galdino, que refere que os litígios somente existem porque os litigantes possuem informações incompletas. Se todos os litigantes dispusessem sempre de todas as informações necessárias às análises de riscos, custos e benefícios, teriam condições de prever com excelente grau de acerto as soluções dos litígios, de modo a evitá-los. (GALDINO, Flavio. *Introdução à Análise Econômica do Processo Civil (I) – Os métodos alternativos de solução de controvérsias*. **Revista Quaestio Iuris**. v.1. n.1 Rio de Janeiro, 2005. p. 169-201. p. 177)

⁴⁴¹ Steven Shavell possui uma passagem em um de seus artigos em que ele faz a seguinte proposição exatamente a respeito desse tema: “how does the motive of the victim and of the injurer to settle rather than go to trial relate to what is socially best? The answer is that private incentives to settle are inadequate — the amount of trial is socially excessive — if there is asymmetry of information between the parties about trial outcomes.” (SHAVELL, Steven. *The level of litigation: private versus social optimality of suit and of settlement*. **International Review of Law and Economics**. Volume 19, Issue 1, March 1999, p. 99-115).

⁴⁴² FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo Civil e Análise Econômica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 59.

⁴⁴³ PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise Económica da Litigância**. Edições Almedina: Coimbra, 2005. p. 58-59.

⁴⁴⁴ PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise Económica da Litigância**. Edições Almedina: Coimbra, 2005. p. 58-59.

possibilidades de erros judiciais^{445 446 447 448}.

Importante termos em vista que a incompletude informacional típica do ambiente processual também é um fator que acarreta custos de obtenção (tanto temporais quanto financeiros), e que sempre são percebidos pela parte no momento da tomada de decisão de litigar⁴⁴⁹. Flavio Galdino inclusive refere que, “quanto mais custoso e demorado o procedimento para obtenção de uma informação, mais custoso e demorado será o processo como um todo”⁴⁵⁰. Assim, a celebração de convenções processuais que permitam uma maior exposição das informações entre as partes e o juiz ocasionarão benefício tanto às partes individualmente quanto produzirão um benefício social em relação aos custos da litigância e ao tempo de duração processual.

A exemplo, a instituição de cláusula contratual em que se define a distribuição convencional do ônus da prova levará a uma delimitação do objeto da controvérsia. O processo possivelmente seja menos custoso, pois as partes já apresentarão todas suas provas anexas à petição inicial/contestação respectivamente, antecipando-se a fase saneadora do processos, pois previamente definido o objeto da controvérsia e partilhadas as informações. Esses também são os benefícios de se compor no caso após a produção de provas, pois as partes possuem melhor conhecimento acerca dos

⁴⁴⁵ PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise Económica da Litigância**. Edições Almedina: Coimbra, 2005. p. 59.

⁴⁴⁶ Nesse sentido, também refere José Wellington Bezerra da Costa Neto: “acordos se viabilizam quando as distâncias entre as pretensões dos litigantes situam-se em uma *margem razoável*, e a transferência de informações possibilita exatamente que falsas expectativas sejam desfeitas, reduzindo as distâncias entre as pretensões” (COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. Provoações da Análise Econômica do Processo Civil. **Revista de Processo**. v. 315. maio/2021. p. 343-375).

⁴⁴⁷ Uma das razões pelas quais Erik Navarro Wolkart critica a instituição da audiência de conciliação do art. 334 pelo CPC/2015, é porque as partes ainda estarão com grande disparidade de informações. Se a contestação já tivesse sido apresentada, haveria um compartilhamento de informações e as partes teriam expectativas mais próximas para o estabelecimento da janela de acordo (WOLKART, Erik Navarro. **Análise Econômica do Processo Civil**: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 369-370).

⁴⁴⁸ Em relação à criação de incentivos processuais pela lei, é também interessante termos em vista que a existência de uma assimetria de informação entre as partes pode conduzi-las a um acordo em situações nas quais litigar seria socialmente mais benéfico exclusivamente em razão da dificuldade de obtenção de uma prova, o que não é o que a lei busca tutelar (FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo Civil e Análise Econômica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 57). A respeito do desincentivo processual decorrente da dificuldade da obtenção de prova para comprovação do prejuízo e de seunexo causal, Steven Shavell refere que “the harms that they cause will not be in a typical victim’s interest to pursue because the harm is individually small or hard to prove, even though the incidence of the harms could be reduced substantially by modest precautionary expenditures” (SHAVELL, Steven. The level of litigation: private versus social optimality of suit and of settlement. **International Review of Law and Economics**. Volume 19, Issue 1, March 1999, p. 99-115).

⁴⁴⁹ ABREU, Rafael Sirangelo de. **Incentivos Processuais**: economia comportamental e *nudges* no processo civil. 1. Ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 74.

⁴⁵⁰ GALDINO, Flavio. Introdução à Análise Econômica do Processo Civil (I) – Os métodos alternativos de solução de controvérsias. **Revista Quaestio Iuris**. v.1. n.1 Rio de Janeiro, 2005. p. 169-201. p. 179.

efetivos riscos existentes na demanda.

Assim, a instituição de convenções processuais que aproximem as informações detidas pelas partes pode auxiliar em uma prestação jurisdicional mais eficiente, reduzindo os custos de obtenção das informações em posse da contraparte. A celebração de convenções pré-processuais pode igualmente auxiliar nesse objetivo, viabilizando que se defina quais informações as partes possuem a obrigação de divulgar entre elas e quais não⁴⁵¹, o que servirá para redução do risco da relação existente entre elas e para um eventual e futuro processo.

A exemplo, a convenção processual que defina previamente as provas que serão produzidas para esclarecimento de eventual fato pode servir para reduzir a divergência entre as partes a respeito da provável decisão final⁴⁵², aproximando suas posições. Além disso, negócios jurídicos pré-processuais igualmente podem desestimular que determinados ilícitos sejam levados a juízo para resolução da controvérsia, ou então que resultem em um acordo mais eficiente, por desincentivar condutas indesejadas⁴⁵³. Da mesma forma, as convenções processuais podem gerar benefícios sociais pela redução de custos desnecessários, por meio da eliminação de atos processuais inúteis, predefinição dos meios de prova, realização de acordo sobre o procedimento, ou pela adoção de outras formas de redução de custos e de administração da justiça⁴⁵⁴.

Tendo em vista que a incerteza é inerente ao fenômeno processual⁴⁵⁵, e que a característica sequencial da maioria dos espaços de tomada de decisão no processo impõe aos indivíduos a dificuldade de tomarem decisões racionais quando não há conhecimento sobre fatos futuros, os negócios processuais poderão, em tese, auxiliar na mensuração dessa incerteza. Para isso, as convenções poderão instituir alguns parâmetros de igualdade às partes, reduzindo o campo da imprevisibilidade, e, conseqüentemente, alterando o valor líquido estimado do processo judicial. Isso porque as regras procedimentais desempenham papel central na função de incentivo

⁴⁵¹ COOTER, Robert; Ulen. **Law & Economics**. 5th. Edition. Boston: The Addison-Wesley, 2008. p. 208.

⁴⁵² FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo Civil e Análise Econômica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 58.

⁴⁵³ FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo Civil e Análise Econômica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 59.

⁴⁵⁴ FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo Civil e Análise Econômica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 59.

⁴⁵⁵ ABREU, Rafael Sirangelo de. **Incentivos Processuais: economia comportamental e nudges no processo civil**. 1. Ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 74.

ou desincentivo do modelo econômico de litígio⁴⁵⁶, podendo estimular ou desestimular, de forma efetiva, a propositura de ações judiciais.

Por outra perspectiva, a instituição de negócios jurídicos, em geral, pode levar a essa função de ancoragem, para que as partes possuam um ponto de referência específico a partir do qual definirão suas escolhas. Essa ancoragem pode não abranger o *substantive law* (o direito material em si), mas a instituição do negócio processual poderá servir para ancoragem do *procedural law*, reduzindo o campo das incertezas e permitindo uma avaliação de riscos mais precisa e fidedigna.

Além da diferença no acesso das partes às informações necessárias sobre o caso, a assimetria informativa a ser avaliada para realização de acordos também tem origem no viés do autointeresse (*self-serving bias*). Esse viés é gerado por uma tendência humana de interpretar os fatos da forma que melhor atenda aos seus próprios interesses, o que influencia os prognósticos de cada sujeito sobre as suas chances de vitória em juízo^{457 458}. Esse viés é o que geralmente cria o desejo de litigar, de modo que o acordo total sobre o objeto pode não ser atrativo^{459 460}. Isso porque, na prática, isso leva as partes a modificarem seu preço de reserva por uma visão

⁴⁵⁶ COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. Provoações da Análise Econômica do Processo Civil. **Revista de Processo**. v. 315. maio/2021. p. 343-375

⁴⁵⁷ FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo Civil e Análise Econômica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 68.

⁴⁵⁸ A respeito desse viés, Bianca Goulart refere que “a forma egocêntrica de interpretar as informações encontra raízes no viés confirmatório, considerando-se a tendência das pessoas de selecionarem argumentos e fatos que favoreçam suas posições e de superestimarem o valor ou o peso destes elementos em detrimento dos dados sustentados por seus oponentes. [...] Ainda que isso signifique diminuição da probabilidade de ocorrência de erro, seja na decisão tomada, seja na resposta indicada à determinada questão, a dificuldade de a pessoa admitir que pode estar equivocada aumenta proporcionalmente em relação à quantidade de informações que possui”. (GOULART, Bianca Bez. **Análise Econômica do Litígio**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 166-168).

⁴⁵⁹ SPIER, Kathryn E.; PRESCOTT, J.J. A comprehensive theory of civil settlement. **New York University Law Review**. Vol. 91. n.1, 2016. p. 77.

⁴⁶⁰ Acerca desse ponto Robert Cooter e Thomas Ulen esclarecem o seguinte: “Game theory explains why rational bargainers sometimes fail to settle their disputes and end up in trial. Although there are several strands of the argument, the simplest explanation is that trials occur because the parties have different expectations about the value of a trial: the plaintiff expects a large judgment at trial, and the defendant expects a small judgment at trial. In these circumstances, the parties are relatively optimistic. Given relative optimism, the plaintiff demands a large settlement, and the defendant offers a small settlement, so the parties cannot agree on the terms for settling out of court. [...] If the plaintiff’s expected value of the judgment at trial (which is an element in the expected value of the legal claim) exceeds the defendant’s expected value of the judgment at trial (which is an element in the expected cost of liability), we say that the parties are relatively optimistic. Relative optimism about trial makes settlement out of court difficult. [...] The expected value of the legal claim diverges for the parties because of private (or asymmetric) information, which means valuable information (what lawyers call “material information”) possessed by one party and not possessed by the other. When relative optimism initially prevents the parties from settling out of court, they may be able to correct the relative optimism before trial and then settle. In other words, transmitting bad news is good for settlements. (COOTER, Robert; Ulen. **Law & Economics**. 5th. Edition. Boston: The Addison-Wesley, 2008. p. 435-436).

otimista. Logo, o autor aumenta seu preço de reserva, enquanto o réu diminui seu preço de reserva, o que diminui a possibilidade de um acordo entre eles por reduzir a janela de acordo. Sobre esse tema, assim esclarece Miguel Patrício⁴⁶¹:

[...] o julgamento será (sempre) mais provável quando existe uma situação de optimismo de ambas as partes quanto ao valor estimado para a decisão judicial. Contudo, se alguma das partes (ou ambas) subestimar(em) o valor do prejuízo causado ou sobrestimar(em) a probabilidade de aplicação possível de factores atenuantes (ou mesmo ilibatórios), o acordo passa, naturalmente, a ter mais hipóteses de ocorrer.

Relevante é o entendimento de Bianca Bez Goulart ao relacionar esse viés otimista à análise do custo da litigância. A autora refere que a imprevisibilidade das decisões judiciais no Brasil e a adoção da regra inglesa de alocação de custas e despesas processuais (ou seja, a regra de que a parte perdedora deve suportar os custos da parte vencedora) serve como fomento ao campo de atuação do viés otimista, em razão dessa ausência ou insuficiência de previsão quanto ao provimento jurisdicional⁴⁶². Assim comenta⁴⁶³:

Se o potencial litigante, dentro de um cenário de imprevisibilidade quanto à prestação jurisdicional, tende a ser otimista quanto à sua probabilidade de êxito, a possibilidade de escapar do pagamento das custas e das despesas processuais no fim do processo fomenta essa percepção. Ou seja, dificilmente o potencial litigante, inflado pela expectativa otimista de sair vitorioso ao final da ação judicial, preocupar-se-á com eventuais e futuras despesas a serem pagas ao eventual demandado na hipótese de um julgamento desfavorável.

Especificamente no que se refere aos negócios jurídicos processuais, isso será relevante por refutar a importância dada ao fator dos *custos da litigância judicial* para avaliação quanto à propositura ou não de uma ação judicial. Permanece a incógnita, nesse momento, sobre a real eficiência de se convencionar alteração em relação à regra legal de distribuição e de geração de despesas processuais para fins de incentivo/desincentivo à propositura de uma ação judicial ou de sua manutenção, em consideração a esse viés otimista.

Assim como o viés do autointeresse afeta a previsibilidade do resultado da prestação jurisdicional, o mesmo ocorre em relação à uniformidade da jurisprudência. Isso porque, não havendo unanimidade ou previsibilidade a respeito do entendimento dos Tribunais acerca de determinados temas – tanto no que se refere a direito material quanto acerca do próprio tema das convenções processuais – a tomada de decisão

⁴⁶¹ PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise Económica da Litigância**. Edições Almedina: Coimbra, 2005. p. 58.

⁴⁶² GOULART, Bianca Bez. **Análise Econômica do Litígio**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 187.

⁴⁶³ GOULART, Bianca Bez. **Análise Econômica do Litígio**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 187.

das partes se dará em um cenário de incerteza, o que reforça a assimetria informacional e afeta o risco do negócio, em razão da imensurabilidade desse e da imprevisibilidade do resultado.

Como anteriormente referido, a própria previsão legal do art. 190, do CPC, traz insegurança jurídica quanto aos critérios e requisitos a serem observados para celebração dos negócios jurídicos processuais, e a ausência de entendimento jurisprudencial consolidado sobre a matéria reforça essa incerteza. Apesar de as normas jurídicas serem consideradas instituições, sob o ponto de vista econômico, e como regras deverem ser estáveis para fins de redução das incertezas e dos custos de transação⁴⁶⁴, essa estabilidade ainda não foi alcançada no tema das convenções processuais. O papel das instituições na busca pela diminuição dos custos de transação se relaciona à disponibilização de informação que reduza a assimetria informativa a um ponto tolerável, garantindo segurança⁴⁶⁵, porém essa assimetria persiste e impossibilita que o risco seja efetivamente gerenciado pela adoção do instituto dos negócios processuais.

Uma vez que não há clareza quanto aos exatos limites ou parâmetros que deverão restringir ou nortear as convenções processuais, a insegurança exerce um papel dissuasivo na concretização e utilização do instituto⁴⁶⁶. Não se tem certeza sobre os critérios a serem adotados para avaliação da licitude do objeto do negócio, de modo que a análise de previsibilidade é obstada por se desconhecer se a convenção processual será ou não chancelada pelo Judiciário no momento em que judicializado o debate sobre sua validade. Ainda que os negócios processuais possam efetivamente servir como critérios dissuasórios para desincentivo de determinadas condutas, de modo que podem conferir benefícios às partes para adequada prestação jurisdicional, a análise de custos e benefícios ligada à adoção de convenções processuais é impactada por essa insegurança.

Para alocação de recursos, os agentes econômicos analisarão a previsibilidade de seus atos e as consequências que serão/poderão deles decorrerem. Todavia, no caso das convenções processuais, se não houver segurança em patamar mínimo,

⁴⁶⁴ BRANDELLI, Leonardo. A eficiência econômica como instrumento de racionalidade no Direito. **Revista dos Tribunais**. v. 913. nov/2011. p. 137-173.

⁴⁶⁵ BRANDELLI, Leonardo. A eficiência econômica como instrumento de racionalidade no Direito. **Revista dos Tribunais**. v. 913. nov/2011. p. 137-173.

⁴⁶⁶ OSNA, Gustavo. "Contratualizando o Processo": Três Notas sobre os Negócios Jurídicos Processuais (e seu possível "fracasso"). **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro. Ano 14. Volume 21. Número 2. Maio-ago/2020. p. 174.

garantida por instituições eficientes, ou *enforcement* adequado que permita a confiança dos agentes, esses agentes deixarão de alocar seus recursos em determinados ativos⁴⁶⁷, ou o farão em consideração a outros fatores excepcionais e não passíveis de generalização. Em relação aos negócios processuais, o que se conclui atualmente é que não há a segurança necessária para que as partes possam “apostar suas fichas” em convenção que poderá ou não ser invalidada judicialmente, o que implica em considerável redução da utilização desse instituto.

Mesmo que a criação dos negócios processuais possa ter por objetivo sua adoção como instrumento de gestão de risco processual – reduzindo as incertezas e servindo como ferramenta para que as partes possam ter maior previsibilidade sobre o resultado e os custos do litígio⁴⁶⁸ –, para que atinjam essa finalidade, os agentes precisam de regras claras e que, ao serem aplicadas, levem a decisões de maneira eficiente⁴⁶⁹, o que inexistente no momento.

Assim, na teoria, a convenção processual poderá ser utilizada como instrumento de gestão de risco quando essa for uma estratégia dominante, ou seja, quando os resultados obtidos com sua utilização forem melhores se comparados aos resultados obtidos com outra estratégia⁴⁷⁰. Especialmente considerando o cenário global de que muitos negócios processuais não são submetidos à avaliação judicial⁴⁷¹, sendo aplicados, os acordos produzirão todos seus efeitos. Entretanto, contraditória e coincidentemente, imprescindível que se considere os riscos de a própria técnica de gestão de risco ser considerada como inválida se levada a debate em âmbito judicial.

⁴⁶⁷ BRANDELLI, Leonardo. A eficiência econômica como instrumento de racionalidade no Direito. **Revista dos Tribunais**. v. 913. nov/2011. p. 137-173.

⁴⁶⁸ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. p. 239-240.

⁴⁶⁹ BRANDELLI, Leonardo. A eficiência econômica como instrumento de racionalidade no Direito. **Revista dos Tribunais**. v. 913. nov/2011. p. 137-173.

⁴⁷⁰ VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; GARCIA, Manuel Enriquez. **Fundamentos de economia**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 109.

⁴⁷¹ DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 172.

CONCLUSÃO

O direito de ação previsto constitucional garante tanto o direito de acesso ao Poder Judiciário para solução de controvérsias, quanto também é um direito à tutela jurisdicional adequada. A atividade jurisdicional possui como dever a promoção de tutela efetiva, tempestiva e adequada aos sujeitos que submetem seu conflito à apreciação e que objetivam sua solução. Para garantir o cumprimento dessa obrigação, é necessária a adoção de técnicas processuais idôneas à proteção do direito material, visto que o devido processo legal representa, em um Estado Democrático de Direito, o direito a um procedimento adequado, e não necessariamente exige a observância estrita do procedimento “padrão” estabelecido em lei.

A concepção de direito a um processo justo como direito fundamental também garante a participação das partes na construção e na adequação do procedimento judicial, sempre que necessária a adaptação para adequada tutela do direito material. Essa conclusão é alcançada especialmente pelo reconhecimento de que o processo, ainda que de viés publicista, se apresenta como um espaço de exercício de autonomia privada, o que muito influencia o novo modelo processual que confere maior liberdade aos sujeitos para regulação de seus interesses.

Em consonância à essa evolução do direito processual que leva à criação de um modelo cooperativo de processo, a legislação brasileira buscou estabelecer maior equilíbrio entre os sujeitos processuais, prestigiando a autonomia e a liberdade das partes. Nesse cenário, ganha força o tema dos negócios jurídicos processuais, que se manifestam como medida de flexibilização e de adequação procedimental, com a finalidade de conferir maior eficiência ao processo e de viabilizar a adequação das regras processuais ao caso concreto. A partir de 2015, com a inclusão da cláusula aberta de negociação processual, questiona-se se os negócios jurídicos processuais efetivamente são capazes de garantir eficiência processual sem que haja a limitação da previsão taxativa em lei.

O art. 190, do CPC, traz requisitos de validade bastante amplos, em um reconhecimento de que o legislador não poderia prever antecipadamente todas as hipóteses de aplicação dos negócios processuais. Por outro lado, justamente sua “abertura” leva a distintas possibilidades de interpretação – e conseqüentemente de indefinições – quanto aos limites objetivos para validade do instituto.

Atualmente, a doutrina não possui qualquer uniformidade na definição das balizas dos negócios processuais, e mesmo suas propostas para estabelecimento de limites não encontram consonância à prática processual, visto que não são absolutos nem mesmo os critérios de proteção a normas de interesse público, a normas cogentes e a garantias fundamentais. Essa incerteza evidentemente serve como desincentivo à utilização dos negócios processuais em razão de sua insegurança jurídica.

Além da indefinição doutrinária, não existem, no momento, dados jurisprudenciais suficientes a respeito da adoção prática dos negócios processuais, pois poucos são submetidos à apreciação judicial, e menos ainda têm sua validade efetivamente discutida pelo Poder Judiciário. Logo, a insegurança jurídica também decorre de uma lacuna expressiva quanto à interpretação judicial para definição de critérios balizadores dos negócios processuais, novamente colocando em debate à eficiência das convenções em suas pretendidas funções, como era o caso da utilização dos negócios processuais como instrumento de gestão de risco.

Alguns parâmetros propostos pela análise econômica do processo permitem uma avaliação comparativa em relação à adoção de negócios jurídicos de direito material e os negócios jurídicos processuais, que serve à análise da eficiência desses últimos. Entretanto, os critérios de avaliação quanto a custos da litigância, à aversão a risco e à assimetria informacional ratificam que justamente a insegurança jurídica quanto aos requisitos mínimos de validade dos negócios processuais torna o instituto frágil e, até o momento, ineficiente para gestão de risco.

Ainda que as convenções processuais pudessem e pretendessem servir como instrumento de racionalidade e de eficiência para alcance de tutela jurisdicional adequada e efetiva, até que se conquiste uma maior previsibilidade quanto aos limites do objeto de negociação processual para definição de seus pressupostos de validade, não há como se adotar os negócios processuais como eficiente instrumento de gestão de risco processual. Somente após uma definição assertiva e objetiva a respeito dos requisitos de validade e de seus critérios de interpretação, os negócios processuais poderão servir para conferência de maior previsibilidade aos resultados do processo, e para redução das incertezas como eficiente instrumento econômico.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Rafael Sirangelo de. “Customização processual compartilhada”: O sistema de adaptabilidade do novo CPC. **Revista de Processo**. v.257/2016. Jul/2016. p.51-76.
- ABREU, Rafael Sirangelo de. A Igualdade e os Negócios Processuais. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- ABREU, Rafael Sirangelo de. **Incentivos Processuais**: economia comportamental e *nudges* no processo civil. 1. Ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.
- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo**: das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2014.
- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no novo CPC. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.
- ALVES, Tatiana Machado. **Gerenciamento Processual no Novo CPC/2015**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.
- ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios Jurídicos Materiais e Processuais – Existência, Validade e Eficácia – Campo-Invariável e Campos-Dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.
- AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.
- AZEVEDO, André Gomma de. Teoria do Conflito. *In*: **Manual de negociação, conciliação, mediação e arbitragem** (org. João José Custódio da Silveira). Belo Horizonte: Letramento, 2018.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. *In*: MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 91-98.
- BONE, Robert. Party Rulemaking: Making Procedural Rules Through Party Choice. **Texas Law Review**. v. 90. Austin: University of Texas School of Law, 2012.
- BRAGA, Julia Tavares. Arbitragem e Direito do Trabalho, 12 jul. 2021. 1 vídeo (29min45s). [Live]. Disponível em: <https://youtu.be/wfSNZaf2bT8> Acesso em: 12 jul. 2021.

BRANDELLI, Leonardo. A eficiência econômica como instrumento de racionalidade no Direito. **Revista dos Tribunais**. v. 913. nov/2011. p. 137-173.

BRASIL. Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial.

BRASIL. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1-pl.html>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.738.656-RJ**. Relatora: Nancy Andrichi (3ª Turma). Brasília, 05 dez. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 100002105825.08.001**. Relator Fernando Lins (20ª Câmara Cível). Belo Horizonte, 18 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Agravo de Instrumento nº 22057-60.82.2018.8.26.0000**. Relator: Sérgio Shimura (2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial). São Paulo, 07 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Agravo de Instrumento nº 0086637-51.2020.8.19.0000**. Relatora: Lucia Helena do Passo (27ª Câmara Cível). Rio de Janeiro, 23 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 00156100-50.2009.5.02.0013**. Relator Ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos (4ª Turma). Brasília, 30 nov. 2018.

BUENO, Cassio Scarpinella Bueno. **Manual de direito processual civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. A Resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as Convenções Processuais. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Convenções em Matéria Processual. **Revista de Processo**. v. 241/2015. p. 489-516. Mar/2015.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Limites da Liberdade Processual**. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

CADIET, Loïc. La Qualification Juridique Des Accords Processuels. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

CADIET, Loïc. La tendance a la contractulisation de la justice et du procès. **Revista de Processo**. v.261/2016. p. 116-137. Nov./2016.

CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès em droit français sur la contractualisation du règlement des litiges. **Revista de Processo**. v.160/2008. p. 61-82. Jun./2008.

CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales em derecho francés: situación actual de la contractualización del processo y de la justicia em Francia. **Civil Procedure Review**. v.3. n.3. ago-dez, 2012.

CAPONI, Remo. Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CERQUEIRA, Táris Silva de. A Nova Face do Procedimento Comum do Novo Código de Processo Civil Diante dos Procedimentos Especiais: Uma proposta de interpretação do art. 327, § 2º, em combinação com o art. 1.049, parágrafo único, ambos do CPC. **Revista de Processo**. v. 273/2017. p. 95-145. Nov/2017.

CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. Fazenda Pública e Negócios Jurídicos Processuais no Novo CPC: Pontos de Partida para o Estudo. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

COOTER, Robert; Ulen. **Law & Economics**. 5th. Edition. Boston: The Addison-Wesley, 2008.

CORDEIRO, Adriano C. **Negócios jurídicos processuais no novo CPC**: das consequências do seu descumprimento. Curitiba: Juruá, 2017.

COSTA NETO, José Wellington Bezerra da. Provoações da Análise Econômica do Processo Civil. **Revista de Processo**. v. 315. maio/2021. p. 343-375.

COSTA, Marília Siqueira da. **Convenções Processuais sobre Intervenção de Terceiros**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Calendário Processual: negócio típico previsto no art. 191 do CPC. **Negócios Processuais** (coord. Ana Marcato, Beatriz Galindo, Gisele Fernandes Góes, Paula Sarno Braga, Ricardo Aprigliano e Rita Dias Nolasco). Coletâneas Mulheres no Processo Civil Brasileiro. v.1. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

DIDIER JR, Fredie. Negócios Jurídicos Processuais Atípicos no CPC-2015. *In*: DIDIER JR., Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

DIDIER JR, Fredie; LIPIANI, Julia. Negócios Jurídicos em Contratos Empresariais. DIDIER JR., Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie. Apontamentos para a concretização do princípio da eficiência do processo. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, n. 52, jan./fev. 2013.

DIDIER JR., Fredie. Cláusulas Gerais Processuais. **Revista de Processo**. v. 187. Set./2010. p. 69-83.

DIDIER JR., Fredie. Notas sobre a Garantia Constitucional do Acesso à Justiça: o princípio do direito de ação ou da inafastabilidade do poder judiciário. **Revista de Processo**. v. 108. Out-dez/2002. p. 23-31.

DIDIER JR., Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. **Revista de Processo**. v. 127. set./2005.

DIDIER JR., Fredie. Princípio do Respeito ao Autorregramento da Vontade no Processo Civil. *In*: DIDIER JR., Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

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

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

DOURADO, Sabrina. Negócios Processuais na Esfera Recursal. **Negócios Processuais** (coord. Ana Marcato, Beatriz Galindo, Gisele Fernandes Góes, Paula Sarno Braga, Ricardo Aprigliano e Rita Dias Nolasco). Coletâneas Mulheres no Processo Civil Brasileiro. v.1. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

EXPÓSITO, Gabriela. Natureza Negocial dos Provimentos Judiciais. **Negócios Processuais** (coord. Ana Marcato, Beatriz Galindo, Gisele Fernandes Góes, Paula Sarno Braga, Ricardo Aprigliano e Rita Dias Nolasco). Coletâneas Mulheres no Processo Civil Brasileiro. v.1. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

FACÓ, Juliane Dias. A aplicação do art. 190 do CPC/2015 ao Processo do Trabalho. **Negócios Processuais** (coord. Ana Marcato, Beatriz Galindo, Gisele Fernandes Góes, Paula Sarno Braga, Ricardo Aprigliano e Rita Dias Nolasco). Coletâneas Mulheres no Processo Civil Brasileiro. v.1. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios processuais no modelo constitucional de processo**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

FARIA, Marcela Kohlbach de. Licitude do Objeto das Convenções Processuais. **Negócios Processuais** (coord. Ana Marcato, Beatriz Galindo, Gisele Fernandes Góes, Paula Sarno Braga, Ricardo Aprigliano e Rita Dias Nolasco). Coletâneas Mulheres no Processo Civil Brasileiro. v.1. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. **Processo Civil e Análise Econômica**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade Procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. 2007. 285 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

GAJARDONI; Fernando da Fonseca; ZUFELATO, Camilo. Flexibilização e Combinação de Procedimentos no Sistema Processual Civil Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, ano 14, vol. 21, n. 3. Set-dez/2020.

GALDINO, Flavio. Introdução à Análise Econômica do Processo Civil (I) – Os métodos alternativos de solução de controvérsias. **Revista Quaestio Iuris**. v.1. n.1 Rio de Janeiro, 2005. p. 169-201.

GALVANI, Leonardo. Análise Econômica do Contrato e Eficiência Contratual. **Economic Analysis of Law Review**, v.9, n.2, maio-ago/2018.

GIANNAKOS, Demetrio Beck da Silva. Análise Econômica dos Negócios Jurídicos Processuais. **Revista de Processo**. v. 278. Abr/2018. p. 497-519.

GODINHO, Robson Renault. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

GÓES, Gisele Fernandes. Distribuição Convencional do Ônus da Prova. **Negócios Processuais** (coord. Ana Marcato, Beatriz Galindo, Gisele Fernandes Góes, Paula Sarno Braga, Ricardo Aprigliano e Rita Dias Nolasco). Coletâneas Mulheres no Processo Civil Brasileiro. v.1. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

GOULART, Bianca Bez. **Análise Econômica do Litígio**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. 1.ed. Out/Dez 2007.

JAKOBI, Karin Bergit; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. **A Análise Econômica do Direito e a Regulação do Mercado de Capitais** (livro digital). São Paulo: Atlas, 2014.

JOBIM, Marco Félix. **Cultura, escolas e fases metodológicas do processo**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

KNIGGE, Marte; KRANS, Bart. Contracts and Procedural Law: some remarks on dutch law. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**, I. Tradução e notas Candido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1984.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. (trad. Rachel Sztakn). 2.ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARCATO, Antonio Carlos. **Procedimentos Especiais**. 17.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MARCIANO, Alain; HARNAY, Shopie. Posner, Economics and the Law: from Law and Economics to an Economic Analysis of Law. **Journal of the History of Economic Thought**. v.31, n.2, Jun-2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos**. 6. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil: teoria do processo civil**. v.1. 6.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. 4. Ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MENEZES, Valquiria Maria Novaes. **Negócios Processuais** (coord. Ana Marcato, Beatriz Galindo, Gisele Fernandes Góes, Paula Sarno Braga, Ricardo Aprigliano e Rita Dias Nolasco). Coletâneas Mulheres no Processo Civil Brasileiro. v.1. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

MITIDIERO, Daniel. A colaboração como modelo e como princípio no processo civil. **Revista de Processo Comparado**. v. 2/2015. Jul-dez/2015. p. 83-97.

MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado Constitucional. **Revista de Processo**. v.229/2014. p. 51-74. Mar./2014.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil: do modelo ao princípio**. 4.ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. **Revista de Processo**. v.183/2010. p. 165-194.

MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios processuais e a desjudicialização da produção da prova: Análise Econômica e Jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 8.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 3. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil**. v.1. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

OSNA, Gustavo. “Contratualizando o Processo”: Três Notas sobre os Negócios Jurídicos Processuais (e seu possível “fracasso”). **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Rio de Janeiro. Ano 14. Volume 21. Número 2. Maio-ago/2020

OSNA, Gustavo. **Processo Civil, Cultura e Proporcionalidade: análise crítica da teoria processual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; FAYAD, Anelize Klotz. Relations between arbitration and economic analysis of law. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 58.

Jul-set/2018. p. 287-310.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PASSOS, J. J., Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, III. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PATRÍCIO, Miguel Carlos Teixeira. **Análise Económica da Litigância**. Edições Almedina: Coimbra, 2005.

PIGNANELI, Guilherme. **Análise Econômica da Litigância**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2019.

PONTE, Marcelo Dias; ROMÃO, Pablo Freire. Negócio Jurídico Processual e Flexibilização do Procedimento: as influências da autonomia privada no paradigma publicista do direito processual civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. v.16. Jul.-Dez/2015.

PORTO, Antônio Maristrello; GAROUPA, Nuno. **Curso de Análise Econômica do Direito**. Barueri: Atlas, 2022.

POSNER, Eric. **Análise Econômica do Direito Contratual pós três décadas: sucesso ou fracasso?** (org. Bruno Meyerhof Salama). São Paulo: Saraiva, 2010.

POSNER, Richard Allen. An economic approach to legal procedure and judicial administration. **The Journal of Legal Studies**. Chicago, v.2, n.2, jun/1973.

RAATZ, Igor. **Autonomia Privada e Processo: liberdade, negócios jurídicos processuais e flexibilização procedimental**. 2.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Autonomia Privada e a Análise Econômica do Contrato**. São Paulo: Almedina, 2017.

REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

REDONDO, Bruno Garcia. **Flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes no Direito Processual Civil Brasileiro**. Dissertação de Mestrado. São Paulo: PUC-SP, 2013.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios Processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/73 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. *In*: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. Análise Econômica do Direito e a Concretização dos Direitos Fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, Curitiba, v. 11, n. 11, jan./jun. 2012.

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

RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. Princípio da Eficiência Processual e o Direito à Boa Jurisdição. **Revista de Processo**. v. 275. Jan/2018. p. 89-117.

ROSA, André Luis Cateli; FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Resolução e revisão dos contratos de consumo em função da pandemia: perspectivas à luz da análise econômica do direito. **Revista de Direito do Consumidor**. v.132. nov-dez/2020. p. 57-87.

SANTOS, Roberto Bley. Renúncia a Direitos Fundamentais por meio de Negócio Processual. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro. Ano 13. Volume 20. Número 3. Set-Dez/2019.

SANTOS, Tatiana Simões. Negócios Processuais envolvendo a Fazenda Pública. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

SHAVELL, Steven. Risk Aversion and the Desirability of Attenuated Legal Change, **American Law and Economics Review**, Volume 16, Issue 2, 2014, p. 366–402.

SHAVELL, Steven. The level of litigation: private versus social optimality of suit and of settlement. **International Review of Law and Economics**. Volume 19, Issue 1, March 1999, p. 99-115.

SHAVELL, Steven; KAPLOW, Louis. **Economic Analysis of Law**. Handbook of Public Economics, Auerbach and Feldstein. 1999.

SILVA, Beclaute Oliveira. Verdade com objeto do negócio jurídico processual. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.) **Negócios Processuais**. 3.ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

SILVA, Paula Costa e. **Acto e processo**: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**. v. 4. 2006.

SOARES, Lara Rafaelle Pinho. A vulnerabilidade na negociação processual atípica. **Negócios Processuais** (coord. Ana Marcato, Beatriz Galindo, Gisele Fernandes Góes, Paula Sarno Braga, Ricardo Aprigliano e Rita Dias Nolasco). Coletâneas Mulheres no Processo Civil Brasileiro. v.1. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

SPIER, Kathryn E.; PRESCOTT, J.J. A comprehensive theory of civil settlement. **New York University Law Review**. Vol. 91. n.1, 2016.

TARTUCE, Fernanda. Vulnerabilidade como Critério Legítimo de Desequiparação no Processo Civil. 2011. 384 f. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

VASCONCELLOS, Marco Antonio Sandoval de; GARCIA, Manuel Enriquez. **Fundamentos de economia**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Abuso do Procedimento Especial. **Revista de Processo**. v. 204. Fev./2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. O modelo processual cooperativo e a flexibilização procedimental. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. Ano 11. v.18. n.3. Set.-Dez/2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. Os negócios processuais atípicos e as “Convenções das partes sobre matéria processual” – homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. **I Grande Seminário de Direito Processual Civil do IAB**. Disponível em: <https://digital.iabnacional.org.br/wp-content/uploads/2018/09/negocios-processuais.pdf>. Acesso em 26 maio 2021.

WOLKART, Erik Navarro. **Análise Econômica do Processo Civil**: como a economia, o direito e a psicologia podem vencer a tragédia da justiça. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ZANETTI, Pedro Ivo Gil. **Revisão Contratual e Negócios Processuais**. São Paulo: Almedina, 2019.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria Acadêmica
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: proacad@pucrs.br
Site: www.pucrs.br/proacad