

**A CONTRIBUIÇÃO DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS PARA A
TRANSFORMAÇÃO DA CULTURA DO LITÍGIO E AS DIRETRIZES GERAIS
DE INTERPRETAÇÃO E CONTROLE¹**

***THE CONTRIBUTION OF THE PROCEDURAL CONTRACTS FOR THE
TRANSFORMATION OF THE LITIGATION CULTURE AND THE GENERAL
PRINCIPLES OF INTERPRETATION AND CONTROL***

Anderson de Paiva Gabriel

Doutorando e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Juiz Substituto do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, aprovado em 1º lugar no XLVII Concurso. Anteriormente, atuou como Delegado de Polícia do Estado do Rio de Janeiro (2010-2017) e como Delegado de Polícia do Estado de Santa Catarina (2009-2010). Possui graduação em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2008), especialização em Direito Público e Privado pelo Instituto Superior do Ministério Público (2010), especialização em Direito Constitucional pela Universidade Estácio de Sá (2010) e especialização em Gestão em Segurança Pública pela Universidade do Sul de Santa Catarina (2011). Professor de Direito Processual Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Integrante do Fórum Nacional de Juízes Criminais (FONAJUC). E-mail: andersonpaivag@yahoo.com.br

¹ Artigo recebido em 04/02/2018 e aprovado em 21/11/2018.

Ludmilla Camacho Duarte Vidal

Doutoranda e Mestre em Direito Processual pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora de Direito Processual Civil da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Graduada em Direito e Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Advogada. Pesquisadora Visitante da Universidade de Paris 1 Panthéon-Sorbonne. E-mail: ludmilladv@gmail.com

RESUMO: O objetivo deste artigo é realizar uma análise, sob as premissas da moderna ciência processual e à luz da Constituição Federal de 1988 e do Código de Processo Civil/2015, do instituto das convenções processuais como um dos resultados mais evidentes da conquista de um modelo de processo orientado pela cooperação e pela ética, que pode contribuir para o desenvolvimento de novas técnicas e métodos empreendidos na pacificação dos conflitos, levando a transformação da cultura do litígio.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Processo. Código de Processo Civil/2015. Convenções Processuais. Consensualidade.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze, under the premises of modern procedural science and the Federal Constitution of 1988 and the Code of Civil Procedure/2015, the institute of procedural contracts as one of the most evident results of the achievement of a model of process guided by cooperation and ethics, which can contribute to the development of new techniques and methods undertaken in the pacification of conflicts, leading to the transformation of the culture of litigation.

KEYWORDS: Law. Procedure. Code of Civil Procedure/2015. Process. Procedural Contracts. Consensuality

SUMÁRIO: 1. Breves considerações iniciais. 2. Convenções processuais como técnica consensual e convencional sob o paradigma do processo civil contemporâneo. 3. A adaptação processual por iniciativa das partes a partir da celebração de convenções processuais. 4. Diretrizes gerais de interpretação e controle 4.1 *In dubio pro libertate*: harmonização do princípio dispositivo e princípio do debate para a influência no processo. A prioridade da norma de base convencional. 4.2 Contraditório-influência. 4.3 Igualdade: para além da paridade de armas e a importância da atividade jurisprudencial na consolidação de padrões decisórios. 4.4 Boa-fé e cooperação processual: previsibilidade, clareza e certeza do conteúdo convencional e dos efeitos produzidos. 4.5 Respeito à coerência e ao fluxo sistêmico: o microsistema de negociação processual e a interpenetração simbiótica de convenções processuais típicas e atípicas. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Considerações iniciais

O tema das convenções processuais está na pauta do dia. Podemos enxergar nesse cenário de esperanças, conquistas e também de incertezas que acompanham o início da vigência do Código de Processo Civil de 2015, diferentes visões em relação à prática dos negócios jurídicos processuais. Possíveis opiniões extremadas são reveladas e pré-compreensões externadas: seria um mecanismo de privatização do processo?

Em verdade, esse não coincide com o ângulo de análise adequado para a compreensão do tema, pelo contrário. O instituto das convenções processuais perfaz um dos resultados mais evidentes da conquista de um modelo de processo orientado pela cooperação e pela ética, que se diferencia por completo de qualquer regresso à concepção individualista do sistema processual.²

Uma das contribuições mais notáveis sobre a ampliação do espectro de possibilidades das convenções processuais em relação ao código anterior, o qual já

² CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Numero speciale: accordi di parti e processo*. Milano: Giuffrè, 2008; HÉRON, Jacques; LE BARS, Thierry. *Droit judiciaire privé*. 6.ed. Paris: Montchrestien, 2015; CAPONI, Remo. Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Numero speciale: accordi di parte e processo*. Milano: Giuffrè, 2008.

albergava em seu artigo 158 uma cláusula aberta de negociação processual para além das hipóteses típicas espalhadas ao longo do diploma,³ consiste justamente na promoção do acesso à Justiça mediante a criação de um novo caminho de resolução de conflitos. Ao partirem de uma técnica de negociação processual respaldada na *consensualidade*, ainda que o objeto do acordo das partes não coincida com o direito material discutido, mas com o modo de resolvê-lo em um processo pendente ou potencial, a convenção processual instaura aquilo que denominamos de *terceira via integrativa*.

Não se trata da instauração da arbitragem, porquanto inserta no ambiente do poder judiciário, em contrapartida, se diferencia do procedimento padronizado pela lei, sendo essa alteração realizada mediante a manifestação de vontade das partes, as quais ostentam a aptidão para consentir e conformar o conteúdo e os efeitos dos atos processuais.⁴ Trata-se, indubitavelmente, de uma *nova perspectiva de litigância*.⁵ Nela, são realizadas possíveis

³ O conteúdo normativo veiculado pelo artigo 158 do Código de 1973 - e reproduzido no artigo 200 do Código de 2015 - previa a possibilidade de disposição sobre direitos processuais mediante a fixação de declarações - bilaterais ou unilaterais - de vontade, sem a necessidade de homologação judicial. Além disso, facilmente se aponta a existência de convenções processuais típicas na legislação de 1973, dentre elas: distribuição do ônus da prova (artigo 333, parágrafo único); cláusula de eleição do foro competente (artigo 111); suspensão convencional do processo (artigo 265, inciso II); adiamento da audiência (artigo 453, inciso I); escolha do arbitramento para a liquidação da sentença (artigo 606, I, *in fine*) etc. Em 1984, José Carlos Barbosa Moreira publicou um dos primeiros estudos sobre as convenções processuais em solo brasileiro e, logo de início, expôs a escassez de trabalhos relacionados ao tema, nas seguintes palavras: “entre os assuntos que no Brasil aguardam o interesse dos estudiosos figura sem dúvida o das convenções celebradas pelas partes sobre matéria processual. Ao contrário do que ocorre noutros países – sobretudo na Alemanha –, não só inexistem aqui trabalhos monográficos a tal respeito, mas também se mostra escassa a atenção que lhe dedicam os expositores do nosso ordenamento e os comentadores do Código de Processo Civil”. Nesse estudo, o insigne processualista reconhecia a existência de uma cláusula aberta de negociação processual inserida no artigo 158 do CPC/1973. Convenções das partes sobre matéria processual, In: *Temas de Direito Processual*, 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984, p.91. Cândido Rangel Dinamarco, que sempre se manifestou contrariamente aos negócios jurídicos processuais em razão da irrelevância da vontade das partes para disciplinar os atos processuais, além de não compreender o artigo 158 enquanto permissivo geral, alterou recentemente o seu posicionamento e assim justificou a nova visão: “[...] vínhamos de um regime em que se impunha com extremo rigor a estrita *legalidade* na definição dos procedimentos e das situações ativas e passivas integrantes da relação jurídica processual, os quais não podiam ser livremente escolhidos pelas partes nem alterados por atos de vontade destas ainda quando de acordo”. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol. I. 8. ed, São Paulo: Malheiros, 2016, p.45.

⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: *Negócios Processuais - Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, Coord. Geral DIDIER JR., Fredie, Coord. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Salvador: Juspodivm, 2015, p.28.

⁵ Antonio do Passo Cabral aponta como uma grande vantagem das convenções processuais a gestão do risco processual frente à incerteza e à imprevisão sobre os rumos do processo, nestes termos: “podendo alterar as regras do processo, as convenções processuais representam uma nova técnica de redução e incerteza e, com isso, os acordos processuais assumem importante função de gestão do risco. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.212. Uma convenção processual atípica interessante sob o aspecto da gestão dos riscos processuais seria o pacto de disponibilização de documentação previamente à propositura da ação, uma espécie da *disclosure* do direito inglês e a correlata *discovery* do direito estadunidense. A diminuição de riscos é apontada como aspecto atrativo dos acordos processuais por Loic Cadiet. *L'économie des*

gestões dos riscos de eventual demanda quando, e principalmente, o acordo processual for prévio à sua instauração.⁶

Trata-se de notável ferramenta de *adaptação processual* pela iniciativa das partes, que, como será visto adiante, podem celebrar convenções processuais no intuito de adequar o procedimento às intercorrências do litígio, hipótese em que é mais comum o ajuste de convenções processuais incidentais, também chamadas de interlocutórias.

Diante do exposto anteriormente, é necessário visualizar sobre esse aspecto que, no tocante à classificação das convenções processuais sob o ponto de vista do momento de sua celebração, elas podem classificadas como prévias (pré-processuais, antecedentes) ou incidentais (concomitantes, interlocutórias).⁷ Estas são realizadas quando há litispêndência – ajustadas, *v.g.*, no escritório do advogado de uma das partes – e aquelas, ao seu turno, se fundamentam na expectativa de que, caso instaurado um litígio sobre determinada situação envolvendo a relação jurídica formada pela negociação, este será regido por um regramento diverso daquele previsto na legislação.

Certamente, o mais propenso é convencionar, em matéria processual, antes da inflamação do conflito de interesses e dos dissabores trazidos pelo desacordo.⁸ Não obstante, nada impede que mesmo em ambiente de dissenso da *res in iudicium deducta*, as partes consintam em disciplinar sobre os atos do procedimento ou a conformação de suas

conventions relatives à la solution des litiges. In : *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, sous la direction de Bruno Deffains*. Paris: Éditions CUJAS, 2000, p.313 *et seq.*

⁶ VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. *Convenções processuais no paradigma do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p.69 *et seq.*

⁷ Loïc Cadiet reconhece que as convenções processuais relativas ao exercício do direito de ação podem ser prévias ou convenções incidentais (simultâneas ao processo). *Les jeux du contrat et du procès: esquisse. Philosophie du droit et droit économique – quel dialogue?* In: *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*. Paris: Frosin-Roche, 1999, p.27.

⁸ Cf. Loïc Cadiet: “*Sans aucun doute, il est plus facile de se mettre d'accord sur la manière de régler le litige à naître que sur le règlement d'un litige né et déjà cristallisé. L'anticipation des parties peut les conduire à envisager carrément une solution extrajudiciaire de leur différend : la convention a alors pour objet d'éviter le procès judiciaire ; elle peut aussi les amener simplement à aménager la solution judiciaire de leur éventuelle querelle.* Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Numero speciale: accordi di parti e processo*. Milano: Giuffrè, 2008, pp.10-11; Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice. Les Principales clauses des contrats conclus entre professionnels. Colloque de l'Institut de Droit des affaires d'Aix-en-Provence: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1990, p.195; Les jeux du contrat et du procès : esquisse. In : *Philosophie du droit et droit économique – quel dialogue? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*. Paris: Frosin-Roche, 1999, p.25. Em posição contrária, reconhecendo que o contexto revelado pelo conflito representa um entrave prático a celebração dos acordos processuais: ONO, Taynara Tiemi. A flexibilização procedimental: uma comparação entre os sistemas jurídicos brasileiro, inglês e português. In: *Revista de Processo*, v. 254. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.414.

situações jurídicas processuais, em consonância com seus interesses particulares ou das próprias características da desavença.

De fato, a convenção processual prévia é a mais recomendada em detrimento da incidental, inclusive pelo espaço mais amplo de negociação e pelas múltiplas possibilidades que dela poderão decorrer.⁹ Nesse momento, as potenciais partes estão em pleno exercício da liberdade negocial, e os interesses cogitados são, até então, eminentemente privados, haja vista serem particulares dos sujeitos da negociação em geral, de maneira que, sem a instauração da demanda, a autonomia individual se revela mais extensa porque não há, na ocasião, que se conjugar os interesses particulares com os escopos públicos buscados pelo processo.¹⁰ Na realidade, o equilíbrio entre interesses público e privado será examinado quando da internalização no processo mediante a fiscalização/controlado realizado pelo juiz. Entretanto, é patente que as margens de negociabilidade são mais abrangentes antes da ocorrência de um litígio.

Em tal contexto, por exemplo, podem ser estipuladas cláusulas materiais e processuais ou disposições envolvendo o direito substancial, mas que produzam tanto efeitos materiais quanto processuais (ainda que indiretamente). Trata-se, seguramente, de relevante fase de estratégia processual,¹¹ promovendo a abertura para caminhos promissores pela reformulação da concepção de litigância. Direciona-se a um cenário com possibilidades variáveis, sendo atribuído maior destaque para a fase pré-processual, i.e., ao momento de preparação de eventual contenda antes mesmo do surgimento do conflito de

⁹ Antonio do Passo Cabral (*Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, pp.170-171) chama a atenção para o fato de que a utilização do método convencional deverá remeter tanto à fase da negociação ou à execução do contrato, como também à possibilidade de retomada do processo de negociação, isto é, sobre o processo de renegociação das convenções processuais celebradas, importante para, por exemplo, relações que englobam obrigações de trato sucessivo.

¹⁰ “*En amont de la naissance du litige, le principe de la liberté contractuelle leur offre la possibilité de prévoir, dans leur convention, des clauses relatives à l’action en justice, plus simplement appelées clauses relatives au règlement des différends, clauses relatives aux litiges ou, de manière encore plus concise, clauses de différend. Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Numero speciale: accordi di parti e processo. Milano: Giuffrè, 2008. p.11.*

¹¹ “*Les clauses relatives aux litiges sont une technique contractuelle de gestion des risques par le contrat, d’anticipation procédurale, anticipation au delà de celle que réalisent les autres clauses du contrat, anticipation au second degré. Cette anticipation est un exercice de sagesse contractuelle ; tant il est vrai que l’accord sur le désaccord et d’autant plus facile à organiser que le désaccord n’existe pas encore, n’est qu’une éventualité dont les parties n’espérant pas encore le réalisation*”. MAHRAN, Riham Mansour. *Les clauses relatives aux litiges en droit français: aspects internes et internationaux*, vol.I, thèse pour le Doctorat en Droit Privé: Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2005, p.35.

interesses. Nesse sentido, torna-se plenamente admissível que o direito processual possa ser conjugado com obrigações materiais fixadas pelas partes.

Passa a ser possível que a configuração do sinalagma jurídico (quando a prestação de uma das partes é a causa da prestação da outra) se estabeleça entre direito substancial e direito processual, e não somente no que se refere às possíveis variantes do direito material, como até então.

Na ocasião do planejamento contratual, os agentes podem inclusive acordar a respeito da antecipação dos riscos da inexecução do contrato,¹² negociando acerca da repartição dos custos do processo – contanto que não ocasione excessiva onerosidade a uma das partes – ou do reembolso das despesas, além da redução do tempo do processo. Sem dúvidas, é uma revolução no mundo dos negócios jurídicos de uma forma geral, especificamente quanto a contratos complexos, representando possibilidades flexíveis e estratégicas de negociação pré-processual pelos sujeitos, possibilidades estas que podem – e devem – ser melhor exploradas pelas partes e por seus advogados.

Ademais, conforme mencionado, as convenções processuais podem ser incidentais ou também denominadas de interlocutórias. Nestas situações, diferentemente do escopo de gerir os riscos de um potencial processo e negociar sobre as situações jurídicas processuais das eventuais partes (criando, modificando e extinguindo deveres, poderes, direitos, ônus e faculdades), é mais comum que esses acordos tenham por objeto a disciplina dos atos processuais. Com efeito, para fins didáticos, as convenções incidentais tendem, com maior frequência, a disciplinar a estrutura procedimental em função das intercorrências do processo ou das especificidades do conflito.

Desse modo, a estruturação do procedimento, fenômeno já denominado de procedimento customizado,¹³ compreende um notável mecanismo de gestão compartilhada¹⁴ – ou co-gestão processual – enquanto um meio de efetivação procedimental pela iniciativa das partes. A participação no desenho do processo ocorrerá

¹² CADIET, Loïc. Les jeux du contrat et du procès : esquisse. In : *Philosophie du droit et droit économique – quel dialogue ? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*. Paris : Frison-Roche, 1999, p.29.

¹³ V. Moffitt, Michael L., Customized Litigation: The Case for Making Civil Procedure Negotiable. In: *George Washington Law Review*, vol. 75, 2007; ABREU, Rafael Sirangelo de. Customização processual compartilhada: o sistema de adaptabilidade no novo CPC. In: *Revista de Processo*. vol. 257, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, pp.51-76.

¹⁴ CADIET, Loïc. L'économie des conventions relatives à la solution des litiges. In : *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, sous la direction de Bruno Deffains*. Paris: Éditions CUJAS, 2000, p.314.

pela celebração de acordos processuais incidentais, e não de modo imposto pelo órgão jurisdicional ou ainda com respaldo na prefixação normativa. Observa-se que o conflito já nasceu e, portanto, pode ser que seja necessário conciliá-lo com o processo em tramitação.

Após as breves considerações iniciais, responsáveis pela introdução do tema e preparação para as reflexões adiante registradas, trataremos da demonstração de como o instituto convencional em destaque interage e contribui para a dimensão de novas técnicas e métodos empreendidos na pacificação dos conflitos, principalmente no estímulo de mecanismos consensuais decorrentes da reconfiguração da sociedade pós-moderna, cuja presença do Estado é orientada, sobretudo, para a prospecção, ínsita a uma atividade operacional de constante criação e recriação do direito.

Não nos olvidando de alinhar teoria e prática, apresentaremos as diretrizes de interpretação e controle das convenções processuais – prévias ou incidentais –, de modo a nortear a análise pelo juiz no momento em que forem introduzidas no processo. Deveras, inexistindo uma rede de segurança e certa antevisão das diretrizes gerais e dos padrões de concretude da cláusula de negociação processual (artigo 190, CPC, 2015), o magistrado, pautado em elementos fluidos e altamente abertos, inerentes às técnicas de produção/interpretação de cláusulas abertas, tenderá a ser indiferente ao ajuste processual das partes, dando margens juízos subjetivos, um efeito que, certamente, não é compatível com a essência trazida pelo instituto.

A situação é delicada e merece pronto enfrentamento.

Uma de suas urgências reside na decisão sobre a invalidade do acordo processual, não sendo contemplada pelas hipóteses taxativas de interposição do agravo de instrumento (artigo 1.015 do CPC).¹⁵ Percebemos que a irresignação apresentada em face da decisão que rejeitar a internalização da convenção no processo – pela via da apelação – pouco contribuirá devido ao estágio avançado do *iter* processual no momento da interposição do

¹⁵ Existe posicionamento de que o inciso III do artigo 1015, que prevê o cabimento do agravo de instrumento contra a decisão de rejeição da alegação de convenção de arbitragem, deverá ser aplicado por analogia ao juízo de validade negativo das convenções processuais. Por todos: DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista brasileira da advocacia, RBA1*, vol. I, Revista dos Tribunais, 2016, p.78. Na realidade, até que a questão seja fruto de entendimento consolidado pelos tribunais superiores, não seguiremos no mesmo sentido. Para nós, trata-se de um possível exemplo de silêncio eloquente do legislador, que ampliou o campo de incidência do instituto, contudo adotou postura conservadora e freios bruscos ao prever que, em face da decisão que não reconhecer a validade do negócio processual, não seja cabível o agravo de instrumento. A questão dependerá de interpretação pelas cortes superiores.

recurso de apelação. Também por esse motivo, é patente que o êxito das convenções processuais dependerá, imperiosamente, da fixação pela doutrina e pela jurisprudência de padrões gerais e específicos de concretude, sob pena de na prática, mesmo ciente do discurso pertinente do autorregramento das partes no processo, o poder judiciário possa ser a ele mais refratário.

2. Convenções processuais como técnica consensual e convencional sob o paradigma do processo civil contemporâneo

Entre as vertentes estruturantes do Código de Processo Civil, salta aos olhos a política pública de fomento à autocomposição,¹⁶ segundo a qual o legislador de 2015 deixou claro a importância do diálogo ao dispor sobre o dever dos agentes jurisdicionais de priorizar o desfecho democrático e consensual dos conflitos, consoante preconizam, *verbi gratia*, os artigos 3º, § 3º; 165, *caput*, 139, inciso V; 221, parágrafo único.

Nesse diapasão, cumpre ressaltar que Humberto Dalla, na tese que o tornou Professor Titular de Processo Civil da UERJ, ressignifica o acesso à justiça ao incorporar os meios consensuais ao conceito de jurisdição, destacando ser a vocação para a pacificação dos conflitos a quinta fase metodológica do processo brasileiro (com ênfase no redimensionamento do Poder Judiciário e na redemocratização do processo)¹⁷.

No que concerne ao artigo 3º do CPC/2015, observamos que há uma sutileza entre o conteúdo normativo que este veicula e o artigo 5º, XXXV da Constituição Federal. Não há dúvidas sobre a convergência do dispositivo supra com o entendimento segundo o qual a concretização do acesso à Justiça se efetiva por meio de decisões adequadas, resultantes do processo de envergadura garantista não restrito aos limites institucionais do poder judiciário.

Mesmo no âmbito do poder judiciário, a *ratio* do dispositivo não coaduna com a ideia de que o procedimento só possa refletir o modelo padrão previsto na lei, sem que seja possível, pela manifestação de vontade das partes, que estas interfiram na conformação dos

¹⁶ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (org.). *O novo Código de Processo Civil anotado e comparado*, Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp.99-100.

¹⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Jurisdição e Pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais*. 1. ed. Curitiba: CRV, 2017.

atos processuais. Na realidade, desponta-se o estímulo de técnicas apropriadas à filtragem do conflito para a verificação do método jurisdicional adequado – jurisdição estatal, mediação, conciliação, arbitragem etc. – e técnicas de flexibilização processual,¹⁸ proporcionando soluções aos conflitos nas situações em que a ferramenta disponível for a mais compatível com o litígio.

As convenções processuais refletem essa ideia ao partirem de um novo paradigma processual, pois são pautadas na consensualidade somada à *convencionalidade*. Sob essa perspectiva, as convenções processuais não aludem ao direito material propriamente dito, porquanto não dizem respeito ao acerto da questão substancial, vale dizer, ao fundo de direito em discussão. Como já mencionado, não objetivam a superação da controvérsia mediante a adoção de ferramentas consensuais, *v.g.*, conciliação, mediação e arbitragem, uma vez que sendo exitosa essa prática, o processo não seria necessário em razão da resolução definitiva do conflito.

Destinam-se a regulamentar as “regras do jogo” pelas partes. Funcionam como o “instrumento do próprio instrumento”¹⁹ ou como uma *via metaprocessual*, tendo em vista que representam acordos sobre os atos processuais para a modificação do procedimento ou das situações jurídicas processuais das partes, não com vistas à disposição do direito material, mas acordos de natureza processual.

Ao Código de Processo Civil de 2015 cumpriu autenticar o sobredito cenário de prestígio do discurso consensual, democrático e cooperativo, catalisador do equilíbrio entre o princípio dispositivo material e processual, que consagra a liberdade das partes na esfera processual e do exercício do poder jurisdicional não restrito ao poder judiciário.

Consta previsão expressa sobre a cooperação enquanto dever essencial observado por todos os sujeitos do processo (lealdade processual e previsibilidade, por exemplo), adiante examinada, de modo que todos devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (artigo 6º).

Destarte, a legislação de 2015 contempla vários dispositivos que possibilitam o exercício da autonomia das partes, sendo-lhes facultado estipularem o tracejo do

¹⁸ Por todos: GAJARDONI, Fernando. *Flexibilização Procedimental: Um Novo Enfoque para o Estudo do Procedimento em Matéria Processual*. Coleção Atlas de Processo Civil, Coord. Carlos Alberto Carmona, São Paulo: Atlas, 2008.

¹⁹ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *Das Convenções Processuais no Processo Civil*. Tese de Doutorado. Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2014. p.110.

procedimento e do processo de modo amplo e atípico (artigo 190) - desde que respeitadas certas limitações, que, diga-se de passagem, não são restritas ao disposto no artigo 190, *caput*, e parágrafo único.

O próprio cenário de cooperação e de domínio do contraditório-influência é que nos permite tratar do instituto em consonância com sistema atual; as convenções processuais representam uma contribuição relevante de equalização dos vetores de liberdade das partes com os poderes do juiz, e é no sistema atual que encontra adequada delimitação.

Veja-se que os acordos processuais obtêm maior guarida no sistema jurídico atual justamente porque nele é que se encontram balizas mais seguras de concretização. O Código atribui destaque às convenções processuais típicas com a ampliação de suas hipóteses de incidência e insere nos artigos 190 e 200 duas cláusulas gerais de negociação processual,²⁰ segundo a qual as partes podem dispor, além das regras de procedimento previstas em lei, sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

O controle do juiz sobre as convenções processuais é previsto no art. 190, parágrafo único do Código de 2015. Consubstancializa-se, pois, na análise dos requisitos de validade previsto no *caput*, quais sejam, processo versando sobre direitos que admitam a autocomposição e partes plenamente capazes –, bem como nos requisitos negativos de regularidade que se encontram expressos no parágrafo único.

Com efeito, é possível que o magistrado recuse a aplicação de determinada convenção processual no caso de ser nula, inserida de forma abusiva em um contrato de adesão ou na hipótese de alguma das partes se encontrar em situação de manifesta vulnerabilidade.²¹

3. A adaptação processual por iniciativa das partes a partir da celebração de convenções processuais

O acesso à Justiça possui como corolário o direito à utilização de técnicas processuais adequadas conforme as necessidades apresentadas pelo direito material discutido. Nesse sentido, a tutela jurisdicional, analisada no âmbito do poder judiciário,

²⁰ Fredie Didier Jr. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista brasileira da advocacia*, RBA1, vol. I, Revista dos Tribunais, 2016, p.73.

²¹ VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. Convenções processuais no paradigma do processo civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, pp. 231-238.

deve refletir uma sequência de atos processuais atrelados a técnicas apropriadas para o tratamento do caso. Mediante breve regresso na evolução do processo civil, a sua primeira fase metodológica, sincretismo ou “praxismo”, se caracterizava pela indiferença do processo como ciência autônoma e no que diz respeito à existência da relação jurídica processual.

A partir da segunda metade do século XIX, a visão do processo civil enquanto mero apêndice do direito material sofreu um redimensionamento para a outra extremidade do pêndulo, surgindo o que se denominou de “processualismo científico”, no que restou, em contrapartida, inviabilizada a aproximação do instrumento processual em relação à natureza material dos litígios. Nesse momento, a técnica processual demonstrava-se fechada e completamente indiferente ao mundo exterior dos fatos; um grave equívoco responsável pela falta de efetividade dos institutos processuais, alheios aos acontecimentos da vida.

Deveras, “houve uma lamentável confusão entre a autonomia científica, a instrumentalidade e a neutralidade do processo em relação ao direito material”.²² Posteriormente, constatou-se que, em função de o direito processual civil consistir em disciplina autônoma e no instrumento de afirmação do direito substancial pretendido, por óbvio que não deveria ser neutro à realidade dos conflitos.

Paralelamente ao incremento dos métodos adequados de resolução de conflitos (ADRs²³ ou MASC), sendo os mais recorrentes, a arbitragem, a mediação e a conciliação, também foi constatada a necessidade de serem criadas ou aperfeiçoadas técnicas para a concretização da tutela jurisdicional adequada, devendo ser previstas pela legislação, implementadas pelo juiz ou ainda resultantes do consenso *das partes*. As duas últimas técnicas obtêm respaldo no princípio da adaptabilidade processual.²⁴ A segunda denota maior grau previsibilidade na aplicação de regras do procedimento e ostenta acentuado viés colaborativo.

²² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil: teoria do processo civil, vol. I, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p.287.

²³ Um breve inventário do avanço dos ADRs no final do século XX foi realizado por Oscar G. Chase, *Direito, cultura e ritual: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*, Trad. Sergio Arenhart e Gustavo Osna, São Paulo: Marcial Pons, 2014, pp.137-155.

²⁴ O princípio da adaptabilidade era visto por Piero Calamandrei como necessário mecanismo de tempero da excessiva rigidez do procedimento ordinário, único e invariável, para um procedimento adaptável às circunstâncias do caso a ser julgado. *Direito Processual Civil*, vol. I. Campinas: Bookseller, 1999, pp. 299-300.

Na realidade, foi com o decurso do tempo e do surgimento de problemas que careciam de técnicas aproximadas à realidade do caso concreto e não contempladas pela legislação processual, que se começou a perceber a insuficiência do procedimento padrão em função do seu excessivo rigor formal, porquanto incompatível com todas as espécies de demanda.

Por outro lado, o procedimento especial, em razão de sua pulverização, se restringe a situações muito específicas. Assim, foi a partir da constatação de que os procedimentos especiais e comum demonstravam uma série de insuficiências em relação às características do litígio, que passaram os juízes a empreender técnicas de flexibilização voltadas à adaptação do procedimento ao caso concreto a ser resolvido (adaptação subjetiva e adaptação objetiva). Percebe-se que a aproximação do *binômio processo-direito material*²⁵ não se dava, nesse momento, por iniciativa das partes, mas pelas mãos do juiz.

Assim, a possibilidade de modulação do procedimento permanecia amalgamada às prerrogativas do magistrado,²⁶ não havendo a possibilidade de as partes convencionarem sobre o modo adequado deste ser processado.

Ocorre que, se ao juiz devem ser atribuídos poderes de flexibilização processual,²⁷ não é razoável que a mesma iniciativa seja negada às partes, as maiores conhecedoras do contexto que compõe a situação litigiosa e as principais interessadas no desenvolvimento e no desfecho da demanda.²⁸

É nessa ótica que as convenções processuais, principalmente aquelas atípicas, devem ser compreendidas: como um instrumento de tutela jurisdicional adequada mediante a adaptação procedimental por iniciativa das partes, com arrimo no princípio dispositivo

²⁵ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. revisada e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011.

²⁶ Insta ressaltar que, conquanto não existisse no Código de Processo Civil de 1973 previsão expressa do poder de adaptação do procedimento pelo juiz, poderiam ser extraídos pela interpretação de alguns dispositivos, entre eles, do artigo 330 (julgamento antecipado da lide), artigo 331 (audiência preliminar caso o direito material admitisse a figura da transação, outras providências preliminares e o despacho saneador), artigo 452 (ordem de produção de prova não peremptória) e artigo 461, § 5º (o rol exemplificativo das medidas executivas adotadas pelo juiz).

²⁷ GAJARDONI, Fernando. *Flexibilização procedimental*. São Paulo: Atlas, 2008; LACERDA, Galeno. O Código como Sistema legal de Adequação do Processo. In: *Revista do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul: Comemorativa do Cinquentenário*. Porto Alegre, 1976. Guilherme Peres de Oliveira. *Adaptabilidade judicial: a modificação do procedimento pelo juiz no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁸ CHIZZINI, Augusto. *Konventionalprozess e poteri delle parti*. In: *Rivista di Diritto Processuale*, vol. LXX (II Serie), anno 2015. Milano: Cedam, 2015, p.53.

em sentido processual ou princípio do debate (*Verhandlungsgrundsatz*), manifestação do direito fundamental de liberdade no processo (autonomia) e corolário do princípio da dignidade humana.

Outrossim, partindo-se do entendimento de que o procedimento perfaz um dos fatores de legitimação da função jurisdicional, sua aproximação ao contexto do direito material e aos anseios das partes contribuiria para a melhor efetividade da decisão após realizado o procedimento adequado. Sendo a demanda instaurada pela provocação das partes com a limitação do objeto litigioso, nos termos do artigo 2º, CPC – *nemo iudex sine actore; ne procedat ex officio* –, as quais possuem a iniciativa sobre fatos e provas, é razoável sustentar a participação destas na condução do processo, desde que, obviamente, respeitados os limites impostos pelo ordenamento. O próprio artigo 2º do CPC, correspondente ao anterior artigo 262 do CPC, dispõe que, por iniciativa da parte, o processo seguirá pelo impulso oficial com a condução realizada pelo juiz.

No entanto, veja-se que o dispositivo não proíbe que os litigantes possam sobre ele disciplinar, com base no que podemos chamar de *impulso processual*. Foi com suporte nesse argumento que José Carlos Barbosa Moreira afirmou que, embora haja posicionamento no sentido de que o legislador de 1973 não tenha previsto a possibilidade de as partes celebrarem convenções processuais atípicas respaldadas na previsão do artigo 158, “soaria exagerada a ilação de que no processo, ramo do direito público, devesse considerar-se proibido tudo que não fosse permitido”.²⁹

4. Diretrizes gerais de interpretação e controle

A interpretação das convenções processuais pelo juiz é orientada por diretrizes indispensáveis. Optamos por tratar nesse estudo das balizas interpretativas gerais, vez que são elas os primeiros fatores sintomáticos observados pelo juiz, antes mesmo de analisar propriamente os requisitos de validade.

Algumas condicionantes do próprio artigo 190, parágrafo único, ou mesmo simples elementos textuais ali presentes, resultam da obrigatoriedade de certos vetores adiante referenciados, *e.g.*, a “*manifesta situação de vulnerabilidade*”, limite que materializa o

²⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual, In: Temas de Direito Processual, 3. série. São Paulo: Saraiva, 1984, p.91.

princípio da igualdade e do equilíbrio contratual, bem como a colocação do advérbio de exclusão no trecho “recusando-lhes aplicação *somente* nos casos de [...]”, o qual indica associação à pressuposição *in dubio pro libertate*.

Nesse sentido, as diretrizes apresentadas servem para orientar todo percurso das convenções processuais e não somente o exame de regularidade, mas, inclusive, a sua efetivação concreta durante toda sua validade e utilidade, de modo a conservar as expectativas legítimas do momento da pactuação.

4.1 *In dubio pro libertate*: harmonização do princípio dispositivo e princípio do debate para a influência no processo. A prioridade da norma de base convencional

A primeira baliza se refere à asserção *in dubio pro libertate*. Para melhor compreendê-la, é necessário desvendar, ainda que rapidamente, seus fundamentos de sustento e justificação.

As conhecidas máximas *nemo iudex sine actore* e *iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet* deram origem ao princípio dispositivo, composto pela propositura da ação e pela delimitação do objeto litigioso pelas partes (*Dispositionsmaxime*)³⁰ somado à condução do próprio procedimento. Nesse viés, devem as partes narrar os fatos simples e jurígenos e apresentar as provas capazes de confirmá-los, de forma a comporem o debate (*Verhandlungsmaxime*), permitindo-se, inclusive, a desistência da ação ou a renúncia à interposição de recurso, por exemplo. Disso se infere que o princípio dispositivo não se restringe ao ato da propositura da demanda, porquanto diz respeito à disciplina e às consequências obtidas no instrumento processual.³¹

³⁰ Registramos que alguns autores se referem ao *princípio da demanda* ou *princípio da inércia da jurisdição* em detrimento do *princípio dispositivo*, este relacionado à iniciativa das partes sobre fatos e provas. Por todos: GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil*, vol.01, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp.511-513.

³¹ As facetas do princípio dispositivo – *Dispositionsmaxime* e *Verhandlungsmaxime* – foram cunhadas pela doutrina alemã da segunda metade do século XIX, e podem ser traduzidas para o nosso contexto em *princípio da iniciativa das partes* e *princípio do debate*. Veja-se na literatura estrangeira: “Pour s’en convaincre, il faut revenir à la source de l’expression « principe dispositif », qui se développe dans la doctrine allemande de la seconde moitié du XIX siècle, sous le terme « Dispositionsmaxime » - « principe de libre disposition ». L’expression désigne l’idée selon laquelle les parties sont libres de traduire en justice les droits dont elles ont la libre disposition. [...] En outre, la maxime de la libre disposition renvoie avant tout, en droit allemand, à l’idée selon laquelle il incombe aux parties et à elles seules de délimiter l’objet du litige. [...] En outre, un important courant doctrinal allemand distingue, à la suite du juriste allemand Gönner, d’un côté, le principe de disposition, la « Dispositionsmaxime », ainsi limitée à l’objet du litige et au déclenchement de la

Os modelos estanques, inquisitorial e adversarial ou publicista e privatista, obtiveram os seus contornos ideológicos, primordialmente, com base no segundo viés do princípio dispositivo (*Verhandlungsmaxime*), ora concedendo às partes a onipresença na definição do tempo e nos rumos do processo, ora sendo atribuídos poderes instrutórios amplos e irrestritos ao juiz.

O princípio dispositivo em sentido processual ou *princípio do debate*³² (*Verhandlungsgrundsatz*) é apontado como uma espécie de linha diretiva³³ de natureza preponderantemente técnico-política, que se amolda conforme os influxos ideológicos e interesses sócio-políticos em determinado momento histórico, em consonância com a herança cultural que permeia o sistema jurídico. Atualmente, em consequência da renovação dos escopos da jurisdição contemporânea e do prestígio aos preceitos éticos patrocinados pelo processo no paradigma do Estado constitucional, o princípio do debate assume nova configuração.

O formalismo processual, cuja função é conter, e conseqüentemente, distribuir o poder no processo, encontra-se centrado na dignidade da pessoa humana, de que é corolário o direito fundamental de liberdade. Tendo em vista a necessidade dessa redistribuição de forças, promove-se a abertura de toda uma atmosfera de consagração da autonomia dos indivíduos, respeitando-se certos limites; até porque se não houvessem fronteiras para tanto, não seria equilíbrio de poder, mas resgate à moda antiga do privatismo.

São concedidos e fomentados outros novos espaços de autodeterminação das partes, tanto na iniciativa e na delimitação da demanda, quanto nas possíveis consequências (efeitos) produzidas pelos atos processuais, influenciando a definição da marcha e do desenho do instrumento propriamente dito.

protection juridictionnelle et, d'un autre, côté, la Verhandlungsmaxime, principe de l'allégation et de l'apport des faits et des preuves par les parties. Ce second principe n'est plus directement substantiel ; il ne porte plus sur les charges des parties quant à la définition de l'objet du litige ; on met l'accent sur sa connotation procédurale et technique." CHAINAIS, Cécile. Le principe dispositif: origines historique et droit comparé. In: *Le procès est-il encore la chose des parties? E. Jeuland et L. Flise (dir.)*, tome 65. Collection Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc, 2015, pp.10-11.

³² A tradução não é literal. O *princípio do debate* foi introduzido por José Carlos Barbosa Moreira. O problema da "divisão do trabalho" entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: *Temas de Direito Processual Civil, 4. Série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p.39.

³³ CHAINAIS, Cécile. Le principe dispositif: origines historique et droit comparé. In: *Le procès est-il encore la chose des parties? E. Jeuland et L. Flise (dir.)*, tome 65. Collection Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc, 2015, p.17.

Reitera-se que isso não remonta qualquer tipo de exclusão do juiz na gestão processual, muito pelo contrário, acentua o convite agregador aos litigantes para a cogestão e à participação processual.³⁴ Trata-se de um contexto de divisão de forças, pressupondo simetria subjetiva durante o desenvolvimento do feito, conservando a assimetria necessária no momento da decisão.

No espaço pluriparticipativo, o magistrado desempenha a função fundamental de engajar e direcionar o debate rumo à construção da decisão justa, efetiva e tempestiva, em um ambiente controlado e de preservação dos direitos fundamentais.³⁵ A propósito, o juiz detém poderes suplementares de iniciativa, inclusive no campo probatório, sempre com objetivo de assegurar a adequada tutela de direitos dos cidadãos que batem nas portas do judiciário a fim de obterem provimento compatível com as suas necessidades. O CPC/2015, seguindo essa linha, concede tais poderes – típicos e atípicos – ao juiz em vários de seus dispositivos, entre eles, os artigos 139; 282; 283; 370; 380; 400 etc.

Dito isso, o princípio da iniciativa das partes – ou princípio da demanda –, quando conjugado com o princípio do debate (*Verhandlungsgrundsatz*), permite nos valermos da asserção *in dubio pro libertate*,³⁶ pressuposição que conta a favor do respeito à autodeterminação das partes,³⁷ possível de ser aplicada ao presente estudo dos acordos processuais no que alude à prioridade sistêmica favorável aos litigantes na disciplina

³⁴ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. Curitiba: Juruá, 2012, p.202 *et seq.*

³⁵ A Corte Europeia de Direitos Humanos ratificou em 16 de outubro de 2007 o entendimento de que o princípio do dispositivo consiste no princípio de *iniciativa* e de *condução*, o que não retira do Estado a organização de um sistema jurisdicional apto a garantir a decisão justa e definitiva em processo de duração razoável, nos seguintes termos: “*La Cour rappelle que même lorsqu’une procédure est régie par le principe dispositif, qui consiste à donner aux parties des pouvoirs d’initiative et d’impulsion, il incombe aux Etats contractants d’organiser leur système judiciaire de telle sorte que leurs juridictions puissent garantir à chacun le droit d’obtenir une décision définitive sur les contestations relatives à ses droits et obligations de caractère civil dans un délai raisonnable (arrêts Entreprises Robert Delbrassine S.A. et autres c. Belgique du 1er juillet 2004, § 27, et Vocaturo c. Italie du 24 mai 1991)*”. Disponível em: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf?library=ECHR&id=001-82716&filename=CEDH.pdf>, acesso em 17 nov. 2016.

³⁶ Edoardo Garbagnati, citado por Augusto Chizzini, compreendia que a asserção *in dubio pro libertate* atuava a favor do cidadão no processo, viabilizando o equilíbrio entre interesse público e privado. “*Un ‘primo movimento’ sul quale vorrei richiamare l’attenzione è dato dalla centrale questione circa il rapporto tra pubblico e privato nel processo civile, in altre parole dalla individuazione degli eventuali spazi di autonomia che elle parti se deve riconoscere nel processo. Se una formula può representare con efficacia la proposta di Edoardo Garbagnati si potrà dire: in dubio pro libertate.*” *Pensiero e azione nella storia del processo civile - Studi*. Segunda Edizione. UTET GIURIDICA, 2014, p.290 *et seq.*

³⁷ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.144.

procedimental³⁸. De modo mais amplo, servirá de *reforço hermenêutico*,³⁹ em função da elevada carga axiológica albergada, pela validade dos acordos processuais dispositivos e obrigacionais.

Em virtude da premissa colocada, acentua-se o *ônus argumentativo* arcado pelo juiz a fim de inverter a lógica sistêmica⁴⁰ ao constatar a invalidade *in concreto* da convenção processual celebrada e trazida ao processo, não exercendo qualquer juízo de conveniência em relação ao ajuste processual.

O *in dubio pro libertate* sugere que a norma jurídica convencionalizada obtenha preferência⁴¹ em relação à regra legislada ou à iniciativa do juiz, o qual possui prerrogativas complementares.

Ao magistrado, enquanto aplicador de normas jurídicas válidas, é possível manifestar recusa em aplicar a norma jurídica de base negocial, no entanto, imperioso o *ônus argumentativo* apontando a irregularidade da convenção processual ou a violação às *posições subjetivas*⁴² de direito fundamental do processo em seu núcleo essencial.

³⁸ “[...] *in linea generale può affermarsi il canone ermeneutico per il quale nel dubbio la norma deva essere ritenuta non cogente, ma operi come canone residuale in mancanza di un diverso accordo delle parti. Potestà pubbliche, mediante norme cogenti, e potestà private, mediante accordi, concorrono nel definire le regole processuali*”. Augusto Chizzini, *Konventionalprozess e poteri delle parti*. In: *Rivista di Diritto Processuale*, vol. LXX (II Serie), anno 2015. Milano: Cedam, 2015, p.54.

³⁹ “Ressalvada alguma regra que imponha uma interpretação restritiva (artigo 114, CC/2002, p. ex.), na dúvida deve-se admitir o negócio processual.” DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista brasileira da advocacia*, RBAI, vol. I, Revista dos Tribunais, 2016, p.74; na Alemanha: SCHLOSSER, Peter. “[...] *die Existenz einer lex generalis zugunsten der individuellen Freiheit, verlangt für ihre Beschränkung eine lex specialis und zwingt zu deren restriktiver Interpretation.*” *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess*. J. C. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1968, p.2.

⁴⁰ “Seguindo a concepção do CPC/2015 de respeitar o autorregramento da vontade, em especial quando o tema são negócios processuais, o espaço para que o juiz recuse sua aplicação é consideravelmente estreito”. GRECO. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Os Poderes do juiz e o Controle das Decisões Judiciais: estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

⁴¹ Ao lecionar sobre os acordos das partes no processo civil, Peter Schlosser defende a “sentença” *in dubio pro libertate* em contraposição ao *in dubio pro autoritate*. No Estado democrático, cada ato do Estado deve ser examinado em sua cadeia de legitimação democrática. Cf.: “*Man kann auch nicht, wie Bettermann meint, in unserem Staat im dem jeder Akt der Staatsgewalt in eine demokratische Legitimationskette eingefügt sein muss ebensogut den Grundsatz in dubio pro autoritate vertreten. Auch die demokratisch legitimierte Staatsautorität kann in einer unter dem Grundgesetz stehenden Rechtsordnung in die Freiheitssphäre der einzelnen nur eingreifen, wo ein nachweisbares öffentliches Interesse an dem Eingriff besteht. Der Satz in dubio pro libertate ist aber nichts anders als eben diese Einsicht aus der Perspektive des Betroffenen.*” *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess*. J. C. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1968, p.10.

⁴² “[...] se, grosso modo, dispôr de um direito fundamental significa que um titular dele abre mão, é fácil concluir que ele apenas pode fazê-lo em relação às posições subjetivas que titulariza. Não se pode abrir mão de algo cuja titularidade não se possui. Em assim sendo, o conceito de disposição de direitos fundamentais refere-se à parcela subjetiva de um direito fundamental”. MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Direitos*

A diretriz do *in dubio pro libertate* tem a sua importância acentuada quando compreendemos a classificação, de origem alemã,⁴³ quanto ao objeto das convenções processuais, em duas espécies: (i) convenções processuais dispositivas – ou de disposição processual –; (ii) convenções processuais obrigacionais.

A primeira, denominada na doutrina alemã de *Verpflichtungsverträge*, alude às convenções processuais a fim de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais titularizadas pelas partes. Por isso, é direcionada à estipulação de uma obrigação (*Befugnisdisposition*), não esbarrando no âmbito de validade e vigência das normas do procedimento, vale dizer, não haveria nesse caso, a princípio, a derrogação de regras procedimentais previstas em lei.⁴⁴

Constituem alguns exemplos de acordos processuais obrigacionais: o *pactum de non petendo*, o *pactum de non exequendo*, a renúncia ao direito material que embasa a pretensão,⁴⁵ renúncia a recurso, a convenção de arbitragem, o pacto de mediação obrigatória etc. Tratam-se, na realidade, de convenções processuais cujo objeto são as situações jurídicas processuais das partes, baseadas no princípio do respeito ao autorregramento da vontade dos indivíduos e no direito de liberdade de agir conforme os interesses privados dos sujeitos que firmarem o acordo processual.

Já a segunda espécie concerne aos “acordos processuais dispositivos” (*Verfügungsverträge*), em que os agentes objetivam a *derrogação consensual* da norma processual aplicável (disposição da norma - *Normdisposition*).⁴⁶ De acordo com a presente classificação, uma convenção processual obrigacional, em teoria, não interferiria no procedimento e, por outro lado, a convenção processual dispositiva não regularia as

fundamentais indisponíveis – os limites e os padrões do consentimento para a autolimitação do direito fundamental à vida. Tese de Doutorado em Direito Público, premiada pela CAPES no ano de 2011. Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2010, p.60.

⁴³ Por todos, v. o estudo de Peter Schlosser: *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess*. J. C. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1968.

⁴⁴ V. Christoph A. Kern: “Such contracts are not procedural contracts in a strict sense, but contracts with a procedural object: they create obligations with respect to proceedings, but they do not immediately modify the applicable procedural rules. Procedural contracts in Germany. In: *Negócios Processuais. Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, Coord. Antonio do Passo Cabral e Pedro Henrique Nogueira, Salvador: Juspodivm, 2015, p.184.

⁴⁵ Em verdade, existem atos das partes que produzem efeitos puramente processuais e atos que, além de efeitos processuais, geram efeitos materiais. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil*, vol.01, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, pp.267-268.

⁴⁶ Remo Caponi, autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. Numero speciale: accordi di parte e processo*. Milano: Giuffrè, 2008, pp.102-104.

situações jurídicas processuais das partes, ou seja, não firmariam obrigações ou padrões de conduta a serem respeitados, no sentido de criar, modificar ou extinguir deveres, poderes, ônus e faculdade processuais.

Parece-nos, realmente, que o legislador do CPC de 2015 buscou inspiração na classificação, sendo bem nítida pela leitura do *caput* do artigo 190, CPC. Consta no dispositivo ser lícito às partes promoverem alterações no procedimento previsto em lei conforme as especificidades da causa, além de poderem convencionar sobre situações processuais.⁴⁷

A diferenciação entre convenções processuais obrigacionais e dispositivas acarreta algumas implicações relevantes. Uma delas se refere ao conhecimento de ofício da convenção processual pelo juiz, sem que as partes se manifestem a respeito da pactuação presente no processo.

Ao levarmos como premissa inafastável o vetor interpretativo “*in dubio pro libertate*”, o permissivo genérico de convencionalidade processual do artigo 190 do CPC seria uma “norma de habilitação” ou “norma de competência”,⁴⁸ de forma que a norma jurídica de base convencional seria prioritária em relação à regra legal. Isso porque, conforme já restou sedimentado, a norma de base convencional, desde que válida, derroga as normas do procedimento. Por este motivo, o magistrado deverá conhecer de ofício as convenções processuais que disciplinarem sobre a marcha dos atos processuais.

Se não conhecer dos ajustes processuais cujo objetivo é a derrogação das normas do procedimento, o juiz se afasta da asserção *in dubio pro libertate*, que pressupõe prioridade sistêmica a favor da regra convencional.

Não obstante, o mesmo raciocínio não deve ser empregado aos ajustes relativos às situações processuais por elas titularizadas. Esse tipo de convenção deve ser levado ao conhecimento do juiz mediante a *provocação* da parte, tendo em vista que, em regra geral,

⁴⁷ Registramos, todavia, que pode haver uma limitação bastante tênue entre acordos processuais dispositivos e obrigacionais, tendo em vista que, em determinadas situações, a derrogação de regras do procedimento pelas partes implicará, outrossim, na imposição de condutas que deverão ser observadas pelos convenientes, aproximando a eficácia de um acordo dispositivo daquele de natureza obrigacional. Antonio do Passo Cabral se vale, a título de exemplo, de uma convenção sobre a competência, porquanto não só modifica o procedimento, como impõe às partes a obrigação de se dirigirem ao foro convencional e não ao foro legal. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.75.

⁴⁸ As normas de habilitação, na visão de Antonio do Passo Cabral, obtêm primazia sobre as regras legisladas, as quais terão aplicação subsidiária. “O artigo 190 é norma de habilitação que atua empoderando as partes, i.e. autorizando que sua vontade convencional seja fonte de juridicidade”. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.147.

não derrogam a regra procedimental legislada. Nesse sentido, cabe analogia à convenção de arbitragem, que não poderá ser conhecida de ofício pelo juiz caso não seja arguida em preliminar de contestação, sendo o silêncio considerado a aceitação da jurisdição estatal e, por conseguinte, renúncia tácita à instância arbitral.⁴⁹

4.2 Contraditório-influência

O contraditório-influência perfaz outra baliza importante, sendo observado pelo juiz quando interpretar, controlar e internalizar as convenções processuais. O magistrado, ao perceber algum vício de validade, concederá em primeiro lugar espaço à manifestação prévia dos litigantes acerca da eventual irregularidade do acordo processual.

Mesmo nas situações que for possível o conhecimento de ofício pelo juiz, situação das convenções processuais referentes à adaptação do procedimento a fim de atribuir maior efetividade à dinâmica do processo, a fiscalização pelo magistrado se submete ao dever de prevenção enquanto emanção do contraditório participativo⁵⁰ e da boa-fé processual, com fulcro no artigo 7º e artigo 10, CPC.

O contraditório deve ser assimilado em sua dimensão democrática⁵¹ e influenciadora,⁵² cumprindo o papel essencial de vedar o protagonismo ao viabilizar o espaço de diálogo cooperativo no processo.⁵³ Ademais, encontra-se voltado à vedação de “decisões surpresas”, não sendo possível que o juiz decida, em qualquer grau de jurisdição,

⁴⁹ “ Se fosse dado ao juiz conhecer a questão de ofício, isso significaria que, mesmo com as partes não desejando mais a arbitragem, seriam forçadas a se submeter a ela, pelo tão-só fato de que, no passado, manifestaram a intenção de adotá-la. Vale dizer: nessa hipótese – descartada – a convenção arbitral seria irrevogável pelo comum acordo entre as partes. Ainda, em outra perspectiva: se fosse assim, ao Judiciário seria dado o poder de recusar a tutela jurisdicional, a despeito de nenhuma das partes mais desejar a via arbitral. Então, a cognoscibilidade de ofício da convenção arbitral, em qualquer de suas duas modalidades, implicaria afronta ao direito fundamental de liberdade e à autonomia da vontade (CF, artigo 3º, I, e 5º, II), de um lado, e à inafastabilidade da tutela jurisdicional (CF, Artigo 5º, XXXV), de outro.” TALAMINI, Eduardo. *Convenção arbitral: necessidade de arguição pelo interessado diante do judiciário*. Disponível em: http://www.justen.com.br/pdfs/IE69/IE69_not_eduardo.pdf, acesso em 6 dez 2016.

⁵⁰ GRECO, Leonardo. Contraditório efetivo (artigo 7º). In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, vol. 15, 2015, pp.299-310. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16874>, acesso em 04 dez. 2016.

⁵¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro, Aide, 2001, p.119.

⁵² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*, 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p.98.

⁵³ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.216.

respaldado em fundamento a respeito do qual não se tenha concedido a oportunidade de as partes se manifestarem, ainda que versada alguma matéria cognoscível de ofício.⁵⁴

A norma subjacente ao artigo 10, CPC é combinada com a regra do artigo 489, § 1º, CPC sobre a fundamentação das decisões judiciais – filtro de verificação do contraditório como potencialidade de influência –. Ao elencar as situações em que a decisão judicial não será considerada motivada, é exigido que o magistrado respeite o dever de fundamentação, correlato ao princípio do contraditório.⁵⁵

No tocante às convenções processuais, percebe-se que o magistrado deve levar em consideração todo o arsenal argumentativo apresentado pelas partes no sustento da validade do ajuste processual, sendo desmotivada e, por conseguinte, possível alvo de embargos declaratórios (artigo 1.022, parágrafo único, inciso II, CPC), a decisão judicial que declarar a irregularidade das convenções processuais sem analisar os argumentos postos pelas partes. Uma postura colaborativa do magistrado demanda que, ao reconhecer alguma invalidade do acordo processual que possa resultar em prejuízo à defesa de qualquer parte (artigo 282, § 1º e artigo 283, parágrafo único, CPC), conceda o prazo de 15 dias, em analogia ao artigo 321, CPC a fim de oportunizar a regularização dos termos pelos convenientes, e caso não seja sanado o vício, profira decisão que negue a internalização à relação processual.

4.3 Igualdade: para além da paridade de armas e a importância da atividade jurisprudencial na consolidação de padrões decisórios

Também a igualdade em seu viés substancial – artigo 7º, CPC, artigo 5º, *caput* e inciso I, CF – constitui premissa inarredável à verificação da margem de negociabilidade processual e o efetivo controle das convenções processuais pelo juiz.

Para afinar o instituto em destaque com o direito fundamental de igualdade em um grau satisfatório, é importante entender que sua dimensão vai além da paridade de armas, porquanto abarca: i) a análise *concreta* de alguma situação externa que possa representar desequilíbrio ao exercício do direito de ação e de defesa no processo, ii) a igualdade de

⁵⁴ Cf. o Enunciado 259 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): “A decisão referida no parágrafo único do artigo 190 depende de contraditório prévio”.

⁵⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2016, pp.17-18.

oportunidades durante o desempenho das posições jurídicas processuais equilibradas (concepção dinâmica); iii) bem como a compreensão institucional do direito como unidade, refletido pela coerência das decisões judiciais.

Nos valem das lições de Rafael Sirangelo de Abreu,⁵⁶ nas quais o autor sistematiza o princípio da igualdade em três dimensões complementares de efetivação: i) igualdade para o processo – situações externas à relação processual, mas que possam vir a influenciá-la –; ii) igualdade no processo – equivalente ao princípio da paridade de armas –; iii) igualdade pelo processo (*intra caso*) – interligada à função institucional do processo civil de conferir unidade ao direito pela coerência das decisões judiciais –.⁵⁷

A previsão específica da proteção ao vulnerável, conforme consta no artigo 190, parágrafo único, CPC consiste em manifestação da proteção da igualdade no e para o processo, seja na análise dos acordos processuais prévios ou interlocutórios. A questão da vulnerabilidade, âmbito de extensão e possíveis consequências serão analisadas em tópico específico.

Realmente, a igualdade cumpre papel de filtro limitador das convenções processuais, questão que exige do Juiz uma postura vigilante⁵⁸ para constatar se as partes se colocam e manifesta situação de desvantagem no processo ou fora dele, mas com possíveis repercussões, seja situações de dependência, inferioridade econômica ou qualquer circunstância que possa criar uma desigualdade concreta hábil a ensejar a intervenção do juiz no sentido de negar validade ao ajuste processual.

Outro aspecto relevante é incidência da igualdade em sua faceta viabilizadora da formação de padrões decisórios pelo Poder Judiciário. Esse terceiro viés do princípio da igualdade (igualdade pelo processo) diz respeito à imprescindibilidade de uniformização das decisões judiciais acerca de matéria específica e o respeito pelos demais órgãos judiciais ao entendimento firmado.

⁵⁶ Igualdade e Processo: posições processuais equilibradas e unidade do Direito. *Coleção: O Novo Processo Civil* - Diretor. MARINONI, Luiz Guilherme. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, pp.248-249.

⁵⁷ Rafael de Abreu. Igualdade e os negócios processuais. *Negócios Processuais - Coleção Grandes Temas do Novo CPC*, Coord. Geral DIDIER JR., Fredie, Coord. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Salvador: Juspodivm, 2015, p.21.195.

⁵⁸ GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Os Poderes do Juiz e o Controle das Decisões Judiciais: Estudos em Homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

No âmbito das convenções processuais, principalmente aquelas atípicas, a necessidade de padronização interpretativa fruto de um debate maduro e participativo se faz fundamental, porquanto em razão desta prática ser pautada em um permissivo legal genérico, isto é, em cláusula geral, a construção de posicionamentos consolidados pela jurisprudência no tocante ao alcance semântico dos elementos que veicula se faz determinante ao adequado desempenho do instituto, devendo servir de balizas às situações que apresentarem características similares.⁵⁹ Concede-se à jurisprudência, com respaldo nos estudos doutrinários, a tarefa de criar parâmetros hermenêuticos que possam viabilizar o desenvolvimento do mecanismo convencional, atribuindo segurança jurídica e maior previsibilidade à pauta de negociabilidade processual atípica e a sua medida.⁶⁰

Nessa perspectiva, os órgãos judiciais devem se preocupar com a *coerência das decisões*, e no que toca ao tema em foco, com a construção de parâmetros interpretativos racionais para a concreção da cláusula geral de negociação processual, artigo 190, CPC. Obviamente, isso levará algum tempo, tendo em vista que requer maior amadurecimento da sociedade em relação ao mecanismo e certa transformação cultural, que aliás já vem sendo operada no campo dos métodos consensuais voltados a dirimir o próprio conflito, como é notório o estímulo e a aderência à utilização de técnicas de mediação e conciliação, por exemplo.⁶¹

Tornou-se acentuada a tônica da consensualidade, e é nesse cenário que se inserem as convenções processuais, importante ferramenta que agrega novos e diferentes espaços de consensualidade e convencionalidade, contribuindo no resgate pelos cidadãos da autonomia individual entregue nas mãos do Estado.

Opiniões precipitadas, sem reflexões aprofundadas sobre as conquistas simbolizadas pelo instituto e o seu papel crucial ao incremento do acesso à Justiça, não são

⁵⁹ Lucas Buriel de Macêdo analisa a concretização da cláusula geral do devido processo legal e o papel importante do preenchimento pela jurisprudência consolidada em “A concretização direta da cláusula geral no devido processo legal processual no supremo tribunal e no superior tribunal de justiça. In: *Revista de Processo*, vol. 216, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp. 377-398”, chegando a conclusões que servem de alertas ao operador da cláusula geral do artigo 190.

⁶⁰ Sobre a importância da jurisprudência consolidada para moldar as condutas humanas: CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. In: *Revista de Processo*, vol. 221, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pp.14-17.

⁶¹ Por exemplo, além do próprio artigo 3º, §§ 2º e 3º do CPC, nos termos do artigo 1º, parágrafo único da Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público, consiste em dever o membro do Ministério Público a orientação ao cidadão sobre os mecanismos disponíveis. Insta esclarecer que a Resolução n. 118, editada em 27 de janeiro de 2015 estabelece a política nacional de incentivo à autocomposição no âmbito da instituição ministerial.

suficientes para que se sustente a impossibilidade de concretizá-lo na medida de sua potencialidade. Sendo assim, a *construção* de padrões decisórios, que servirão para orientar os juízes quando analisar, interpretar e controlar as convenções processuais, devem resultar de discussões amadurecidas, fruto de argumentos coerentes e debates já estabilizados.

Nessa linha, o preenchimento da cláusula geral de negociação processual em concreto deve seguir um procedimento racional, em que sejam consideradas as situações anteriores semelhantes, de forma que o juiz permaneça sempre atento à congruência sistêmica e o papel de direcionar comportamentos *pro futuro*. A boa prática exige coerência jurisprudencial, mas antes disso, será influenciada pela boa formação de padrões interpretativos, evitando os riscos à insegurança jurídica, decorrentes da proliferação de posicionamentos isolados e subjetivos.⁶²

4.4 Boa-fé e cooperação processual: previsibilidade, clareza e certeza do conteúdo convenicionado e dos efeitos produzidos. O respeito à confiança e às expectativas legítimas geradas pela convenção processual

Os princípios da boa-fé processual (artigo 5º, CPC) e da cooperação (artigo 6º, CPC) são normas estruturantes do processo civil contemporâneo. Correspondem a emanções do contraditório-influência e, por decorrência, ao mesmo tempo que atuam como fontes de direitos processuais, instituem certos *padrões leais de conduta* aos sujeitos do processo.⁶³ A consagração do princípio da boa-fé processual traduz o resultado da

⁶² Com arrimo nas lições de Larissa Gaspar Tunala ao tratar da boa-fé objetiva como técnica de cláusula geral em: *Comportamento processual contraditório: a proibição do venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2015, pp.69-70

⁶³ É conhecida a discussão provocada por Juan Montero Aroca em “Sobre El mito autoritario de la buena fe procesal. In: *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Coord. Juan Montero Aroca, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp.294-336”, onde visualiza a correspondência entre boa-fé processual e processo autoritário, tendo em vista que o instituto elevaria a figura do juiz acima das partes, vez que somente a elas seriam impostos deveres de conduta. O autoritarismo, segundo essa visão, estaria no fato que de a parte deveria atentar-se aos deveres de colaboração esquecendo dos interesses particulares no conflito. Também argumentam que a inserção da boa-fé processual se deu em legislações promulgadas durante regimes autoritários. Compreendemos que as premissas são incorretas, e da mesma maneira o conceito de boa-fé, que impõe deveres de conduta a todos os partícipes do processo. José Carlos Barbosa Moreira já afirmara que a promulgação de lei em regimes autoritários não é suficiente para considerá-la autoritária. Como exemplo, faz menção à Lei da Ação Popular (LAC) - Lei n. 4.717/65-, promulgada no período da ditadura militar brasileira. El Neoprivatismo no Proceso Civil. *Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Coord. Juan Montero Aroca, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp.199-216.

irradiação da boa-fé objetiva originalmente do direito privado, invadindo todos os ramos da ciência jurídica. Não poderia ser diferente no campo do processo civil, onde a confiança do jurisdicionado não é depositada apenas nos fins a serem alcançados pelo instrumento, mas, outrossim, nos meios leais e legítimos que permitem se chegar a resultados justos.

A boa-fé promove a estabilização do vínculo jurídico estabelecido entre as partes, protegendo as expectativas legítimas criadas pelos sujeitos, sem que estas sejam quebradas por comportamentos contraditórios posteriores.⁶⁴ É responsável por atribuir retidão ao desenvolvimento do processo, de modo a conduzi-lo ao resultado satisfatório e eticamente orientado. Como dito, os padrões leais de conduta são impostos para todos os sujeitos processuais. Quanto à participação das partes, são identificados em sede doutrinária os seguintes: i) dever de lealdade; ii) dever de proteção; iii) dever de esclarecimento.⁶⁵

Conforme o primeiro, não se pode litigar de má-fé, sob pena de sanção (artigo 79 a 81, CPC), devendo respeitar a ética processual, atuando com sinceridade e destemor.⁶⁶ O segundo dever relaciona-se com a vedação de condutas temerárias acarretando danos injustificados à parte contrária, *e.g.*, o manejo de execução injusta, onde haverá responsabilidade objetiva do exequente (artigo 776, CPC).

No tocante ao terceiro, a parte deve atuar no processo por meio de manifestações claras e precisas, notadamente em sede de petição inicial, momento de delimitação do objeto litigioso (*res in iudicium deducta*), sob pena de inépcia (artigo 330, §1º incisos II e IV, CPC). Do mesmo modo, o objeto das convenções processuais também deve ser claro,

⁶⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p.241.

⁶⁵ DIDIER, JR., Fredie. Das normas processuais civis. In: *Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Coord.: Antonio do Passo Cabral; Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.20.

⁶⁶ *Ibid*, p.17. Nas palavras de Judith Martins-Costa, “Na proibição do *venire* incorre quem exerce posição jurídica em contradição com o comportamento exercido anteriormente, verificando-se a ocorrência de dois comportamentos de uma mesma pessoa, diferidos no tempo, sendo o primeiro (*factum proprium*) contrariado pelo segundo. Consiste, pois, numa vedação genérica à deslealdade [...]” Prosseguindo, a autora enumera as suas condicionantes obrigatórias: a) identidade de partes, ainda que por vínculo de sucesso ou representação; b) a situação contraditória se produza em uma mesma situação jurídica ou entre situações jurídica estreitamente coligadas; c) a primeira conduta (*factum proprium*) tenha um significado social minimamente unívoco; d) que o *factum proprium* seja suscetível de criar fundada confiança na parte que alega o prejuízo, confiança essa a ser averiguada segundo as circunstâncias, os usos aceitos pelo comércio jurídico, a boa-fé, os bons costumes ou o fim econômico social do negócio; e) o caráter vinculante da primeira conduta no sentido de ser um comportamento ocorrido no âmbito de uma situação jurídica que afete uma esfera de interesses alheia, de tal modo que tenha induzido a outra parte a confiar em que tal conduta fosse índice ou definição de uma certa atitude do seu parceiro frente a essa mesma situação jurídica. A ilicitude derivada do exercício contraditório de um direito: o renascer do *venire contra factum proprium*. In: *Revista Forense*, vol. 376, 2004, p.110; p.121.

preciso e determinado, imprimindo previsibilidade ao vínculo formado e segurança no tocante ao conteúdo e consequências produzidas.

A proibição do *venire contra factum proprium* e a vedação ao abuso de situações jurídicas processuais perfazem dois vetores interpretativos essenciais das convenções processuais, ambos decorrentes da boa-fé. Vale destacar que o primeiro (*venire*) se refere à proibição do exercício de uma situação jurídica incompatível em relação ao comportamento anterior (*factum proprium*), responsável por incutir na parte a expectativa legítima de sua manutenção.⁶⁷ No direito processual, converge com a noção de preclusão lógica.

Nas “tratativas preliminares”,⁶⁸ por exemplo, ainda não houve a celebração da convenção processual, os sujeitos, até momento, não externaram o consentimento hábil a ensejá-la. No entanto, em que pese não se autovinculem pela inexistência da vontade emitida quanto à formalização das tratativas, a situação pode ocasionar expectativas legítimas, e por isso, pode ser possível, *in casu*, recorrer à proibição do *venire contra factum proprium* se alguma das partes – em negociação – adotar, no processo referenciado nas tratativas preliminares, comportamento a elas contraditório.

Uma observação: a concepção de boa-fé objetiva, que atua na estabilização das relações e o resguardo da confiança legítima, deve ser analisada à luz do processo enquanto relação complexa e dinâmica, continuamente influenciado por circunstâncias que possam modificar o cenário das tratativas iniciais. Agir de boa-fé não significa que as declarações posteriores estejam presas ao passado, até mesmo porque no momento de aproximações negociais ainda não existe a previsibilidade e a clareza fruto da formalização do ajuste processual. Sendo assim, a aplicação da proibição do *venire contra factum proprium* é casuística e requer exame apurado. A vedação do *venire* incidirá com mais força quando o acordo processual existir e for descumprido pela parte, porém, permanece a necessária investigação concreta.

No *abuso de posições (ou situações) jurídicas processuais*, uma situação relacionada seria o fato de os convenientes firmarem acordo visando a prorrogação excessivamente ampla de algum prazo, vindo a ocasionar violação do direito fundamental

⁶⁸ Não nos referimos às convenções preliminares, que possuem vinculatividade. Nesse sentido, CARAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.266; p.264.

à duração razoável, configurando um desvio de finalidade com relação ao instrumento processual, i. e., a tutela tempestiva de direitos. Ademais, deturpa as funções precípua das convenções processuais, que alia a autonomia das partes no autorregramento dos atos processuais para a cogestão processual, a fim de fornecer maior qualidade ao meio e aos resultados.

Certamente que o enquadramento de eventual abuso de posições jurídicas processuais demandará, assim como na hipótese acima, análise casuística e atenta do magistrado. Helena Najjar Abdo fornece alguns parâmetros de aferição: a) desvio de finalidade com relação aos objetivos do sistema jurídico, ao mecanismo utilizado e efetivamente os fins almejados pelo agente; b) falta de seriedade da conduta, ilicitude e ilegitimidade do escopo almejado; c) lesividade à administração da justiça; d) presença do elemento subjetivo.⁶⁹

Além de orientar a atuação das partes, a boa-fé processual impõe deveres ao magistrado para estimular a manutenção do ambiente processual dialético, participativo e cooperativo, o qual pressuponha divisão de tarefas e distribuição de *responsabilidades*. O juiz observará, nesse sentido, padrões leais de conduta.⁷⁰ Cuidam-se de deveres inerentes ao modelo de “juiz leal”, alçados pelo princípio do contraditório-influência. São eles: i) dever de esclarecimento; ii) dever de prevenção; iii) dever de consulta e; iv) dever de auxílio.⁷¹ Analisar-se-á brevemente cada um deles tentando trazê-los ao contexto das convenções processuais.

O dever de esclarecimento consubstancia-se no esclarecimento do juiz perante as partes. Trata-se de uma via de mão dupla, estabelecendo um canal comunicativo. No campo dos acordos processuais, o magistrado deverá exercê-lo quando um ponto do ajuste não tenha ficado claro ou se verificar a falta de preenchimento de algum requisito de validade. Em qualquer caso que surgir dúvida, o magistrado deverá providenciar o esclarecimento junto às partes, para só depois definir a questão, evitando a tomada de decisões precipitadas e solipsistas.

⁶⁹ ABDO, Helena Najjar. O abuso do processo. In: *Coleção Estudos de Direito de Processo – Enrico Tullio Liebman*, vol. 60. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp.253-254.

⁷⁰ FARIA, Márcio Carvalho. *A lealdade processual na prestação jurisdicional: em busca de um modelo de juiz leal*. Tese de Doutorado. Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ, Rio de Janeiro, 2015.

⁷¹ SOUSA, Miguel Teixeira. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2. ed. Lisboa: LEX, 1997, pp.65-68; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*. Salvador: Juspodivm, 2013, p.215.

Já o dever de prevenção é operado de mão única pelo juiz para com as partes, que deve enviar “alertas” com o fito de sinalizar a necessidade de adequação das manifestações pelo uso inadequado do processo. Assegura o direito de o litigante ser ouvido e poder influir na decisão judicial posterior. Similarmente ao dever de esclarecimento, efetiva-se quando apontada eventual irregularidade da convenção processual ou a cessação de seus efeitos.

O dever de consulta encampa a atuação do magistrado sobretudo para evitar a prolação de decisões surpresas, mesmo quando a matéria for cognoscível de ofício. Constitui a base da fundamentação analítica; é principalmente do dever de consulta que se extrai o necessário enfrentamento do arsenal argumentativo dos litigantes, não podendo a decisão se respaldar em fundamento sem prévia manifestação das partes. Por fim, o *dever de auxílio* relaciona-se com a promoção da igualdade substancial no processo, voltado a reajuste de eventuais as posições desequilibradas. A capacidade processual negocial impõe a inexistência de manifesta situação de vulnerabilidade, de modo que o magistrando não poderá conhecer de qualquer acordo processual, que, no caso concreto, coloque uma das partes em posição desproporcionalmente desvantajosa.

O dever de auxílio determina o exercício dos poderes do juiz para reequilibrar posições processuais assimétricas. Vale destacar que não há como exigir situações de igualdade plena entre os litigantes em razão da própria diversidade entre as pessoas inseridas no debate processual, seja de natureza cultural, econômica, técnica etc.

Todavia, caberá ao juiz garantir e zelar pela igualdade de oportunidades para o exercício da influência argumentativa. Para viabilizá-la é primordial identificar as condições desvantajosas no debate. A igualdade processual pressupõe condutas ativas do juiz e do legislador na promoção e na manutenção do equilíbrio dos sujeitos no processo.⁷²

4.5 Respeito à coerência e ao fluxo sistêmico: o microssistema de negociação processual e a interpenetração simbiótica de convenções processuais típicas e atípicas

Prosseguindo, é possível visualizar a existência de um microssistema de negociação

⁷² ABREU, Rafael Sirangelo de. Igualdade e Processo: posições processuais equilibradas e unidade do Direito. *Coleção O Novo Processo Civil*. MARINONI, Luiz Guilherme (dir.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.85.

processual, cujo núcleo é composto pelo artigo 190, CPC e pelo artigo 200, CPC. Pelo fato de ambos veicularem cláusulas abertas passíveis de concretização, encontram no próprio sistema em que figuram, auxílio hermenêutico para aferir a validade e eficácia dos acordos processuais atípicos, com base nos limites concedidos pela legislação de 2015 aos acordos processuais típicos.⁷³

Nesse passo, o *microsistema de negociação processual* adquire coerência e movimentação cadenciada em função de também os pressupostos e requisitos do artigo 190, *caput* e parágrafo único, CPC não se aplicarem restritamente às convenções processuais atípicas, como pode parecer após a leitura do dispositivo, mas também às convenções processuais típicas.

Da mesma forma, os acordos típicos contribuem para o controle dos acordos atípicos em razão de representarem certos modelos legalmente tipificados⁷⁴ que, se pertencentes ao mesmo subsistema dos acordos atípicos, podem suplantar os requisitos comuns da cláusula geral quando a convenção atípica obedecer a mesma lógica funcional e consequencial. Antonio do Passo Cabral denomina a presente compatibilidade de uma convenção processual atípica em relação ao “grupo convencional” que possa pertencer de “índices dos tipos”⁷⁵ (método tipológico).

Essa interação sistêmica é fundamental, inclusive acentua a legitimação da convenção processual atípica pelo próprio sistema normativo, haja vista que, em virtude de pertencer ao mesmo setor tipológico, pode ser necessária a utilização de novos filtros de fiscalização pelo juiz. É uma lógica que traz vantagens para as partes por dar mais previsibilidade sobre a possibilidade de ser internalizada ao processo uma convenção processual atípica pertencente a agrupamentos ou setores específicos (exigindo os mesmos requisitos de formação e controle).⁷⁶

Nesse passo, o microsistema opera com coerência, buscando aperfeiçoamento

⁷³ DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. In: *Revista brasileira da advocacia, RBAI*, vol. I, Revista dos Tribunais, 2016, p.68.

⁷⁴ A expressão é de Antonio do Passo Cabral. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.333.

⁷⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016, pp.333-335, com esteiro na doutrina de Pedro Pais de Vasconcelos, autor lusitano que escreveu importante tese sobre as formas de integração e interpretação dos contratos atípicos. (*Contratos atípicos*. 2. ed., Coimbra: Almedina, 2009). A contribuição do direito civil é significativa. O CC/2015 contém autorização expressa sobre contratos atípicos, no artigo 425.

⁷⁶ Análise curiosa sobre os requisitos de formação e conteúdo dos negócios jurídicos processuais foi feita por Marco Paulo Denucci Di Spirito. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual. In: *Revista de direito privado*, vol.63, ano 16, São Paulo: RT, 2015.

racional e antevisão desde o momento da celebração pelas partes. Portanto, são duas as conclusões: i) os pressupostos e requisitos do artigo 190 e artigo 200 são aplicáveis a quaisquer acordos processuais, sejam típicos ou atípicos; ii) as convenções processuais atípicas devem ser formuladas e controladas à luz dos critérios especiais dos ajustes típicos se compartilharem a mesma lógica e finalidade, impedindo-se que por meio daquelas se possa fraudar os limites legalmente tipificados.⁷⁷

Ao ter a possibilidade de acrescentar ao controle da validade das convenções processuais atípicas os filtros subjetivos e objetivos específicos do grupo setorial ao qual entenda o magistrado a elas atrair, este deverá naturalmente motivar especificamente sua decisão de regularidade (colabora na formação de padrões de conduta) ou irregularidade (agravamento do ônus argumentativo em função da prioridade operacional *in dubio pro libertate*), confrontando as semelhanças e as dissemelhanças entre ambos e justificando o posicionamento adotado.

Ao juiz caberá demonstrar que a desconsideração do requisito legalmente tipificado poderia macular a interação e a lógica sistêmica, dando espaço para burlas sobre espécies de convenções processuais atípicas direcionadas à finalidade próxima e que desvendam características similares aos acordos tipificados. As partes devem se manifestar a respeito da questão levantada pelo juiz, exercendo a dialética inerente ao contraditório.

5. Conclusão

O presente artigo objetivou demonstrar o importante papel das convenções processuais para a transformação da cultura do litígio, isto é, a notável contribuição do presente instituto para o incremento do amplo acesso à Justiça, além de representar um novo caminho de realinhamento entre a autonomia das partes e os poderes públicos do Estado. Destacou-se que as convenções processuais aludem tanto à possibilidade de as partes disporem de suas situações jurídicas processuais, quanto de derogarem a regra processual legislada, respeitando, certamente, os limites impostos pelo ordenamento jurídico vigente, no sentido de adequar o procedimento às necessidades da demanda potencial ou em curso.

⁷⁷ No mesmo sentido: BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*. Salvador: Juspodivm, 2016, p.198.

De acordo com esse entendimento, o Código de 2015 não deixa margens para dúvidas de que a flexibilização processual se dará por três formas: i) pela técnica legislativa pré-conflitual;⁷⁸ ii) pelas prerrogativas do Juiz;⁷⁹ iii) por meio das convenções processuais, principalmente aquelas atípicas, pelas partes.

Indubitavelmente, a flexibilização por iniciativa das partes consiste em um dos principais desafios postos à doutrina e ao poder judiciário nos próximos anos, vez que a prática é que revelará se o instituto cumpre a finalidade para a qual foi idealizado.

Outro desafio consistirá no controle das convenções processuais, já que a cláusula geral de negociação processual alberga conceitos amplos e imprecisos, como manifesta situação de vulnerabilidade, inserção abusiva em contrato de adesão, entre outros. Embora não tenha sido objetivo desse estudo tratar de tais requisitos de validade, positivos e negativos, procuramos sistematizar diretrizes interpretativas das convenções processuais, as quais devem ser observadas pelo juiz no caso concreto.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ABDO, Helena Najjar. O abuso do processo. In: *Coleção Estudos de Direito de Processo – Enrico Tullio Liebman*, vol. 60. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ABREU, Rafael Sirangelo de. Igualdade e Processo: posições processuais equilibradas e unidade do Direito. Coleção O Novo Processo Civil. MARINONI, Luiz Guilherme (dir.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. *Das Convenções Processuais no Processo Civil*. Tese de Doutorado. Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, Rio de Janeiro, 2014. Versão comercial: *A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: Ltr, 2015.

⁷⁸ V. LACERDA, Galeno. O código como sistema legal e adequação do processo. In: *Meios de Impugnação ao Julgado Civil: Estudos em Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Coord.: Aroldo Furtado Fabrício. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.258.

⁷⁹ No que alude aos poderes de flexibilização processual pelo magistrado no CPC, estes encontram-se expressamente previstos nos arts 139, 536 e 773, reconhecidos como “poderes atípicos do juiz de máxima efetivação da tutela jurisdicional”, sejam aqueles genéricos, para qualquer momento processual, consoante as hipóteses do artigo 139, ou específicos para uma fase processual específica, v.g.: no cumprimento de sentença (artigo 536), ou na execução (artigo 773). Uma das inspirações ao legislador de 2015 adveio pela reforma do Código de Processo Civil de Portugal, Lei n. 41/2013, admitindo a adequação formal pelo juiz desde que observadas algumas condicionantes.

ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo. Os “acordos processuais” no projeto do CPC: aproximações preliminares. In: *Revista Eletrônica - Tribunal Regional do Trabalho do Paraná*, vol. 39, 2015.

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

_____. Duelo e processo. In: *Temas de Direito Processual, 8. série*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Convenções processuais e poder público. Salvador: Juspodivm, 2016.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CADIET, Loïc. Les accords sur la jurisdiction dans le procès. In : *Le conventionnel et le jurisdictionnel dans le règlement des différends*. Ancel, Pascal; Rivier, Marie-Claire (Dir.). Paris: Economica, 2001.

_____. Les conflits de légalité procédurale dans le procès civil. In: *Mélanges Jacques Boré*. Paris: Dalloz, 2006.

_____. CADIET, Loïc. L'économie des conventions relatives à la solution des litiges. In : *L'analyse économique du droit dans les pays de droit civil, sous la direction de Bruno Deffains*. Paris: Éditions CUJAS, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2016.

CHAINAIS, Cécile. Le principe dispositif: origines historique et droit comparé. In: *Le procès est-il encore la chose des parties? E. Jeuland et L. Flise (dir.)*, tome 65. Collection Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc, 2015.

CHIZZINI, Augusto. *Pensiero e azione nella storia del processo civile - Studi*. 2. Ed. UTET GIURIDICA, 2014.

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

DUARTE, Antonio Aurélio Abi Ramia. *O novo código de processo civil, os negócios processuais e a adaptação procedimental*. Disponível em: <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/30191/novo-codigo-proc-civil-procedimental.pdf>, acesso em: 17 nov. 2016.

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

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

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*. vol. XX, II serie. Milano: Cedam, 1966.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: *Revista Jurídica*, n. 305. São Paulo: Notadez, 2003.

_____. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HÉRON, Jacques; LE BARS, Thierry. *Droit judiciaire privé*. 6.ed. Paris: Montchrestien, 2015.

LACERDA, Galeno. O código como sistema legal e adequação do processo. In: *Meios de Impugnação ao Julgado Civil: Estudos em Homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Coord.: Aroldo Furtado Fabrício. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MACÊDO, Lucas Buril de. A concretização direta da cláusula geral no devido processo legal processual no supremo tribunal e no superior tribunal de justiça. In: *Revista de Processo*, vol. 216, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

MAZZOLA, Marcelo. *Tutela Jurisdicional Colaborativa - a cooperação como fundamento autônomo de impugnação*. 1. ed. Curitiba: CRV, 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo*, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Jurisdição e Pacificação: limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos na tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais*. Curitiba: CRV, 2017.

SCHLOSSER, Peter. *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess*. J. C. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1968.

SOUSA, Miguel Teixeira. *Estudos sobre o Novo Processo Civil*. 2. ed. Lisboa: LEX, 1997.

TUNALA, Larissa Gaspar. *Comportamento processual contraditório: a proibição do venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro*. Salvador: Juspodivm, 2015.

VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. *Convenções processuais no paradigma do processo civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Gramma, 2017.

WEILLER, Laura. *La liberté procédurale du contractant*. Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, Institut de droit des affaires, 2004.