

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

RODRIGO BLEY SANTOS

CONVENÇÃO PROCESSUAL SOBRE NORMA APLICÁVEL AO MÉRITO

CURITIBA
2020

RODRIGO BLEY SANTOS

CONVENÇÃO PROCESSUAL SOBRE NORMA APLICÁVEL AO MÉRITO

Dissertação de mestrado apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação em Direito do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná (PPGD-UFPR).

Orientador: Prof. Dr. Eduardo Talamini.

CURITIBA
2020

S237c

Santos, Rodrigo Bley

Convenção processual sobre norma aplicável ao mérito
[meio eletrônico] / Rodrigo Bley Santos. - Curitiba, 2020.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do
Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-
graduação em Direito. Curitiba, 2020.

Orientador: Eduardo Talamini.

1. Processo civil - Brasil. 2. Julgamentos. 3. Equidade
(Direito). I. Talamini, Eduardo. II. Título. III. Universidade
Federal do Paraná.

CDU 347.91

Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626

**ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO
GRAU DE MESTRE EM DIREITO**

No dia trinta de julho de dois mil e vinte às 10:30 horas, na sala REMOTA, CONFORME AUTORIZA PORTARIA 36/2020-CAPES, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **RODRIGO BLEY SANTOS**, intitulada: **Convenção processual sobre norma aplicável ao mérito**, sob orientação do Prof. Dr. EDUARDO TALAMINI. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: EDUARDO TALAMINI (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), FREDIE SOUZA DIDIER JUNIOR (UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA), RODRIGO RAMINA DE LUCCA (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, EDUARDO TALAMINI, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 30 de Julho de 2020.

Assinatura Eletrônica

30/07/2020 11:44:45.0

EDUARDO TALAMINI

Presidente da Banca Examinadora (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

30/07/2020 14:07:29.0

FREDIE SOUZA DIDIER JUNIOR

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA)

Assinatura Eletrônica

30/07/2020 16:23:30.0

RODRIGO RAMINA DE LUCCA

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO)



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -
40001016017P3

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **RODRIGO BLEY SANTOS** intitulada: **Convenção processual sobre norma aplicável ao mérito**, sob orientação do Prof. Dr. EDUARDO TALAMINI, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 30 de Julho de 2020.

Assinatura Eletrônica

30/07/2020 11:44:45.0

EDUARDO TALAMINI

Presidente da Banca Examinadora (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

30/07/2020 14:07:29.0

FREDIE SOUZA DIDIER JUNIOR

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA)

Assinatura Eletrônica

30/07/2020 16:23:30.0

RODRIGO RAMINA DE LUCCA

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO)

AGRADECIMENTOS

Em primeiro, lugar, ao Altíssimo. *Fac me tibi semper magis credere; in te spem habere, te diligere.*

A Jaqueline Bley Franco e a Ailton José Cordeiro dos Santos, pelo incessante apoio ao longo de todos estes anos.

Ao contribuinte brasileiro, a quem, devido a uma injusta contingência, coube arcar com os custos do Programa de Pós-graduação em Direito desta e de todas as outras universidades públicas, propiciando a “gratuidade” dos meus estudos.

Ao Prof. Dr. Eduardo Talamini, por ter generosamente aceitado orientar esta dissertação, propiciando-me a oportunidade de cursar o programa de mestrado na Universidade Federal do Paraná.

Aos amigos de graduação e de mestrado, pelas importantes contribuições, comentários e compartilhamento de experiências neste ano de redação da dissertação: Rodrigo Marcial Ledra Ribeiro, Fernando Struecker, Doshin Watanabe e Marcos Bonfim.

A João Rodrigo Stingen e João Pedro Natividade Kostin, pelas indispensáveis revisões dos capítulos deste trabalho; a Emerson Luiz dal Pozzo, Vitoria Pedruzzi Segato e Frederico Augusto Gomes, por tantas conversas e ajudas em diversos momentos.

Aos amigos de sempre, com cuja companhia sempre pude contar em todos os momentos: Alysson Gaya, Rodrigo Wippel Marinoni, Nathan Machado Olschowsky, Jonathas Machado Kloss, Daniel Basso Ribas, André Basso Ribas, Vinicius Becker, Bruno Herzog, William Leal, Leticia Romero, Maiquel Zimann, Lucas Cabral, Gabriel Sales, Rafael Borg, Gabriel Lobo.

A Guilherme Döring Cunha Pereira, por nunca me deixar esquecer aquilo que é realmente essencial.

Acima de tudo, a Thereza Bley Franco (*in memoriam*, 01.05.1935 – 07.03.2019), cujo exemplo heroico de fortaleza e de abnegação em face de dificuldades avassaladoras salvou a nossa família e me servirá de eterna inspiração.

A.M.D.G.

À memória de Thereza Bley Franco.

RESUMO

Ao consagrar o instituto dos negócios processuais por meio de uma cláusula geral de negociabilidade processual, o Código de Processo Civil de 2015 abriu margem a uma ilimitada gama de possíveis convenções, cuja licitude deve ser analisada pela doutrina. O tema da presente dissertação de mestrado é a possibilidade de celebrar convenção processual sobre norma aplicável ao mérito do litígio. Na primeira parte do trabalho, realiza-se uma revisão da bibliografia a respeito do instituto dos negócios processuais, especialmente na doutrina brasileira. Procura-se expor o histórico do instituto no processo civil da Civil Law e examina-se a racionalidade e a principiologia que o fundamentam. A isso se segue uma análise da dogmática do instituto tal como positivado no CPC/2015, em particular as diversas classificações dos negócios, sua inserção à luz da teoria do fato jurídico, seus limites subjetivos e objetivos e a possibilidade de controle judicial. Na segunda parte, examina-se a questão da admissibilidade teórica das convenções sobre norma aplicável ao mérito. Após uma análise do estado da questão na doutrina brasileira, expõem-se os fundamentos que conduzem à afirmação da admissibilidade teórica do instituto, afastando-se ainda algumas objeções contrárias. Em seguida, propõem-se alguns critérios gerais de admissibilidade, aplicáveis a todas as convenções do gênero. Por fim, empreende-se uma exploração casuística de algumas hipóteses possíveis de convenção processual sobre norma aplicável, como a eleição de normativa material nacional e estrangeira, bem como a convenção para julgamento por equidade.

PALAVRAS-CHAVE: convenções processuais; eleição de direito aplicável ao mérito; *iura novit curia*; julgamento por equidade.

ABSTRACT

By instituting procedural contracts through a general clause of procedural negotiability, the 2015 Brazilian Code of Civil Procedure opened the gates to an ample array of possible contracts, the validity of which must be analyzed by legal scholarship. The object of the present thesis regards the possibility of procedural contracts about the norm applicable to the merits of the procedure. In its first part, I conduct a literature review regarding procedural contracts, especially in the Brazilian doctrine. I then briefly expose the history of the institute in Civil Law, as well as examine its rationality and principles behind it. An analysis of the dogmatic aspect of the institute in the CPC/2015 follows, particularly possible classifications, its examination according to the theory of legal facts, subjective and objective limits, judicial control and interpretation. In its second part, I examine the theoretical admissibility of procedural contracts about the norm applicable to the merits, responding affirmatively. In the end, I explore the casuistry of some of its possible instances, such as the choice of domestic and foreign applicable law, as well as and the convention defining judgment *ex aequo et bono*.

KEYWORDS: procedural contracts; choice of law applicable to the merits; *iura novit curia*; judgment *ex aequo et bono*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
PARTE I: TEORIA E ESTRUTURA DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS.....	12
CAPÍTULO 1 – ASPECTO TEÓRICO DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS	13
1.1. HISTÓRICO DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS	13
1.1.1. DESENVOLVIMENTO NA EXPERIÊNCIA JURÍDICA ESTRANGEIRA	13
1.1.1.1 Direito romano.....	13
1.1.1.2 Revolução francesa e processo civil liberal.....	15
1.1.1.3 Processo civil publicístico	17
1.1.1.4 Crise jurisdicional do pós-guerra.....	20
1.1.2. NEGÓCIOS PROCESSUAIS NO DIREITO BRASILEIRO	26
1.1.2.1. Antecedentes legislativos e CPC/1939	26
1.1.2.2. CPC/1973.....	28
1.1.2.3. CPC/2015.....	32
1.2. FUNDAMENTOS DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS	35
1.2.1. RACIONALIDADE DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS.....	35
1.2.1.1. Liberdade	35
1.2.1.2. Eficiência	40
1.2.2. PRINCIPIOLOGIA DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS.....	45
1.2.2.1. Autorregramento da vontade	46
1.2.2.2. Cooperação	50
1.2.2.3. Adequação	53
1.2.2.4. Eficiência	55
1.2.2.5. Princípios como limitadores	57
1.2.2.6. Conclusão do capítulo	59
CAPÍTULO 2 – ASPECTO ESTRUTURAL DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS ...	61
2.1. DOGMÁTICA DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS	61
2.1.1. ESTRUTURA NORMATIVA E CLASSIFICAÇÃO DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS .	61
2.1.1.1. Microssistema de negociabilidade processual	61
2.1.1.2. Cláusula geral de negociabilidade processual	63
2.1.1.3. Previsão legal.....	66
2.1.1.4. Institucionalidade.....	67
2.1.1.5. Momento de celebração	68
2.1.1.6. Quantidade.....	69
2.1.1.7. Objeto	70
2.1.2. NEGÓCIOS PROCESSUAIS À LUZ DA TEORIA DO FATO JURÍDICO	76

2.1.2.1. Teoria dos fatos jurídicos processuais	76
2.1.2.2. Elementos de existência.....	80
2.1.2.3. Requisitos de validade	84
2.1.2.4. Condições de eficácia	90
2.2. LIMITES E CONTROLE DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS.....	92
2.2.1. LIMITES	93
2.2.1.1. Limites subjetivos.....	93
2.2.1.2. Limites objetivos.....	97
2.2.2. CONTROLE E INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS	106
2.2.2.1. Controle	106
2.2.2.2. Interpretação	110
2.2.2.3. Conclusão do capítulo	112
PARTE II: TEORIA E CASUÍSTICA DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS SOBRE NORMA APLICÁVEL AO MÉRITO	114
CAPÍTULO 3 – PARA UMA TEORIA DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS SOBRE NORMA APLICÁVEL AO MÉRITO	115
3.1. PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS.....	115
3.1.1. ELEIÇÃO DE DIREITO APLICÁVEL AO MÉRITO	115
3.1.1.1. Conceito, racionalidade e conveniência	115
3.1.1.2. Panorama no direito internacional.....	120
3.1.1.3. Panorama na arbitragem internacional	124
3.1.1.4. Panorama no direito brasileiro.....	126
3.1.2. CONVENÇÃO PROCESSUAL SOBRE NORMA APLICÁVEL AO MÉRITO: ESTADO DA QUESTÃO NA DOCTRINA BRASILEIRA	131
3.1.2.1. Introdução sobre a discussão	131
3.1.2.2. Opiniões favoráveis	131
3.1.2.3. Opiniões contrárias.....	137
3.2. ADMISSIBILIDADE E CRITÉRIOS DA CONVENÇÃO SOBRE NORMA APLICÁVEL AO MÉRITO	140
3.2.1. ADMISSIBILIDADE TEÓRICA DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS SOBRE NORMA APLICÁVEL AO MÉRITO	141
3.2.1.1. Fundamento normativo-sistemático	141
3.2.1.2. Fundamento comparatístico.....	150
3.2.1.3. Fundamento principiológico.....	154
3.2.1.4. Convenção sobre norma aplicável ao mérito e a máxima <i>iura novit curia</i>	156
3.2.1.5. Convenção sobre norma aplicável ao mérito e objeto dos negócios processuais.....	161
3.2.1.6. Conveniência da convenção sobre norma aplicável ao mérito.....	163

3.2.1.7. Convenção sobre norma aplicável e desenvolvimento do direito brasileiro	165
3.2.2. CRITÉRIOS GERAIS DE ADMISSIBILIDADE E ALGUMAS QUESTÕES PRÁTICAS	168
3.2.2.1. Disponibilidade material e processual	168
3.2.2.2. Observância das normas cogentes materiais e processuais	171
3.2.2.3. Observância da ordem pública material e processual.....	174
3.2.2.4. Consequências da violação dos limites objetivos.....	176
3.2.2.5. Cognoscibilidade de ofício da convenção processual sobre norma aplicável ao mérito.....	178
3.2.2.6. Conclusão do capítulo	179
CAPÍTULO 4 – CASUÍSTICA DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS SOBRE NORMA APLICÁVEL AO MÉRITO	181
4.1. ELEIÇÃO DE NORMATIVA MATERIAL.....	181
4.1.1. ELEIÇÃO DE NORMATIVA MATERIAL ESTRANGEIRA	181
4.1.1.1. Discussão teórica	181
4.1.1.2. Casos hipotéticos	186
4.1.2. ELEIÇÃO DE NORMATIVA MATERIAL NACIONAL.....	187
4.1.2.1. Discussão teórica	187
4.1.2.2 Casos hipotéticos	188
4.2. OUTRAS MODALIDADES	190
4.2.1. CONVENÇÃO DE JULGAMENTO POR EQUIDADE.....	190
4.2.2. OUTRAS MODALIDADES	194
4.2.2.1. Afastamento consensual da questão da constitucionalidade da norma aplicável.....	195
4.2.2.2. Acordo sobre regra de interpretação.....	197
4.2.2.3. Acordo sobre afastamento de precedente	201
4.2.2.4. Acordo sobre qualificação	203
4.2.2.5. Casos hipotéticos	204
4.2.2.6. Conclusão do capítulo	206
CONCLUSÃO	207
REFERÊNCIAS	212

INTRODUÇÃO

§1º Delimitação do tema, justificativa e objetivos

Das várias novidades que o Código de Processo Civil de 2015 trouxe para a disciplina, não há dúvida de que a nova tratativa dada ao instituto dos negócios processuais constitui uma das mais marcantes e promissoras. As inovações incorporadas pelo diploma, marcadas pelo ineditismo em comparação com o direito estrangeiro, abrem margem a um ilimitado leque de possíveis acordos por meio da cláusula geral de negociabilidade processual insculpida no art. 190 do Código, cuja redação autoriza a livre pactuação de convenções processuais atípicas. São evidentes as potencialidades ínsitas a essa escolha legislativa, que confere às partes um poder normativo sem precedentes para modelar os mais diversos aspectos do seu processo.

Acima de tudo, a inovação do Art. 190 representa o mais expressivo exemplo de uma virada valorativa no processo civil. É correto afirmar que o ordenamento processual, na sua conformação atual, passou a privilegiar sobremaneira o princípio da autonomia privada dos indivíduos, até então atrofiado nessa esfera do direito.

A nova importância dada à categoria dos negócios jurídicos processuais reflete uma tendência mundial de ressignificação da relação entre cidadão e Estado: da antiga responsabilidade paternalista, reveladora de uma imagem senhoril da Autoridade Pública, ao diálogo democrático, profundamente compreensivo da autonomia dos indivíduos e das associações privadas, do seu potencial criativo e das relevantes consequências deste potencial no mundo do direito¹.

Tal como positivada, a estrutura dos negócios jurídicos processuais do ordenamento brasileiro é inovadora. A porta aberta pelo CPC/2015 inclui potencialidades ainda não inteiramente compreendidas pelos operadores do direito, de tal forma que caberá especialmente à investigação doutrinária a elucidação do alcance do instituto, de sua relação com os institutos tradicionais do processo e com os seus limites.

¹ “Um processo em que se desenvolvam amplamente os negócios processuais: é mais consentâneo com a liberdade; confere ao jurisdicionado a dignidade que ele merece em um sistema que pretenda resolver os problemas das pessoas em vez de tutelá-las senhorialmente; tende a ser mais aderente à realidade e apto a produzir resultados eficazes e adequados às necessidades de cada conflito”. TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. In: Informativo Justen, Pereira Oliveira e Talamini, nº 104. Curitiba, 2015, p. 14-15.

A particularidade da sistemática das cláusulas gerais, conquanto repleta de potencialidades, acarreta também uma série de dificuldades de utilização. É que, uma vez abertas as portas para os negócios processuais atípicos, a flexibilidade engendrada por esta escolha legislativa carrega consigo inegável dose de insegurança. Ausente expressa previsão legislativa dando conta dos seus critérios de admissibilidade e limites, cada espécie de negócio atípico merecerá aprofundado estudo a fim de se averiguar a sua compatibilidade com o ordenamento jurídico como um todo.

Recomenda-se, em tais condições, cautela para evitar que “a euforia, normalmente causada pelo novo, venha a contagiar a processualística brasileira e, assim, impeli-la à defesa em prol de um sem número de negócios jurídicos processuais inválidos ou ineficazes”². E, acima de tudo, irrompe a necessidade de estudo verticalizado sobre as diversas modalidades possíveis de convenções processuais, a fim de se aferir a correta extensão de seus limites.

Nessa ordem de ideias, a presente dissertação procurará analisar uma espécie particular de convenção processual atípica. Pretende-se examinar no presente trabalho o que aqui se denominam as **convenções processuais sobre norma aplicável ao mérito**. Este gênero de acordo, que possui precedentes legislativos na França³, na Itália⁴ e que já foi aventado pela doutrina nacional antes mesmo da entrada em vigor do CPC/2015⁵,

² ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes**: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 293

³ Art. 12 do *Code de Procédure Civile*: “Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.

Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée.

Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat.

Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé.” (g.n.)

⁴ Art. 114 do *Codice di Procedura Civile*: “Il giudice, sia in primo grado che in appello, decide il merito della causa **secondo equità** quando esso riguarda diritti disponibili delle parti e queste gliene fanno concorde richiesta.” (g.n.)

⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Convenções das partes sobre matéria processual**. Revista de Processo, a. 9, v. 33, jan./mar. 1984.

encontra atualmente tanto autores partidários de sua admissibilidade⁶, quanto aqueles que lhe são contrários⁷.

Antes de mais nada, convém uma explicação sobre o título da dissertação. Em primeiro lugar, a utilização dos termos “convenção”, “negócio” e “acordo” para se referir à figura dos negócios jurídicos processuais serão utilizados de forma sinônima no trabalho, a não ser que haja específica indicação de que não é este o caso.

Ademais, não se fala em “convenção para eleição de direito aplicável ao mérito”, como sugerido algumas vezes na doutrina, por duas razões principais. Em primeiro lugar, porque o termo já tem uma utilização própria no Direito Internacional Privado e, conforme se defenderá, há algumas importantes diferenças entre a eleição de direito aplicável operada com fundamento nas normas de direito internacional e a convenção neste trabalho analisada. Em segundo lugar, porque falar de convenções sobre **direito** aplicável não compreende a integralidade do instituto, na medida em que não contempla outras formas de eleição possíveis, como a convenção para julgamento por equidade.

Não se tem conhecimento de uma pesquisa doutrinária verticalizada sobre o tema na doutrina brasileira. É nisso que consiste a principal **justificativa acadêmica** da presente dissertação: para além da novidade das convenções processuais, a falta de um estudo pormenorizado sobre as convenções aplicáveis ao mérito torna o tema, embora não completamente desconhecido pela doutrina, ainda pouco compreendido tanto por teóricos quanto por operadores do direito. Assim, sua aplicação prática tende a ser exígua, haja vista a ausência de diretrizes e a incerteza quanto à sua validade, bem como a incerteza do reconhecimento jurisprudencial da validade de tais acordos.

Avançando-se na delimitação do tema, as **perguntas** que a dissertação procurará responder podem ser formuladas nos seguintes termos: “É admissível, à luz do CPC/2015, convenção processual sobre norma aplicável ao mérito? Em caso positivo, quais são os seus requisitos de admissibilidade?”.

O **objetivo geral** da dissertação é o de defender a admissibilidade teórica da convenção processual sobre norma aplicável ao mérito como modalidade atípica de

⁶ GRECO, Leonardo. **Os atos de disposição processual**: primeiras reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual, v.1, out./dez. 2007; DIDIER JR, Fredie. **Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-15**. In: DIDIER JR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 20-21.

⁷ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade Processual**: a liberdade das partes no processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 309-330; Enunciado nº 36: “A regra do art. 190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que: (...) d) **estipulem o julgamento do conflito com base em lei diversa da nacional vigente**”.

negócio processual, bem como trazer uma proposta de delineamento de alguns critérios gerais e específicos para a sua admissibilidade.

A fim de se atingir o objetivo geral a que se propõe, constituem **objetivos específicos** do presente trabalho:

a) Estudar a dimensão teórica dos negócios processuais: sua história desde o direito romano até a atualidade no exterior e no Brasil, a sua racionalidade e a principiologia do instituto à luz do processo civil contemporâneo;

b) Estudar a dimensão dogmática dos negócios processuais, incluindo-se aspectos como a classificação dos negócios processuais, a sua inserção à luz da teoria do fato jurídico, limites subjetivos e objetivos, controle e interpretação;

c) Examinar especificamente a questão da admissibilidade, no direito brasileiro, das convenções processuais sobre norma aplicável ao mérito, concluindo-se, após cotejo das opiniões favoráveis e contrárias encontradas na doutrina e mediante argumentação própria, de forma positiva pela possibilidade desta modalidade de convenção atípica. Em seguida, propor o delineamento de alguns dos critérios gerais de admissibilidade do instituto;

d) Empreender uma análise casuística, à luz do esboço de teoria geral empreendido no Capítulo 3, de algumas modalidades específicas de convenção processual sobre norma aplicável, dentre as quais se incluem a eleição de normativa aplicável nacional e estrangeira, bem como da convenção para julgamento por equidade.

§2º Metodologia e sumário

O sumário da dissertação segue a divisão proposta pelo “plano francês”. Assim, o trabalho divide-se em duas partes, cada uma contendo dois capítulos separados por dois tópicos, contendo ainda cada um deles dois subtópicos. A **Parte I** (“Teoria e Estrutura dos Negócios Processuais”) procurará cumprir os objetivos **a)** e **b)** acima elencados, tendo como propósito a realização de uma revisão da bibliografia disponível sobre negócios processuais, especialmente na doutrina brasileira. Utilizando-se da classificação sugerida por Mark Van Hoecke⁸, a Parte I do trabalho envolverá uma análise descritiva, histórica e dogmática do instituto dos negócios processuais à luz do direito brasileiro. Antes de

⁸VAN HOECKE, Mark. **Legal Doctrine**: Which Method(s) for what kind of discipline? In: VAN HOECKE, Mark (ed.). *Methodologies of Legal Research: which kind of method for what kind of discipline?* Oxford: Hart Publishing, 2011, p. 1-18.

atingir alguma conclusão inovadora, o objetivo da primeira parte é fornecer um apanhado geral da compreensão do instituto (ou ainda, o estado da questão do instituto) e uma definição de alguns dos principais conceitos utilizados. Pretende-se, logo no **Capítulo 1**, fornecer uma adequada compreensão teórica do instituto dos negócios processuais, a partir de uma perspectiva histórica e principiológica. Em seguida, no **Capítulo 2**, analisa-se o enquadramento normativo-estrutural do instituto à luz do CPC/2015 e das demais normas componentes do chamado “microssistema de negociabilidade processual”.

Já na **Parte II** (“Teoria e Casuística das Convenções Processuais sobre Norma Aplicável ao Mérito”), a partir de uma perspectiva mais exploratória, propõe-se analisar e responder à pergunta delimitada como tema da dissertação. Ela terá perfil mais propositivo, valendo-se de uma perspectiva hermenêutica, dialética e dedutiva para propor um esboço de teoria geral sobre as convenções processuais aplicáveis ao mérito, bem como para indicar as formas de aplicação concreta da teoria a algumas específicas modalidades de acordos com o mesmo objeto.

O **Capítulo 3** do trabalho pretende levantar razões teóricas em favor da admissibilidade de negócios processuais sobre direito aplicável ao mérito. Já o **Capítulo 4** apresenta uma análise casuística de algumas categorias possíveis integrantes desse objeto mais amplo.

O marco legislativo do trabalho contempla especialmente diplomas do direito brasileiro atualmente vigente, incluindo-se como objeto especial de análise o CPC/2015. Haverá ainda remissões ocasionais à Lei de Arbitragem, à Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, à Convenção de Viena de 1980 e ao Código Civil de 2002.

O marco teórico utilizado consistirá nos estudos de doutrina nacional sobre os negócios processuais. Referências a obras estrangeiras, conquanto ocasionais, não terão caráter exaustivo. Conforme se tornará claro, todavia, o principal marco teórico utilizado consiste no artigo de Eduardo Talamini sobre os negócios processuais⁹. Grande parte das ideias desenvolvidas neste trabalho está presente naquele texto, devidamente referenciado ao longo de toda a dissertação.

Numa perspectiva pessoal, o tema da eleição de direito aplicável ao mérito tem sido objeto das pesquisas do autor deste trabalho desde a graduação na Universidade Federal do Paraná. Já se teve a oportunidade de estudar o tema da eleição de direito aplicável ao mérito, a partir das disciplinas do Direito do Comércio Internacional e da

⁹ TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. In: Informativo Justen, Pereira Oliveira e Talamini, nº 104. Curitiba, 2015, p. 1-15.

arbitragem internacional, no trabalho de conclusão de curso “Escolha de direito material em arbitragem comercial internacional”. Em seguida, houve a oportunidade de escrever trabalho de pós-graduação, com título “Eleição de direito aplicável ao mérito como modalidade de negócio jurídico processual atípico”, para o Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. A monografia, orientada pelo Prof. Dr. Paulo Osternack Amaral, continha uma conclusão diametralmente oposta à atingida na presente dissertação. O que representa, aliás, mais uma evidência de que não se deve ter muito apego pelas próprias opiniões.

PARTE I: TEORIA E ESTRUTURA DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS

Na primeira parte desta dissertação, pretende-se explorar os negócios processuais a partir de duas diferentes perspectivas. No primeiro capítulo, analisa-se o aspecto teórico do instituto. No segundo capítulo, verificam-se as particularidades da inserção dos negócios processuais no ordenamento jurídico-positivo brasileiro.

Dessarte, pretende-se num primeiro momento fornecer subsídios sobre a história e a racionalidade do instituto, almejando uma mais profunda compreensão sobre as circunstâncias que levaram à adoção dos negócios processuais na legislação. Em específico, o **Capítulo 1** focará na característica histórica do instituto (**1.1**), bem como na sua justificativa valorativa e na sua adequação ao panorama principiológico do processo civil contemporâneo (**1.2**). Já o **Capítulo 2** dará maior atenção ao referencial normativo positivo do instituto, tal como positivado pelo CPC/2015. Examina-se a classificação dos diferentes tipos de negócios processuais, a sua inserção à luz dos planos da existência, validade e eficácia (**2.1**), para ao fim se investigar a questão dos seus limites e do controle pelo magistrado (**2.2**). É certo que a divisão proposta não implica uma separação absoluta dos aspectos abordados, de modo que haverá referências às normas positivas no primeiro capítulo e aspectos da racionalidade e da principiológica do instituto no segundo.

Metodologicamente, a parte I adotará uma perspectiva teórica eminentemente descritiva. Procura-se realizar uma revisão da bibliografia nacional, de modo a aferir o estado da questão a respeito dos negócios processuais na doutrina brasileira. Referências tanto à doutrina estrangeira quanto à jurisprudência, conquanto presentes, serão ocasionais e não se pretendem exaustivas.

O propósito da parte I é fornecer o panorama conceitual necessário, a partir das principais conclusões da doutrina brasileira, para se proceder à análise do objeto principal desta dissertação na sua parte II, qual seja, a possibilidade de pactuação de convenção processual sobre norma aplicável ao mérito.

CAPÍTULO 1 – ASPECTO TEÓRICO DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS

O primeiro capítulo da dissertação tem como objetivo examinar o instituto dos negócios processuais a partir de duas perspectivas particulares: o seu histórico e a sua racionalidade. A primeira seção do trabalho (1.1) deter-se-á sobre a primeira delas: após uma breve exposição sobre o desenvolvimento histórico do instituto na tradição geral da *civil law* e sobre o seu estágio atual em alguns ordenamentos estrangeiros (1.1.1), será o momento de analisar brevemente o histórico do instituto no direito brasileiro (1.1.2). Já a segunda seção do trabalho (1.2) explorará alguns dos fundamentos do instituto. Ela contempla a racionalidade subjacente à incorporação dos negócios processuais pelo direito brasileiro (1.2.1), bem como a sua principiologia (1.2.2).

Pretende-se fornecer alguns fundamentos teóricos necessários para uma mais profunda compreensão do instituto dos negócios processuais tal como positivado no direito brasileiro com o Código de Processo Civil de 2015, tema do capítulo seguinte.

1.1. HISTÓRICO DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS

1.1.1. DESENVOLVIMENTO NA EXPERIÊNCIA JURÍDICA ESTRANGEIRA

1.1.1.1 Direito romano

Qualquer discussão sobre o instituto dos negócios processuais necessita ter presente o caráter marcadamente histórico da relação entre partes, juiz e Estado no processo civil, numa distribuição de forças bastante volúvel ao longo do tempo¹⁰. É necessário também examinar as influências ideológicas e culturais que perpassaram o pensamento e as instituições políticas e jurídicas ocidentais¹¹.

Não se pretende aqui fazer uma reconstrução histórica exaustiva acerca do tema, o que transgrediria o recorte delimitado para o trabalho. Pretende-se, em alternativa, discorrer brevemente sobre alguns momentos considerados de maior relevância para a história dos negócios processuais.

¹⁰ CAPONI, Remo. **Autonomia privada e processo civil**: os acordos processuais. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. XIII, p. 735.

¹¹“Come si è detto all’inizio, il processo non è una mera tecnica neutrale applicabile allo stesso modo in qualunque ambiente e in qualunque contesto. Al contrario: il processo è il risultato della combinazione – e addirittura della reciproca interferenza – di una pluralità di fattori che vanno dalle tradizioni giuridiche alle vicende storiche, dall’economia alla politica, alla morale e alla cultura. Questi fattori determinano gli orientamenti dei legislatori processuali nelle varie fasi storiche, ma influiscono anche sulla giurisprudenza e sulle teorie elaborate dalla dottrina processualistica. Tra essi, pare evidente che un ruolo molto rilevante debba essere riconosciuto alle opzioni valutative che indirizzano le scelte relative alla giustizia civile, ossia – in una parola – alle ideologie del processo civile.” TARUFFO, Michele. **Ideologie e teorie della giustizia civile**. In: Revista de Processo, v. 247, set/2015, *on-line*.

A doutrina identifica no direito romano um primeiro momento de relevo para a história das convenções processuais¹². São notadamente os dois primeiros períodos do direito romano – o das *legis actiones* e o *per formulas* – em que tal forma se privilegiava a vontade das partes que esta se tornava indispensável até mesmo para a instauração do processo. Em consequência, o processo romano assumia nesse momento uma natureza que parte da doutrina denominou contratual, sendo apropriadamente denominado um *ordo iudiciorum privatorum*¹³.

No *ordo iudiciorum privatorum*, o processo dividia-se em duas fases distintas. A primeira delas (*in iūre*), tinha como objeto final a constituição da *litiscontestatio*, acordo por meio do qual os litigantes atestavam a existência do litígio, fixavam as questões controvertidas e aceitavam submeter-se à sentença, no que representaria uma “espécie de renúncia à vingança privada”¹⁴. Apenas quando constituída a *litiscontestatio* pela vontade das partes, é que teria início a segunda fase (*apud iudicem*). Nessa, se instruía e julgava a causa pelo *iudex*, pessoa escolhida em comum acordo pelo pretor romano e pelos litigantes¹⁵.

A *litiscontestatio*, portanto, era o requisito indispensável para conferir autoridade ao julgador e à própria decisão que viria a ser proferida na fase seguinte. A vontade das partes constituía uma condição de existência de todo o processo.

Ao período *per formulas* se seguiu aquele da *extraordinaria cognitio*, no qual se deu uma marcada publicização do processo e um consequente afastamento de sua natureza quase-contratual. Rodrigo Ramina de Lucca vê duas razões principais para a mudança de orientação do sistema, ambas relacionadas ao advento do período imperial da história romana. Em primeiro lugar, a concentração de poderes públicos na figura do Imperador ocasionou a atração também da jurisdição ao poder do soberano. Em segundo lugar, ocorreu a intensificação da produção legislativa imperial, o que diminuiria a

¹² CADIET, Loïc. **Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia**. Civil Procedure Review, v. 3, n. 3, 2012, p. 4. Em sentido contrário, no entanto, posiciona-se José Rogério Cruz e Tucci, que não concorda com a visão de que a *litiscontestatio* consistiria em antecedente histórico dos negócios processuais. Cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Natureza e objeto das convenções processuais**. In: CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 27-8.

¹³ VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. **Convenções Processuais no Paradigma do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 25-7.

¹⁴ VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. **Convenções Processuais no Paradigma do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 24.

¹⁵ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade Processual: a liberdade das partes no processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 72.

importância da figura do pretor no direito romano, o responsável pela “enunciação do princípio jurídico aplicável ao caso”¹⁶. A partir deste momento, feneceu no processo romano a marca contratual, na medida em que a aproximação da jurisdição com a autoridade política retirou a exigência da concordância das partes para o prosseguimento do processo.

O que se destaca do período do *ordo iudiciorum privatorum* é a importância dada no processo ao caráter da vontade das partes. Sem a constituição da *litiscontestatio*, instituto de natureza contratual, não seria possível o julgamento final da causa mediante a instauração da sua última fase. Não é por outro motivo que as tentativas de renovar o papel da vontade das partes no processo civil encontrem como crítica recorrente a acusação de que se estaria tentando um retorno atávico ao privatismo romano¹⁷. Apesar disso, a crítica não procede: a defesa de uma perspectiva mais favorável à autonomia das partes no processo não implica o abandono das noções mais contemporâneas a respeito do processo ou da jurisdição, muito menos um retorno a um paradigma processual pré-moderno.

1.1.1.2 Revolução francesa e processo civil liberal

Um segundo momento selecionado para o exame dos negócios processuais compreende a virada do século XVIII para o XIX. Trata-se do período imediatamente subsequente à Revolução Francesa, após já alguns séculos de unificação dos conceitos de direito, soberania e poder político¹⁸. O direito pós-revolucionário tornou realidade o projeto iluminista da busca de um direito integralmente estatal, a ser encontrado em diplomas legislativos sistemáticos e positivados por um órgão legislativo detentor do poder e da legitimidade democrática. No campo do processo, destaca-se a criação do *Code de Procédure Civile* francês de 1806, que influenciou posteriormente a criação de outros diplomas nacionais nele inspirados, na esteira do movimento das codificações continentais¹⁹.

¹⁶ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade Processual**: a liberdade das partes no processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 76-77.

¹⁷ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 103.

¹⁸ COSTA, Pietro. **O Estado de Direito**: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs). *O Estado de Direito: história, teoria*. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 103-105.

¹⁹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 97.

No que diz respeito aos negócios processuais, o momento francês pós-revolucionário apresenta tendências conflitantes. Por um lado, a desconfiança dos juristas revolucionários com relação à figura do juiz, exemplificada pela Escola da Exegese²⁰, impunha ao magistrado uma função passiva, de modo que às partes se concedia o total protagonismo na defesa dos próprios interesses. A inércia da jurisdição representava uma garantia de imparcialidade do Judiciário, ao qual se pretendia conceder apenas o poder de promover a aplicação silogística da lei ao caso concreto²¹.

Por outro lado, a identificação do direito com a lei, e a identificação desta com o poder político soberano, causava um cenário de elevada rigidez do procedimento desenhado na lei estatal²². Fixado o trâmite processual pela legislação positiva, pouco espaço de autonomia restava às partes que não a obediência ao direito posto.

Disso se seguia um panorama de forte influência das partes apenas em alguns aspectos do processo, como na delimitação dos limites da pretensão, das questões controvertidas e na fase instrutória, restando o Estado-juiz inerte com relação à sua condução. Todavia, nem às partes nem ao juiz se atribuía o direito de promover flexibilizações no processo, o que ressaltava a posição de primazia da legislação estatal no sistema processual pós-revolucionário²³. Se é verdade que a vontade das partes assumia uma posição de proeminência no período, é igualmente válido reconhecer que esta mesma vontade tinha alcance apenas até certo ponto: uma vez ingressado no domínio da lei estatal, a autonomia privada perdia qualquer poder normativo arrefecia diante do valor maior da lei²⁴. O cenário de rigidez legislativa não permitia o desenvolvimento de um instituto nos moldes dos negócios processuais.

²⁰ Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Didiero explicam que a escola da exegese, a manifestação francesa do positivismo clássico, via na função do juiz uma atividade puramente cognitiva e lógica, atada necessariamente à norma jurídica tal como outorgada pelo Estado-legislador. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sergio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Teoria do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 49.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sergio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Teoria do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 50.

²² ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A Contratualização do Processo: das convenções processuais no processo civil (de acordo com o novo CPC)**. São Paulo: LTr, 2015, p. 61.

²³ VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. **Convenções Processuais no Paradigma do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 34.

²⁴ Sobre a direito da Revolução Francesa, Paolo Grossi destaca o abismo entre a esfera pública da lei, promulgada pelo poder legiferante absoluto do Estado, e a esfera privada dos contratos, deixada quase que integralmente à mercê das partes. A liberdade assegurada aos cidadãos na condução da vida privada não se estendia às normas públicas, que deveriam ser passivamente obedecidas. “As Romano puts it in his extremely lucid summary, the tableau had been reduced to two players: the macro-individual of the state, and the microindividual of the single citizen. The sources of law had also been reduced: to the written laws of the state in the public sphere and to the contract in the private sphere. Society itself had been reduced to

1.1.1.3 Processo civil publicístico

Um terceiro momento de relevância para os negócios processuais se deu na segunda metade do Século XIX. O prestígio do modelo processual francês, compatível com a ideologia do liberalismo clássico, perdeu força progressivamente em razão do crescimento de movimentos ideológicos de tendência socialista²⁵. No que diz respeito ao processo civil, a guinada ideológica do fim do século XIX teve efeitos primeiramente na Alemanha e na Áustria, com o advento do cientificismo e do publicismo processuais²⁶.

Embora não possuam uma conexão intrínseca, no processo civil o cientificismo e o publicismo tiveram origens muito próximas. A superação do sincretismo processual pela metodologia conceitualista, na qual se estabeleceu o caráter autônomo da disciplina (seu objeto, método e princípios)²⁷, veio acompanhada da afirmação do processo como instrumento de realização de interesses públicos e sociais, o que traria a derrocada da visão do processo como coisa das partes (*Sache der Parteien*)²⁸. A síntese de conceitualismo e publicismo deu-se especialmente a partir da teorização da relação jurídica processual de Oskar von Bülow²⁹.

Antonio do Passo Cabral afirma ter surgido neste panorama histórico um primeiro momento de discussão doutrinária aprofundada sobre os negócios processuais. Em especial, o autor atribui a Josef Kohler a primeira defesa científica da posição segundo a qual o processo civil abriria margem a uma “ampla convencionalidade processual”, de forma que a pactuação das partes sobre matéria processual seria admissível toda vez que o ordenamento lhes abrisse mais de uma possibilidade para a realização de atos processuais³⁰. Kohler compreendia que a vontade das partes teria força normativa sobre

an anonymous mass of citizens, all formally equal, who submitted inertly and passively to the commands of the centre of power”. GROSSI, Paolo. **A History of European Law**, trad. Lawrence Hooper. Wiley-Blackwell, 2010, p. 138.

²⁵ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. **Vertentes culturais do processo civil na passagem do século XIX ao século XX**: as vertentes francesa e austríaca como marcos da passagem do Estado liberal ao Estado social e a atualidade de sua discussão. In: Revista de Processo, v. 224, mar/2014, *on-line*.

²⁶PEDRON, Flávio Quinaud, SILVA, Diogo Bacha e BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. **Uma (re)construção jurídico-política do direito processual civil brasileiro**: o Código de Processo Civil de 2015 como superação de certa tradição autoritária do processo. In: Revista de Processo, v. 271, set/2017, *on-line*.

²⁷DINAMARCO, Cândido Rangel, LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Novo Processo Civil**. 4. ed (revista e atualizada). São Paulo: Malheiros, 2019, p. 18-19.

²⁸LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade Processual**: a liberdade das partes no processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 94-96.

²⁹SOUSA, Miguel Teixeira de. **Apontamentos sobre a ciência processual civil**. In: Revista de Processo, v. 235, set/2014, *on-line*.

³⁰CABRAL, Antonio do Passo. **Convencções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 98-99.

o seu próprio processo, desde que respeitadas as regras cogentes do ordenamento jurídico. Dentro de tais limites normativos, as convenções processuais privadas seriam válidas³¹.

A posição de Kohler não exerceu grande influência nos rumos do processo civil continental, no entanto. Isto se explica por conta da influência de dois outros autores com opiniões distintas da de Josef Kohler. Em primeiro lugar, tornou-se proeminente o já mencionado publicismo processual de Oskar von Büllow. A afirmação da natureza pública do processo, fundada na premissa de que a relação jurídica processual continha o Estado-juiz, propeliu o autor a afirmar que as modificações convencionais de institutos processuais seriam inadmissíveis, a não ser que definidas expressamente pela lei. A razão disso, para Büllow, residiria no fato de que uma convenção processual entre as partes não teria validade na medida em que implicasse a disposição sobre direito de outrem (o Estado-juiz), o que estaria fora de seu alcance³².

O segundo nome de relevo é o de Franz Klein, principal responsável pela redação da *Zivilprozessordnung* (ZPO) austríaca de 1895. Tendo sido um importante crítico do liberalismo processual, Klein trouxe à tona a ideia de que o processo se destinava à consecução de interesses públicos transcendentais à vontade das partes, consagrando à jurisdição uma função social própria³³. Além disso, ao discordar da presunção de que as partes seriam necessariamente autossuficientes para a defesa dos seus interesses particulares, o autor inaugurou a ideia da hipossuficiência dos cidadãos, a ser corrigida mediante a atuação protagonista do juiz no transcurso do processo. Pouca razão haveria para se valorizar os negócios processuais, portanto, uma vez enfatizado o escopo público do processo e posta em dúvida a capacidade das partes de tutelarem os próprios interesses³⁴.

As duas posições, combinadas, imprimiram nos estágios iniciais do desenvolvimento da ciência processual a marca de uma enorme importância concedida à figura do Estado-juiz, em detrimento da autonomia das partes³⁵. E ambas as teorias

³¹ VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. **Convenções Processuais no Paradigma do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 40.

³² CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 100-101.

³³ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A Contratualização do Processo**: das convenções processuais no processo civil (de acordo com o novo CPC). São Paulo: LTr, 2015, p. 64-8.

³⁴ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 99.

³⁵ “As sementes plantadas pelo “processualismo científico” sistematizado por Oskar Bülow, somadas ao advento da ZPO austríaca, germinaram os grãos de uma cultura hiperpublicista, emergida no inchaço dos poderes do Estado-juiz e, especialmente, na pouca participação das partes.” VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. **Convenções Processuais no Paradigma do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 45.

encontraram repercussão na processualística italiana, especialmente por meio das obras de Giuseppe Chiovenda e de Salvatore Satta, disseminadores do paradigma publicístico tedesco no debate doutrinário da Itália³⁶. Em consequência, pode-se constatar certa reticência dos autores italianos em tratar, mesmo em caráter doutrinário, dos negócios processuais. Antonio do Passo Cabral retrata um cenário que oscilava da frontal negação aos negócios processuais como categoria da ciência processual civil à sua aceitação tímida nas hipóteses estabelecidas em lei³⁷. Em nenhum momento, entretanto, se vê uma aceitação enfática do instituto, talvez ante o medo de se retornar a um panorama privatista já reputado superado pelos avanços científicos do publicismo.

Para além de suas influências doutrinárias, o publicismo também logrou influenciar a legislação processual de vários países da tradição da *civil law*. É o que ocorreu, por exemplo, com o *Codice di Procedura Civile* italiano de 1940, orientado pela pretensão publicística de neutralizar a vontade das partes como maneira de remediar os males do processo. E a influência do processo civil italiano também se fez notar em vários países latinos, que passaram a adotar as mesmas premissas nas suas codificações³⁸.

Algumas consequências normativas se puderam extrair do triunfo do publicismo³⁹. Em primeiro lugar, o fortalecimento da figura do juiz, agora encarregado da atribuição de realizar os escopos públicos no processo, seja mediante a sua participação em todos os atos processuais, seja mediante o ganho de amplos poderes instrutórios para investigar a verdade real no processo. Além disso, diante da descoberta dos escopos públicos, perdeu relevância a liberdade das partes no processo, as quais viram arrefecer seu poder de disposição sobre direitos tanto materiais quanto processuais, além de assumirem deveres antes inexistentes.

Acima de tudo, consagrou-se a supremacia da regra legislada, tornada a única fonte do direito processual e dotada necessariamente de caráter cogente. Qualquer derrogação convencional da regra processual legislada, nesse sentido, arriscaria

³⁶ SOUSA, Miguel Teixeira de. **Apontamentos sobre a ciência processual civil**. In: Revista de Processo, v. 235, set/2014, *on-line*. O próprio autor, todavia, esclarece que a discussão entre publicismo e privatismo não restou integralmente superada com a obra de Chiovenda. A defesa de um processo civil mais “liberal” resistiu sobretudo na obra de Lodovico Mortara, com quem Chiovenda desenvolveu uma espécie de rivalidade que sobrevive até os dias atuais no debate entre as duas perspectivas doutrinárias.

³⁷ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 104.

³⁸ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A Contratualização do Processo**: das convenções processuais no processo civil (de acordo com o novo CPC). São Paulo: LTr, 2015, p. 70-71.

³⁹ As consequências se extraem de uma leitura conjunta de CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 76 e ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A Contratualização do Processo**: das convenções processuais no processo civil (de acordo com o novo CPC). São Paulo: LTr, 2015, p. 74.

comprometer o projeto publicista, na medida em que poderia afastar a consecução do interesse público constituinte da própria função social do processo. Arriscar-se-ia retornar, enfim, à já descreditada visão do processo como *Sache der Parteien*.

Evidente notar como, neste momento do desenvolvimento do processo civil, o movimento pendular da distribuição de forças favorecia sobremaneira o polo do Estado-juiz em face das partes, dos escopos públicos do processo em detrimento dos interesses privados. A autonomia das partes no processo, em específico o seu poder de normatizar a própria relação jurídica processual (ou mesmo o procedimento) de acordo com os ditames da sua vontade, alcançava a tacha de irrelevante⁴⁰. Irrelevante ou mesmo acintosa às autoridades superiores da norma de direito público e do magistrado, representante do Estado-juiz⁴¹.

1.1.1.4 Crise jurisdicional do pós-guerra

O pêndulo representativo da relação entre Estado-juiz e partes retornou seu movimento em direção às partes na segunda metade do século XX. A expansão intensa das atividades do Estado, propiciada pela ideologia do *Welfare State* e pelo seu conseqüente protagonismo na promoção dos direitos fundamentais dos cidadãos, encontrava afinidade tanto com uma perspectiva legictrista na teoria do direito, quanto com uma perspectiva publicista no processo civil.

Este panorama rapidamente encontrou um cenário de crise, nas décadas posteriores à 2ª Guerra Mundial, engendrada pela ineficiência das soluções estatais para a administração da justiça. A crise a que se faz referência possui duplo aspecto. Por um lado, a insuficiência do projeto das codificações, vocacionado a oferecer respostas prévias, únicas e definitivas à imensa variedade das situações de direito material levadas a juízo mediante a ordinarização do procedimento⁴². Por outro lado, a massificação dos litígios propostos perante o Judiciário, fenômeno que corresponde a inúmeras modificações socioeconômicas ocorridas no século XX, tornaram o serviço jurisdicional estatal mais custoso, lento e descreditado pelos jurisdicionados⁴³. O cenário tornou-se ainda mais crítico na medida em que a ideologia processual prevalente ressaltava o papel

⁴⁰ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas**: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 141.

⁴¹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 112-3.

⁴² CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 195.

⁴³ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A Contratualização do Processo**: das convenções processuais no processo civil (de acordo com o novo CPC). São Paulo: LTr, 2015, p. 108. ALVIM, José Eduardo Carreira, **Contratualização da Justiça**. Revista Brasileira de Arbitragem, v. II, 2005, p. 46.

do juiz na condução do processo, tarefa cuja execução eficiente se torna quase impossível num contexto de congestionamento da máquina judiciária⁴⁴. Ainda, a insistência monista da limitação das fontes do direito à lei estatal, ao reduzir o fenômeno normativo à sua faceta legislativa, inspirou uma tendência crítica a esta postura “estatólatra”⁴⁵, com a consequente preocupação de se revalorizarem as fontes ultraestatais de produção normativa.

Adicione-se a este panorama a redescoberta de mecanismos privados de resolução de conflitos, em especial a experiência muito positiva da arbitragem doméstica e internacional ocorrida no século XX. A consolidação internacional da arbitragem, especialmente a partir da entrada em vigor da Convenção de Nova Iorque de 1958, possibilitou o surgimento de uma ordem de resolução de conflitos paraestatal, dotada de eficiência, qualidade, além de disseminado uso no âmbito das economias desenvolvidas⁴⁶.

A confluência destes fatores propiciou a retomada de uma tendência mais aberta à influência das partes no processo civil. A doutrina passou a reapreciar o papel da autonomia privada na condução de seus litígios, num movimento apelidado de “neoprivatismo”⁴⁷ ou “neoliberalismo jurisdicional”⁴⁸. Uma das consequências da reascensão privatista do processo foi, sem dúvida, uma reapreciação do instituto dos negócios processuais.

Não se pretende aqui sugerir que os negócios processuais constituam uma panaceia para a crise do Judiciário. É suficiente dizer que eles representaram, na opinião de seus defensores, uma resposta possível diante do cenário crítico acima mencionado. A experiência ainda haverá de confirmar se o fortalecimento do instituto trará alguma consequência empírica positiva para a administração da Justiça.

⁴⁴ “O mais provável é que, reconhecendo sua incapacidade de gerir o processo civil, especialmente num cenário de forte congestionamento de processos nos tribunais, o Estado tenha resolvido ceder espaço nessa administração para que as partes possam participar e, portanto, dividir com ele o ônus da gestão de fases e atos importantes do processo”. BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Estudo sobre os limites da contratualização do litígio e do processo**. In: Revista de Processo, vol. 269/2017, *on-line*.

⁴⁵ “O culto ao texto legal e o culto da vontade do legislador conduzem necessariamente à estatolatria. O Direito emanado do Estado cobre toda a superfície da ordem jurídica. Esse monismo das fontes do Direito estiola todo esforço de pesquisa e de investigação do fenômeno jurídico, porque o reduz à legislação promulgada pelo Estado, ditada pela vontade soberana do legislador.” GOMES, Orlando. **A evolução do Direito privado e o atraso da técnica jurídica**. Revista Direito GV, v.1, n. 1, maio/2005, p. 124.

⁴⁶ Para uma exposição mais aprofundada sobre o processo da ratificação de instrumentos internacionais sobre arbitragem internacional, cf. BORN, Gary. **International Commercial Arbitration**. Kluwer Law International, 2014, p. 62-71.

⁴⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O neoprivatismo no processo civil**. Revista de Processo, v. 122, abr. 2005, *on-line*.

⁴⁸ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A Contratualização do Processo: das convenções processuais no processo civil (de acordo com o novo CPC)**. São Paulo: LTr, 2015, p. 77.

Na esfera das jurisdições nacionais, um primeiro momento do “neoprivatismo” ocorreu na França no fim do século XX. Foi um movimento encontrado primeiro na jurisprudência, tendo sido acompanhado posteriormente por reformas legislativas e pela doutrina. Segundo Antonio do Passo Cabral, a experiência francesa com os negócios processuais passou, primeiramente, por uma fase de celebração de acordos institucionais: espécies de protocolos coletivos firmados entre os presidentes de tribunais regionais e representantes de classes profissionais ligadas à Justiça, como advogados e peritos, para regular a fase procedimental instrutória⁴⁹. Apenas num segundo momento é que surgiu com intensidade a pactuação individual de negócios processuais. Loïc Cadiet argumenta que a racionalidade por trás da emergência desta “justiça contratual” na França guarda semelhanças com alguns temas acima referidos. O declínio do centralismo do Estado e do legicentrismo motivaram a revalorização das fontes extralegislativas de produção normativa, dentre as quais a normatividade privada. Ademais, a crise da justiça, consubstanciada no congestionamento dos tribunais e na longa duração dos processos, causava a necessidade de se pensar em novas formas de aprimorar a gestão eficaz do processo. A abertura da condução processual a uma mais forte participação privada representa uma tentativa de solução dessa crise⁵⁰.

Atualmente, embora não haja na França um permissivo legal genérico aos negócios processuais, a doutrina admite uma ampla gama de acordos lícitos. Cadiet distingue os diversos acordos entre aqueles que procuram prevenir a emergência de qualquer litígio judicial (*e.g.* convenções de arbitragem, de negociação, de mediação) e aqueles referentes ao processo já instaurado, dentre os quais especifica os acordos relativos ao juiz (*e.g.* cláusula de eleição de foro e os “acordos relativos ao ofício do juiz”, como o acordo sobre direito aplicável e a convenção de julgamento por equidade) e acordos relativos ao processo (*e.g.* a suspensão convencional do processo)⁵¹.

Também na Itália houve uma reapreciação da figura dos negócios processuais nas últimas décadas. O instituto havia caído em descrédito na doutrina italiana desde a “virada publicística” do processo, consolidada pela entrada em vigor do *Codice* de 1942. Neste sentido, a posição tradicional da doutrina italiana admitia a figura dos negócios

⁴⁹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 116-9.

⁵⁰ CADIET, Loïc. **Os acordos processuais no direito francês**: situação atual da contratualização do processo e da justiça na França. In: CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa: seis lições brasileiras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 78-80.

⁵¹ CADIET, Loïc. **Os acordos processuais no direito francês**: situação atual da contratualização do processo e da justiça na França. In: CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa: seis lições brasileiras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 80-98.

processuais apenas nas hipóteses expressamente previstas em lei⁵². Luca Penasa sugere ainda que um fator para o desinteresse doutrinário sobre os acordos é uma concepção, ainda prevalente na Itália, que dicotomiza a justiça arbitral por um lado, o suposto “reino” da autonomia privada, e a justiça estatal por outro, o “reino” da predeterminação legal do procedimento e das situações jurídicas processuais⁵³.

O panorama italiano se alterou nas últimas décadas, num processo denominado por Federico Carpi como “metamorfose do monopólio estatal sobre a jurisdição”⁵⁴, por meio da qual a tradicional associação entre jurisdição e Estado vem sendo revisitada, de modo a que se reserve um lugar maior à liberdade das partes. A alteração veio acompanhada, no comentário crítico de Michele Taruffo, de uma espécie de “neo-vétero-liberalismo” ideológico: uma retomada do protagonismo das partes na condução do processo, em detrimento da figura mais forte do juiz publicista⁵⁵.

Seja como for, a Itália passou a produzir, à semelhança da experiência francesa, acordos coletivos entre presidentes de tribunais e os órgãos de classe da advocacia, os *protocolli di procedura*⁵⁶. Para Antonio do Passo Cabral, alguns destes acordos parecem realmente inovar em matéria normativa processual, embora com um acanhamento maior relativamente aos seus correspondentes franceses. Já no âmbito dos acordos processuais individuais, é certo que não há permissivo legal genérico para a sua pactuação. Assim, a questão da admissibilidade destes acordos permanece objeto de discussão doutrinária. Há, todavia, algumas hipóteses de acordos processuais típicos, como a previsão do calendário processual no art. 81-*bis* do *Codice di Procedura Civile*⁵⁷, inserida em 2009, a disciplina relativa à cláusula compromissória do art. 808⁵⁸, ou ainda a previsão de julgamento por

⁵² PENASA, Luca. **Gli accordi processual in Italia**. In: CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 273.

⁵³ PENASA, Luca. **Gli accordi processual in Italia**. In: CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 255.

⁵⁴ CARPI, Federico. **La metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione**. In: Revista de Processo, v. 257, jul/2016, *on-line*.

⁵⁵ TARUFFO, Michele. **Ideologie e teorie della giustizia civile**. In: Revista de Processo, v. 247, set/2015, *on-line*.

⁵⁶ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 123.

⁵⁷ Art. 81-*bis*: “Il giudice, quando provvede sulle richieste istruttorie, sentite le parti e tenuto conto della natura, dell'urgenza e della complessità della causa, fissa il calendario del processo con l'indicazione delle udienze successive e degli incombenti che verranno espletati. I termini fissati nel calendario possono essere prorogati, anche d'ufficio, quando sussistono gravi motivi sopravvenuti. La proroga deve essere richiesta dalle parti prima della scadenza dei termini”.

⁵⁸ Art. 808: “Le parti, nel contratto che stipulano o in un atto separato, possono stabilire che le controversie nascenti dal contratto medesimo siano decise da arbitri, purché si tratti di controversie che possono formare

equidade por pedido das partes, segundo o art. 114 do mesmo texto legal⁵⁹. Os autores que concordam com a admissibilidade da negociação processual atípica propõem a extensão analógica da normativa relativa aos acordos processuais típicos para reger os acordos atípicos⁶⁰.

Também na Alemanha se verifica um movimento em favor da admissibilidade dos negócios processuais. Não parece ter havido lá qualquer alteração legislativa para positivar o instituto, permanecendo a *Zivilprozessordnung* (ZPO) alemã silente sobre o assunto⁶¹. Apesar disso, o tema passou a constituir objeto mais frequente de discussão doutrinária. A doutrina processual alemã era tradicionalmente tributária da concepção de Oskar von Büllow, a qual admitia apenas a pactuação sobre o processo nas hipóteses expressamente previstas em lei.

No entanto, um estudo de Schiedermaier de 1935 defendeu a possibilidade de negociação sobre todas as matérias processuais concernentes ao interesse exclusivo dos litigantes privados, independentemente de previsão normativa expressa; já em 1998, Gerhard Wagner sugeriu que acordos por meio dos quais as partes apenas se obrigassem a exercitar ou não determinados poderes processuais seriam válidos a despeito de previsão legal autorizadora⁶². Apesar do importante desenvolvimento doutrinário, o instituto não parece ter tido muito sucesso na legislação ou na jurisprudência⁶³.

Por fim, cabe mencionar brevemente a experiência norte-americana com o tema dos negócios processuais. Por ser uma jurisdição da *Common Law*, o desenvolvimento doutrinário nos Estados Unidos não foi influenciado pelo debate travado no processo civil continental, especialmente a polêmica entre privatismo e publicismo de fins do séc. XIX. Apesar disso, é também recente a descoberta do tema na doutrina norte-americana. De qualquer forma, Cabral sugere haver uma visão favorável aos negócios processuais nos

oggetto di convenzione d'arbitrato La clausola compromissoria deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso dall'articolo 807.

La validità della clausola compromissoria deve essere valutata in modo autonomo rispetto al contratto al quale si riferisce; tuttavia, il potere di stipulare il contratto comprende il potere di convenire la clausola compromissoria”.

⁵⁹Art. 114: “Il giudice, sia in primo grado che in appello, decide il merito della causa secondo equita' quando esso riguarda diritti disponibili delle parti e queste gliene fanno concorde richiesta”.

⁶⁰PENASA, Luca. **Gli accordi processual in Italia**. In: CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 280.

⁶¹BUCHMANN, Adriana. **Limites Objetivos ao Negócio Processual Atípico**. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 110.

⁶²PENASA, Luca. **Gli accordi processual in Italia**. In: CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 273-4.

⁶³CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 115.

Estados Unidos, em que pese certo desconcerto da doutrina sobre o assunto⁶⁴. Também lá existem alguns dos mesmos questionamentos que ocorrem na *Civil Law*, como o sopesamento entre interesses privados e públicos no que concerne aos limites da negociação sobre o processo⁶⁵.

Para finalizar este primeiro ponto, é seguro concluir que o momento atual do debate entre as tendências “privatistas” e “publicistas” no processo é um de progressiva afirmação do protagonismo das partes, bem como do conseqüente reconhecimento da força normativa da sua vontade⁶⁶. É o que se depreende da multiplicação de alterações legislativas e jurisprudenciais a favor da admissibilidade dos negócios processuais em diversos países ocidentais, alguns dos quais foram analisados aqui. Um capítulo importante desta guinada se verifica justamente com a passagem do Código de Processo Civil de 2015 no Brasil, que será o tema da próxima seção.

O movimento atual não encontra a concordância unânime da doutrina. Importantes vozes veem nele uma “nostalgia do antigo”, ou a tentativa do retorno atávico, por razões inegavelmente ideológicas, ao panorama teórico do processo como *Sache der Parteien*⁶⁷. Igualmente, questiona-se a alegada capacidade de a “privatização” do processo atingir os objetivos prometidos pelos seus partidários, ou mesmo se o movimento não terá efeitos contraproducentes para o processo civil e seus escopos públicos⁶⁸.

De qualquer forma, não parece ser o caso que a tendência “privatista”, se é que o rótulo a descreve adequadamente⁶⁹, tenha como objetivo principal fazer terra arrasada dos avanços publicísticos obtidos no último século de doutrina processual civil. Assim, é frequente a afirmação, pelos partidários dos negócios processuais no sentido de que a

⁶⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 125-6.

⁶⁵ “When the government is deciding what role it ought to play in providing dispute-resolution services, the fact that private actors prefer particular configurations of services, or will even opt for privately provided services if given the choice, is relevant but should not be conclusive. This is because the public rules of procedure are not only private entitlements—bargaining endowments that parties may leverage for private benefit—but also generators of public goods.” DAVIS, Kevin E, HERSHKOFF, Helen. **Contracting for procedure**. In: William & Mary Law Review, v. 53, 2011, p. 549.

⁶⁶ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 102-3.

⁶⁷ Por todos, cf. a já citada crítica de Taruffo. TARUFFO, Michele. **Ideologie e teorie della giustizia civile**. In: Revista de Processo, v. 247, set/2015, *on-line*.

⁶⁸ BONIZZZI, Marcelo José Magalhães. **Estudos sobre os limites da contratualização do litígio e do processo**. In: Revista de Processo, vol. 269/2017, *on-line*.

⁶⁹ Rodrigo Ramina de Lucca prefere, por exemplo, o epíteto “garantista” à corrente. Cf. LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade Processual: a liberdade das partes no processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 70-71.

expansão do poder normativo convencional das partes teria compatibilidade com o publicismo processual⁷⁰, opinião com a qual se concorda neste trabalho.

Não se duvida que a doutrina ainda terá o trabalho de examinar com mais vagar a melhor forma de promover a conciliação entre a aceitação aos negócios processuais e o publicismo. Embora não se acredite que a teoria processual tenda a rumar a um simulacro tardio do *ordo iudiciorum privatorum*, tampouco se deve apostar no retorno a uma situação de irrelevância e/ou descrédito da vontade das partes na condução do seu processo. Em outras palavras, parece certo que a “direção de marcha é no sentido de uma equilibrada extensão da incidência da autonomia privada na conformação do processo, nos limites em que isto não obstaculize a eficiência do processo em relação ao escopo da justa composição da controvérsia”⁷¹.

1.1.2. NEGÓCIOS PROCESSUAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Concluída a exposição sobre a história geral dos negócios processuais, dedica-se neste momento à história do instituto especificamente no direito brasileiro. Aqui se verificam também muitas das tendências encontradas na experiência jurídica estrangeira, como se passará a ver.

1.1.2.1. Antecedentes legislativos e CPC/1939

A previsão de negócios processuais no ordenamento brasileiro tem uma história longa. Pedro Henrique Nogueira explica que o processo civil das Ordenações portuguesas continha alguns exemplos, embora bastante excepcionais, de negócios processuais, como a previsão da eleição de juízes árbitros para o julgamento da causa e o estabelecimento de um juízo de conciliação prévia⁷². Apesar disso, predominava a rigidez naquele sistema

⁷⁰ Cf., por exemplo, GRECO, Leonardo. **Os atos de disposição processual – primeiras reflexões**. Revista Eletrônica de Direito Processual, v.1, out./dez. 2007, p. 8; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 155; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 103-7; CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 135-216; VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. **Convenções Processuais no Paradigma do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 85; RAATZ, Igor. **Autonomia Privada e Processo Civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 97-127.

⁷¹ CAPONI, Remo. **Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais**. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. XIII, p. 736.

⁷² NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 140.

por conta do caráter cogente das regras processuais, que relegavam pouca autonomia às partes.

Seria o Regulamento nº 737 de 1850, considerado um pioneiro código processual de extensão nacional, o primeiro diploma processual brasileiro a recepcionar as influências ideológicas do liberalismo da Revolução Francesa⁷³. Em consequência, houve um movimento de ampliação do escopo da liberdade das partes no processo em comparação com o período predecessor, o que se constata pela previsão de alguns negócios processuais típicos como a convenção para estipulação do foro, a escolha convencional pelo procedimento sumário, a conciliação prévia e o juízo arbitral voluntário⁷⁴.

O próximo período histórico mencionado pela doutrina brasileira já é o Código de Processo Civil de 1939. Trata-se do primeiro código brasileiro a incorporar os desenvolvimentos publicísticos no âmbito do processo civil, bem como a marchar rumo a uma concepção autoritária de processo, afinada com a ideologia de Francisco Campos, Ministro da Justiça da época e revisor do projeto final daquele diploma⁷⁵.

Por meio do Código de 1939, exortava Francisco Campos a que se abandonasse “a concepção duelística de processo” em prol de um “processo como instrumento de investigação da verdade e de distribuição da justiça”. Estabelecia-se um paradigma normativo que ressaltava a centralidade do Estado-juiz, imbuído da missão de promover os escopos metajurídicos mediante, quanto ao magistrado, o reforço de seus poderes oficiosos, a concessão de poderes instrutórios ilimitados, o acréscimo de questões cognoscíveis de ofício e a diminuição do poder de disposição das partes sobre o processo⁷⁶.

Tratava-se de uma ideologia processual, enfim, inspirada (embora muito mais autoritária) no socialismo jurídico de Franz Klein, já predominante na doutrina europeia

⁷³ PEDRON, Flávio Quinaud, SILVA, Diogo Bacha e BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. **Uma (re)construção jurídico-política do direito processual civil brasileiro**: o Código de Processo Civil de 2015 como superação de certa tradição autoritária do processo. In: Revista de Processo, v. 271, set/2017, *on-line*.

⁷⁴ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 140.

⁷⁵LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade Processual**: a liberdade das partes no processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 106.

⁷⁶LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade Processual**: a liberdade das partes no processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 109.

do início do século XX⁷⁷. Apesar da ascensão de uma ideologia processual menos favorável à liberdade processual, o CPC/1939 não deixou de prever algumas importantes figuras negociais típicas, como a transação, a desistência da demanda, a revogação do recurso por substituição e a suspensão da instância por convenção entre as partes⁷⁸.

1.1.2.2. CPC/1973

O Código de 1973 permaneceu um diploma marcado pela tônica publicista, em especial por conta da influência da doutrina italiana com a vinda de Enrico Tullio Liebman para o Brasil nos anos 1940. Apesar disso, há já no CPC/1973 um dispositivo cuja redação comportaria, sem muita dificuldade, uma interpretação favorável à previsão da figura do negócio jurídico processual no processo civil, e mesmo da previsão de negócios processuais atípicos. Trata-se do art. 158 daquele texto, o qual reservava aos atos das partes o poder de produzir em caráter imediato a “constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais”⁷⁹.

Algumas opiniões doutrinárias recentes sustentam que o art. 158 do CPC/1973 já continha em si uma cláusula geral de negociação processual, o que tornaria a suposta ruptura entre aquele Código e o atual muito mais discreta do que frequentemente se alega⁸⁰. Conquanto textualmente forte, a presença do art. 158, por si só, não foi capaz nem mesmo de encerrar o debate sobre a própria existência da figura do negócio processual na teoria do processo, no que representa mais uma comprovação da distinção entre enunciado normativo e norma. E é o que justifica a inclusão do art. 190 do CPC/2015. Ausente um dispositivo semelhante, é plausível imaginar que muitos dos debates doutrinários permaneceriam incólumes, talvez por simples inércia: se no

⁷⁷ “O pano de fundo do Código de Processo Civil é a dinâmica teórica da doutrina alemã do final do século XIX e início do século XX, de Anton Menger e Franz Klein, e a promulgação da ordenança processual civil do Império Austro-Húngaro – ÖZPO de 1895”. PEDRON, Flávio Quinaud, SILVA, Diogo Bacha e BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. **Uma (re)construção jurídico-política do direito processual civil brasileiro: o Código de Processo Civil de 2015 como superação de certa tradição autoritária do processo.** In: Revista de Processo, v. 271, set/2017, *on-line*.

⁷⁸ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais.** 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 141.

⁷⁹ Art. 158: “Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais.”

⁸⁰ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes:** sobre os limites dos negócios jurídicos processuais, in: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 290-1. Em sentido semelhante se posiciona Lorena Miranda Santos Barreiros, para quem a criação de um artigo como o 190 do CPC/2015 nem mesmo seria necessária, contanto que se operasse a ressignificação da norma extraída do art. 158 do CPC/1973, atual art. 200 do CPC/2015. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público.** Salvador: JusPodivm, 2017, p. 193.

CPC/1973 a existência do instituto dos negócios processuais não era consensual, pouca razão haveria para mudar radicalmente a interpretação do novo Código uma vez inalterado o seu substrato redacional.

A interpretação restritiva do art. 158 se deveu, segundo Antonio do Passo Cabral, à influência da conhecida posição de Oskar von Büllow sobre a impossibilidade de a vontade consensual das partes promover a alteração das regras jurídicas processuais⁸¹. O publicismo processual que serviu de substrato ideológico ao Código de 1973, neste sentido, contribuiu para o que se chamou de “dogma da irrelevância das partes no processo”⁸²: a concepção de que a vontade não teria importância para a produção de efeitos dos atos processuais, os quais seriam única e exclusivamente aqueles previstos pela lei positiva. Some-se a isso uma marcada rigidez da estrutura do processo decorrente da suposta cogência de todas as regras processuais, o que reduzia o poder de adaptabilidade do procedimento tanto por iniciativa do juiz quanto pelas partes⁸³.

Desse panorama decorreu um estado de acentuada divergência doutrinária sobre a admissibilidade dos negócios processuais no processo civil brasileiro, com opiniões teóricas variadas. Uma clássica opinião contrária à existência do instituto enquanto categoria jurídica era a de Cândido Dinamarco, para quem a própria noção de negócio jurídico, ao pressupor a criação de efeitos normativos conforme a vontade das partes, seria incompatível com o sistema processual, no qual as consequências dos atos seriam previstas unicamente pela lei⁸⁴.

Eduardo Talamini explica que a corrente contrária à existência dos negócios processuais concebia apenas a existência de negócios jurídicos *materiais* com consequências processuais: desta forma, a vontade das partes teria relevância apenas para o delineamento do conteúdo material do negócio jurídico⁸⁵. Eventual efeito processual

⁸¹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 89.

⁸² “A vontade das partes seria, então, irrelevante na determinação dos efeitos que os atos processuais produzem. Os efeitos dos atos processuais não seriam, em outras palavras, moldáveis. A única disponibilidade que as partes teriam seria a opção de praticar ou não o ato previsto numa sequência predeterminada pelo legislador. Qualquer que fosse a opção da parte, os efeitos dos atos processuais já estariam tabelados.” CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro**. In: CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 50.

⁸³ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 141.

⁸⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro**. In: CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 46.

⁸⁵ TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais**. In: Informativo Justen, Pereira Oliveira e Talamini, nº 104. Curitiba, 2015, p. 1.

decorreria exclusivamente da verificação de ato processual em sentido estrito, ao qual a lei atribuiria as consequências decorrentes a despeito da vontade do agente.

A doutrina registra também posições intermediárias como a de Calmon de Passos, que admitia a categoria jurídica dos negócios processuais, embora sujeitando-os necessariamente à homologação judicial⁸⁶.

Uma opinião favorável pioneira sobre o instituto foi a de José Carlos Barbosa Moreira, em importante artigo de 1983⁸⁷. No texto, Barbosa Moreira amparou-se na doutrina processual alemã para defender a existência não apenas da categoria jurídica das convenções processuais, mas também da admissibilidade de convenções atípicas, bem como da desnecessidade de homologação judicial para a produção de efeitos, a não ser que o requisito esteja previsto em lei. O mesmo autor se deparou com algumas das dificuldades ainda hoje encontradas pela doutrina processual, como a verificação de um critério para a delimitação objetiva dos acordos atípicos lícitos. A proposta distinção entre regras processuais cogentes e dispositivas, por exemplo, lhe parece uma solução insatisfatória por conta da dificuldade de distinguir as regras cogentes.

Apesar das posições favoráveis, é seguro afirmar que o sistema processual construído a partir de 1973 consolidou-se como um sistema pouco amigável à vontade das partes. Nesse sentido, o CPC/1973, à semelhança do CPC/1939, foi interpretado à luz de uma perspectiva teórica bastante publicista. Mesmo assim, isso não impediu que o texto convivesse com algumas hipóteses de negócios típicos, como a eleição convencional de foro (art. 111), a suspensão convencional do processo (art. 265, II), a convenção sobre ônus da prova (art. 333, § único) e a convenção de arbitragem (art. 301, IX).

Em paralelo com o ocorrido no exterior, todavia, alguns fatores históricos propiciaram uma certa queda de prestígio do paradigma publicista no Brasil. Um destes fatores deve-se à crise do direito processual civil, caracterizada por Bruno Gressler Wontroba como a “crise do processo estatal como instrumento de solução dos litígios em que prevaleceriam os escopos ou objetivos públicos sobre os escopos ou objetivos

⁸⁶ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 89.

⁸⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Convenções das partes sobre matéria processual**. In: Revista de Processo, v. 33, jan./mar. 1984, *on-line*.

particulares; [a] crise da lei como única fonte do direito processual civil e; [a] crise do desenvolvimento do processo exclusivamente sob responsabilidade do juiz”⁸⁸.

Um segundo fator relevante é a experiência positiva do direito brasileiro com a arbitragem, notadamente a partir da promulgação da Lei nº 9.307/1996. A redescoberta de um mecanismo privado de solução de litígios, enormemente aberto à vontade das partes para a sua formação e alteração, além de eficiente, parece ter influenciado a doutrina brasileira numa direção teórica mais convidativa à ampla participação das partes na gestão do processo⁸⁹.

Uma evidência textual da ocorrência deste paralelo entre processo judicial e arbitragem encontra-se em artigo de Leonardo Greco sobre negócios processuais de 2007⁹⁰. O autor argumenta a favor da admissibilidade dos negócios processuais, chamados de “atos de disposição processual”, para em seguida analisar alguns destes atos em espécie. Um deles é a própria convenção de arbitragem. Já outro é a “autorização de juízos por equidade e de escolha da lei aplicável”, no qual Greco ressalta com toda clareza que a experiência da arbitragem poderia determinara admissibilidade de uma espécie particular de acordo processual. Para ele, “[s]e o juiz cumpre a sentença arbitral adotada em juízo de equidade, deve ter a possibilidade de receber das partes, ele próprio, a confiança para a formulação de juízos alheios a critérios de estrita legalidade”⁹¹. A admissibilidade de um acordo do gênero será o objeto da segunda parte desta dissertação.

Um terceiro fator de influência para o fortalecimento do debate sobre os negócios processuais foi justamente o debate acadêmico travado no exterior a respeito da figura. Cabral comenta que a discussão nas doutrinas francesa – em especial a partir dos estudos de Loïc Cadiet sobre a contratualização da justiça – e italiana foram muito lidas pelos processualistas brasileiros, que encontraram nelas uma inspiração e um substrato teórico para a replicação do movimento também no processo civil brasileiro⁹².

⁸⁸ WONTROBA, Bruno Gressler. **Negócios jurídicos processuais atípicos**: objeto lícito, disponibilidade do direito material e disponibilidade da tutela jurisdicional. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 47.

⁸⁹ TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. In: Informativo Justen, Pereira Oliveira e Talamini, nº 104. Curitiba, 2015, p. 2-3.

⁹⁰ GRECO, Leonardo. **Os atos de disposição processual – primeiras reflexões**. In: Revista Eletrônica de Direito Processual, v.1, out./dez. 2007.

⁹¹ GRECO, Leonardo. **Os atos de disposição processual – primeiras reflexões**. In: Revista Eletrônica de Direito Processual, v.1, out./dez. 2007, p. 21.

⁹² CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 131.

1.1.2.3. CPC/2015

À renovação do debate brasileiro sobre os negócios processuais se seguiu a inclusão do instituto nos trabalhos preparatórios para o novo Código de Processo Civil. Pedro Henrique Nogueira afirma ter sido sua a iniciativa de incluir no anteprojeto da Câmara dos Deputados o embrião do dispositivo que viria a se tornar o art. 190 do CPC/2015, ainda com outra redação⁹³. A redação inicialmente sugerida acabou por desmembrar-se em dois artigos distintos, perdeu a remissão às “regras e princípios estabelecidos neste Código”, e sofreu outras alterações pontuais para se tornar o atual art. 190 e o art. 191 do CPC/2015. O primeiro dispositivo conservou a natureza de cláusula geral de negociação processual, ao passo que o segundo se tornou uma hipótese típica de negócio processual sobre o calendário processual no novo Código.

Tal como redigida, a cláusula geral do art. 190 não encontra paralelo no direito estrangeiro⁹⁴. A discussão doutrinária sobre a admissibilidade teórica dos negócios processuais não foi apenas superada. Avançou-se significativamente, assegurando-se a admissibilidade igualmente para hipóteses atípicas e a sua efetividade a despeito de homologação judicial, no que veio a representar uma ruptura substancial com a postura prevalente no período anterior ao CPC/2015.

Ainda outros artigos do Código merecem menção, dentre os quais o art. 200, reprodução do já comentado art. 158 do CPC/1973, bem como os vários artigos que preveem negócios processuais típicos. A doutrina passou a ver nestes artigos conjuntamente considerados um “microsistema de negociabilidade processual”⁹⁵, regido pelo “princípio do autorregramento da vontade no processo”, que seria o reflexo da autonomia privada no processo civil⁹⁶. Deste princípio, Fredie Didier Jr. extrai ainda um subprincípio da atipicidade da negociação processual, o qual fundamentaria o direito de as partes celebrarem negócios atípicos sob a égide do atual diploma legislativo⁹⁷.

⁹³ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 141.

⁹⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil: teoria geral do processo**. 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 17.

⁹⁵ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 195.

⁹⁶ DIDIER JR., Fredie. **Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil**. In: DIDIER JR, Fredie (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, *passim*.

⁹⁷ DIDIER JR, Fredie. **Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-15**. In: DIDIER JR, Fredie (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 109.

Um problema da positivação de uma cláusula geral de negociação processual é a incerteza que dela decorre no que diz respeito à delimitação das hipóteses de quais negócios processuais seriam válidos ou eficazes⁹⁸. A doutrina brasileira atual parece estar num momento de progressiva depuração dessas dúvidas mediante o estudo da relação dos negócios processuais com outros institutos do processo, ou ainda em contextos específicos. Assim, encontram-se estudos sobre negócios processuais concernentes a diversos temas como a legitimação extraordinária⁹⁹, intervenção de terceiros¹⁰⁰, provas¹⁰¹, estabilização da tutela antecipada¹⁰², saneamento do processo¹⁰³, recursos¹⁰⁴, execução¹⁰⁵, bem como sobre a admissibilidade das convenções em face do poder público¹⁰⁶, em recuperações judiciais¹⁰⁷, no processo penal¹⁰⁸, administrativo¹⁰⁹ e do trabalho¹¹⁰, dentre muitos outros. E não se esgotaram os estudos sobre a teoria geral dos negócios

⁹⁸ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Negócios jurídicos materiais e processuais** – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 293.

⁹⁹ BONFIM, Daniela Santos. **A legitimidade extraordinária de origem negocial**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 481-498.

¹⁰⁰ COSTA, Marília Siqueira da. **Convenções Processuais sobre Intervenção de Terceiros**. Salvador: JusPodivm, 2018.

¹⁰¹ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas**: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 141-164.

¹⁰² GOMES, Frederico Augusto. **A Estabilização da Tutela Antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 163-169.

¹⁰³ POMJÉ, Caroline. **A mitigação da incidência do adágio *iura novit curia* em virtude das convenções processuais**: breve análise do art. 357, §2º do novo Código de Processo Civil. In: MARCATO, Ana et al. (coord.) Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro – Negócios processuais. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 65-82.

¹⁰⁴ LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. **Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal**. In: DIDIER JR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 613-648.

¹⁰⁵ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. **Negócios jurídicos processuais atípicos e execução**. In: Revista de Processo, v. 275, jan./2018, p. 193-228.

¹⁰⁶ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2017.

¹⁰⁷ DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. **Da aplicabilidade do negócio jurídico processual na recuperação judicial de empresas**. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017, 147f.

¹⁰⁸ PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. **Negócios jurídicos processuais atípicos**: uma análise da aplicabilidade do art. 190 do Código de Processo Civil de 2015 aos processos criminais. In: In: MARCATO, Ana et al. (coord.) Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro – Negócios processuais. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 461-480.

¹⁰⁹ REISDORFER, Guilherme F. Dias. **Processo administrativo e aplicação subsidiária do novo Código de Processo Civil**: oportunidade para aperfeiçoar práticas administrativas. In: Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, v. 25, jul./ ago. 2016, *on-line*.

¹¹⁰ FACÓ, Juliane Dias. **A aplicação do art. 190 do CPC/2015 ao processo do trabalho**: compatibilidade dos negócios processuais atípicos com o ordenamento trabalhista. In: MARCATO, Ana et al. (coord.) Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro – Negócios processuais. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 249-276.

processuais, com estudos sobre os seus limites objetivos¹¹¹, a sua admissibilidade em face de eventual vulnerabilidade dos pactuantes¹¹², a adequação do instituto à teoria democrática e constitucional¹¹³, etc.

Embora seja forte a corrente favorável aos negócios processuais no Brasil, deve-se ainda registrar a presença de importante parcela doutrinária que, embora não absolutamente contrária, permanece cética quanto à prudência da ampliação do instituto positivada no CPC/2015. Algumas das críticas levantadas ressaltam a pluralidade de interesses confluentes no processo, transcendentemente ao exclusivo interesse das partes, para questionar a admissibilidade de negócios que envolvam o sacrifício de garantias como o contraditório, a isonomia ou mesmo a eficiência e duração razoável do processo¹¹⁴. Questiona-se também se o movimento de contratualização do processo não milita contra a visão contemporânea da jurisdição como função estatal consagrada à tutela efetiva dos direitos dos jurisdicionados¹¹⁵. Preocupa-se, sobretudo, com a possibilidade de a jurisdição se transformar numa espécie de “arbitragem pública”, o que tornaria o Judiciário ferramenta dos “caprichos das partes” em detrimento da sociedade como um todo¹¹⁶.

Pode-se constatar, em conclusão, que o histórico dos negócios processuais no direito brasileiro tende a acompanhar as tendências encontradas em outros países. O ordenamento nacional absorveu algumas das ideias relacionadas à contratualização dos litígios que havia adquirido proeminência especialmente na França e na Itália. A influência doutrinária logo se concretizou numa importante modificação legislativa quando da positivação dos artigos 190, 191 e outros do CPC/2015. A isso se seguiu uma imensa profusão de estudos doutrinários sobre os negócios processuais, numa progressiva exploração das suas potencialidades em diversos momentos processuais e em diferentes

¹¹¹ BUCHMANN, Adriana. **Limites objetivos ao negócio processual atípico**. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017, 395f.

¹¹² SOARES, Lara Rafaelle Pinho. **A vulnerabilidade na negociação processual atípica**. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016, 185f.

¹¹³ FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios processuais no modelo constitucional de processo**. Salvador: JusPodivm, 2016.

¹¹⁴ OSNA, Gustavo; ARENHART, Sérgio Cruz. **Os 'Acordos Processuais' no Projeto de CPC - Aproximações Preliminares**. Revista Eletrônica - Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, v. 39, 2015, *passim*.

¹¹⁵ “Independentemente de o processo tratar de direitos disponíveis ou não, esses acordos não podem afetar o *dever da jurisdição de prestar tutela aos direitos* – o que obviamente não se confunde com a mera tarefa de *resolver conflitos entre as partes*.” (itálicos do original). MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sergio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Teoria do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 538.

¹¹⁶ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Estudo sobre os limites da contratualização do litígio e do processo**. In: Revista de Processo, vol. 269/2017, *on-line*.

contextos. O momento atual no Brasil parece ser um de entusiasmo com o instituto, sem que faltem, no entanto, opiniões mais parcimoniosas a seu respeito.

1.2. FUNDAMENTOS DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS

1.2.1. RACIONALIDADE DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS

Concluídas as observações históricas sobre os negócios processuais, o trabalho pretende explorar alguns aspectos da racionalidade por detrás do instituto. Procuram-se as razões que levaram o legislador do CPC/15 a incorporar os negócios processuais, especialmente na sua forma atípica.

Sugere-se neste trabalho serem dois os principais fundamentos do instituto. Em primeiro lugar, os negócios processuais afirmam com intensidade inédita na história da disciplina a liberdade das partes no processo, ao atribuir força normativa à sua vontade autônoma. Assim, os negócios processuais representam um veículo de expressão da liberdade das partes. Em segundo lugar, acredita-se que a adoção revigorada dos negócios processuais tende a acarretar benefícios empíricos positivos. Em outras palavras, o instituto fundamenta-se em promessa de que partes mais livres produzirão um processo mais eficiente. Liberdade e eficiência se reuniriam como dois valores instanciados pela expansão dos negócios processuais. A maneira como esses fundamentos se relacionariam com o instituto constitui o objeto da presente seção.

1.2.1.1. Liberdade

Não é nova a correlação feita entre processo civil e liberdade. Embora se reconheça há mais de um século o pertencimento da disciplina ao direito público, domínio no qual a autonomia privada tende a ceder lugar em favor da afirmação do interesse público¹¹⁷, ainda assim a doutrina não deixa de afirmar uma conexão essencial entre processo e liberdade, que pode ser vista desde duas distintas perspectivas.

Uma delas consistiria na liberdade como produto *final* do processo. Isto é, aquilo que o processo produziria como meta seria capaz de assegurar a liberdade dos jurisdicionados. Alude-se a condições como a segurança jurídica, a previsibilidade, a confiabilidade do Estado e a prevenção de arbitrariedades, a isonomia, a tutela efetiva dos

¹¹⁷ No entanto, também dentro do direito público se vê uma tendência de abertura à maior participação dos indivíduos e da consensualidade. No campo do direito administrativo, cf. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 34-49.

direitos de crédito e de propriedade, dentre outros¹¹⁸. Com efeito, há uma série de condições necessárias ao florescimento de uma sociedade e de uma economia livres que depende do sucesso da missão jurisdicional, tornada possível por um processo adequado, isto é, eficiente e apto a tutelar os direitos dos cidadãos¹¹⁹. A consideração do problema sob essa perspectiva poderia ser chamada, como o faz Ricardo Alexandre da Silva, como a liberdade *pelo* processo¹²⁰.

Note-se que mesmo Luiz Guilherme Marinoni, crítico à expansão dos negócios processuais no CPC/2015, adere enfaticamente a essa visão. Para o autor, aliás, é justamente a visão da liberdade pelo processo que traz um fundamento de limitação do instituto. Negócios que comprometessem os fins do processo, isto é, a concretização dos valores mencionados acima, assumidos pelo Estado e com fundamento constitucional, militariam em desfavor da própria liberdade e, portanto, não poderiam ser admitidos¹²¹. Não se deve cair na opinião fácil segundo a qual uma ressalva com relação aos negócios processuais estaria necessariamente relacionada a uma cosmovisão autoritária, portanto.

É certo que faz parte da teleologia do processo a promoção de determinado estado de coisas compatível com, ou mesmo necessário à criação de uma ordem político-social livre. Para além desse aspecto, entretanto, reconhece-se também uma função importante da liberdade a ser desempenhada *dentro* do próprio processo¹²². É dizer, a liberdade que se deseja ver fora do processo deve também existir no seu bojo para que os cidadãos possam ser efetivamente livres¹²³.

¹¹⁸ SILVA, Ricardo Alexandre. **A Nova Dimensão da Coisa Julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 46.

¹¹⁹ A título de ilustração, veja-se que um importante índice de mensuração da liberdade econômica no mundo, o *Index of Economic Freedom* da Heritage Foundation, traz como um dos critérios avaliados o *rule of law*, o qual se consubstancia também na efetividade do judiciário.

¹²⁰ SILVA, Ricardo Alexandre. **A Nova Dimensão da Coisa Julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 51.

¹²¹ “É realmente absurdo supor que a liberdade das partes possa se sobrepor aos fins do processo, como a tutela da segurança jurídica, *indispensável à promoção da própria liberdade*.” MARINONI, Luiz Guilherme. **A convenção processual sobre prova diante dos fins do processo civil**. In: Revista de Processo, v. 288, fev./2019, *on-line*.

¹²² SILVA, Ricardo Alexandre. **A Nova Dimensão da Coisa Julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 47.

¹²³ “Em resumo, o Estado confere liberdade para que as partes utilizem ou deixem de utilizar os instrumentos processuais colocados à sua disposição porque o ordenamento jurídico reconhece a capacidade do indivíduo de autorrealizar-se e estabelecer os seus próprios valores e objetivos pessoais; reconhece, ainda, que o indivíduo tem capacidade de tomar as decisões necessárias para atingir tais objetivos, sem que seja necessária uma intervenção paternalista do Poder Público na esfera privada. A liberdade é a manifestação da dignidade; e ao dar às partes poder para agir ou deixar de agir antes, durante ou depois do processo, fica o Estado limitado e constrito a essa decisão, nos limites em que ela for tomada”. LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade Processual: a liberdade das partes no processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 42-43.

Há algumas razões para isso. Em primeiro lugar, o reconhecimento do valor da liberdade no âmbito material torna natural que se considere a incidência do mesmo valor também na esfera processual. Admite-se amplamente que o alcance da liberdade deverá se submeter ao regramento mais restritivo próprio de uma disciplina de direito público; no entanto, é certo que tratar a liberdade como valor *irrelevante* para o processo, ou então simplesmente desmerecê-la, faz pouco caso da dignidade dos jurisdicionados. É nesse sentido que Fredie Didier Jr. compreende a liberdade como um dos requisitos do devido processo legal¹²⁴.

Em segundo lugar, é de se questionar até que ponto a consecução dos objetivos extraprocessuais seria possível dentro de um paradigma substancialmente fechado à liberdade dos jurisdicionados. Rodrigo Ramina de Lucca sugere haver uma correlação histórica entre regimes ditatoriais e processos desmerecedores da liberdade individual, indicando que o desmerecimento dos interesses individuais dentro do processo seria uma consequência jurídica do autoritarismo político¹²⁵.

Um fundamento valorativo do instituto dos negócios processuais, nessas condições, consistiria na percebida necessidade de expansão da liberdade *no* processo¹²⁶. Uma ferramenta teórica interessante para compreender as dimensões instanciadas pelo instituto é a concepção dúplice de liberdade de Isaiah Berlin¹²⁷. Berlin propõe que a liberdade seja compreendida tanto numa dimensão negativa quanto numa positiva. De acordo com a noção de liberdade negativa, o indivíduo é livre na medida em que não sofre a coerção de outros indivíduos. A essência dessa variante da liberdade residiria numa zona de não-interferência da própria conduta, independentemente de quem determina a extensão dessa zona¹²⁸.

¹²⁴ “É curioso, e um tanto contraditório, como processualistas estufam o peito para falar em democratização do processo, defendendo técnicas de facilitação do acesso à justiça, p.ex., e, simultaneamente, ignoram o papel da liberdade, pilar da democracia, no processo. Discurso que afasta a liberdade do ambiente processual tem ranço autoritário. Processo e liberdade convivem. Liberdade não é nem pode ser palavra maldita na Ciência do Direito Processual e no próprio Direito Processual Civil.” DIDIER JR, Fredie. **Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil**. DIDIER JR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 35.

¹²⁵ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade Processual**: a liberdade das partes no processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 146-148.

¹²⁶ DIDIER JR, Fredie. **Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil**. DIDIER JR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 35.

¹²⁷ BERLIN, Isaiah. **Liberty**: Incorporating Four Essays on Liberty. Oxford: Oxford University Press, 1969.

¹²⁸ BERLIN, Isaiah. **Liberty**: Incorporating Four Essays on Liberty. Oxford: Oxford University Press, 1969, p. 168-170.

Talvez o ordenamento processual em que a liberdade negativa mais seja evidente seja o da França revolucionária. A inércia jurisdicional, fruto da desconfiança para com os juízes, conferia às partes margem extensa de protagonismo, caracterizado pela diminuída interferência estatal na conduta processual das partes. Todavia, a extensão da própria *zona de não-interferência* não dizia respeito às partes, uma vez que era determinada exclusivamente pelo poder político mediante a imposição da regra legislada. Como se ressaltou acima (1.1.1.), o processo liberal pós-revolucionário era amigável à iniciativa das partes apenas dentro dos limites da legislação processual, considerada cogente e constituindo a única fonte normativa da matéria. Diante da norma do *Code de Procédure Civile*, tanto as partes quanto o juiz só poderiam aquiescer¹²⁹.

Há liberdade negativa, portanto, quando a autoridade externa assegura um âmbito de autonomia aos indivíduos, sem que eles possam opinar a respeito da sua extensão. Imaginando o processo civil a partir dessa perspectiva, um ordenamento que preserve um conteúdo amplo de liberdade negativa aos jurisdicionados tende a assegurar uma ampla variedade de negócios processuais *típicos*: concessões pontuais, previstas legislativamente, à liberdade das partes em pontos específicos da condução do processo.

Já a segunda dimensão apontada por Berlin, a liberdade positiva, projeta-se para além do estabelecimento de uma zona de não-coerção. A liberdade positiva autoriza os cidadãos a criar as normas que regerão a sua própria situação particular, de modo a lhes assegurar uma dimensão de autogoverno. O sujeito dotado de liberdade positiva não age apenas dentro dos limites impostos pela autoridade externa, mas assume uma certa posição de autoridade para consigo mesmo¹³⁰.

É possível vislumbrar na previsão de negócios processuais atípicos uma carga de liberdade positiva. É certo que a validade e a eficácia do instituto ainda existirão dentro dos limites conferidos pelo ordenamento positivo, não se podendo admitir uma liberdade incondicionada para a criação das normas regentes da relação processual. Mas tampouco se pode imaginar que, sob a égide do CPC/2015, a liberdade das partes constitua uma

¹²⁹ VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. **Convenções Processuais no Paradigma do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 34.

¹³⁰ "The 'positive' sense of the word 'liberty' derives from the wish on the part of the individual to be his own master. I wish my life and decisions to depend on myself, not on external forces of whatever kind. I wish to be the instrument of my own, not of other men's, acts of will. I wish to be a subject, not an object; to be moved by reasons, by conscious purposes, which are my own, not by causes which affect me, as it were, from outside. I wish to be somebody, not nobody; a doer - deciding, not being decided for, self-directed and not acted upon by external nature or by other men as if I were a thing, or an animal, or a slave incapable of playing a human role, that is, of conceiving goals and policies of my own and realising them." BERLIN, Isaiah. **Liberty: Incorporating Four Essays on Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1969, p. 178.

liberdade meramente negativa. Às partes não se reserva apenas o direito de agir naqueles espaços onde inexistente um comando coercitivo da autoridade política. Pelo contrário: autoriza-se às partes, embora dentro de limites, a possibilidade de criar normas processuais, a elas se vinculando, bem como de derrogar as regras legisladas. Em outras palavras, inclui-se a autonomia privada como autêntica fonte do direito processual, oponível ao próprio Estado-juiz¹³¹.

Ademais, a compreensão do caráter não necessariamente cogente de toda norma processual de origem legislativa admite a possibilidade da derrogação convencional da regra legislada¹³². O reconhecimento de que a autonomia privada pode afastar a aplicabilidade de uma norma de direito positivo acarreta um prestígio inédito à liberdade das partes no processo, prestígio capaz de afastar a pretensão estatal de “tutelar senhorialmente” os cidadãos, no dizer de Eduardo Talamini¹³³.

O reconhecimento da sua liberdade pressupõe ainda uma noção de capacidade, de soberania das partes. Distancia-se de um paradigma paternalista afirmado na relação entre Estado e cidadãos no século XX. As partes passam a ser consideradas efetivamente autônomas, capazes de resolver os seus próprios problemas sem contar com a intervenção providencial do Estado em todos os momentos. As intromissões de cunho paternalista são superadas por uma postura assistencial e subsidiária da autoridade política¹³⁴, numa mudança de perspectiva que também se reflete no processo civil¹³⁵.

A racionalidade da liberdade por detrás do reconhecimento dos negócios processuais comporta limites, naturalmente. Haverá tanto limites jurídico-positivos, consubstanciados naquelas normas cuja derrogação não é autorizada pelo ordenamento, quanto limites finalísticos, relacionados aos objetivos últimos do processo civil. É por isso que não seria correto imaginar nos negócios processuais uma superação integral do publicismo, um retorno automático à noção de processo como coisa das partes. Os interesses transcendentais aos privados seguem confluindo no processo particular, o que

¹³¹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 143.

¹³² “A juridicidade da norma do acordo impede a incidência da regra legislada. No campo legítimo em que as partes podem validamente convencionar, não incide a norma legal (que, diante da atividade das partes, adquire caráter subsidiário).” CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 147.

¹³³ TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. In: Informativo Justen, Pereira Oliveira e Talamini, nº 104. Curitiba, 2015, p. 19.

¹³⁴ Sobre a reconfiguração da relação Estado-cidadão a partir do princípio da subsidiariedade, já se teve a oportunidade de discorrer em outro trabalho. Cf. SANTOS, Rodrigo Bley. **Notas históricas sobre o princípio de subsidiariedade**. In: Pensamento Jurídico, v. 12, n. 2 (2018), p. 366-370.

¹³⁵ GRECO, Leonardo. **Os atos de disposição processual – primeiras reflexões**. Revista Eletrônica de Direito Processual, v.1, out./dez. 2007, p. 1-2.

não se nega¹³⁶. E não há dúvida de que a conciliação proposta entre publicismo e liberdade das partes representará, no mais das vezes, um desafio teórico, dependente de uma apurada reflexão doutrinária. O que se supera, no entanto, é aquilo por vezes denominado hiperpublicismo: a “concepção distorcida do publicismo que tolhe a liberdade das partes e as relega a um segundo plano”, de modo que “de protagonistas do processo as partes passam a ser coadjuvantes do Estado-juiz”¹³⁷. Interpretado à luz da racionalidade da liberdade, o instituto dos negócios processuais resgata o protagonismo das partes na defesa dos seus próprios direitos. Isso se dá não apenas numa perspectiva de liberdade negativa, como também diante da liberdade positiva que se confere aos cidadãos.

1.2.1.2. Eficiência

A segunda racionalidade que se identifica na doutrina tem relação com a promessa da *eficiência* que o instituto pode trazer para a condução do processo.

A tendência da contratualização do processo permite uma conexão interessante entre a dogmática jurídica e a disciplina da análise econômica do direito. A promessa da correlação entre liberdade e eficiência no contexto do processo é uma hipótese que exige demonstração lógica ou comprovação empírica. Não se pretende realizar nenhuma das duas coisas neste trabalho; basta, para os propósitos do Capítulo 1, indicar como a racionalidade da eficiência serviria como fundamento valorativo para o instituto dos negócios processuais, a ponto de sustentar a expansão verificada no CPC/2015.

Há pelo menos duas maneiras de argumentar em favor da hipótese. Uma se correlaciona com as deficiências do modelo anterior, “hiperpublicista”, e outra se correlaciona com os méritos do modelo atual, de ampla liberdade.

Como já argumentado na seção anterior, a redescoberta da vontade das partes nos negócios processuais se relaciona historicamente com uma situação de crise vivenciada pelo poder judiciário em diversos países ocidentais na segunda metade do

¹³⁶ Nesse sentido, correta a opinião de Sergio Cruz Arenhart e Gustavo Osna de que a confluência de um feixe complexo de interesses torna necessária a parcimônia quanto à admissibilidade de negócios processuais que comprometam noções relevantes como os fins da jurisdição. Não se discorda quanto a isso. A discordância aqui parece residir na percepção da força normativa que se deve conferir à liberdade das partes de adequar a *sua* situação particular aos próprios desígnios. Trata-se de encontrar o difícil equilíbrio da ponderação de interesses que não leve à instrumentalização nem de todo o aparato jurisdicional em favor das partes, nem das partes em favor dos fins públicos perseguidos pela jurisdição. OSNA, Gustavo; ARENHART, Sérgio Cruz. **Os 'Acordos Processuais' no Projeto de CPC** - Aproximações Preliminares. Revista Eletrônica - Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, v. 39, 2015, *passim*.

¹³⁷ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade Processual**: a liberdade das partes no processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 20.

século XX. No contexto de um processo rigidamente controlado pelo magistrado, a multiplicação das demandas acarretou um cenário de lentidão da condução processual e consequente descrédito da instituição judiciária junto aos cidadãos¹³⁸. Numa linguagem econômica, pode-se argumentar que a expansão da demanda pelo serviço jurisdicional - ocorrida a partir de fenômenos como a universalização da jurisdição, a expansão das hipóteses de gratuidade do serviço jurisdicional e a massificação da litigiosidade - deveria ter sido acompanhada por uma correspondente expansão da oferta pelo mesmo serviço. Ocorre que a jurisdição é, pelo menos desde a Revolução Francesa, serviço monopolizado pelo Estado e provido por seus funcionários¹³⁹. O desequilíbrio causado pelo aumento da demanda não é facilmente acompanhado por uma maior oferta porque isso exigiria a expansão do quadro de funcionários – juízes, servidores, dentre outros -, bem como da estrutura física do judiciário, o que muitas vezes não é possível devido às restrições orçamentárias do Estado¹⁴⁰¹⁴¹.

Disso se seguiu um cenário de escassez do serviço jurisdicional, fenômeno cujas consequências mais evidentes são a maior lentidão do julgamento das causas e a diminuição da qualidade das decisões. Algumas das principais mudanças do CPC/2015 podem ser compreendidas como apostas para endereçar essa problemática: uma delas relaciona-se à expansão das hipóteses de julgamento das demandas repetitivas, bem como do instituto dos precedentes, o que tenderia a otimizar a atividade dos juízes¹⁴². Uma outra estratégia diz respeito à adoção do modo de “justiça multiportas”, que enfatiza outras possibilidades que não o processo judicial para a resolução de conflitos, como a mediação, a conciliação e a arbitragem¹⁴³¹⁴⁴.

¹³⁸ CADIET, Loïc. **Os acordos processuais no direito francês**: situação atual da contratualização do processo e da justiça na França. In: CADIET, Loïc. **Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa**: seis lições brasileiras. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 78-80.

¹³⁹CARPI, Federico. **La metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione**. In: Revista de Processo, v. 257, jul/2016, *on-line*.

¹⁴⁰ MÜLLER, Julio Guilherme. **A Produção Desjudicializada da Prova Oral Através de Negócio Processual**: análise jurídica e econômica. Tese (Doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 312.

¹⁴¹ Note-se que a expansão do judiciário num contexto de aguda crise fiscal dos Estados da federação, que já possuem enorme dificuldade para arcar com os custos atuais do funcionalismo, é uma hipótese quase inimaginável hodiernamente.

¹⁴²RODRIGUES NETO, João Máximo. **A relevância dos precedentes na análise econômica da litigância** – um estudo de law and finance. In: Revista Direito em Debate, nº 48, jul./dez. 2017, p. 63-83.

¹⁴³ NALINI, José Renato. **É urgente construir alternativas à justiça**. In: ZANETTI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coords.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC – Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 26-34.

¹⁴⁴ Para um estudo específico sobre a análise econômica da arbitragem, cf. PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. **A economia da arbitragem**: escolha racional e geração de valor. In: Revista Direito GV, v. 4(1), jan.-jun. 2008, p. 15-28.

Deve-se compreender a expansão dos negócios processuais como uma dessas estratégias¹⁴⁵. Deixar que as partes assumam maior protagonismo na condução de seu processo, argumenta-se, pode ajudar a desafogar um dos “gargalos” atuais para a prestação jurisdicional eficiente, que é a dependência da figura do magistrado, assoberbado pelo volume de trabalho excessivo¹⁴⁶. Nesse sentido, se as partes puderem e quiserem colaborar com a condução do processo por meio de negócios processuais, não haveria razão para impedi-las de fazê-lo. Afinal de contas, na condição de maiores interessadas pela entrega da solução jurisdicional, é plausível imaginar que a sua interferência no rumo processual trará ganhos de eficiência em comparação com o cenário anterior, de monopólio do processo por um juiz sobrecarregado e, portanto, pouco atento às particularidades de cada causa.

Uma racionalidade que subjaz ao argumento exposto é a que encara os sujeitos processuais como atores racionais, capazes de avaliar as consequências das suas ações e adotar aquelas condutas que julgam mais favoráveis para o atingimento dos seus fins¹⁴⁷. Transportada para o contexto das relações negociais, a racionalidade autoriza ao menos uma presunção de que qualquer negócio celebrado livremente será vantajoso do ponto de vista prático àqueles que o celebraram. Do contrário, elas não o pactuariam¹⁴⁸. A lógica econômica se aplicaria da mesma forma aos sujeitos processuais, considerados enquanto agentes econômicos racionais.

Há ainda uma outra perspectiva pela qual é possível constatar ganhos de eficiência dos negócios processuais. Como se sabe, as normas processuais civis são fruto da legislação estatal. Ocorre que o legislador possui limitações quanto ao conhecimento

¹⁴⁵ No mesmo sentido, cf. GIANNAKOS, Demétrio Beck da Silva. **Análise econômica dos negócios jurídicos processuais**. In: Revista de Processo, v. 278, abr. 2018, *on-line*.

¹⁴⁶ Nesse sentido José Roberto Nalini, para quem “...é importante reconhecer que o Estado contemporâneo assumiu tantas responsabilidades e obrigações nesta era de abundância de direitos e de carência de responsabilidades e obrigações, que já não consegue exercer com eficiência muitas delas. E o quadro mais manifesto é a insuficiência da missão consistente no monopólio de julgar”. NALINI, José Renato. **É urgente construir alternativas à justiça**. In: ZANETTI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coords.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC – Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 33.

¹⁴⁷ “Na perspectiva da teoria econômica clássica, a conduta individual é pautada pela avaliação racional de benefícios e prejuízos decorrentes da ação ou da omissão. Assim, ao se deparar com mais de uma escolha possível, o ser humano avaliará que opção lhe oferece maior benefício, considerando os prejuízos, e optará pela que lhe for mais benéfica.” RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. **Sucumbência recursal no novo CPC: uma análise econômica**. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 50, jul./set. 2013, p. 42.

¹⁴⁸ “The essence of the exchange is that *both people make it because they expect that it will benefit them; otherwise they would not have agreed to the exchange*” (itálicos do original). ROTHBARD, Murray. **Man, Economy and State: a treatise on economic principles** (Scholar’s Edition). 2. ed. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2009, p. 85.

das consequências práticas das suas escolhas: não lhe é dado saber se essas, no momento da elaboração legislativa do regramento processual, possuirão a eficiência almejada¹⁴⁹. Via de consequência, muitas das suas apostas podem revelar-se, e frequentemente se revelam, alternativas ineficientes¹⁵⁰.

A concessão de poder normativo às partes pode auxiliar no intento de descobrir desenhos procedimentais mais atrativos. A atipicidade dos negócios processuais torna praticamente ilimitada a possibilidade criativa das partes. A avaliação de diferentes negócios processuais dar-se-ia segundo um mecanismo de tentativa e erro: os negócios criados seriam experimentados na prática e avaliados na medida dos seus benefícios. Os mais benéficos tendem a ser adotados e replicados por outros sujeitos, indicando quais alterações são mais eficientes. E o resultado do processo de descoberta das partes pode, por sua vez, informar o próprio ordenamento positivado, indicando ao legislador os rumos de uma futura reforma legislativa¹⁵¹. Um constante laboratório de soluções para o processo civil, em suma.

Apesar disso, a efetiva produção de consequências positivas significativas dependerá da constatação empírica. É possível que a aposta nos negócios processuais se revele, ao fim e ao cabo, um projeto interessante do ponto de vista teórico, mas jamais consolidado na prática em vista da incerteza quanto ao reconhecimento de sua validade perante as cortes, da dificuldade de compreensão e de manejo pelos operadores do direito, de um tradicionalismo mental desconfortável com mudanças mais abruptas, etc.. Pode ocorrer ainda uma confluência de todos esses fatores, de modo que o projeto dos negócios processuais do CPC/2015 se torne mais uma promessa legislativa sem concretização¹⁵². Pode ser que o impacto positivo seja pequeno, com a celebração pontual de alguns

¹⁴⁹“Legislators lack perfect knowledge and foresight. Moreover, a law may be inefficient as applied to some people even if it is efficient as applied to others. Legislators cannot always determine what is best for everybody. The more heterogeneous the legislators' constituencies, the more difficult it is for them to tailor laws to suit individual environments”. O’HARA, Erin, e RIBSTEIN, Larry E., **From Politics to Efficiency in Choice of Law**. In: George Mason Law and Economics Working Paper No. 00-04, 1999, p. 4

¹⁵⁰ Pense-se, por exemplo, no desenho legislativo de 1973 que consagrava a autonomia do processo cautelar, o qual nunca alcançou os efeitos positivos que se imaginava obter. Mesmo o CPC/2015 não deixa de ser imune a apostas malfadadas. Em estudo dedicado ao tema da estabilização dos negócios processuais, Frederico Augusto Gomes conclui prevendo que o instituto possui tamanhas dificuldades de manejo e incertezas que parece ser fadado ao desuso. Cf. GOMES, Frederico Augusto. **A Estabilização da Tutela Antecipada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 213-214.

¹⁵¹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 201.

¹⁵² “Mas também é possível que os negócios processuais sejam um malogro em termos práticos. Não seria a primeira nem a última vez que isso estaria acontecendo: um instituto a despertar a atenção dos estudiosos, por sua sofisticação e riqueza de possibilidades, e a afugentar os práticos exatamente pelos mesmos motivos...” TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. In: Informativo Justen, Pereira Oliveira e Talamini, nº 104. Curitiba, 2015, p. 19.

negócios específicos na prática¹⁵³. Outra possibilidade é de que a disseminação dos negócios processuais atípicos se restrinja a um recorte muito diminuto de partes e de advogados bastante sofisticados, os únicos capazes de manejar com eficácia o instituto de modo a torná-lo atrativo¹⁵⁴.

Uma última possibilidade aventada pela doutrina é que a expansão dos negócios processuais acarrete consequências *negativas* para o processo civil. Teme-se que a sua disseminação milite contra a eficácia de outros institutos processuais, como a coisa julgada e a formação de precedentes¹⁵⁵, ou que uma interpretação restritiva do poder de controle judicial da validade dos negócios prejudique a justiça e a eficácia do processo¹⁵⁶.

A questão do impacto dos negócios processuais, portanto, deve permanecer em aberto no momento. Parece certo que a eficiência constitui uma importante racionalidade que subjaz à decisão do legislador de reavivar o instituto. No entanto, é ainda muito cedo para afirmar se realmente haverá consequências positivas substantivas, algo que apenas a experiência concreta poderá comprovar ou desmentir.

Em conclusão, a liberdade e a eficiência constituem as principais racionalidades subjacentes à expansão do instituto dos negócios processuais, especialmente a partir da entrada em vigor do CPC/2015. As racionalidades expostas acima se complementam. Os ganhos de eficiência dos negócios processuais somente seriam possíveis mediante a concessão de maior força normativa à liberdade dos indivíduos. A correlação entre as duas dimensões é sugerida como uma aposta. Nesse sentido, prestigiar a autonomia dos indivíduos, para além dos méritos intrínsecos de um sistema que reconhece a devida dignidade das pessoas enquanto seres livres, acarretaria consequências positivas diante do cenário de crise judiciária que acomete o direito brasileiro. A correlação entre ambas não é uma proposição autoevidente, todavia. É possível que não se verifiquem na realidade os ganhos de eficiência que se imaginava decorrerem da expansão da liberdade das partes.

¹⁵³ WONTROBA, Bruno Gressler. **Negócios jurídicos processuais atípicos**: objeto lícito, disponibilidade do direito material e disponibilidade da tutela jurisdicional. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 167.

¹⁵⁴ Ou ainda, os únicos com capital intelectual suficiente para ultrapassar os custos informacionais associados à utilização de uma ferramenta processual incerta e inédita no direito brasileiro.

¹⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **A convenção processual sobre prova diante dos fins do processo civil**. In: Revista de Processo, v. 288, fev./2019, *passim*.

¹⁵⁶ BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Estudo sobre os limites da contratualização do litígio e do processo**. In: Revista de Processo, vol. 269/2017, *on-line*.

1.2.2. PRINCIPIOLOGIA DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS

Não são apenas as racionalidades extrajurídicas que fornecem o fundamento dos negócios processuais. O instituto também se encontra amparado pela principiologia do processo civil contemporâneo, a qual assumiu uma relevância inédita a partir da entrada em vigor do CPC/2015¹⁵⁷. A última seção do primeiro capítulo deste trabalho dedica-se a explorar quais os princípios processuais mais diretamente relacionados com os negócios processuais. Sugere-se aqui que são quatro os princípios merecedores de atenção pormenorizada: os princípios do autorregramento da vontade, da cooperação, da adequação e da eficiência.

Antes de adentrar nesse exame, todavia, cabe tecer algumas breves considerações sobre a relevância dos princípios no ordenamento processual contemporâneo. O fenômeno da constitucionalização do direito infraconstitucional, esforço teórico levado a cabo no Brasil com grande intensidade nas últimas décadas, teve um novo e importante episódio com a passagem do Código de Processo Civil de 2015. Com efeito, a constitucionalização do processo foi considerada “o primeiro e mais importante objetivo do novo Código de Processo Civil”¹⁵⁸, e se vê de maneira evidente logo no primeiro artigo do diploma¹⁵⁹.

Embora já houvesse consciência da necessidade da compatibilização do processo civil com a normatividade constitucional anteriormente à nova codificação¹⁶⁰, o CPC/2015 afirma essa necessidade de forma explícita. Assim, o Código se inicia já com o capítulo relativo às normas fundamentais do processo civil, nos seus artigos 1º a 12. Importante mencionar, contudo, a advertência de Fredie Didier Jr., que distingue as normas fundamentais processuais dos direitos fundamentais processuais. Estes últimos

¹⁵⁷DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. **A constitucionalização do novo Código de Processo Civil**. In: DIDIER JR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Normas Fundamentais. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 59-63.

¹⁵⁸DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. **A constitucionalização do novo Código de Processo Civil**. In: DIDIER JR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Normas Fundamentais. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 59.

¹⁵⁹ Art. 1º: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.”

¹⁶⁰ Note-se que já em 2006, por exemplo, Luiz Guilherme Marinoni compreendia o processo como forma adequada de tutela jurisdicional dos direitos fundamentais a partir da dimensão da Constituição, além de sua própria fonte de legitimidade. “O processo é um procedimento, no sentido de instrumento, módulo legal ou conduzido com o qual se pretende alcançar um fim, legitimar uma atividade e viabilizar uma atuação. O processo é o instrumento através do qual a jurisdição tutela os direitos na dimensão da Constituição. É o módulo legal que legitima a atividade jurisdicional, e, atrelado à participação, colabora para a legitimidade da decisão.” MARINONI, Luiz Guilherme. **Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil no Estado Constitucional**. In: Revista dos Tribunais, v. 852, a. 2006, *on-line*.

teriam como fundamento normativo apenas o Art. 1º do CPC/2015, além da própria Constituição. Já as normas fundamentais dos Arts. 2º a 12 não possuiriam o *status* de norma de direito fundamental¹⁶¹. Apesar disso, não parece controverso afirmar que grande parcela do conteúdo substancial destes demais artigos apenas explicita garantias já presentes no texto constitucional, de modo que são reproduções legislativas de normas com fulcro constitucional.

Do ponto de vista objetivo, os princípios processuais afirmados pelo CPC/2015 determinam o “termo e o caráter” de um processo judicial, além de fornecer orientações aos comportamentos das partes¹⁶². Não resta dúvida acerca da força normativa dos princípios jurídicos no sistema processual, a qual vem explicitada ao longo de todo o texto normativo¹⁶³, e que lhe fornece um substrato axiológico capaz de assegurar coerência e justificação¹⁶⁴. Reconhece-se ainda, por fim, que as normas fundamentais processuais, dentre as quais se incluem os princípios, podem ser consideradas “vetores que alicerçam a interpretação e aplicação do novo modelo de processo civil brasileiro”, imprimindo-lhe uma marca capaz de orientar a índole do sistema jurídico por elas informado¹⁶⁵.

Em sendo isso verdade, portanto, cabe ao intérprete explicitar em que termos ocorre a compatibilidade dos princípios processuais com cada instituto específico do processo, de modo a melhor se compreender a fundamentação normativo-principiológica das regras da disciplina. A consideração acima também se aplica aos negócios processuais, razão pela qual é indispensável a análise da principiológica subjacente ao instituto.

1.2.2.1. Autorregramento da vontade

O primeiro princípio ressaltado pela doutrina relaciona-se com a racionalidade da liberdade, tal como exposta na seção anterior. Para além da sua importância

¹⁶¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20. ed., 2018, v. 1, p. 87.

¹⁶² GREGER, Reinhard. **Cooperação como princípio processual**. In: DIDIER JR, Fredie (org.), *Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Normas Fundamentais*. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 302.

¹⁶³ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20. ed., 2018, v. 1, p. 59.

¹⁶⁴ PUGLIESE, William Soares, ROSA, Viviane Lemes da. **Normas fundamentais do novo Código de Processo Civil**: considerações teóricas e hipóteses de aplicação pelo exame do contraditório. *Revista Iberoamericana de derecho procesal*, v. 3, a. 2016, *on-line*.

¹⁶⁵ JOBIM, Marco Félix. **As Funções da Eficiência no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 75.

extrajurídica, a liberdade encontra ampla guarida no ordenamento jurídico contemporâneo.

Possuindo íntima conexão com o princípio da dignidade humana, a liberdade emancipa o sujeito de direito ao lhe reconhecer uma dimensão de soberania sobre a própria vida¹⁶⁶. Segundo Luís Roberto Barroso, a liberdade serve de fundamento nuclear para os próprios direitos fundamentais. Para o autor, em outras palavras, deve-se reconhecer a autonomia como o cerne da jusfundamentalidade. A autonomia se desdobra, de um lado, na capacidade de autodeterminação; do indivíduo tomado como agente moral abstrato. Por outro, ela assegura o respeito às condições para o exercício da autodeterminação: a possibilidade concreta de decisões livres pelo indivíduo, garantida através de condições existenciais mínimas sem as quais o seu consentimento é vazio¹⁶⁷.

Na esfera jurídica, uma importante expressão da liberdade é o princípio da autonomia privada. Uma dimensão essencial do princípio se consubstancia na capacidade que se concede ao sujeito de “regular juridicamente os seus interesses, de poder definir o que reputa melhor ou mais adequado para a sua existência; o direito de regular a própria existência, de construir o próprio caminho e de fazer escolhas”¹⁶⁸.

Uma maneira interessante de compreender o conteúdo jurídico da autonomia privada foi desenvolvida por Luigi Ferri¹⁶⁹. O autor italiano entende que a autonomia privada se distingue da liberdade na sua perspectiva “natural” ou “moral”. Ao contrário, ela se radica integralmente no bojo de um sistema jurídico particular, que pode ou não contemplar a sua existência. Da mesma forma, eventual reconhecimento da autonomia privada pode se dar em maior ou menor extensão, a depender das particularidades do ordenamento que se analisa.

Para Luigi Ferri, a autonomia privada consiste numa autêntica fonte de direito do ordenamento jurídico, ao lado da lei e dos regulamentos¹⁷⁰. Trata-se de fonte não

¹⁶⁶ Sobre os fundamentos filosóficos da dignidade humana, cf. LEE, Patrick e GEORGE, Robert P. **The nature and basis of human dignity**. In: Ratio Juris, vol. 21, no. 2, 2 June 2008, *passim*.

¹⁶⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová**: Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Org.). Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 11.

¹⁶⁸ DIDIER JR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil, in DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 32.

¹⁶⁹FERRI, Luigi. **Nozione giuridica di autonomia privata**. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1957, p. 129-200.

¹⁷⁰“La legge, il regolamento, il negozio giuridico (l’elenco non ha certo la pretesa di essere completo) sono dunque fonti normative, cioè modo di manifestazione di norme giuridiche; ad esse corrispondo

originária, uma vez que derivada da lei e a ela inferior em hierarquia, mas ainda assim fonte de direito.

Dessa caracterização se podem colher duas importantes consequências. Em primeiro lugar, a autonomia privada não se trata apenas de fonte de direitos subjetivos, uma vez que toda relação jurídica deve ter como fundamento o direito objetivo¹⁷¹. A autonomia privada, ao contrário, é fonte autêntica de direito objetivo, isto é, de norma jurídica¹⁷². Eis por que ela não pode ser considerada apenas faculdade disponível às partes. A autonomia privada consiste também em verdadeiro poder normativo, poder de criar, modificar e extinguir normas jurídicas de origem consensual. Uma vez reconhecida a sua validade, a norma criada pela autonomia privada possui aplicabilidade na mesma medida que a norma legal.

A lei que confere autonomia privada aos cidadãos pode ser chamada, para Luigi Ferri, de *Ermächtigungsnorm*, termo que se poderia traduzir como “norma de empoderamento”¹⁷³. Com isso o autor quer dizer que a norma legal não trata apenas de reconhecer um direito à parte ou uma margem de disponibilidade de sua ação. Ao contrário, ela lhe reconhece um poder de criar o direito. Resgatando a terminologia explorada no tópico anterior, ela confere não apenas uma margem de liberdade negativa ao seu destinatário, mas também uma margem de liberdade positiva.

A segunda consequência diz respeito à relação entre a norma legal e a norma consensual. Como é a norma legal que confere o poder da autonomia privada às partes, se segue necessariamente que a lei constitui a fonte de validade da autonomia. Em outras palavras, a lei é hierarquicamente superior à autonomia privada no ordenamento, de modo que qualquer norma de origem consensual violadora da normativa jurídica superior se torna inválida.

Destarte, o conteúdo substantivo da lei estatal, especificamente daquela parcela da produção legislativa que não se permite derrogar pela vontade das partes, funciona como uma limitação objetiva ao conteúdo da norma consensual. O produto normativo da

rispettivamente il potere legislativo, il potere di emanare regolamenti e il potere di creare norme negoziali, che noi indichiamo con l'espressione 'autonomia privata'". FERRI, Luigi. **Nozione giuridica di autonomia privata**. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1957, p. 135.

¹⁷¹FERRI, Luigi. **Nozione giuridica di autonomia privata**. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1957, p. 159.

¹⁷²"L'autonomia privata non è espressione di una mera liceità o facoltà, ma manifestazione di potere, e precisamente del potere di creare, entro limiti posti dalla legge, delle norme giuridiche." FERRI, Luigi. **Nozione giuridica di autonomia privata**. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1957, p. 133.

¹⁷³FERRI, Luigi. **Nozione giuridica di autonomia privata**. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1957, p. 157-158.

autonomia privada é válido apenas dentro desses limites. Por outro lado, aquilo que a lei deixa de determinar expressamente (ou então que determina expressamente, mas de forma apenas dispositiva) resta como área de atuação lícita da autonomia privada¹⁷⁴.

O direito brasileiro, como é cediço, acolhe a autonomia privada como princípio fundamental¹⁷⁵. Possuindo guarida constitucional, a autonomia privada demanda respeito nas diversas disciplinas infraconstitucionais. No campo específico do processo civil, ela adquire a forma, na terminologia de Fredie Didier Jr., do *princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo*¹⁷⁶. Para o autor, um modelo civil-processual desprezador da autonomia privada viola os ditames do devido processo legal e do ideal democrático exigido de todas as disciplinas jurídicas, além de revelar um certo “ranço autoritário”. Na mesma linha, Igor Raatz argumenta não haver “razão para minimizar o papel da liberdade no processo, sobretudo quando se pensa a liberdade como fundamento de um Estado Democrático de Direito e se encara o processo jurisdicional como método de exercício de um poder”¹⁷⁷.

Nesse sentido, a previsão de negócios processuais, especialmente daqueles atípicos, é uma instanciação importante do fenômeno da densificação do sentido da autonomia privada no processo. A concessão de autonomia às partes para dar expressão jurídica vinculante à sua vontade, no processo e independentemente de previsão legislativa prévia, constitui uma deferência de intensidade inédita na história do processo civil brasileiro à autonomia das partes.

Igualmente, uma mais acurada compreensão do caráter nem sempre cogente das normas processuais contribui para a expansão da margem de liberdade disponível aos indivíduos. Abandona da concepção que reconhecia a inderrogabilidade quase absoluta de qualquer norma processual em vista de sua natureza de direito público¹⁷⁸, o ordenamento processual passa a conviver com espaços maiores de negociabilidade.

¹⁷⁴“Il fenomeno dell’autonomia privata è visto sotto il profilo di limitazione o autolimitazione dell’ordinamento statale, che lascia degli spazi in cui possa inscribi l’attività normativa dei privati”. FERRI, Luigi. **Nozione giuridica di autonomia privata**. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1957, p. 135.

¹⁷⁵ CAMBI, Eduardo e PADILHA, Elisângela. **Dimensões da dignidade da pessoa humana**, in Revista de Direito Privado, v. 71/2016, p. 111-128.

¹⁷⁶ DIDIER JR, Fredie. *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*, in DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 32.

¹⁷⁷ RAATZ, Igor. **Autonomia Privada e Processo Civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 186.

¹⁷⁸ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 141.

Antonio do Passo Cabral aponta para uma diretriz interpretativa importante no que diz respeito à liberdade de negociação das partes. Os negócios processuais possuem uma certa “validez apriorística”, o que significa que gozam de validade *prima facie*. Não são as partes responsáveis por justificar, antecipadamente, a vinculação dos seus acordos, mas justamente o contrário. Cabe ao juiz, se reputar necessário invalidá-los, o ônus argumentativo de demonstrá-lo. Trata-se do princípio *in dubio pro libertate*¹⁷⁹.

É difícil encontrar privilégio mais evidente à autonomia das partes do que a concessão de poder normativo à sua vontade negociada, inclusive com a capacidade de derrogar algumas normas legisladas. Na linha da teorização de Luigi Ferri, o microsistema de negociabilidade processual em geral, bem como o art. 190 em específico, podem ser adequadamente caracterizados como espécies de *Ermächtigungsnormen*. Portanto, a previsão dos negócios jurídicos processuais no CPC/2015 pode, corretamente, ser considerada a expressão mais intensa do princípio do autorregramento da vontade no diploma.

1.2.2.2. Cooperação

O princípio da cooperação, introduzido no CPC/2015 pelo Art. 6º, também figura como um dos fundamentos axiológicos dos negócios jurídicos processuais.

Segundo Leonardo de Faria Beraldo, a cooperação consiste na vertente integradora do princípio da boa-fé objetiva aplicado ao processo civil, esse previsto no Art. 5º do mesmo diploma¹⁸⁰. A função integradora, em conceituação inicialmente desenvolvida pela doutrina civilista¹⁸¹, cria um feixe de direitos e deveres anexos de conduta inerentes às partes do processo, dentre os quais está a cooperação.

Enquanto norma de conduta, ao mesmo tempo em que transforma a relação entre os diversos sujeitos processuais, o princípio modifica o modelo de organização do

¹⁷⁹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 144-146.

¹⁸⁰BERALDO, Leonardo de Faria. O dever de cooperação no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie (org.), **Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Normas Fundamentais**. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 360.

¹⁸¹ “Diz-se, então, ser o princípio da boa-fé a fonte de “deveres anexos” (“deveres instrumentais de conduta”) impostos ao credor e ao devedor, deveres que passam a *integrar o contrato*, ainda que não expressamente previstos. Estes deveres estão, modo geral, ou instrumentalizados à otimização dos deveres primários de prestação ou tem escopo protetivo (“deveres de proteção”) para que, do contrato, não resultem danos injustos aos contraentes.” MARTINS-COSTA, Judith. Critérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva. In: MARTINS-COSTA, Judith e FRADÉRA, Vera Jacob de. **Estudos de Direito Privado e Processual Civil** – Em homenagem a Clóvis do Couto e Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 212.

processo para um panorama cooperativo¹⁸². O remodelamento mencionado pressupõe uma "alteração na concepção do fenômeno processual, que vai entendido como sendo um processo de comunicação, formação de opinião e decisão que é aberto, argumentativo e flexível"¹⁸³. Assim, não apenas se permite, como se encoraja a participação das partes na gestão do próprio processo, uma vez aceita a premissa de que um processo cooperativo gozará de maior legitimidade.

Busca-se, em conceituação desenvolvida pela doutrina alemã¹⁸⁴, a criação de uma comunidade de trabalho para a gestão do processo, no bojo da qual tanto as partes quanto o juiz assumem ampla responsabilidade pela boa condução processual, de forma a também assegurar o seu caráter democrático e participativo. A cooperação também afirma o compromisso necessário de todos os sujeitos processuais com o "sentido e o fim" de alcançar o propósito processual, a afirmação e execução do direito privado e a restauração da paz jurídica perturbada¹⁸⁵.

Entende-se que a situação naturalmente conflituosa das partes no processo não obstaculiza a existência de uma postura cooperativa entre as partes, ou então de um dever relativo à consecução do mister jurisdicional. Pelo contrário: como a experiência internacional já ratifica (*e.g.*, o conceito de *case management* das *Civil Procedural Rules* inglesas), é possível e bem-vindo eleger a finalidade de um processo "justo, correto e econômico" como objetivo compartilhado por todos os sujeitos processuais, inclusive pelas próprias partes¹⁸⁶.

Não é difícil ver como a cooperação fornece subsídio principiológico para um sistema aberto à negociação processual. Segundo Fredie Didier Jr., "todas as normas que atribuem relevância à autonomia da vontade no processo, estimulando comportamentos negociais entre os sujeitos processuais, reforçam o modelo cooperativo; afinal não há negociação juridicamente lícita sem obediência aos deveres de cooperação"¹⁸⁷.

¹⁸²DIDIER JR, Fredie. **Princípio da cooperação**. In: DIDIER JR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Normas Fundamentais. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 352.

¹⁸³KOCHEM, Ronaldo. **Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (Kooperationsmaxime)**. In: DIDIER JR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Normas Fundamentais. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 342.

¹⁸⁴ KOCHEM, Ronaldo. **Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (Kooperationsmaxime)**. In: DIDIER JR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Normas Fundamentais. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 325.

¹⁸⁵ GREGER, Reinhard. **Cooperação como princípio processual**. In: DIDIER JR, Fredie (org.), Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Normas Fundamentais. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 303.

¹⁸⁶ GREGER, Reinhard. **Cooperação como princípio processual**. In: DIDIER JR, Fredie (org.), Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Normas Fundamentais. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 309.

¹⁸⁷ DIDIER JR, Fredie. **Princípio da cooperação**. In: DIDIER JR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Normas Fundamentais. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 356.

É dizer: as partes, através dos negócios processuais, efetivamente colaboram na finalidade de assumir responsabilidade compartilhada sobre o processo. Enquanto contraentes, deixa-se de lado (ainda que episodicamente) a feição beligerante do processo tradicional. As partes veem-se parceiras diante do intento comum de adaptar o processo aos seus interesses.

É possível que a cooperação não se revele uma postura predominante no processo. Não obstante essa possibilidade, permanece sendo verdadeiro que, naqueles casos em que a cooperação persiste aberta às partes, deve-se lhes conceder um privilégio normativo para que o princípio viceje. Se a cooperação viabiliza a celebração de algum negócio processual, podemos perguntar, com Remo Caponi: por que motivo seria razoável impor obstáculos à intenção cooperativa¹⁸⁸? Com efeito, a direção correta é aquela que prevê o prestígio da cooperação processual, inclusive se a forma concreta que assume a cooperação em determinado processo é através da negociação.

A cooperação para fins processuais não significa a cessação de toda e qualquer animosidade no processo, numa ilusão habilmente chamada de “fraternalismo excessivo” por Antonio do Passo Cabral. Mesmo diante da presença de divergências irresolvíveis a respeito dos direitos materiais, resta possível o atingimento de colaboração ao redor da finalidade compartilhada da condução proba e adequada do processo. Nesse sentido, “o formalismo contemporâneo, de índole cooperativa, é compatível com a flexibilização negocial das formas porque revela o equilíbrio entre o público e o privado que norteia o devido processo legal na atualidade”¹⁸⁹.

Contudo, válida a pontuação feita por Bruno Gressler Wontroba a respeito da relação entre cooperação e negociabilidade processual¹⁹⁰. A cooperação não é fundamento dos negócios processuais por conta de um suposto *dever* que as partes teriam de colaborar entre si, o que incluiria o dever de celebrar acordos. De nenhuma forma se pode compreender que a negociação processual é fruto de obrigação. Caso contrário, estar-se-ia em franca violação do princípio do autorregramento da vontade, que pressupõe

¹⁸⁸ “Se for verdade que o processo é dirigido a assegurar que os interesses protegidos pelas normas de direito substancial sejam realizados, mesmo nas hipóteses de falta de cooperação espontânea entre os sujeitos do processo, porque não recuperar todos os espaços de utilidade para esta última, ali onde a cooperação não falhou totalmente, mas se dirige a uma convergente disciplina negocial de algumas das relações processuais das partes?” **Autonomia privada e processo civil**: os acordos processuais. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. XIII, p. 740.

¹⁸⁹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 192-193.

¹⁹⁰ WONTROBA, Bruno Gressler. **Negócios jurídicos processuais atípicos**: objeto lícito, disponibilidade do direito material e disponibilidade da tutela jurisdicional. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 57.

a liberdade. A cooperação, ao contrário, assegura que a conduta negocial (e, portanto, cooperativa) permaneça uma possibilidade *aberta* às partes, cabendo ao juiz respeitá-la sempre que possível e lícito. Mas possibilidade não pode jamais se traduzir em dever, sob pena de vilipêndio ao valor da liberdade que também orienta o microssistema da negociabilidade processual.

1.2.2.3. Adequação

O princípio da adequação é expressão da realidade propriamente instrumental do direito processual, o qual deve se mostrar útil para a tutela do direito material no caso concreto¹⁹¹. Como a variedade de situações de direito material é ilimitada, segue que a forma pela qual o processo deve se ordenar precisa respeitar as características da situação material particular, a elas se adequando na medida do necessário.

São dois os momentos nos quais o princípio da adequação tem expressão¹⁹². O primeiro deles é o legislativo: cabe ao legislador, em abstrato, criar uma disciplina legal adequada à tutela jurisdicional. No entanto, como é evidente, nem toda a presciência legislativa será suficiente para dar conta da multiplicidade da realidade concreta. Por isso, exige-se a adequação em cada caso, a ser operada pelos agentes envolvidos no processo particular. Ao primeiro momento, legislativo, a doutrina atribui o termo "adequação". Ao segundo, a adequação subjetiva do processo, chama de "adaptabilidade".

Há modelos processuais em que a adaptabilidade se vê diminuída em favor da adaptação legislativa. São modelos rígidos, frequentemente aliados a uma postura de desconfiança com relação à figura do juiz no processo. Pense-se, por exemplo, no modelo francês original do *Code de Procédure Civile*. Há também modelos que reconhecem um momento de adaptabilidade no processo, mas a reservam principalmente à figura do juiz. É um esquema afeito ao paradigma processual publicístico.

¹⁹¹ “É fácil perceber que, em todas essas situações, a lei processual é pensada segundo as necessidades de direito material evidenciadas no caso concreto. A compreensão do processo à luz do direito fundamental à tutela jurisdicional requer a percepção da natureza instrumental da norma processual, isto é, de que essa deve permitir ao juiz encontrar uma técnica processual idônea à tutela das necessidades do caso conflitivo.” MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sergio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil** – teoria do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed, 2017, v.1, p. 136.

¹⁹² DIDIER JR, Fredie. **Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento**, p. 5-6.

Atualmente, todavia, não há mais razão para conceber a adaptabilidade como mister exclusivo do agente jurisdicional. Pelo contrário: também às partes se deve dar o poder de adaptar o procedimento judicial¹⁹³.

Por quais razões deve ser concedido o poder de adequação do processo às partes? As razões se assemelham às racionalidades já expostas no ponto anterior. Em primeiro lugar, em reconhecimento à liberdade dos jurisdicionados, que devem ter algum poder de conformar o processo de acordo com a sua vontade. Em segundo lugar, imagina-se que haverá ganhos de eficiência também no compartilhamento da adaptação com as partes. São elas as maiores conhecedoras das particularidades de sua própria situação; assim, a sua perspectiva deve ser levada em conta quando chegar o momento de adequar o procedimento padrão à realidade do caso concreto. Por fim, deve-se sempre ter em mente a sobrecarga de trabalho do magistrado, o que tende a dificultar a concretização da adequação num contexto de sobrecarga de trabalho ocasionada por inúmeros processos.

Resta claro, nesta conjugação de elementos, o papel dos negócios processuais para a instanciação do princípio da adequação no processo. Havendo recebido poder para dispor acerca de vários aspectos da relação processual, as partes também poderão por si só flexibilizar o procedimento, a fim de adequar o processo às particularidades da relação material que lhe subjaz.

Repare-se, aliás, que a própria redação do Art. 190 do Código de Processo Civil indica a vocação da negociação processual para ajustar o procedimento às especificidades da causa¹⁹⁴. Como explica Guilherme Henrique Lage Faria, o procedimento “pode ser flexibilizado diante da necessidade de maior participação das partes e de um maior diálogo entre elas e o juiz, sendo que essa adaptação procedimental também pode ser implementada por intermédio da negociação processual”.¹⁹⁵

Já segundo Pedro Henrique Nogueira, a adequação advinda da negociação entre as partes também promove a instanciação do valor da cooperação no processo. Isso

¹⁹³ “Para que o procedimento possa ser efetivamente adequado, forçoso reconhecer que tanto o juiz, quanto as partes, são dotados de poderes para promover adaptações no procedimento”. REDONDO, Bruno Garcia, **Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 394.

¹⁹⁴ Art. 190: “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para **ajustá-lo às especificidades da causa** e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.” (g.n.)

¹⁹⁵FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios Processuais no Modelo Constitucional de Processo**. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 64.

porque as partes são convidadas a dialogar entre si e com o juiz da causa na construção coletiva de soluções para as exigências específicas do litígio¹⁹⁶.

É possível conceber, por fim, a popularização de algumas formas de flexibilização em matérias determinadas. Dessa forma, por exemplo, em algum setor da economia caracterizado por elevado nível de sofisticação técnica dos bens produzidos, é concebível haver a disseminação de um negócio específico sobre a produção de prova pericial, que atenda às exigências técnicas do setor¹⁹⁷.

Seja como for, a finalidade de atingir um mais alto grau de adequação do processo à realidade concreta do caso é tarefa para a qual também as partes podem e devem contribuir¹⁹⁸. E o mecanismo dos negócios jurídicos processuais se mostra uma forma apropriada de atingir a concretização do princípio.

1.2.2.4. Eficiência

O último princípio identificado como fundamento direto do instituto é o da eficiência. Trata-se do princípio jurídico intimamente relacionado à racionalidade da eficiência que permeia a adoção dos negócios processuais pelo CPC/2015, assim como a autonomia privada dá vazão mais direta à racionalidade da liberdade.

Há uma relação íntima entre adequação e eficiência. Pode-se afirmar que a finalidade de qualquer adequação procedimental é o atingimento de maior grau de eficiência na atividade jurisdicional. E é esse atingimento o critério aferidor do sucesso da adequação.

O princípio da eficiência foi introduzido no ordenamento brasileiro com a Emenda Constitucional nº 19, de 1998. Com a reforma, introduziu-se no Art. 37 da

¹⁹⁶ “Os acordos de procedimento valorizam o diálogo entre o juiz e as partes, conferindo-lhes, quando necessário e nos limites traçados pelo próprio sistema, a condição de adaptar o procedimento para adequá-lo às exigências específicas do litígio; trata-se de instrumento valioso para a construção de um processo civil democrático”. NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios processuais. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 103-4.

¹⁹⁷ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 194-5.

¹⁹⁸ Mesmo autores críticos como Luis Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero entendem que as adaptações operadas pelos negócios processuais, “são viáveis e merecem prestígio”, uma vez que “servem, nesse sentido, como instrumento importante para a adequação do procedimento à efetividade da prestação jurisdicional, sem descuidar das garantias inerentes ao devido processo legal”. MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sergio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 154.

Constituição da República a sua redação atual, incluindo a eficiência como princípio norteador da Administração Pública¹⁹⁹.

No campo do direito processual geral, sua introdução se deu pela primeira vez no Art. 2º da Lei nº 9.784/1999²⁰⁰. Já na disciplina processual civil, embora jamais se pudesse dizer totalmente ausente, o princípio da eficiência foi expressamente positivado apenas na passagem do Código de Processo Civil de 2015, que o prevê no seu Art. 8º²⁰¹.

No campo processual, o princípio da eficiência coaduna-se com uma concepção de tutela jurisdicional não mais focada em fornecer apenas garantias formais para os cidadãos. Compreende-se também a função precípua de promover a tutela do direito concreto dos jurisdicionados de forma adequada, célere e justa, sob pena de violação do próprio princípio do devido processo legal. Segundo Leonardo Carneiro da Cunha, a eficiência passa a ser parte integrante do devido processo legal, uma vez que “o *due process of law* exige que o processo seja adequado e eficiente: haverá eficiência, se houver observância do juiz natural, da isonomia, da duração razoável, do contraditório, da adequação, enfim, o processo judicial deve ser adequado e eficiente”²⁰².

Como adiante explicado pelo mesmo autor, a flexibilização do procedimento constitui um instrumento essencial para o atingimento da eficiência. A abertura para a flexibilização procedimental por meio de negócios jurídicos processuais, portanto, passa a constituir mais uma forma de promover a instanciação do princípio da eficiência no processo civil²⁰³.

¹⁹⁹ Em termos. Como explica Costodio UBIRAJARA FILHO, o requisito da eficiência já se encontrava em diversos diplomas legislativos anteriores à Emenda de 1998. Cf. UBIRAJARA FILHO, Costodio. **A emenda constitucional 19/98 e o princípio da eficiência na administração pública**. In: Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2012, *passim*.

²⁰⁰ Art. 2º: “A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

²⁰¹ Art. 8º: “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.”

²⁰² CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Princípio da eficiência no novo Código de Processo Civil**. In: DIDIER JR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC- Normas Fundamentais. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 378.

²⁰³ “No Novo CPC, há também a previsão de acordos de procedimento e o calendário processual, de forma que as partes podem estipular mudanças no procedimento, visando a ajustá-lo às especificidades da causa, bem como convencionar, antes ou durante o processo, sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar, quando for o caso, o calendário para a prática dos atos processuais. É possível, enfim, haver *flexibilidade procedimental*, com vistas a adoção de regras que garantam maior eficiência para casos que exijam essa flexibilidade. A eficiência funciona como baliza para que haja essa flexibilização procedimental.” CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Princípio da eficiência no novo Código de Processo Civil**. In: DIDIER JR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC- Normas Fundamentais. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 380-1.

Se o propósito racional da flexibilização procedimental é o ganho de eficiência ou efetividade, não há razão para supor que as partes nada tenham a contribuir neste intento, ou de impedi-las de também colaborar com a flexibilização. Como argumentado na seção anterior, seria errôneo imaginar que não há nenhum incremento de eficiência possibilitado pela negociação processual. São, com frequência, as partes as maiores sabedoras das particularidades do caso, e as maiores interessadas no seu deslinde eficiente. Assim, a ferramenta da negociação processual pode contribuir para a manifestação da eficiência no processo²⁰⁴.

Permanecem válidas, contudo, as ponderações feitas na subseção sobre a racionalidade da eficiência. Não se pode saber com certeza quais serão as consequências empíricas da ampliada negociabilidade processual inserida no CPC/2015. É uma aposta cujo sucesso poderá ser verificado apenas na prática. Isto posto, há argumentos plausíveis em favor da tese de que a negociabilidade processual ampliada acarretará benefícios positivos para o processo civil. Além disso, como exposto acima, a eficiência constitui princípio jurídico no Código de Processo Civil de 2015. Pode-se concluir, portanto, que o instituto dos negócios processuais possui como fundamento principiológico também a eficiência, tal como prevista no art. 8º do CPC.

1.2.2.5. Princípios como limitadores

Por fim, cabe mencionar que os princípios processuais não fornecem apenas argumentos em favor da utilização dos negócios processuais, mas também oferecem algumas importantes diretrizes para a sua adequada limitação.

Mesmo alguns dos princípios elencados acima podem servir como limitadores do instituto. Por exemplo, tanto o autorregramento da vontade quanto a cooperação exigem que se compreenda a negociabilidade processual como uma possibilidade aberta às partes, e jamais um dever. Do contrário, não se estará privilegiando nem a liberdade nem a conduta cooperativa, mas apenas se impondo uma conduta compelida sob pena de sanção, o que em nada favorece a principiologia dos negócios processuais. Portanto, deve-se aceitar o instituto apenas na medida em que se revele uma escolha livre dos jurisdicionados.

²⁰⁴ “Nesse sentido, a definição do desenho de cada procedimento, quando operada pelas partes, traduz poderosa técnica de gerenciamento processual em favor da eficiência.” CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 200.

A previsão de que os pactuantes devem ser partes “plenamente capazes” parece constituir uma disposição do texto legislativo em favor do princípio da liberdade, na medida em que limita apenas às partes realmente conscientes dos seus atos a possibilidade da negociação processual. O significado concreto do termo “plenamente capazes”, todavia, será objeto do próximo capítulo do trabalho.

Por outro lado, também o princípio da igualdade pode servir como uma possível fonte limitadora. Especialmente em sua variante substancial, a igualdade adverte contra a aceitação de alguns acordos celebrados em contextos de aguda disparidade econômica entre as partes, o que poderia comprometer o acesso à justiça justamente pelos cidadãos mais vulneráveis²⁰⁵. Uma racionalidade do gênero certamente serviu como fundamento para a inclusão das hipóteses de “inserção abusiva em contrato de adesão” e da “manifesta situação de vulnerabilidade” como limitações objetivas à validade dos negócios processuais, inclusas no parágrafo único do art. 190²⁰⁶.

Os princípios do contraditório e da ampla defesa, ainda, podem servir como limitações a negócios processuais que comprometam de forma exagerada a possibilidade de defesa da parte em determinado processo. Assim, pode ser posta em dúvida a validade de acordo que comprometa de forma exagerada ou desbalanceada a defesa de uma parte, colocando-se a outra em posição de primazia²⁰⁷.

Há, por fim, opiniões doutrinárias que veem também em noções mais gerais como a “finalidade jurisdicional” fundamentos para a limitação dos negócios processuais²⁰⁸.

De qualquer modo, a noção de ordem pública processual, tal como exposta por Leonardo Greco, parece incorporar de forma abrangente todos os fundamentos principiológicos que serviriam de limitação objetiva aos negócios processuais. Assim, o autor caracteriza a ordem pública como “o conjunto de requisitos dos atos processuais,

²⁰⁵ “Cabe garantir que a igualdade entre as partes integrantes do negócio jurídico processual, a fim de que este possa ser consoante com a ordem jurídica. É indispensável assegurar aos litigantes a possibilidade de gozo de seus direitos fundamentais processuais para que, em respeito às normas constitucionais que os definem, não haja riscos de invalidação do negócio celebrado.” MENEZES, Valquíria Maria Novaes. **Do negócio jurídico processual e o consumidor**. In: MARCATO, Ana et al. (coord.) Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro – Negócios processuais. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 593 589-608.

²⁰⁶ Art. 190, parágrafo único: “De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.”

²⁰⁷ ABREU, Rafael Sirangelo de. **A igualdade e os negócios processuais**. In: CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 331-333.

²⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sergio Cruz e MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: Teoria do processo civil. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 538.

impostos de modo imperativo para assegurar a proteção de interesse público precisamente determinado, o respeito a direitos fundamentais e a observância de princípios do devido processo legal, quando indisponíveis pelas partes”²⁰⁹. Dentre esses princípios, mencionará ainda elementos como a “independência, a imparcialidade e a competência do juiz”, a capacidade das partes e a liberdade de acesso à justiça, a igualdade, a previsibilidade e publicidade do processo, etc.

Também a noção de ordem pública processual será analisada com mais atenção em momento posterior neste trabalho. Basta, para os fins da presente subseção, pontuar que a principiologia processual concorre tanto como fundamento positivo dos negócios processuais, explicitando as razões pelas quais sua defesa é necessária a um devido processo constitucional, quanto como fundamento negativo, ressaltando as situações nas quais deve haver uma limitação à vigência do instituto.

1.2.2.6. Conclusão do capítulo

Em breve recapitulação, afirmou-se no capítulo que a positivação dos negócios jurídicos processuais, da forma como feita pelo legislador do Código de Processo Civil de 2015, resulta do momento atual da dialética travada entre juiz e partes, interesse público e privado no processo. A história do processo civil ocidental registra alguns momentos pontuais marcados pela ampla negociabilidade, dentre os quais o período do *ordo iudiciorum privatorum* tem maior destaque. Todavia, o momento contemporâneo de revalorização da vontade das partes decorre provavelmente do fenômeno da crise judiciária das últimas décadas do século XX, bem como das limitações do paradigma hiperpublicista e legicentrista imperante no processo civil desde a afirmação da cientificidade e autonomia da disciplina.

O desenvolvimento histórico no direito brasileiro tem acompanhado as principais tendências mundiais. Após um período de forte prevalência do hiperpublicismo, a reconfiguração das bases ideológico-conceituais da disciplina responde igualmente a um estado de acentuada crise da prestação jurisdicional. A entrada em vigor do CPC/2015 representou a aposta em algumas estratégias para endereçar o problema apontado, dentre as quais figura a valorização das partes por meio da expansão dos negócios processuais, especialmente em sua forma atípica.

²⁰⁹ GRECO, Leonardo. **Os atos de disposição processual – primeiras reflexões**. In: Revista Eletrônica de Direito Processual, v.1, out./dez. 2007, p. 11.

A adoção do instituto na sua conformação contemporânea parece ter como fundamento duas diferentes racionalidades. Em primeiro lugar, trata-se da necessidade de reconhecer maior prestígio à liberdade dos cidadãos também dentro do contexto processual. Reconhece-se tanto o valor da autonomia dos indivíduos quanto as deficiências de um modelo estatal expansivo e autoritário. Em segundo lugar, aposta-se que a concessão de maior liberdade às partes para dispor do próprio processo gerará benefícios empíricos positivos, capazes de contribuir para a diminuição da crise jurisdicional.

O instituto dos negócios processuais ainda encontra fundamentação na principiologia encartada pelo CPC/2015. Parecem ser quatro os princípios mais diretamente relacionados ao instituto: o autorregramento, a cooperação, a adequação e a eficiência. Há, todavia, certamente outros princípios aptos a fundamentar positivamente o instituto. Igualmente, há princípios capazes de oferecer importantes limitações à validade da negociação processual, os quais, reunidos, fazem parte do conceito mais abrangente de ordem pública processual.

Feitas essas considerações teóricas, o trabalho passa agora a analisar a conformação estrutural dos negócios processuais no CPC/2015.

CAPÍTULO 2 – ASPECTO ESTRUTURAL DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS

Concluído o capítulo relativo à teoria dos negócios processuais, analisa-se no passo seguinte do trabalho a alocação estrutural do instituto, tal como disciplinado pelo Código de Processo Civil de 2015. Em um primeiro momento (2.1), serão abordados tanto a estrutura normativa dos negócios processuais, quanto alguns critérios identificados pela doutrina para a sua classificação (2.1.1). Em seguida, estudar-se-á a aplicação da teoria do fato jurídico ao instituto, em específico os seus elementos de existência, de validade e de eficácia (2.1.2). Segue-se (2.2) uma discussão sobre os limites subjetivos e objetivos dos acordos (2.2.1), para ao fim se atentar às questões referentes à interpretação e ao controle dos negócios processuais (2.2.2).

2.1. DOGMÁTICA DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS

2.1.1. ESTRUTURA NORMATIVA E CLASSIFICAÇÃO DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS

2.1.1.1. Microssistema de negociabilidade processual

A pedra de toque dos negócios processuais é a liberdade. Esse valor constitui tanto a racionalidade fundamental do instituto, quanto um de seus princípios subjacentes, o respeito ao autorregramento da vontade no processo.

Fredie Didier Jr. afirma que a liberdade, para além de sua importância normativa, constitui o aspecto unificador de um verdadeiro “*microssistema de proteção do exercício livre da vontade no processo*”²¹⁰. É dizer, há um conjunto de normas no ordenamento processual cuja teleologia resulta unificada, principalmente, pelo princípio do autorregramento da vontade, de forma a se adotar uma lógica aplicável a todas as regras componentes de referido microssistema. Os negócios processuais, ostentando o mesmo fundamento no autorregramento, inserem-se no bojo desse microssistema.

O conceito de microssistema jurídico foi inicialmente elaborado na doutrina italiana, a partir da obra do civilista Natalino Irti²¹¹. A doutrina brasileira adotou-o desde meados dos anos 1980, utilizando-o para qualificar os regimes jurídicos consumerista e de processos coletivos, os quais possuem normas de direito tanto privado quanto público, em diferentes diplomas legislativos. Apesar da diversidade das fontes, seria a comum

²¹⁰ DIDIER JR., Fredie. **Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil**. In: DIDIER JR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 35.

²¹¹ RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo: Estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019, p. 135.

vocação teleológica das várias normas a causa de sua unificação sob a égide de um único “microssistema”, capaz de dotá-las de uma “lógica autônoma e orgânica”²¹².

Quando da entrada em vigor do CPC/2015, a doutrina processualista se apropriou da ferramenta conceitual para interpretar alguns novos temas do processo civil contemporâneo. Faz-se menção, por exemplo, ao “microssistema de formação de precedentes judiciais vinculantes”²¹³. Outra nova aplicação do conceito – a relevante para os fins deste estudo – consiste na proposta de um microssistema de negociabilidade processual. O seu núcleo, segundo Ludmilla Camacho Duarte Vidal, constitui-se dos artigos 190 e 200 do Código, os quais dão vazão mais direta ao poder normativo das partes de promover a criação, a alteração e a extinção de direitos e deveres processuais, bem como de modificar o procedimento judicial²¹⁴.

Para além de referidos artigos, há uma série de negócios processuais aos quais o CPC dedica atenção particular, atribuindo-lhes regramento específico em hipóteses típicas. São os casos, por exemplo, da eleição convencional de foro (art. 63), do acordo sobre competência relativa (art. 65), da calendarização processual (art. 191, §1º e 2º), da renúncia de prazo (art. 225), da suspensão convencional do processo (art. 313, II), da organização consensual do processo (art. 357, §2º), do adiamento da audiência (art. 362, I), da convenção sobre o ônus da prova (art. 373, §3º e 4º), da convenção para escolha de perito (art. 471), do acordo sobre arbitramento (art. 509, I) e sobre impenhorabilidade (art. 883, I), da desistência de recurso (art. 999), dentre outros²¹⁵.

Válido ressaltar ainda que existem negócios processuais típicos disciplinados em outros diplomas legislativos que não o CPC/2015. Dois exemplos importantes são as leis de arbitragem (Lei nº 9.307/1996) e a de mediação (Lei nº 13.140/2015). Os negócios processuais típicos previstos em ambos os diplomas se incluem no microssistema de negociabilidade processual, tanto influenciando quanto sofrendo influência da cláusula geral de negociabilidade processual e dos outros negócios típicos do CPC/2015. Outro mérito do instrumento do microssistema, portanto, consiste em aproximar, atribuir uma

²¹²BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 195-196.

²¹³PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **O microssistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC**. In: Revista de Processo, vol. 259, set. 2016, *on-line*.

²¹⁴ VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. **Convenções Processuais no Paradigma do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 213.

²¹⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 20. ed. Salvador, JusPodivm, 2018, p. 439.

interpretação coerente, harmônica e sistemática da tratativa jurídica dedicada aos negócios processuais, ainda que previstos em leis diversas.

As hipóteses típicas de negociação processual, portanto, convivem ao lado da previsão geral atípica dos artigos 190 e 200. E como se opera a relação entre essas normas referentes a negócios processuais? A doutrina logrou identificar algumas consequências decorrentes da identificação do microssistema. Em primeiro lugar, ocorre uma interação normativa entre as hipóteses típicas e atípicas. Assim, defende-se que os pressupostos e requisitos referentes aos artigos 190 e 200 possuem também aplicabilidade para os negócios processuais típicos, por fazerem parte do mesmo gênero de fato processual²¹⁶. Nada impede, por exemplo, que um acordo sobre o ônus da prova seja invalidado por violar algum dos parâmetros de controle previstos no parágrafo único do 190, como a inserção abusiva em contrato de adesão.

Em segundo lugar, negócios processuais atípicos que disponham de conteúdo análogo ou semelhante aos negócios típicos atrairão a normativa aplicável a estes últimos²¹⁷. Um negócio atípico concernente a pressuposto processual, por exemplo, pode ser informado pela disciplina prevista para uma hipótese típica sobre o mesmo tema, como o acordo sobre modificação da competência relativa²¹⁸. Desde que contenham lógica análoga a hipóteses típicas, assim, os negócios atípicos terão seu conteúdo normativo preenchido pelos dispositivos normativos especificamente aplicáveis àquelas hipóteses. A ferramenta interpretativa auxilia, dessarte, a diminuir um pouco da insegurança decorrente da pactuação de negócio processual sem previsão legal.

2.1.1.2. Cláusula geral de negociabilidade processual

No cerne do microssistema discutido acima se situa a “cláusula geral de negociabilidade processual”. Trata-se de ainda outro conceito derivado do direito civil para explicar a disciplina dos negócios processuais.

²¹⁶BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 198.

²¹⁷ “Da mesma forma, os acordos processuais típicos contribuem para o controle dos acordos processuais atípicos em razão de representarem certos modelos legalmente tipificados que, se pertencentes ao mesmo subsistema dos acordos atípicos, podem suplantar os requisitos comuns da cláusula geral quando a convenção atípica obedecer à mesma lógica funcional e consequencial.” VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. **Convenções Processuais no Paradigma do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 213.

²¹⁸BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 197.

O conceito de cláusula geral originou-se no direito obrigacional alemão, especificamente no §242 do BGB, referente à teoria da boa-fé objetiva. A abertura semântica do dispositivo normativo ocasionou um rompimento do esquema positivista de monopólio legislativo da normatividade, ao permitir à jurisprudência alemã um papel de protagonismo na construção de sentido daquela norma. A disseminação da técnica das cláusulas gerais, manifestação do movimento das reformas dos códigos civis oitocentistas²¹⁹, atingiu também o direito brasileiro.

Judith Martins Costa define a cláusula geral como uma espécie de técnica legislativa, uma determinada estrutura prescritiva que contém uma “dupla indeterminação, tanto na hipótese legal quanto nas consequências correlatas”²²⁰. Isso significa que tanto o antecedente (hipótese fática) quanto o consequente (efeito jurídico) da norma são constituídos de termos vagos, a serem preenchidos em momento posterior ao da promulgação legislativa²²¹. A indeterminação prevista de forma deliberada pelo legislador abre margem para um maior papel do juiz, a quem incumbirá o encargo de interpretar a cláusula geral de modo a preencher o seu conteúdo.

Ao cumprir esse encargo, portanto, o juiz pode prescindir da rigidez legislativa para examinar o caso concreto e, a partir dele, encontrar a solução jurídica mais acertada. É por isso que a cláusula geral é considerada um “ponto de erupção da equidade” no sistema²²². Autoriza-se a aplicação criativa da norma como modo de obter uma maior flexibilidade do sistema jurídico à variedade das situações concretas, o que promove uma contínua reconstrução do ordenamento jurídico²²³.

Também à doutrina, seguindo com Judith Martins-Costa, cumpre uma função de enorme relevância para a aplicação correta das cláusulas gerais. Além de complementar a interpretação jurisprudencial nas situações em que essa se revela insuficiente, o labor doutrinário tem a missão de fornecer a elaboração teórica que fundamente, em caráter abstrato e generalizante, a multiplicidade de casos encontrados topicamente²²⁴. Como é natural, por não estar vinculada à aplicação da norma ao caso concreto, a doutrina possui

²¹⁹ MARTINS COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 139-141.

²²⁰ MARTINS COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 135.

²²¹ DIDIER JR., Fredie. **Cláusulas gerais processuais**. In: Revista Opinião Jurídica, n. 12, 2010, p. 119.

²²² DIDIER JR., Fredie. **Cláusulas gerais processuais**. In: Revista Opinião Jurídica, n. 12, 2010, p. 120.

²²³ VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. **Convenções Processuais no Paradigma do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 173.

²²⁴ MARTINS COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 189-190.

também maior liberdade para explorar as possibilidades de sentido presentes nas cláusulas gerais, fornecendo-lhes uma interpretação prospectiva que sugira modos de aplicação ainda inéditos na prática.

O mister interpretativo na sistemática das cláusulas gerais é mais exigente que no âmbito de regras com conteúdo determinado. Enquanto a aplicação destas últimas depende apenas da generalização do caso concreto à hipótese normativa, num processo de subsunção, as cláusulas gerais dependem também da individualização do próprio critério normativo, que não se encontra completo desde o início²²⁵. A sistemática das cláusulas gerais exige, em suma, uma atividade interpretativa de concreção da norma diante do caso concreto²²⁶.

A previsão de cláusulas gerais no processo civil não é inédita. Fredie Didier Jr. menciona várias cláusulas gerais processuais presentes já no CPC/1973, como a cláusula geral executiva (art. 461, §5º), a do poder geral de cautela (art. 798), a da boa-fé processual (art. 14, II) e da adequação do processo na jurisdição voluntária (art. 1.109)²²⁷.

A novidade do CPC/2015, no entanto, consiste na criação de uma cláusula geral de negociabilidade processual. O art. 190 permite também às partes a possibilidade de, por meio do manejo da cláusula geral, promover a flexibilização e a constante reconstrução do processo civil. Assim, a concretização acima mencionada deixa de ser um mister exclusivo do juiz, podendo ser instanciada pela livre atividade das partes, o que reflete um prestígio inédito à sua autonomia.

Segue-se daí a abertura à estipulação de negócios processuais não imaginados pelo legislador. No entanto, a definição dos critérios de validade aplicáveis nesses casos não é dada previamente. Caberá à atividade doutrinária e jurisprudencial a criação, *a posteriori*, dos parâmetros de admissibilidade dos negócios processuais. É certo também que a indefinição dos limites aos negócios atípicos acarreta o risco da estipulação de negócios inválidos ou ineficazes²²⁸. Com efeito, a ausência de parâmetros bem definidos arrisca levar a aplicação das cláusulas gerais a uma situação caótica, marcada pela falta de coerência e racionalidade das decisões judiciais. Trata-se do custo com que se arca

²²⁵ LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1997, p. 150.

²²⁶BUCHMANN, Adriana. **Limites Objetivos ao Negócio Processual Atípico**. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 142.

²²⁷DIDIER JR., Fredie. **Cláusulas gerais processuais**. In: Revista Opinião Jurídica, n. 12, 2010, p. 123.

²²⁸ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes**: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais, in: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 293.

quando da abertura do sistema à criatividade das partes em detrimento da previsão típica, embora fechada e engessada, de regras casuísticas²²⁹.

E é o que justifica, também, o exame atento por parte da doutrina à imensa variedade de negócios processuais aventados. Apenas assim se poderá dar subsídios mais precisos à concreção da cláusula geral que se encaminha como necessária para a aplicação bem-sucedida da norma.

2.1.1.3. Previsão legal

Uma primeira categorização dos negócios processuais opera a divisão entre os acordos denominados típicos, que são contemplados por previsão normativa expressa na legislação, e aqueles atípicos – os quais, apesar de não serem expressamente previstos, são admitidos no sistema em vista da cláusula geral de negociabilidade processual dos artigos 190 e 200 do CPC.

Como explica Antonio do Passo Cabral, *tipo* é uma espécie de “modelo resultante da ordenação da realidade concreta segundo padrões de semelhança”²³⁰. São típicas, portanto, aquelas modalidades negociais submetidas à atenção pormenorizada do legislador por meio da atividade tipificante, que reúne uma determinada gama de fatos concretos e lhe submete a um regramento particular.

A existência de negócios processuais típicos não é nova no processo civil brasileiro²³¹. Há a previsão de negócios típicos ininterruptamente desde o período das Ordenações. A novidade normativa do CPC decorre da previsão da cláusula geral de negociabilidade processual, a que, ao possibilitar a pactuação de negócios processuais atípicos, supera a posição tradicional da doutrina processual civil, consagrada pela influente opinião de Oskar von Büllow segundo a qual seria ilícita qualquer acordo concernente ao regramento processual²³².

Os negócios típicos encontram seus elementos de existência, requisitos de validade e pressupostos de eficácia já expressamente definidos em lei, o que tende a assegurar maiores previsibilidade e segurança aos operadores do direito. Já os negócios

²²⁹ MARTINS COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 193-194.

²³⁰CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 86.

²³¹TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. In: Informativo Justen, Pereira Oliveira e Talamini, nº 104. Curitiba, 2015, p. 3.

²³²CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 89.

atípicos não possuem a mesma extensão de sua delimitação legislativa, o que tende a torná-los um tanto mais inseguros e de incerta operabilidade.

Apesar disso, como afirmado anteriormente, o reconhecimento do microsistema de negociabilidade processual abre margem a um convívio dinâmico entre as duas categorias, de modo que tanto a vagueza dos negócios atípicos pode se beneficiar das previsões mais completas dos negócios típicos em casos análogos, quanto a rigidez dos negócios típicos pode se beneficiar da aplicabilidade geral das normas dos arts. 190 e 200. Dessa forma, diminui-se um pouco do vão existente entre as hipóteses típicas e atípicas de negócios processuais.

2.1.1.4. Institucionalidade

Uma segunda catalogação possível dos negócios processuais divide os acordos entre os que ostentam caráter institucional daqueles apenas privados ou tradicionais.

São privados aqueles negócios processuais celebrados entre as partes no âmbito de um processo ou previamente a ele, com extensão de efeitos apenas para os pactuantes. Já institucionais são os negócios celebrados, segundo Bruno Gressler Wontroba, por instituições públicas “como instrumento de gestão coletiva de processos e/ou de política pública de administração de justiça, aptos a produzirem efeitos processuais em processos indeterminados”²³³.

Os negócios processuais institucionais possuem maior desenvolvimento na experiência jurídica francesa. Naquele país, são notáveis os casos de protocolos firmados entre tribunais regionais e ordens de advogados locais, com o fito de promover a adaptação de normas procedimentais²³⁴. Na realidade, os negócios institucionais precederam historicamente os privados, sendo celebrados a partir da década de 1980²³⁵. Apenas a partir da sedimentação dos protocolos procedimentais institucionais na prática forense francesa é que se passou a considerar a possibilidade de negócios processuais atípicos celebrados pelas partes.

²³³WONTOBA, Bruno Gressler. **Negócios jurídicos processuais atípicos**: objeto lícito, disponibilidade do direito material e disponibilidade da tutela jurisdicional. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 45.

²³⁴CADIET, Loïc. **Últimas evoluções da contratualização da justiça e do processo**: os protocolos de procedimento. In: CADIET, Loïc. **Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil na França**: seis lições brasileiras. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, *passim*.

²³⁵CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 118-120.

Também na Itália se conhece a figura dos negócios processuais institucionais, celebrados entre os presidentes de cortes de apelação e das ordens de advogados de determinada região²³⁶.

Como alguns exemplos interessantes de negócios processuais institucionais, Antonio do Passo Cabral cita acordos disciplinando a comunicação de atos processuais por meio eletrônico, dispensando a presença dos advogados das partes em determinadas audiências, sobre o calendário processual, dentre outros²³⁷.

Apesar de suas grandes potencialidades, os negócios processuais institucionais não parecem ter sido examinados pela doutrina brasileira com a mesma profundidade que os negócios privados. Não deixam de existir, todavia, algumas sugestões doutrinárias para a realidade brasileira. Lorena Miranda Santos Barreiros, por exemplo, menciona a possibilidade de acordos entre o Poder Público e o Poder Judiciário acerca da forma de recebimento das citações por entes públicos. A autora ainda acredita haver um enorme espaço para a celebração de diversos outros protocolos institucionais, desde que respeitados alguns requisitos como a inexistência de lesão ou de imposição de ônus a terceiro, de violação ao interesse público, e o não vilipêndio da independência funcional dos juízes²³⁸.

De qualquer forma, cabe à doutrina nacional promover um estudo mais aprofundado das hipóteses de acordos institucionais, para que haja subsídio teórico suficiente para fundamentar eventual tentativa de celebração de acordos no futuro.

2.1.1.5. Momento de celebração

Uma terceira classificação dos negócios processuais distingue os acordos denominados prévios (denominados ainda anteriores, antecedentes ou pré-processuais) daqueles incidentais (ou ainda concomitantes e interlocutórios). Trata-se da ideia expressa na parte final do art. 190 do CPC/2015, que permite convenções “antes ou durante o processo”.

São incidentais os negócios processuais celebrados pelas partes no bojo do processo, uma vez já iniciada a demanda. Não há óbice a que a negociação ocorra durante

²³⁶CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 123.

²³⁷CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 118-120.

²³⁸BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 381-382.

toda a duração da demanda: basta que haja matéria acerca da qual convencionar²³⁹. Como alguns exemplos possíveis dentre inúmeros outros, pode-se citar o compromisso arbitral judicial, previsto no parágrafo 1º do art. 9º da Lei nº 9.307/1996²⁴⁰, e o saneamento consensual do parágrafo 2º do art. 357 do CPC/2015.

Nada impede também que as partes celebrem negócios processuais anteriormente ao surgimento do processo, de forma independente ou no âmbito de outro contrato qualquer²⁴¹. São exemplos possíveis a eleição consensual de perito do art. 471 do CPC/2015, bem como a eleição de foro do art. 63 do mesmo Código.

É plenamente possível a celebração de negócios processuais atípicos prévios. Há inclusive boas razões para se acreditar na maior conveniência da sua utilização, uma vez que o estágio pré-processual costuma ser de menor litigiosidade entre as partes²⁴². Embora houvesse certa resistência na doutrina tradicional quanto à hipótese, considerada possivelmente apta a violar direitos das partes, atualmente a discussão se encontra superada pela redação do CPC/2015²⁴³. Nesse sentido, a tutela dos direitos das partes e a prevenção de eventuais abusos se operará no momento do controle judicial dos negócios processuais.

2.1.1.6. Quantidade

Quanto à quantidade de participantes, os negócios processuais podem ser unilaterais, bilaterais ou plurilaterais.

Negócios processuais unilaterais são aqueles nos quais existe apenas um polo de manifestação de vontade, isto é, a parte sozinha dispõe da sua própria situação jurídica processual. São exemplos de negócios unilaterais a desistência da ação antes da citação do réu (art. 485, §4º do CPC) e a renúncia. Para Fredie Didier Jr., o próprio ato da parte

²³⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 79-80.

²⁴⁰ Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

²⁴¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20. ed., 2018, v. 1, p. 447.

²⁴² “Naquele momento, as potenciais partes estão em pleno exercício da liberdade negocial, e os interesses cogitados são, até então, exclusivamente 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.” VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. **Convenções Processuais no Paradigma do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 143.

²⁴³ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 73.

que escolhe um procedimento dentre diversos possíveis (por exemplo, procedimento comum ou mandado de segurança) se trata de negócio processual unilateral²⁴⁴.

Negócios processuais bilaterais, por sua vez, são aqueles em que há dois polos de manifestação de vontade, que coordenam as suas vontades para o atingimento de uma determinada modificação normativa. Trata-se da hipótese, por exemplo, do negócio celebrado entre autor e réu em determinada demanda judicial, como a distribuição dinâmica do ônus da prova (art. 373, §3º do CPC/2015) ou a suspensão convencional do processo (art. 313, II do CPC/2015). Por fim, são negócios processuais plurilaterais aqueles em que há mais de dois polos de manifestação de vontade. Seria o caso de um negócio prévio inserido no âmbito do contrato social de uma sociedade limitada, por exemplo.

São os negócios bilaterais e os plurilaterais que admitem as denominações de “convenções processuais” ou “contratos processuais”. A diferença entre os termos reside na convergência de interesses entre as partes: enquanto as convenções sinalizam interesses convergentes, os contratos indicam o interesse contraposto dos pactuantes. As convenções são, segundo a opinião de Fredie Didier Jr., as modalidades de negócios que tendem a ser mais comuns na prática²⁴⁵.

2.1.1.7. Objeto

Os negócios processuais podem ainda ser classificados segundo o objeto que disciplinam. Em primeiro lugar, podem ser qualificados como processuais apenas aqueles negócios que contenham referibilidade processual. É dizer, a não ser que o negócio jurídico se refira a um processo, atual ou futuro, ele não pode receber a tacha de “processual”, sendo no máximo um negócio de direito material²⁴⁶.

Dentro do escopo dos negócios com referibilidade processual, há três grandes categorias de acordos. A primeira delas consiste nos negócios *meramente procedimentais*²⁴⁷, albergados pelo trecho da redação do art. 190 que reserva às partes o

²⁴⁴ DIDIER JR, Fredie. **Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-15**. In: DIDIER JR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 109.

²⁴⁵ Como exemplo de contrato processual, Fredie Didier Jr. cita o acordo de colaboração premiada no contexto do processo penal. DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 20. ed., 2018, v. 1, p. 441.

²⁴⁶ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 181.

²⁴⁷ A expressão, bem como a divisão trinária do objeto dos negócios processuais, são de Eduardo Talamini. TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais**. In: Informativo Justen, Pereira Oliveira e Talamini, nº 104. Curitiba, 2015, p. 10.

direito de “estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa”. Trata-se dos acordos cujo objeto se refere apenas às modificações convencionais do procedimento aplicável a litígio, presente ou futuro, dos pactuantes.

Uma compreensão completa da primeira categoria depende da fixação de um conceito de procedimento. Segundo Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, considera-se procedimento aquele “encadeamento lógico dos atos processuais” por meio do qual “se desenvolvem os processos diante dos órgãos da jurisdição”²⁴⁸. Trata-se antes da marcha geral dos atos processuais no tempo do que dos direitos das partes e do caráter teleológico/finalístico da jurisdição, esses dois últimos conceitos mais relacionados à figura de *processo*. A distinção entre procedimento e processo é relevante pois, como se verá, mudam os critérios objetivos de admissibilidade dos negócios processuais a depender da categoria em que se inserem.

Dentre os acordos meramente procedimentais, Pedro Henrique Nogueira ainda vislumbra uma ulterior divisão entre os negócios denominados “estáticos” e os “dinâmicos”²⁴⁹. Os acordos estáticos seriam aqueles em que as partes se restringiriam a escolher um procedimento já previamente estabelecido na lei, tornando-o aplicável ao seu litígio concreto por força da sua vontade autônoma. Já os acordos dinâmicos envolveriam uma carga maior de criatividade das partes, que disciplinariam um rito próprio por meio de modificações não previstas na lei. Exemplos de alterações dinâmicas são a restrição de fases do processo, a limitação de prazos e de meios de prova, ou mesmo a alteração da forma dos atos processuais²⁵⁰. Já um exemplo típico de acordo procedimental do CPC/2015 é o calendário processual do art. 191, que trata apenas de regular o prazo para a realização de atos processuais sem, com isso, modificar os direitos das partes²⁵¹.

Nada impede, ainda, que um acordo procedimental possua facetas tanto estáticas quanto dinâmicas. As partes podem eleger, por exemplo, determinado procedimento

²⁴⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**: teoria geral do processo. 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 272.

²⁴⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 229.

²⁵⁰ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 230.

²⁵¹ Em sentido contrário, entendendo haver uma “autonomia ontológica” dos acordos dos acordos de calendarização com relação aos acordos de procedimento, cf. COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Calendarização processual**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 518-519. Em que pesem as razões do autor, não parece bem-sucedida a tentativa de distinguir ontologicamente a figura do calendário processual do gênero acordo de procedimento. Justamente porque o calendário tende apenas a disciplinar um aspecto procedimental do litígio, relativo à data dos atos processuais, é que a sua classificação se adéqua corretamente à categoria dos pactos meramente procedimentais.

previamente disciplinado na lei, ao mesmo tempo em que modulam no caso concreto alguns de seus aspectos de acordo com a sua livre vontade. Desde que respeitados os limites objetivos aos negócios processuais, examinados em tópico subsequente, ambas são hipóteses válidas de flexibilização procedimental voluntária.

Ainda com relação aos acordos meramente procedimentais, a redação do art. 190 possibilita uma interpretação segundo a qual o ajuste “às especificidades da causa” constituiria um requisito específico de validade daqueles acordos. Há autores partidários da tese de que a ausência de semelhante ajuste retiraria a validade dos acordos procedimentais²⁵².

Todavia, parece assistir razão à opinião da parcela da doutrina que não vislumbra no trecho redacional a imposição de um requisito de validade adicional, mas sim um estímulo à celebração de negócios sobre procedimento. É que a análise do ajuste como requisito específico de validade parece conferir ao juiz, segundo Bruno Gressler Wontroba, o poder-dever de controlar a própria conveniência dos acordos sobre procedimento, no que se revelaria um inadmissível desdouro do autorregramento da vontade, privilegiado pelo ordenamento processual²⁵³. É por isso que a interpretação mais consentânea com a principiologia dos negócios processuais deve compreender o ajuste às especificidades da causa como uma exemplificação das potencialidades dos acordos sobre o procedimento, sindicável apenas pelas próprias partes pactuantes²⁵⁴.

A segunda categoria pertencente ao objeto dos negócios processuais disciplina aqueles acordos *com objeto processual em sentido estrito*. São as convenções previstas na segunda parte do art. 190, em que se permite às partes “convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”. Trata-se da possibilidade de modificar convencionalmente o que se denomina situações jurídicas processuais, para além da dimensão procedimental de um litígio. As partes podem, com fulcro na cláusula geral de negociabilidade processual, abrir mão de situações de vantagem que lhes favoreçam, bem

²⁵² Cf., por exemplo, a opinião de Paula Costa e Silva: “(...) a lei imporá uma concreta finalidade aos negócios que incidam sobre o procedimento – estes devem visar um ajustamento da sequência de actos admissíveis às especificidades da causa, sendo, como tal, sindicável, à luz deste critério, a respectiva validade -, não se sujeitando expressamente os negócios que atinjam situações processuais a crivo semelhante”. SILVA, Paula Costa e. **Pactum de non petendo**: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. In: DIDIER JR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 446.

²⁵³ WONTROBA, Bruno Gressler. **Negócios jurídicos processuais atípicos**: objeto lícito, disponibilidade do direito material e disponibilidade da tutela jurisdicional. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 190.

²⁵⁴ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 102.

como criar deveres que não lhes seriam originariamente aplicáveis, ou ainda modificar deveres que o seriam²⁵⁵.

Apesar de a redação do art. 190 não fazer referência expressa a direitos processuais, não se deve com isso imaginar que a categoria está excluída do âmbito dos negócios processuais. Em primeiro lugar, o art. 200 menciona explicitamente a “constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”, de modo que a leitura conjunta do microsistema de negociabilidade processual não deixa de incluir os direitos processuais. Em segundo lugar, a própria inclusão dos deveres processuais não faria sentido se acompanhada da exclusão dos direitos processuais, haja vista a correlatividade própria a ambas as figuras²⁵⁶.

Sob a categoria de negócios sobre situações jurídicas processuais, pode-se imaginar a renúncia ao direito de recorrer, acordo sobre a distribuição consensual do ônus da prova, o *pactum de non petendo*, dentre vários outros exemplos possíveis.

Por fim, há aqueles acordos atinentes ao objeto da cognição judicial e ao meio de prova. Trata-se daqueles acordos concernentes à definição de questões de fato e de direito, bem como à delimitação de meios de prova disponíveis à cognição judicial das mesmas questões²⁵⁷. É o tipo de negócio processual previsto no parágrafo 2º do art. 357 do CPC/2015, referente à delimitação consensual das questões de fato e de direito.

Sob a roupagem de “delimitação consensual”, podem ocorrer dois tipos de atos substancialmente distintos, na opinião de Eduardo Talamini²⁵⁸. O primeiro deles seria um *ato de verdade*: uma asserção das partes a respeito do que elas julgam ser as questões fáticas ou jurídicas pertinentes à solução do seu litígio. Já o segundo tipo de ato de delimitação consensual constituiria um *ato de vontade*: diferentemente do primeiro, tratar-se-ia do ato de delimitação pelo qual as partes determinam quais as questões fáticas ou jurídicas que devem ser discutidas no processo.

A distinção entre os dois tipos é relevante. Na medida que um ato de verdade possui uma carga somente declarativa, não se pode dizer que contenha a vontade como

²⁵⁵ “O CPC/2015 conferiu livre disponibilidade às partes nesse aspecto, que podem dispor, conforme lhes seja conveniente, das situações processuais de vantagem que lhes favoreçam, assim como disciplinar como serão cumpridos os respectivos deveres e como serão suportados os seus ônus no processo.” NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 230.

²⁵⁶ WONTROBA, Bruno Gressler. **Negócios jurídicos processuais atípicos**: objeto lícito, disponibilidade do direito material e disponibilidade da tutela jurisdicional. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 118.

²⁵⁷ TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. In: Informativo Justen, Pereira Oliveira e Talamini, nº 104. Curitiba, 2015, p. 13-14.

²⁵⁸ TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. In: Informativo Justen, Pereira Oliveira e Talamini, nº 104. Curitiba, 2015, p. 13.

elemento presente no seu cerne. Assim, sequer pode ser considerado negócio jurídico, não contendo, conseqüentemente, carga alguma de normatividade que deva ser respeitada pelo juiz. Já os atos de vontade, como o nome esclarece, contêm a vontade das partes como elemento constitutivo do seu cerne, pelo que devem ser considerados negócios jurídicos. Estes últimos atos têm fundamento, portanto, tanto no princípio constitucional da autonomia privada quanto no princípio processual do autorregramento da vontade, além de integrarem o microsistema de negociabilidade processual.

Como consequência da diferença substancial entre os dois atos, a postura quanto à sua homologação pelo juiz também varia. Atos de verdade, não sendo realmente negócios jurídicos, são homologados pelo juiz apenas e tão somente na medida em que o magistrado esteja de acordo com a delimitação proposta pelas partes. Já os atos de vontade não têm a sua homologação condicionada à concordância do juiz com relação ao conteúdo do negócio. O fator relevante nesse caso será apenas a validade jurídica da convenção, como em qualquer outro negócio processual²⁵⁹.

Um último tipo de negócio pertencente a esta terceira categoria, ainda na esteira da teoria de Eduardo Talamini, contemplaria o pacto sobre meios de prova²⁶⁰. Trata-se do acordo celebrado entre as partes para definir quais as provas a serem produzidas na instrução processual. Também aqui cabe a distinção entre atos declarativos e volitivos: um pacto sobre meio de prova pode apenas indicar a *opinião* das partes sobre as provas necessárias para o deslinde da controvérsia. Sendo esse o caso, não há qualquer vinculação do juiz ao “pacto”, que poderá determinar produção probatória diversa. É possível, todavia, que as partes determinem *voluntariamente* as provas admitidas no seu processo. Em tais condições, ao juiz caberá apenas o controle da validade do negócio, não lhe sendo possível afastar a força normativa do acordo, por mais que discorde do seu conteúdo²⁶¹.

²⁵⁹ TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. In: Informativo Justen, Pereira Oliveira e Talamini, nº 104. Curitiba, 2015, p. 14-17.

²⁶⁰ TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. In: Informativo Justen, Pereira Oliveira e Talamini, nº 104. Curitiba, 2015, p. 17-18.

²⁶¹ Em sentido contrário, entendendo ser impossível que a delimitação consensual dos meios de prova vincule o juiz, cf. MARINONI, Luiz Guilherme. **A convenção processual sobre prova diante dos fins do processo civil**. In: Revista de Processo, v. 288, fev./2019, *passim*. Luiz Guilherme Marinoni entende que a importância de institutos como a coisa julgada, os precedentes e a segurança jurídica, os quais seriam comprometidos se admitida a possibilidade de acordo privado podar a cognição judicial, tornaria a convenção processual sobre meio de prova inadmissível. Novamente aqui se cai na questão que determina a linha divisória entre a corrente mais favorável e a mais cética aos negócios processuais na doutrina brasileira: até que ponto é lícito às partes determinar os rumos do *seu próprio processo*? É evidente que a corrente cética, baseada numa versão muito mais exigente das finalidades públicas do processo, vislumbrará

A distinção entre os três tipos de objeto (acordos sobre procedimento, sobre situações jurídicas processuais e sobre o objeto da cognição judicial e meio de prova) importa em ainda outra consequência de enorme relevância. É que o trecho redacional do art. 190 que menciona os “direitos que admitam autocomposição” precisa assumir significado distinto a depender do objeto específico a que se diga respeito. Os acordos meramente procedimentais, ao não implicar nenhum “significativo afastamento do modelo processual judiciário”, seriam admissíveis também em processos nos quais a autocomposição não fosse possível²⁶². Não há razão que impeça, por exemplo, a simples ampliação de prazo para recurso mesmo em ação de divórcio ou separação judicial, por exemplo. Já quanto aos acordos sobre situações jurídicas processuais, estes sim dependem da possibilidade de autocomposição dos direitos envolvidos. Isso não significa a *disponibilidade material* dos direitos, mas apenas a possibilidade de resolução extrajudicial do litígio, o que cabe mesmo em face de direitos materiais indisponíveis²⁶³. Seguindo no exemplo dado anteriormente, um acordo para renúncia convencional ao direito de recorrer, por envolver situação jurídica processual (o direito processual ao recurso), caberia apenas nos casos em que a resolução do litígio fosse possível a despeito de intervenção judiciária²⁶⁴.

Já o último e mais abrangente tipo de acordo, concernente ao objeto da cognição judicial e ao meio de prova, dependeria não apenas da disponibilidade processual, mas também da disponibilidade *material* dos direitos envolvidos²⁶⁵. Isso porque não se trata de negócio jurídico puramente processual, mas também de natureza material. Assim, quando material e processualmente disponíveis os direitos envolvidos, podem as partes

qualquer acordo supostamente violador das mesmas como um abuso inadmissível da vontade privada. A corrente favorável, em sentido contrário (e à qual este trabalho se filia), tenderá a ver um acordo do gênero como um exercício lícito da autonomia privada. Entende-se que os escopos públicos, conquanto válidos e relevantes, não têm o condão de tolher o direito de as partes de pactuar matérias concernentes ao seu processo particular. De qualquer outro modo, entende a corrente “privatista”, o princípio da autonomia privada no processo restaria insuficientemente tutelado.

²⁶² TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. In: Informativo Justen, Pereira Oliveira e Talamini, nº 104. Curitiba, 2015, p. 10.

²⁶³ TALAMINI, Eduardo. **A (in)disponibilidade do interesse público**: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) - versão atualizada para o CPC/2015. Revista de Processo, v. 264, 2017, *on-line*.

²⁶⁴ TALAMINI, Eduardo. **A (in)disponibilidade do interesse público**: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) - versão atualizada para o CPC/2015. Revista de Processo, v. 264, 2017, *on-line*.

²⁶⁵ TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. In: Informativo Justen, Pereira Oliveira e Talamini, nº 104. Curitiba, 2015, p. 15.

promover, por exemplo, a delimitação consensual das questões de direito, determinando a qualificação jurídica dos fatos em negócio vinculante inclusive ao juiz.

É sobre esse ponto que se desenvolverá a argumentação da segunda parte da presente dissertação.

2.1.2. NEGÓCIOS PROCESSUAIS À LUZ DA TEORIA DO FATO JURÍDICO

Seguindo na análise da estrutura dos negócios processuais à luz da dogmática, deve-se analisar o objeto a partir da sua adequação à luz da teoria do fato jurídico, tema ao qual se dedica a presente seção do trabalho.

A doutrina processualista tem reavivado o seu interesse na teoria do fato jurídico por ocasião da passagem do Código de Processo Civil de 2015, em vista das já comentadas novidades com relação ao instituto dos negócios processuais²⁶⁶. Isso se explica uma vez aceita a tese de que as convenções processuais, enquanto fatos processuais, constituem espécies de fato jurídico, de modo que uma compreensão adequada do instituto depende necessariamente da sua análise à luz da mais abrangente teoria do fato jurídico²⁶⁷. Nesse sentido, embora seja certo que os negócios processuais têm natureza autônoma, não se segue daí que o instituto seja absolutamente separado dos demais fatos jurídicos²⁶⁸. Pelo contrário, ele pertence à teoria geral e se submete aos seus requisitos teóricos.

2.1.2.1. Teoria dos fatos jurídicos processuais

Segundo a clássica descrição doutrinária de Pontes Miranda, dentro do “mundo” (compreendido como conjunto de fatos, o mundo físico), existe o mundo jurídico, formado pelos fatos nos quais incidem normas. Estas normas possuem estrutura lógica cuja expressão se dá da seguinte forma: 'se SF, então deve ser P', em que a hipótese é representada pelo suporte fático (SF) e a tese pelo preceito (P)²⁶⁹. Os fatos jurídicos possuem uma base natural, ou pré-jurídica, chamada suporte fático. Vários tipos de fatos

²⁶⁶ Confira-se, e.g., a análise de Leonardo Carneiro da Cunha sobre o tema. CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 39-46.

²⁶⁷ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 42.

²⁶⁸ WONTROBA, Bruno Gressler. **Negócios jurídicos processuais atípicos: objeto lícito, disponibilidade do direito material e disponibilidade da tutela jurisdicional**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 34.

²⁶⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. 21. ed. São Paulo: Saraivajur, 2017, p. 113.

do mundo físico podem ser previstos neste suporte fático: fatos da natureza e do animal que estejam relacionadas a alguém; atos humanos; dados psíquicos relacionados com algum acontecimento exterior; estimativas valorativas (e.g. negligência, imoralidade); probabilidades (e.g. lucros cessantes, prole eventual); ou mesmo outros fatos jurídicos.

A estrutura do suporte fático é composta por elementos nucleares e elementos complementares²⁷⁰. Os elementos nucleares se compõem de cerne e elementos completantes. Constitui o cerne o "fato que determina a configuração final do suporte fático e fixa, no tempo, sua concreção"²⁷¹, já os elementos completantes são os demais fatos essenciais *à existência* do fato jurídico, mas que não constituem o cerne. Completantes podem ser, por exemplo, elementos como a forma do negócio solene, ou a tradição, em contratos que envolvem coisas móveis. Não são os elementos que definem o negócio, embora a própria existência do negócio dependa deles.

Já os elementos complementares se referem à perfeição do negócio jurídico, e não à sua existência: são pressupostos da validade e da eficácia dos fatos. Associam-se a essa classificação os negócios jurídicos, modalidade de atos humanos complexos. Nos negócios jurídicos, restritivamente, pode haver ainda elementos integrativos do suporte fático: estes, não o compondo, "atuam no sentido de que se irradie certo efeito que se adiciona à eficácia normal do negócio jurídico"²⁷².

As distinções acima expostas são importantes na medida em que a ausência de cada uma dessas classes de elementos acarreta consequências diferentes. O cerne e os elementos completantes são necessários à suficiência do suporte fático, de forma que sua ausência implica a inexistência do fato jurídico. Os elementos complementares e integrativos compõem a eficiência do suporte fático, e são pressupostos de sua validade ou eficácia, não de existência²⁷³.

Com a suficiência do suporte fático, ocorre a incidência da norma jurídica, definida por Marcos Bernardes de Mello como "o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte do seu suporte fático que o direito considerou relevante para

²⁷⁰ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 38.

²⁷¹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. 21. ed. São Paulo: Saraivajur, 2017, p. 95.

²⁷² MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. 21. ed. São Paulo: Saraivajur, 2017, p. 99.

²⁷³ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. 21. ed. São Paulo: Saraivajur, 2017, p. 105-106.

ingressar no mundo jurídico"²⁷⁴. Não é possível haver eficácia jurídica antes da eficácia normativa (incidência), pois o que gera efeitos não é a norma em si, mas sim o fato jurídico: "somente depois de se saber se a regra jurídica incidiu, é que se pode indagar da produção de eficácia jurídica: ainda quando simultâneas incidência e eficácia, aquela é *prius* lógico"²⁷⁵. Por fim, a incidência é ocorrência própria do mundo da psique, bem como seus *efeitos*. Diferencia-se do cumprimento ou descumprimento, que é ato de aplicação da norma; portanto *posterius* em relação à incidência²⁷⁶.

Dentro do universo mais amplo dos fatos jurídicos, um primeiro e necessário recorte consiste na atribuição da sua qualificação "processual". Há uma série de teorias propostas para dar conta da especificidade dos fatos jurídicos processuais, e não é o caso de fazer uma análise exaustiva e pormenorizada neste trabalho²⁷⁷. Convém apenas indicar aquela que se entende ser a teoria mais correta. Entende-se que deve receber a qualificação de processual aquela espécie de fatos jurídicos capazes de causar efeitos em algum processo. Se o fato jurídico carrega consigo a possibilidade de gerar efeitos em algum processo, pode receber adequadamente a qualificação de processual e atrai a incidência das normas reguladoras dos fatos processuais previstas no ordenamento jurídico²⁷⁸. Isso se dá ainda que o processo apto a receber a influência do fato jurídico não exista no momento da realização do fato, pois é possível que a sua instauração se dê apenas em momento futuro ou mesmo que o processo jamais tenha início²⁷⁹.

Adota-se aqui a teoria dos efeitos processuais porque é a única capaz de fornecer uma explicação adequada do caráter processual, por exemplo, das convenções

²⁷⁴ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraivajur, 2017, p. 118.

²⁷⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: tomo I. Atualizado por Martins-Costa, Judith, Haical, Gustavo e Silva, Jorge Cesa Ferreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 84.

²⁷⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraivajur, 2017, p. 120.

²⁷⁷ Uma síntese da discussão doutrinária encontra-se em DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20. ed. Salvador, JusPodivm, 2018, p. 434-437.

²⁷⁸ "Para essa concepção, portanto, não interessam a "sede" do ato, que pode ser intraprocessual, assim qualificado quando praticado no curso do procedimento, ou extraprocessual, ocorrido fora dele. O que é relevante considerar, para essas concepções, é a previsão do fato no suporte fático de uma norma processual e aptidão para que o fato produza efeitos em uma dada relação jurídica processual". NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 50.

²⁷⁹ Em sentido contrário, entendendo que apenas passa a merecer o rótulo de "processual" o fato jurídico uma vez surgido o procedimento em que incidirá efeitos, cf. NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 65.

processuais prévias previstas no art. 190 do CPC/2015²⁸⁰. A se adotar teorias que exijam a prévia instauração de processo para que sejam identificados os fatos processuais, nenhuma convenção prévia poderia jamais receber a qualificação processual, o que vai de encontro à redação literal do art. 190.

Isso posto, portanto, sabe-se que as convenções processuais constituem espécies de fatos jurídicos de qualidade processual, isto é, são fatos processuais. Dentro do gênero dos fatos jurídicos, todavia, há ainda diferentes espécies de fatos, caracterizados segundo as características concretas que a vontade humana assume em cada hipótese.

Também não se pretende fazer mais do que uma análise breve e resumida sobre o tema aqui²⁸¹. Basta mencionar pontualmente que os fatos jurídicos em sentido estrito são fenômenos nos quais, a despeito da causação de efeitos jurídicos, a vontade humana não tem participação (e.g. eventos naturais). Já os atos-fatos são atos humanos cujo propósito não é a produção de efeitos jurídicos, embora os efeitos de fato se produzam. São atos que, por assim dizer, entram no mundo jurídico como fatos. As únicas categorias de fatos jurídicos nos quais a vontade humana possui o escopo específico de produzir efeito jurídico são os atos jurídicos em sentido estrito e os negócios jurídicos. A diferença entre uns e outros reside em que a primeira espécie não permite ao sujeito agente a definição das consequências jurídicas, que são dadas integralmente pelo ordenamento jurídico. Já os negócios jurídicos são aqueles atos nos quais a vontade humana define precisamente as consequências normativas do ato: decide-se não apenas agir em determinado sentido, mas também as consequências que advirão daquela ação.

A teoria dos fatos jurídicos possui plena aplicabilidade no âmbito processual. Coerente com a premissa de que os fatos processuais pertencem à teoria geral dos fatos jurídicos, a doutrina utiliza a classificação acima mencionada para categorizar os fatos processuais. Havia certa controvérsia, no entanto, sobre a existência da figura dos

²⁸⁰ No mesmo sentido posiciona-se Bruno Gressler Wontroba: “(...) a possibilidade de celebrar negócios jurídicos processuais atípicos antes da existência de relação jurídica processual (art. 190 do CPC/2015) (portanto, antes da existência de relação jurídica processual que poderá nunca existir e por quem não é sujeito da relação jurídica processual e poderá nunca ser) reforça a rejeição tanto à tese da sede da ocorrência do fato quanto à tese do sujeito praticante do ato como critérios atributivos da qualidade processual aos fatos jurídicos”. WONTROBA, Bruno Gressler. **Negócios jurídicos processuais atípicos**: objeto lícito, disponibilidade do direito material e disponibilidade da tutela jurisdicional. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 28.

²⁸¹ Para uma das análises mais clássicas da doutrina brasileira acerca das espécies de fato jurídico, cf. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraivajur, 2017, p. 193-285.

negócios jurídicos processuais em vista da predisposição refratária ao poder normativo da autonomia da vontade no âmbito do paradigma publicístico clássico²⁸².

A discussão doutrinária foi superada em definitivo, contudo, com o advento do Código de Processo Civil de 2015. É que a previsão das convenções processuais se amolda exatamente à categoria de negócio jurídico processual: um ato humano deliberado, capaz de gerar efeitos em processo existente ou futuro e apenas eventual, em cujo cerne consiste não apenas a intenção de causar o ato, mas também de delinear concretamente a sua eficácia jurídica. A vontade no negócio jurídico processual não tem relevância apenas para a decisão de praticar o ato, como nos atos processuais em sentido estrito, como também importa para dar os contornos do conteúdo eficaz do ato praticado²⁸³. São negócios processuais, portanto, todos aqueles atos em cujo cerne reside o elemento da vontade do agente direcionada à criação, à modificação ou à extinção de situações jurídicas processuais, bem como de alteração do procedimento aplicável²⁸⁴.

Feitas essas breves considerações, procede-se agora à análise dos negócios processuais nos planos da existência, validade e eficácia.

2.1.2.2. Elementos de existência

A doutrina processualista não é unânime na categorização dos elementos componentes do suporte fático de qualquer negócio processual, capazes de atrair a incidência da normativa jurídica prevista no microssistema e na cláusula geral de negociabilidade processual. Uma corrente segue a proposta tradicional de Antonio Junqueira de Azevedo, distinguindo os elementos extrínsecos (agente, tempo e lugar) dos intrínsecos (forma e objeto)²⁸⁵. Por outro lado, há quem distinga um aspecto subjetivo (sujeitos e declaração de vontade) de um outro objetivo (objeto) e de ainda outro formal

²⁸² Eduardo Talamini explica que prevalecia um entendimento doutrinário segundo o qual seriam apenas admissíveis os atos processuais em sentido estrito, sem que os agentes pudessem interferir sobre ou delinear a eficácia dos próprios atos. TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. In: Informativo Justen, Pereira Oliveira e Talamini, nº 104. Curitiba, 2015, p. 1.

²⁸³ “Define-se o negócio processual, a partir das premissas até aqui estabelecidas, como o fato jurídico voluntário em cujo suporte fático, descrito em norma processual, esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentre dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais.” NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 153.

²⁸⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 68.

²⁸⁵ Por exemplo, BUCHMANN, Adriana. **Limites Objetivos ao Negócio Processual Atípico**. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 98.

(forma em sentido amplo) dos negócios²⁸⁶. Apesar disso, há acordo quanto aos principais elementos dos negócios processuais no plano da existência, sem os quais não é sequer possível identificar o instituto.

O primeiro elemento da existência é o sujeito ou os sujeitos dos negócios processuais. Valem aqui as considerações feitas na subseção anterior: são possíveis negócios unilaterais, bilaterais e plurilaterais, a depender da quantidade de sujeitos participantes da celebração do negócio em cada caso.

Nesse ponto, são precisas as colocações de Lorena Miranda Santos Barreiros, para quem o termo “parte” não se deve confundir nem com a parte em sentido material – que retiraria a legitimidade de legitimados extraordinários, por exemplo, para celebrar negócios processuais – nem com o seu sentido processual, haja vista que há negócios processuais prévios, celebrados por definição antes do advento de qualquer processo. Por isso, deve ser considerada como parte nos termos do art. 190 do CPC um conceito semelhante ao de sujeito processual, ou ainda “todo aquele que tenha potencialidade para ser sujeito processual”²⁸⁷.

Registre-se ainda que há uma controvérsia doutrinária sobre a possibilidade de o juiz, ou ainda de o juízo, ser considerado parte nos negócios processuais. Para a corrente refratária à possibilidade, a ausência de interesses próprios do magistrado, bem como a sua posição processual de titular de poderes-deveres, retiraria do juiz a condição fundamental de liberdade necessária para figurar como verdadeira parte em qualquer negócio processual. Por outro lado, há opiniões na doutrina no sentido de que a capacidade negocial do juiz não é afetada por essas condições, o que seria reforçado pela previsão de negócios processuais típicos envolvendo o magistrado²⁸⁸. Não se pretende examinar a fundo a controvérsia neste trabalho, o que exigiria um exame mais acurado acerca dos contornos normativos da posição do juiz em qualquer negócio processual, bem como da possibilidade de reconhecer nessa posição uma abertura para atos de livre vontade do magistrado. É suficiente dizer que se vê com ressalva a possibilidade de o juiz ser parte em negócios processuais para além das hipóteses típicas que já o incluem no regramento processual, como a do calendário processual.

²⁸⁶BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 200.

²⁸⁷BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 203.

²⁸⁸BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 211.

Um segundo elemento interno diz respeito à manifestação de vontade das partes. Sem que haja uma manifestação de vontade no sentido não apenas de produzir, como também de definir os precisos contornos dos efeitos processuais do negócio, não se completam os elementos de existência, de modo que não se pode sequer falar em negócio processual. Aqui também há algumas distinções importantes. Nem sempre a vontade será declarada positivamente. É possível haver omissão negocial, desde que uma carga volitiva significativa se possa extrair do contexto em que se insere referida omissão²⁸⁹. Não se fecham as portas, portanto, para a celebração de negócios processuais meramente tácitos, embora seja certo que os negócios comissivos e declarados serão os mais comuns e seguros para as partes.

Com relação aos elementos considerados externos, um dos elementos identificado pela doutrina é o objeto dos negócios. Também aqui não há consenso. Já se teve a oportunidade de expor neste trabalho a divisão tripartite que se considera mais apropriada (2.1.17). Adota-se neste trabalho a corrente que divide o objeto dos negócios processuais em três grandes categorias: acordos meramente procedimentais, sobre situações jurídicas processuais (negócios processuais em sentido estrito) e acordos sobre o objeto da cognição judicial e sobre o meio de prova. Desde que o negócio jurídico entabulado pelas partes possa ser incluído em alguma das três categorias, deve ser qualificado como processual em vista da já explorada teoria dos efeitos processuais. Assim, submete-se ao microsistema de negociabilidade processual, bem como à cláusula geral do art. 190 do CPC.

Por fim, um último elemento de existência diz respeito à “forma em sentido amplo” dos negócios processuais. Dentro da categoria se podem incluir características como o tempo, o lugar e a forma em sentido estrito dos negócios.

Sobre o tempo, como já afirmado, pode-se pactuar o negócio jurídico processual tanto prévia quanto incidentalmente ao processo. Não há óbice a que se celebre acordos mesmo mais adiante no processo, como nas fases recursal e de execução; basta que se negocie sobre fase ainda não ultimada no processo²⁹⁰, de modo que haja matéria sobre a qual negociar²⁹¹. Assim, nada impediria que as partes de um processo em fase recursal,

²⁸⁹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 297.

²⁹⁰ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 220.

²⁹¹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?** In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 79-80.

na segunda instância, promovessem negócio renunciando ao direito de interpor recurso especial e extraordinário diante do acórdão de segundo grau, por exemplo²⁹².

Discute-se ainda sobre a admissibilidade de negócios processuais atípicos celebrados anteriormente à vigência do Código de 2015. Em teoria, os negócios atípicos celebrados sob a égide do CPC/1973 podem encontrar fundamento legislativo no art. 158 daquele Código. Para os doutrinadores que negam a existência dos acordos atípicos no regramento anterior, entretanto, ainda é possível reconhecer os efeitos daqueles acordos, embora apenas a partir da entrada em vigor do CPC atual²⁹³. De qualquer forma, trata-se de um tema que tende a perder relevância à medida que passam os anos.

Quanto ao lugar do negócio processual, é elemento que não desperta maiores controvérsias num contexto exclusivamente nacional, haja vista a uniformidade do regramento processual em toda a federação brasileira. É certo que um negócio processual pode ser pactuado num determinado lugar e produzir efeitos noutra: basta considerar a possibilidade da cláusula de eleição de foro celebrada no âmbito de uma comarca qualquer, mas que preveja a competência territorial de outra comarca.

O elemento do lugar assume maior complexidade em perspectiva internacional. Se celebrado acordo processual fora da jurisdição brasileira, mas destinado a produzir efeitos em processo em trâmite no Judiciário nacional, o elemento de conexão previsto na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro atrairá a regência da legislação do lugar onde foi constituída a obrigação, isto é, o lugar onde se celebrou o acordo processual²⁹⁴. Em se tratando de negócio processual atípico, sabendo-se do ineditismo da cláusula geral de negociabilidade processual do regramento processual brasileiro, é grande a chance de que um acordo do gênero não encontre anteparo normativo na legislação estrangeira.

É possível reputar admissível, entretanto, o elemento de conexão da vontade das partes para o regramento tanto material quanto processual, se aplicados por analogia os artigos 2º, §1º e art. 11, inciso IV da Lei de Arbitragem²⁹⁵. Trata-se de uma técnica

²⁹² LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. **Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal**. In: DIDIER JR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 634-635.

²⁹³ Nesse sentido o Enunciado nº 493 do FPPC: “O negócio processual celebrado ao tempo do CPC-1973 é aplicável após o início da vigência do CPC-2015”.

²⁹⁴ Art. 9º do Decreto-Lei nº 4.657/1942: “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”.

²⁹⁵ Art. 2º, §1º: “Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.”

Art. 11: “Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter: IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes”.

interpretativa possível por conta da influência do já mencionado microssistema de negociabilidade processual, que abrange também as normas aplicáveis à arbitragem²⁹⁶. Destarte, as partes podem eleger o direito brasileiro como aplicável ao negócio processual celebrado fora da jurisdição brasileira.

Por fim, com relação à forma propriamente dita dos negócios processuais, o princípio da liberdade das formas autoriza a celebração dos acordos a despeito de forma escrita²⁹⁷. Outrossim, pode acontecer que determinada espécie de negócio processual se submeta, dependendo do caso concreto, a um requisito especial de forma, de modo a necessitar de forma escrita. Em tais situações, o elemento da forma se submeterá aos requisitos concretamente aplicáveis àquele negócio jurídico particular.

É certo, por outro lado, que a observância da forma escrita tende a ser muito mais conveniente para a comprovação do negócio processual e a consequente efetividade do instituto.

2.1.2.3. Requisitos de validade

Para além do plano da existência, os negócios processuais, enquanto modalidades de fatos em cujo cerne reside o elemento da vontade, se submetem também ao crivo do ulterior plano da validade²⁹⁸. Assim, os negócios processuais podem ser válidos e inválidos, a depender do seu atendimento aos pressupostos de validade impostos pelo ordenamento jurídico.

O regime de validade dos negócios processuais é misto²⁹⁹. Isto equivale a dizer que, para adentrar de forma bem-sucedida no plano da validade, o negócio processual deve atender a requisitos tanto de direito material quanto de direito processual,

²⁹⁶ Ponto 2.1.1.1. *supra*. Em sentido semelhante, v. WONTROBA, Bruno Gressler. **Negócios jurídicos processuais atípicos**: objeto lícito, disponibilidade do direito material e disponibilidade da tutela jurisdicional. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 125.

²⁹⁷ VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. **Convenções Processuais no Paradigma do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 241. Em sentido contrário, cf. YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 77. O autor entende que a documentação “é indissociável da realidade do processo”, de modo que apenas aqueles elementos constantes do suporte dos autos, seja físico ou eletrônico, possa adentrar a esfera do processo.

²⁹⁸ “*Plano da validade*, assim, se refere à parte do mundo jurídico em que se apura a existência ou inexistência de déficit nos elementos nucleares do suporte fático dos atos jurídicos quem influem na sua perfeição, implicando serem válidos ou inválidos”. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 39.

²⁹⁹ YARSHELL, Flávio Luiz. **Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?** In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 80.

submetendo-se ao regramento de ambas as esferas³⁰⁰. Trata-se de decorrência da natureza das convenções: enquanto modalidades de negócio jurídico, são fatos de direito material; enquanto modalidades de fatos processuais, uma vez que o direito processual recepciona os acordos por conta de seus efeitos no processo, são fatos de direito processual. Assim, a validade das convenções depende de uma análise tanto do ponto de vista do direito material quanto do processual³⁰¹.

Os pressupostos de validade são construídos a partir dos elementos de existência. Trata-se de uma qualidade adicional àqueles elementos, uma perfeição de que se revestem os atos jurídicos existentes³⁰². São válidos os atos cujos elementos nucleares não possuem nenhuma deficiência, e cujos elementos complementares se encontram todos presentes³⁰³. Por outro lado, a identificação de algum defeito no plano da validade acarreta, em regra, uma sanção do ordenamento ao fato jurídico, que se torna inválido.

Via de consequência, o exame do plano da validade deve partir da consideração sobre a perfeição dos elementos de existência dos negócios processuais. Devem-se analisar os elementos de perfeição dos sujeitos, do objeto, da forma e da manifestação de vontade.

Com relação aos sujeitos, é preciso que os agentes dos negócios processuais sejam reputados capazes. A capacidade exigida pelo art. 190³⁰⁴ tende a coincidir com aquela de direito material. Assim, os sujeitos dotados de personalidade jurídica e de

³⁰⁰ ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes**: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais, in: in: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 301-303.

³⁰¹ Importantes ainda as considerações de Antonio do Passo Cabral, para quem o mais correto seria não considerar a tese da dupla natureza dos negócios processuais, mas sim do duplo suporte fático. Apesar disso, o autor acredita ter pouca importância prática se as convenções possuem natureza material ou processual, haja vista a relatividade da separação das duas esferas. CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 92-96.

³⁰² “Há espécies de fatos jurídicos que simplesmente não adentram o plano da validade: uma vez reunidos os elementos integrantes do suporte fático, opera-se a incidência da norma jurídica e a aplicação do preceito. Assim, não há sentido em qualificar um fato da natureza (fato jurídico em sentido estrito) ou um ato humano recepcionado pelo direito como conduta avolitiva (ato-fato jurídico) como válidos ou inválidos”. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 54-55.

³⁰³ “Diz-se *válido* o ato jurídico cujo suporte fático é perfeito, isto é, os seus elementos nucleares não têm qualquer deficiência invalidante, não há falta de qualquer elemento complementar. *Validade*, no que concerne a ato jurídico, é sinônima de perfeição, pois significa a sua plena consonância com o ordenamento jurídico”. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 41.

³⁰⁴ Art. 190: “Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às **partes plenamente capazes** estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.” (g.n.).

capacidade de direito e de fato possuirão, via de regra, capacidade processual negocial. Todavia, à capacidade de direito material deve-se acrescentar a análise do instituto na sua faceta processual, que se distingue entre a capacidade de ser parte e a capacidade de estar em juízo. Segundo Eduardo Talamini, é a *capacidade de estar em juízo* o requisito determinante da licitude dos negócios processuais³⁰⁵. Dessa forma, haverá hipóteses excepcionais, por exemplo, em que agentes destituídos de capacidade material poderão ainda assim celebrar negócios processuais, como no caso de órgãos públicos não revestidos de personalidade jurídica própria, nas situações em que se reconhece a capacidade desses órgãos para a impetração de mandado de segurança.

A menção do art. 190 a partes “plenamente” capazes suscita a dúvida sobre se haveria uma exigência adicional incluída no requisito da capacidade. Já se opinou, por exemplo, que a redação do artigo excluiria as partes absoluta ou relativamente incapazes de celebrar negócios processuais³⁰⁶. Parece ser mais acertada, no entanto, a corrente que aceita a celebração de convenções por partes incapazes, desde que devidamente auxiliadas pelos institutos aptos a suprir a sua incapacidade concreta (representação, assistência, tutela, curatela, tomada de decisão apoiada)³⁰⁷. De qualquer forma, a questão da incapacidade somente assume relevância diante da possibilidade de prejuízo à parte incapaz. Se benéfico ao celebrante, não será o caso de invalidar o negócio³⁰⁸.

Ainda com relação às hipóteses mais delicadas de capacidade, o parágrafo único do art. 190 dedica atenção ao tema da vulnerabilidade. O texto legal dispõe que o juiz recusará aplicação aos negócios processuais quando uma das partes se encontrar em “manifesta situação de vulnerabilidade”³⁰⁹. É uma cautela adotada pelo ordenamento para coibir situações de abuso das partes que figuram em posição de desigualdade na relação

³⁰⁵ TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. In: Informativo Justen, Pereira Oliveira e Talamini, nº 104. Curitiba, 2015, p. 4-5.

³⁰⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 88.

³⁰⁷ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 220; WONTROBA, Bruno Gressler. **Negócios jurídicos processuais atípicos: objeto lícito, disponibilidade do direito material e disponibilidade da tutela jurisdicional**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 138.

³⁰⁸ No mesmo sentido o Enunciado nº 16 do FPPC: “O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo”.

³⁰⁹ Art. 190, parágrafo único: “De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão **ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade**” (g.n.).

processual, assimetria que poderia comprometer os seus direitos fundamentais³¹⁰. Nessa linha, a vulnerabilidade poderia levar à incapacidade processual negocial.

A vulnerabilidade presume-se no caso das partes materialmente incapazes, embora também possa se identificar mesmo para partes capazes. Ocorre que, nesses casos, a vulnerabilidade precise ser demonstrada *in concreto*³¹¹. Ademais, ao exigir uma *manifesta* situação de vulnerabilidade, o parágrafo único parece querer afastar uma interpretação demasiadamente ampliativa do dispositivo, que comprometa a efetividade dos negócios diante de quaisquer indícios de vulnerabilidade identificados pelo julgador.

De qualquer forma, o parágrafo único do art. 190 não pode levar à conclusão de que todo e qualquer negócio celebrado por partes vulneráveis seria automaticamente inválido. Em primeiro lugar, repercute aqui novamente o entendimento adotado pelo Enunciado nº 16 do FPPC: somente há de se cogitar a recusa da aplicação de negócio processual nos casos de prejuízo à parte vulnerável. Uma convenção celebrada em benefício da parte mais fraca da relação processual não poderia jamais ser invalidada por conta da vulnerabilidade, pois tornaria o regramento protetivo prejudicial à própria parte vulnerável. Em segundo lugar, deve-se atentar para a ausência de correspondência necessária entre a vulnerabilidade material e a processual. Haverá situações em que a parte materialmente vulnerável não o será do ponto de vista processual³¹².

Se a vulnerabilidade de uma das partes, por um lado, vindica um olhar mais cauteloso do juízo para evitar abusos, por outro lado, é certo que haverá situações de “hipersuficiência” das partes, nas quais a cautela deve militar contra a intromissão estatal na validade dos acordos. Nas relações processuais marcadas pela presença de partes altamente sofisticadas, em geral profissionais e bem assessoradas juridicamente, deve

³¹⁰ COLOMBO, Juliano. **Negócios Jurídicos Processuais na Perspectiva dos Direitos Fundamentais das Partes**: Principiologia, fundamentos e aplicação na tutela executiva stricto sensu. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018, p. 101.

³¹¹ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20. ed., 2018, v. 1, p. 448-449.

³¹² Como alertado por Lara Rafaelle Pinho Soares, em estudo verticalizado sobre o tema da vulnerabilidade, “[...] em uma relação de consumo, por exemplo, na qual há vulnerabilidade material presumida pelo Código de Defesa do Consumidor, como visto no tópico 3.3.1, não necessariamente haverá o reconhecimento da vulnerabilidade processual para negociar, o que, se houver, não será entendida como uma presunção, mas como um indício de vulnerabilidade.

Isso porque, enquanto na relação de Direito material, o fato de ser consumidor é suficiente para a presunção da vulnerabilidade, isso não basta para presumi-la no Direito processual e especificamente no âmbito do negócio jurídico. Ora, o fato de ser consumidor não torna, necessariamente, alguém vulnerável para negociar processualmente, porque não implica ausência de informação sobre o ato a ser praticado no processo. Pode, evidentemente, ser fator indicativo da vulnerabilidade, mas, em nenhuma hipótese, fator conclusivo.” SOARES, Lara Rafaelle Pinho. **A Vulnerabilidade na Negociação Processual Atípica**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2016, p. 158.

prevalecer uma presunção de equivalência das partes³¹³. Isso porque as condições mais favoráveis dos agentes tendem a assegurar um exercício mais consciente e livre de vícios de sua liberdade, de maneira a se justificar uma carga normativa mais intensa da autonomia privada³¹⁴. Em tais situações, a máxima interpretativa “*in dubio pro libertate*” (comentada adiante no capítulo), tornará mais intenso o ônus argumentativo da parte interessada em invalidar o acordo processual, pois militará em favor da manutenção do negócio uma presunção de plena ciência e liberdade dos celebrantes.

Apesar disso, não se exclui a vulnerabilidade também em contextos empresariais. A depender do caso concreto, grandes disparidades entre empresas podem dar ensejo a uma negociação marcada pelo abuso de poder econômico da parte mais forte, o que pode ocasionar a invalidade de acordos processuais. De todo modo, segue verdadeiro que as características próprias do ambiente empresarial justificam uma aplicação mais restritiva do instituto da vulnerabilidade pelo julgador³¹⁵.

Com relação ao elemento da manifestação de vontade, é plenamente aplicável aos acordos processuais o sistema de invalidade presente na parte geral do Código Civil brasileiro. Assim, vícios de vontade como erro ou ignorância, dolo, coação, estado de perigo ou lesão (art. 138 a 157 do CC/2002), bem como vícios sociais como a fraude contra credores ou simulação (art. 158 a 165, 167 do CC/2002) podem ocasionar a invalidação dos acordos.

Uma hipótese específica de invalidade decorrente de defeito da manifestação de vontade se encontra no parágrafo único do art. 190, quando esse faz referência à inserção abusiva em contrato de adesão³¹⁶. Na mesma linha do caso da vulnerabilidade, trata-se de uma louvável cautela prestada pelo ordenamento para os casos de disparidade entre as

³¹³ “É importante perceber, no entanto, que no caso de *contratos empresariais*, celebrado por duas ou mais sociedades empresárias e pelo qual os contratantes visam à obtenção de lucro ou de proveito econômico, a análise da vulnerabilidade é bem diversa. *Pode-se, inclusive, dizer que, nesses casos, se deve presumir a equivalência das partes*. O raciocínio, aqui, é bem diferente daquele feito na análise das convenções processuais inseridas em contratos de consumo ou de trabalho”. DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20. ed., 2018, v. 1, p. 451.

³¹⁴ “De outro lado, em relações dotadas de maior paridade, em que os sujeitos têm a possibilidade concreta de fazer escolhas – exercendo, pois, materialmente, sua liberdade – a autonomia privada, como poder de autorregulamentação, poderá ser aplicada em extensão muito maior, e sob uma compreensão qualitativamente diversa.” FACHIN, Luiz Edson. **Autonomia privada e estipulação contratual**, in *Soluções Práticas de Direito: Pareceres*, vol. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 333.

³¹⁵ DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO; Leandro Santos. **Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais**. In: *Revista de Processo*, v. 279, mai./2018, *on-line*.

³¹⁶ Art. 190, Parágrafo único: “De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de **inserção abusiva em contrato de adesão** ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.” (g.n.)

partes de uma relação contratual. Em tais situações, havendo a inserção de um negócio processual no bojo de contrato adesão de forma considerada abusiva, reputar-se-á nula a convenção. Relevante aqui destacar que a qualificação de “abusiva” se refere à inserção do negócio processual no contrato de adesão, e não ao negócio em si³¹⁷. Isso significa que pode haver negócios processuais prejudiciais ao aderente cuja inserção tenha se dado de forma lícita, o que manteria hígido o acordo. Da mesma forma, pode haver negócio inserido de forma abusiva sem que tenha havido prejuízo ao aderente, não havendo que se cogitar de sua nulidade³¹⁸. Por fim, é possível pensar em negócio processual em tese lícito, mas cuja inserção abusiva no contrato de adesão justifique a sua nulidade.

O parágrafo único não impede a inclusão de todo e qualquer negócio processual em contrato de adesão: é preciso que haja abusividade quando da inserção do acordo no pacto, condição a favor da qual não milita uma presunção *a priori*³¹⁹. Trata-se de tipo de invalidade cognoscível de ofício³²⁰, mas que somente se concretizará quando demonstrado o prejuízo à parte oblata. Com efeito, é perfeitamente possível imaginar a inclusão de acordo processual em contrato de adesão que acabe por beneficiar o aderente, caso em que de nenhuma forma se poderá falar em abusividade³²¹.

Também a forma é elemento de existência que se perfectibiliza de acordo com critérios de validade. A regra nesse quesito é a liberdade das formas, nos termos do art. 104, III do Código Civil³²². Em não havendo nem forma prescrita nem proibição a alguma forma específica, portanto, impera a liberdade dos convenientes para definir o modo de celebração do próprio negócio, que pode se inserir em cartas, telegramas, e-mails, ou no bojo de outros negócios, como em contratos ou estatutos sociais³²³.

³¹⁷ WONTROBA, Bruno Gressler. **Negócios jurídicos processuais atípicos**: objeto lícito, disponibilidade do direito material e disponibilidade da tutela jurisdicional. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 145.

³¹⁸ “Deve, ademais, ser observado o sistema de invalidades processuais, valendo dizer que não se deve invalidar o negócio processual se não houver prejuízo, se for possível aproveitá-lo ou se a finalidade for alcançada”. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 55.

³¹⁹ Segundo Lorena Miranda Santos Barreiros, uma presunção do gênero somente se pode aceitar quando a abusividade possa ser contemplada em tese por algum dispositivo legal típico. Caso contrário, não existirá. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 247.

³²⁰ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 247.

³²¹ TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. In: Informativo Justen, Pereira Oliveira e Talamini, nº 104. Curitiba, 2015, p. 5.

³²² Art. 104: “A validade do negócio jurídico requer: III - forma prescrita ou não defesa em lei”.

³²³ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 287-288.

Já se sugeriu na doutrina que a forma escrita seria necessária. Argumenta-se que a realidade física dos autos seria indissociável do processo, de modo que a recepção do negócio pelo processo exigiria a forma escrita³²⁴. Não parece ser essa a opinião mais correta. É evidente que a observância de forma escrita acarreta uma maior conveniência para a constituição da prova de qualquer negócio processual³²⁵. No entanto, a não ser que incida norma determinando a forma escrita como requisito para a celebração de determinado negócio processual, deve-se entender que a forma livre permite a celebração inclusive de convenções orais³²⁶. Um requisito de forma que se apresenta cogente, no entanto, é o do uso da língua portuguesa, nos termos do art. 192 do CPC/2015³²⁷. Entretanto, a instrumentalidade requer que o documento seja admitido desde que compreendido pelas partes e pelo juiz, além de que seja possibilitada à parte que apresenta negócio em língua estrangeira a oportunidade de providenciar a sua devida tradução³²⁸.

Por último, o inciso II do art. 104 do Código Civil exige que o objeto do negócio processual seja lícito, possível e determinado³²⁹. Trata-se do requisito de validade mais delicado (e sobre o qual paira a mais forte controvérsia doutrinária) para a aferição da admissibilidade dos negócios processuais atípicos³³⁰. Por razões metodológicas, todavia, uma exposição mais aprofundada se dará no próximo tópico do capítulo (2.2.1.), quando se discorrerá especificamente acerca dos limites objetivos aos negócios processuais.

2.1.2.4. Condições de eficácia

Por fim, os negócios processuais também devem ser analisados sob a perspectiva do derradeiro plano da eficácia. Na linha dos demais negócios jurídicos, a convenção adquire eficácia no momento em que os elementos integrantes do seu suporte fático se

³²⁴ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 77.

³²⁵ COLOMBO, Juliano. **Negócios Jurídicos Processuais na Perspectiva dos Direitos Fundamentais das Partes**: Principiologia, fundamentos e aplicação na tutela executiva stricto sensu. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018, p. 94-96.

³²⁶ MÜLLER, Julio Guilherme. **A produção desjudicializada da prova oral por meio de negócio processual: análise jurídica e econômica**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016, p. 158.

³²⁷ Art. 192: “Em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso da língua portuguesa.”

³²⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**: teoria geral do processo. 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 491-492.

³²⁹ Art. 104. “A validade do negócio jurídico requer: II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável”.

³³⁰ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 253.

concretizam no mundo dos fatos. Uma vez materializados os pressupostos de existência e enquanto não decretada a sua invalidade, o negócio se tornará eficaz, deixando de habitar apenas a esfera normativa para ingressar definitivamente no mundo do direito³³¹.

Em regra, a eficácia das convenções processuais não depende de homologação judicial e opera imediatamente, por força do art. 200 do CPC/2015³³². Há, contudo, exceções que dependem de prévia homologação judicial. O condicionamento apenas excepcional (quando previsto taxativamente pela legislação³³³) dos negócios processuais à homologação judicial se trata de consequência do princípio do autorregramento da vontade. Não seria consentâneo com um sistema deferente à autonomia das partes exigir o condicionamento da eficácia de todo e qualquer negócio processual à homologação judicial³³⁴. Assim, eventual contestação da higidez da convenção deve ser feita quando do controle de validade *a posteriori* do magistrado. Até que seja decretada a invalidade do negócio pelo agente jurisdicional, ele segue produzindo efeitos.

As partes podem definir que o negócio processual se submeta a condições suspensivas e/ou extintivas de eficácia, como condição ou termo³³⁵. É possível o condicionamento voluntário da eficácia dos negócios processuais à homologação

³³¹ “Se a norma existe com vigência e é válida, ou, sendo inválida, ainda não teve sua nulidade decretada por quem, dentro do sistema jurídico, tenha poder para tanto, poderá ser eficaz desde que se concretizem no mundo os fatos que constituem seu suporte fático. Se os fatos previstos pela norma como seu suporte fático não se materializarem, integralmente, no plano das realidades, a norma jamais será eficaz (= não incidirá); existirá com vigência, porém sem eficácia. A eficácia da norma jurídica (= incidência) tem como pressuposto essencial a concreção de todos os elementos descritivos como núcleo do seu suporte fático (= suporte fático suficiente)”. MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da eficácia. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 34.

³³² Art. 200: “Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade **produzem imediatamente** a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais” (g.n.). No mesmo sentido, MÜLLER, Julio Guilherme. **A Produção Desjudicializada da Prova Oral Através de Negócio Processual**: análise jurídica e econômica. Tese (Doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 166-167.

³³³ COLOMBO, Juliano. **Negócios Jurídicos Processuais na Perspectiva dos Direitos Fundamentais das Partes**: Principiologia, fundamentos e aplicação na tutela executiva stricto sensu. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018, p. 110-111.

³³⁴ WONTROBA, Bruno Gressler. **Negócios jurídicos processuais atípicos**: objeto lícito, disponibilidade do direito material e disponibilidade da tutela jurisdicional. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 200.

³³⁵ “É possível, entretanto, que as partes estabeleçam uma condição ou um termo, afastando a eficácia imediata do negócio. As partes podem, por exemplo, dispensar a prova testemunhal, caso a perícia já deferida esclareça determinado fato”. CUNHA, Leonardo Carneiro da. Artigo 190. In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**: artigos 188 ao 293; v. III. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 61.

judicial³³⁶. Isso não revelaria um desdouro à autonomia das partes, pois eventual condicionamento decorreria da própria vontade dos convenientes.

Por fim, as partes também podem pactuar a cessação da eficácia dos negócios processuais por ela celebrados. Para além da já mencionada possibilidade do termo, na hipótese de negócio celebrado com prazo certo, as partes podem se valer, para extinguir a eficácia das convenções, dos institutos próprios do direito civil como a resolução, a resilição e o distrato.

Embora falte consenso na doutrina acerca das categorias aplicáveis³³⁷, algumas linhas gerais podem ser traçadas. Aceita-se a hipótese de resolução do negócio processual em decorrência do advento de evento superveniente à celebração, como inadimplemento ou onerosidade excessiva³³⁸. Também a resilição vem admitida como modalidade de cessação de eficácia, consistente no desfazimento voluntário do negócio processual permitido expressamente pela legislação ou ainda pela própria convenção. Admite-se ainda a possibilidade de distrato, um acordo superveniente destinado a extinguir *ex nunc* a eficácia da convenção processual. Por fim, é possível também a hipótese de revogação do negócio, que opera não apenas no âmbito da eficácia, como o distrato, mas também no plano da própria existência, eliminando-se “a(s) declaração(ões) de vontade orientada ao delineamento dos efeitos processuais”³³⁹.

2.2. LIMITES E CONTROLE DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS

Concluída a análise da estrutura e da classificação dos negócios processuais, bem como de sua inserção à luz da teoria do fato jurídico, examina-se em seguida o instituto pela perspectiva dos limites à sua válida celebração (2.2.1.), questão que assume enorme relevância para a delimitação do sentido da cláusula geral de negociabilidade processual.

³³⁶ Nesse sentido, COLOMBO, Juliano. **Negócios Jurídicos Processuais na Perspectiva dos Direitos Fundamentais das Partes**: Principiologia, fundamentos e aplicação na tutela executiva stricto sensu. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018, p. 111-112.

³³⁷ Um compilado muito útil das sistematizações da doutrina encontra-se em WONTROBA, Bruno Gressler. **Negócios jurídicos processuais atípicos**: objeto lícito, disponibilidade do direito material e disponibilidade da tutela jurisdicional. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 211-218.

³³⁸ DIDIER JR, Fredie. **Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-15**. In: DIDIER JR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 121.

³³⁹ WONTROBA, Bruno Gressler. **Negócios jurídicos processuais atípicos**: objeto lícito, disponibilidade do direito material e disponibilidade da tutela jurisdicional. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 213.

Por fim, aborda-se também a questão do controle das convenções pelo magistrado (2.2.2.).

2.2.1. LIMITES

2.2.1.1. Limites subjetivos

Uma primeira categoria de limites analisada se refere aos agentes que podem celebrar as convenções. Trata-se, em outras palavras, de delimitar os limites subjetivos à negociação processual. Algumas das linhas gerais acerca do tema já foram tratadas acima (2.1.2.3). Em suma, o ordenamento exige que os celebrantes sejam partes “plenamente capazes”, o que não se confunde com a capacidade material dos sujeitos, embora ambas as capacidades tendam a coincidir nas situações concretas.

O que se exige é a capacidade de estar em juízo, requisito que pode se estender a partes destituídas de capacidade material em determinados casos. Há que se atentar, todavia, para a eventual presença de manifesta situação de vulnerabilidade de um dos convenientes, a qual pode comprometer a sua capacidade e causar a nulidade do acordo.

Ainda sobre os sujeitos, não se exige a presença de advogado para a celebração dos negócios processuais³⁴⁰. É certo que a garantia do assessoramento jurídico tende a afastar eventuais vícios de celebração dos acordos, mas a sua ausência não é considerada um impeditivo à válida negociação processual³⁴¹.

Os negócios processuais seguem o princípio de direito contratual da relatividade dos efeitos. Assim, em regra se admite a vinculatividade das convenções apenas com relação aos agentes celebrantes, não atingindo a posição jurídica de terceiros³⁴².

Uma exceção apontada por Marília Siqueira Costa consistiria nos casos em que a convenção atribui a terceiro posição jurídica de vantagem, hipótese na qual, por acarretar situação benéfica, não haveria necessidade da anuência do terceiro beneficiado. É com base nessa distinção que a autora defende que os negócios processuais sobre intervenção de terceiros dependeriam da sua anuência apenas nos casos de renúncia a posições de vantagem pelo titular do poder renunciado, ou de criação de hipóteses atípicas

³⁴⁰ MÜLLER, Julio Guilherme. **A Produção Desjudicializada da Prova Oral Através de Negócio Processual**: análise jurídica e econômica. Tese (Doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 148-149.

³⁴¹ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 88.

³⁴² CÂMARA, Helder Moroni. **Negócios Jurídicos Processuais**: condições, elementos e limites. São Paulo: Almedina, 2018, p. 141.

de intervenção que impliquem obrigá-los a participar do processo. Em suma, nos casos de imposição de posição jurídica de desvantagem perante terceiro. Não feriria a esfera jurídica de terceiro, no entanto, a criação de uma modalidade de intervenção consistente num *poder* de intervir, e não numa obrigação³⁴³.

Do princípio da relatividade dos efeitos dos negócios jurídicos, decorre uma ulterior e importante consequência. Transgride os limites subjetivos dos negócios processuais eventual convenção sobre o funcionamento do Judiciário.

Questão mais delicada concerne à possibilidade de convenção sobre os poderes do juiz. Trícia Navarro Xavier Cabral argumenta, por exemplo, ser inadmissível convenção que interfira nas prerrogativas do magistrado³⁴⁴. Em linha semelhante, Antonio do Passo Cabral argumenta que são ilícitas convenções que impeçam que o juiz decida por base no ônus da prova ou que não utilizará meios coercitivos para induzir um sujeito processual a obedecer a uma decisão jurisdicional³⁴⁵.

Já uma ulterior parcela da doutrina compreende que todo negócio processual implica, de uma forma ou de outra, a interferência na atividade do magistrado³⁴⁶. Assim, não se poderia considerar que a simples possibilidade de o acordo impactar na atuação do juiz acarrete a sua inadmissibilidade.

De qualquer forma, a pactuação capaz de impactar no funcionamento da máquina judiciária, “a ponto de inviabilizar a tramitação do processo”³⁴⁷, viola os limites subjetivos dos negócios processuais. É essa uma das razões que justifica, por exemplo, a

³⁴³ “Na primeira hipótese (concessão de legitimidade para ingresso voluntário), por se tratar da concessão de um poder (posição de vantagem), não há necessidade de participação do beneficiado, inclusive, por aplicação analógica do regramento da estipulação em favor de terceiro (artigos 436 a 438, CC/2002) (...)” COSTA, Marília Siqueira da. **Convenções Processuais sobre Intervenção de Terceiros**. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 284.

³⁴⁴ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Limites da Liberdade Processual**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 143.

³⁴⁵ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 270-271. Em sentido semelhante, compreende Mauricio Pereira Doutor que as convenções processuais não podem dispor sobre o poder do juiz de ordenar as medidas executivas atípicas fundadas no art. 139, IV, do CPC/2015, salvo para ampliá-lo. DOUTOR, Mauricio Pereira. **Medidas Executivas Atípicas na Execução por Quantia Certa: diretrizes e limites de aplicação**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 111-117.

³⁴⁶ GODINHO, Robson Renault. **A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória**. In: DIDIER JR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 582; MAFFESSONI, Behlua. **Convenções processuais em matéria probatória e poderes instrutórios do juiz**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC – Negócios Processuais (tomo 2). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 384-385.

³⁴⁷ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 271.

vedação à criação convencional de nova modalidade recursal, o que poderia obstaculizar a prestação eficiente da atividade jurisdicional pelos tribunais³⁴⁸.

A impossibilidade de as partes pactuarem sobre o funcionamento da máquina judiciária, contudo, não veda *a priori* a possibilidade de órgãos do próprio Poder Judiciário celebrarem negócios processuais. Uma questão interessante, já abordada acima (2.1.1.4), diz respeito à possibilidade de celebração de negócios processuais por instituições públicas. Relembre-se que o desenvolvimento contemporâneo das convenções se iniciou, como se pode analisar do estudo do direito estrangeiro, com os protocolos institucionais celebrados entre as ordens de advogados e algumas cortes de apelação francesas e italianas³⁴⁹. Os acordos institucionais guardam várias potencialidades interessantes para a realidade brasileira³⁵⁰, sendo ainda necessário, contudo, um estudo verticalizado sobre as circunstâncias específicas desses acordos e a sua adequação à realidade jurídico-institucional brasileira.

Também a Fazenda Pública pode celebrar acordos processuais³⁵¹. Trata-se de mais um reflexo do fenômeno de expansão da atuação do Poder Público à dimensão da consensualidade³⁵². Se a referida expansão é admitida e estimulada para as situações próprias de direito material, não há razão para se inadmitir *a priori* a negociação sobre aspectos processuais³⁵³.

Não se pode opor como óbice à negociação processual pela Fazenda Pública a característica indisponível dos direitos materiais envolvidos na sua atuação. Isso por dois motivos. Em primeiro lugar, porque a Administração Pública pode ser titular de direitos disponíveis, situação na qual a objeção da indisponibilidade do direito material sequer se

³⁴⁸ Outra justificativa para a vedação dessa modalidade de convenção atípica é um limite objetivo: a cogência do princípio da taxatividade dos recursos, na forma do art. 994 do CPC/2015. LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. **Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal**. In: DIDIER JR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 623-625.

³⁴⁹ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 117-121.

³⁵⁰ “Os protocolos institucionais podem servir como importante instrumento de exercício da consensualidade em sede processual, superando dificuldades práticas e operacionais em prol de uma mais eficiente gestão processual coletiva. Observado o regime jurídico próprio a que se submetem os entes públicos na negociação processual, as possibilidades de sua utilização mostram-se, como visto, variadas”. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 383.

³⁵¹ Enunciado nº 256 do FPPC: “A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual”.

³⁵² CABRAL, Antonio do Passo. **A resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 711.

³⁵³ CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. **Fazenda pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC: pontos de partida para o estudo**. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 660-662.

colocaria. Mesmo nos casos de direitos materialmente indisponíveis titularizados pelo Poder Público, persiste aberta a possibilidade de que os mesmos sejam objeto de transação³⁵⁴. Sabe-se que a tendência do direito administrativo contemporâneo é de expandir e de estimular a transação com relação a direitos materiais. Via de consequência, também a transação sobre matéria processual deve ser *a priori* admissível³⁵⁵. Aliás, se o ordenamento jurídico admite até mesmo a arbitragem envolvendo o Poder Público, não haveria razão para que se lhe impedisse a celebração de negócio processual, gênero de acordo sobre o processo mais limitado e submetido ao crivo de validade do magistrado.

Em segundo lugar porque, como já afirmado em tópico anterior (2.1.1.7), a mera indisponibilidade de direito material não constitui impeditivo genérico a todo e qualquer negócio processual. Pelo contrário, a indisponibilidade material veda apenas uma categoria específica de negócios processuais (acordos sobre o objeto da cognição judicial e sobre o meio de prova)³⁵⁶. As demais categorias (acordos procedimentais e negócios processuais em sentido estrito) permanecem aplicáveis mesmo em processos envolvendo direitos materiais indisponíveis. Portanto, não se pode imaginar que haja limite subjetivo à celebração de negócio processual pela Fazenda Pública apenas com base na alegação de que os direitos envolvidos seriam materialmente indisponíveis. O máximo que se pode argumentar é que não lhe será dado celebrar uma determinada categoria de convenções, permanecendo aberta a porta para as demais³⁵⁷.

Por fim, admite-se a celebração de negócios processuais também por parte do Ministério Público³⁵⁸. Desde a edição da Resolução nº 118 do CNMP, o Ministério Público passou a ter a autorização expressa para implementar e adotar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo,

³⁵⁴FARIA, Luzardo. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no direito administrativo**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 206-233.

³⁵⁵SANTOS, Tatiana Simões dos. **Negócios processuais envolvendo a Fazenda Pública**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017. p. 680.

³⁵⁶ Isso porque, segundo Eduardo Talamini, “trata-se também de um negócio jurídico de direito material, ainda que celebrado no bojo de um processo e igualmente gerador de consequências processuais (...). Há a alteração do próprio resultado jurídico substancial – e não do mero modo de solução do conflito. Por isso, o próprio direito material precisa ser disponível”. TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. In: *Informativo Justen, Pereira Oliveira e Talamini*, nº 104. Curitiba, 2015, p. 15.

³⁵⁷ É certo que a negociação processual envolvendo a Fazenda Pública envolverá uma série de particularidades referentes à condição diferenciada desse sujeito processual. Uma análise verticalizada do tema fugiria do escopo deste trabalho. Sobre o assunto, cf. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 305-350.

³⁵⁸ No mesmo sentido o Enunciado nº 253 do FPPC: “O Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte”.

inclusive convenções processuais³⁵⁹. Também aqui não se pode dizer que a indisponibilidade material dos direitos envolvidos constitua um óbice intransponível. Na realidade, atualmente se admite a possibilidade de transação inclusive a respeito de matérias como improbidade administrativa e direito penal³⁶⁰. Também a disposição sobre direitos em matéria civil processual, em consequência, deve ser a princípio admitida.

2.2.1.2. Limites objetivos

Uma segunda ordem de limites aos negócios processuais diz respeito ao seu objeto. O art. 104, II do Código Civil dispõe que um dos requisitos de validade de qualquer negócio jurídico é a existência de “objeto lícito, possível, determinado ou determinável”.

Uma questão delicada consiste em saber qual a natureza dos limites que se opõem ao objeto das convenções, delineando os contornos do campo de negociação admitido pelo ordenamento. É nesse ponto que reside a maior dificuldade para a aferição da validade dos negócios processuais. E é também aqui que afloram com maior clareza as complexidades decorrentes da escolha da técnica da cláusula geral pelo legislador do CPC/2015³⁶¹.

Isso porque, dada a natureza aberta e indeterminada do conteúdo dos negócios celebrados por meio do mecanismo das cláusulas gerais, uma definição adequada dos limites objetivos se torna essencial para identificar o campo válido de negociabilidade processual³⁶². O problema se acentua ainda mais tendo em vista das particularidades do direito processual, quando comparado com o direito privado. Ao se inserirem num contexto em que convivem os interesses particulares com aqueles da função jurisdicional, especialmente após a afirmação dos escopos sociais do processo com a virada

³⁵⁹ Art. 16: “Segundo a lei processual, poderá o membro do Ministério Público, em qualquer fase da investigação ou durante o processo, celebrar acordos visando constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais”.

³⁶⁰ CABRAL, Antonio do Passo. **A resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). *Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 719-721.

³⁶¹ “O ponto nodal de compreensão da cláusula geral de atipicidade da negociação processual prevista no art. 190 do CPC/2015 reside na definição de seus limites de validade. Estabelecer o alcance do poder de autorregramento de cada sujeito processual, delinear os critérios de aferição da capacidade dos celebrantes, definir a esfera de licitude e de ilicitude dos objetos a serem convenccionados são questões de extremo relevo para a adequada construção de sentido da cláusula aberta sob exame”. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **(I)negociabilidade de prerrogativas processuais da fazenda pública**: tentativa de sistematização. In: In: MARCATO, Ana et al. (coord.) *Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro – Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017, p. p. 327.

³⁶² CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 150.

publicística, os negócios processuais tendem a encontrar uma gama maior de obstáculos de caráter inderrogável³⁶³.

Sem uma definição concreta dos limites objetivos aos negócios processuais, portanto, intensifica-se um panorama de imprevisibilidade e de falta de segurança jurídica, tanto maiores as duas quanto menos claras forem as balizas delimitadoras do objeto válido das convenções³⁶⁴. Ressalte-se ainda que a legislação não fornece uma lista de fácil acesso de quais seriam os limites objetivos. É necessária, em tais condições, uma construção doutrinária e jurisprudencial para realizar a concreção da cláusula geral³⁶⁵.

Um primeiro limite objetivo proposto pela doutrina consiste no conceito de ordem pública. A doutrina costuma compreender o instituto como uma espécie de princípio geral, assentado em “valores de natureza política, econômica e social, integrantes de determinada sociedade”³⁶⁶, cuja substância fundamenta a legitimidade de toda a ordem jurídica. Sendo a expressão mais clara dos “valores dominantes” de uma sociedade e de um Estado³⁶⁷, e constituindo o cerne da compreensão da justiça para uma comunidade particular, a ordem pública tem o condão de opor limites à validade jurídica dos negócios e de demais atos privados, condicionando o seu conteúdo à necessária observância desses mesmos valores, ainda que sem dispositivo legislativo direto a lhe servir de fundamento³⁶⁸.

³⁶³ NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **A cláusula geral de acordo de procedimento no projeto do Novo CPC (PL 8.046/2010)**. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle et al. *Novas Tendências de Processo Civil: Estudos sobre o projeto do Novo CPC*. Vol.1, Salvador: JusPodivm, 2013, p. 21.

³⁶⁴ Nesse sentido, ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. **Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes**: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais, in: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 292-293.

³⁶⁵ “Será, assim, o trabalho dos especialistas e o repertório dos casos concretos que, passo a passo, construirão a tradição brasileira neste tema. Como lembra Ávila, na tarefa de concreção, o reenvio da cláusula geral pode levar o aplicador a buscar o preenchimento dos elementos normativos vagos a partir de parâmetros verificados também em precedentes”. CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 148-149.

³⁶⁶ “A ordem pública é um princípio geral, exógeno ao ordenamento jurídico, que se assenta em valores de natureza política, econômica e social, integrantes de determinada sociedade, como a expressão maior dos seus valores. Atuando como verdadeiro fundamento da ordem jurídica, a ordem pública antecede e inspira a elaboração das leis.” MARTINS, André Chateaubriand de. **Os Diferentes Níveis de Ordem Pública sob uma Perspectiva da Jurisprudência Brasileira em Arbitragens Doméstica e Internacional**. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 37, 2013, p. 51.

³⁶⁷ MOREIRA, João Ilhão. **O não reconhecimento de sentenças arbitrais internacionais no fórum de execução por violação da ordem pública. Perspectiva do direito português**. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 41, 2014, p. 4.

³⁶⁸ DOLINGER, Jacob. *A ordem pública internacional em seus diversos patamares*. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v. 93, n. 828. out. 2004, *online*.

Aliás, a redução de todo o corpo axiológico reunido pelo termo “ordem pública” a uma singular disposição legislativa seria desaconselhável, haja vista a variedade de situações dificilmente previsíveis pelo legislador, contingência que recomenda uma concessão de mais ampla liberdade por parte do magistrado, a quem compete a incumbência de identificar e afastar os casos de violação concreta à ordem pública³⁶⁹. A “discrição” quanto à ordem pública, deixada à margem de positividade legislativa direta, teria o condão de acompanhar a “mudança de costumes, de mentalidades, de interesses nacionais”. Isto é, a fonte comunitária e extrajurídica da ordem pública se beneficiaria do desvencilhamento de um fundamento jurídico-positivo, podendo se atualizar sem depender do processo legislativo usual. Segundo Jacob Dolinger, deve ser confiada aos tribunais estatais a responsabilidade por detectar os arranjos que, embora consensuais, firmam “os valores básicos da nossa sociedade, os padrões aceitos pelo povo (...)”³⁷⁰.

Nesse sentido, a ordem pública consiste num conceito jurídico indeterminado com o condão de, sob a justificativa de salvaguardar o “conjunto de valores ou opções políticas fundamentais dominantes em determinada sociedade”³⁷¹ – os quais fundamentam a própria noção de legitimidade do Estado que o aplica³⁷² –, obstar a aplicação de negócios jurídicos de toda espécie.

Como se sabe, também o direito processual civil contempla a figura da ordem pública. Nesse ramo jurídico, ela assume “dinâmica própria”, relacionada intrinsecamente com “os objetivos e a razão de ser da atividade jurisdicional do Estado”³⁷³. Trata-se de uma espécie de critério de aferição da regularidade dos atos processuais, de modo a adequá-los à principiologia processual e à cláusula geral do devido processo legal³⁷⁴.

Parte da doutrina sugere, assim, que a ordem pública processual constituiria um limite objetivo aos negócios processuais. Convenções violadoras do seu conteúdo seriam evitadas de nulidade e teriam a sua aplicação recusada pelo juiz, na forma do parágrafo

³⁶⁹ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo 2005, p. 37.

³⁷⁰ DOLINGER, Jacob. **A ordem pública internacional em seus diversos patamares**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 93, n. 828. out. 2004, *online*.

³⁷¹ TIBÚRCIO, Carmem. **A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras**. In: NERY Jr., Nelson; FUX, Luiz; ARRUDA ALVIM, Teresa. *Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 210-211.

³⁷² CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem Pública Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 49-59.

³⁷³ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem Pública e Processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 105.

³⁷⁴ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem Pública Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015, p. 80-84.

único do art. 190 do CPC/2015. Sugestões a favor da utilidade da ordem pública foram formuladas, por exemplo, por Leonardo Greco³⁷⁵ e por Diogo Assumpção Rezende de Almeida³⁷⁶.

A ordem pública como limite objetivo também tem sido alvo de críticas por outra parcela da doutrina. Questiona-se, por exemplo, a fluidez e a pouca densidade normativa do conceito, cuja indeterminação pode acarretar uma mais intensa e deletéria arbitrariedade do magistrado quando do controle de validade³⁷⁷. Em consequência, diminuiria a margem de segurança jurídica para as partes interessadas em celebrar convenções processuais (especialmente aqueles atípicos), o que também diminuiria a atratividade de uma técnica de validade e eficácia pouco certas. Ademais, a ordem pública poderia dar guarida a sentimentos discriminatórios e autoritários, pouco coadunados com a realidade das sociedades plurais contemporâneas, o que leva alguns doutrinadores até mesmo a questionar a constitucionalidade do conceito³⁷⁸.

Como alternativa às críticas, uma sugestão é conceitualizar a ordem pública de outra forma, identificando-a menos com um ideal valorativo abstrato e mais com normas jurídicas concretas de determinado ordenamento³⁷⁹. Especificamente com relação aos

³⁷⁵São os componentes da ordem pública processual, na opinião de Leonardo Greco: “a independência, a imparcialidade e a competência absoluta do juiz; a capacidade das partes; a liberdade de acesso à tutela jurisdicional em igualdade de condições por todos os cidadãos (igualdade de oportunidades e de meios de defesa); um procedimento previsível, equitativo, contraditório e público; a concorrência das condições da ação; a delimitação do objeto litigioso; o respeito ao princípio da iniciativa das partes e ao princípio da congruência; a conservação do conteúdo dos atos processuais; a possibilidade de ampla e oportuna utilização de todos os meios de defesa, inclusive a defesa técnica e a autodefesa; a intervenção do Ministério Público nas causas que versam sobre direitos indisponíveis, as de curador especial ou de curador à lide; o controle da legalidade e causalidade das decisões judiciais através da fundamentação. A esses acrescento agora a celeridade do processo, pois a litigiosidade é uma situação de crise na eficácia dos direitos dos cidadãos que o juiz tem o dever de remediar com a maior rapidez possível (CPC, art. 125), especialmente após a introdução do novo inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição pela Emenda Constitucional nº 45/2004. Acrescentaria também a garantia de uma cognição adequada pelo juiz, pois, esse é um dos objetivos essenciais de toda a atividade processual”. GRECO, Leonardo. **Os atos de disposição processual – primeiras reflexões**. Revista Eletrônica de Direito Processual, v.1, out./dez. 2007, p. 11-12.

³⁷⁶ “A meu ver, são os seguintes: (i) a igualdade e a capacidade das partes; (ii) o contraditório e a ampla defesa; (iii) o devido processo legal; (iv) o princípio do juiz natural; (v) a fundamentação das decisões judiciais; (vi) a busca da verdade; (vii) a celeridade; (viii) a coisa julgada material”. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A Contratualização do Processo**: das convenções processuais no processo civil (de acordo com o novo CPC). São Paulo: LTr, 2015, p. 153.

³⁷⁷ FARIA, Marcela Kohlbach de. **Licitude do objeto das convenções processuais**. In: MARCATO, Ana et al. (coord.) *Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro – Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2017, 357-358.

³⁷⁸ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 345-346.

³⁷⁹ “Por essa razão, constata-se que essa expansão conceitual e a carga argumentativa da expressão ordem pública, na verdade, somente encontra guarida e aplicação do ponto de vista jurídico, quando associada às situações jurídicas geradas por determinadas normas jurídicas. Caso não seja assim, com o devido respeito aos estudos históricos e dogmáticos realizados sobre o assunto, a ordem pública somente fique para a história como uma coisa que aterrorizou os juristas, mas nunca se soube o que é, e se realmente existe ou

negócios processuais, sugere-se que os limites objetivos sejam as normas positivas cogentes, cuja inderrogabilidade é capaz de tornar nula qualquer convenção que pretenda alterar o seu conteúdo ou afastar a sua aplicação³⁸⁰.

O respeito às normas cogentes também é um requisito de validade dos negócios jurídicos em geral. Marcos Bernardes de Mello defende a existência de um “princípio da respeitabilidade das normas cogentes”, segundo o qual, sempre que constatada a infringência de norma jurídica (regra ou princípio) cogente, seja ela de natureza material ou processual, constitucional ou legal, ou de algum elemento considerado de ordem pública, o negócio jurídico será inválido³⁸¹. Dessa forma, o ordenamento positivo admitiria uma esfera de poder normativo às partes que é circundada por normas sobre cujo conteúdo não é lícito negociar³⁸².

Há ainda opiniões no sentido de que a ordem pública e as normas cogentes convivem como limites objetivos aos negócios processuais, sem que coincidam integralmente os seus significados. Embora as regras cogentes com frequência ostentem a característica especial da inderrogabilidade justamente por dizerem respeito à matéria de ordem pública, essa coincidência não é necessária³⁸³. É possível que determinada norma seja cogente embora trate de matéria não relacionada aos valores fundamentais de uma comunidade³⁸⁴. Um exemplo seria o art. 318 do Código Civil, que proíbe o pagamento em ouro ou em moedas estrangeiras no direito obrigacional brasileiro, o que

se é uma mera ficção jurídica”. ROCHA, Márcio Oliveira. **Sobre a Ordem Jurídica Processual, essa Desconhecida**. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 177.

³⁸⁰Por exemplo, NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p.240-242

³⁸¹ "Sempre que há violação de norma cogente há invalidade, desde que a própria norma não preveja, especificamente, outra sanção para a sua infringência." MELLO, Marcos Bernardes de. Sobre o princípio da respeitabilidade das normas jurídicas cogentes. In: MARTINS-COSTA, Judith, e FRADÉRA, Vera Jacob de (orgs.), **Estudos de Direito Privado e Processual Civil – Em homenagem a Clóvis do Couto e Silva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 88.

³⁸²"Spesso capiterà di incontrare norme non derogabili le quali costituiscono dei limiti alla autonomia privata. Se tutto lo schema legale fosse formato da norme di tale natura, sicché al singolo non restasse che l'alternativa di determinarne o meno l'entrata in azione, senza alcun potere sulla conformazione degli effetti, allora non resterebbe più spazio per l'autonomia privata e il singolo, che ne provocasse l'entrata in azione, non compirebbe un negozio giuridico, ma un atto giuridico in senso stretto." FERRI, Luigi. **Nozione giuridica di autonomia privata**. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1957, p. 172

³⁸³ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 83-84.

³⁸⁴ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 309.

não traduz uma convicção moral da nação brasileira sobre meios de pagamento, mas apenas uma opção de política econômica³⁸⁵.

Uma maneira possível de distinguir os dois conceitos poderia caminhar no seguinte sentido. Enquanto a ordem pública se enquadra como espécie de conceito lógico-jurídico, as normas cogentes constituem conceito jurídico-positivo. Assim, ser norma cogente depende de expressa intenção do legislador não apenas de positivizar determinada norma, mas de atribuir-lhe o caráter inderrogável. Por outro lado, a ordem pública, enquanto conceito lógico-jurídico, prescindiria de uma vinculação necessária com o processo legislativo³⁸⁶.

Apesar disso, as normas cogentes tendem a ostentar também os seus próprios problemas conceituais. Isso porque a limitação da autonomia privada deve ser admitida como excepcional. Não são todas as normas jurídicas cuja redação afirma explicitamente o seu caráter cogente ou dispositivo³⁸⁷. A correta identificação da normativa cogente, portanto, pode ser alvo de disputas em cada caso concreto. Assim, se o conceito de ordem pública eventualmente peca por sua fluidez e indeterminação, o conceito de norma cogente, embora claro em seu conteúdo (“regras que não admitem derrogação pela vontade privada”), igualmente tende a trazer dificuldades na sua aplicação concreta³⁸⁸.

Tanto no caso da ordem pública processual quanto no caso das normas cogentes, é indispensável o papel da jurisprudência para definir os exatos contornos da negociabilidade processual. A delimitação de critérios objetivos, capazes de densificar o significado do conceito de ordem pública e afirmar claramente quais são as normas cogentes do ordenamento, é uma tarefa que incumbe ao Judiciário, o responsável – atualmente mais do que nunca – pelo mantimento de uma jurisprudência “estável, íntegra e coerente” como salvaguarda dos valores da liberdade e da igualdade³⁸⁹.

³⁸⁵ Art. 318: “São nulas as convenções de pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, bem como para compensar a diferença entre o valor desta e o da moeda nacional, excetuados os casos previstos na legislação especial”.

³⁸⁶ Sobre a distinção entre conceitos lógico-jurídicos e conceitos jurídico-positivos, cf. DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida**. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 52-68.

³⁸⁷ “Como ocorre em outros ramos do Direito, nem sempre o ordenamento é suficientemente claro e objetivo ao estabelecer que determinada norma seja imperativa”. YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 83. No mesmo sentido, MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Convenções das partes sobre matéria processual**. Revista de Processo, v. 33, jan./mar. 1984, *on-line*.

³⁸⁸ O critério das normas cogentes também é criticado por Antonio do Passo Cabral por refletir apego a uma visão publicista de processo. CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 305.

³⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 1049-1050.

Há ainda uma parcela da doutrina que se vê insatisfeita tanto com a concepção de ordem pública quanto com a de normas processuais cogentes ou inderrogáveis. Propõe-se, em alternativa, um conjunto de “diretrizes gerais” para o exame da admissibilidade objetiva dos negócios processuais, mencionando-se critérios como a reserva de lei, a boa-fé e a cooperação, a igualdade entre os celebrantes e a vedação de externalidades³⁹⁰. Segundo Bruno Gressler Wontroba, por exemplo, o conceito de “reserva de lei” seria preferível ao de norma processual cogente por ser definido com maior precisão pela doutrina processual, além de ser mais restrito, salvaguardando um espaço mais amplo de liberdade para as partes³⁹¹.

Não resta claro, todavia, até que ponto a alternativa das diretrizes gerais não repete os conceitos mais básicos de regras cogentes e ordem pública, ainda que com terminologia diversa. Ao defender a aplicabilidade do conceito de reserva de lei, por exemplo, a parcela doutrinária que o propõe como limite objetivo parece não propor nada diferente do que sugerir que algumas normas processuais não estão suscetíveis à derrogação pelas partes. Em suma, possuem o atributo da cogência. De forma semelhante, a diretriz geral que recomenda preservar critérios como a boa-fé, a cooperação e a igualdade entre os celebrantes parece apenas atentar para que o conteúdo dos negócios processuais respeite os elementos integrantes da ordem pública processual. É por isso que se argumenta aqui a falta de autonomia teórica do critério das diretrizes gerais. Trata-se de proposta que, longe de inaugurar uma efetiva alternativa aos critérios das normas cogentes e da ordem pública, os repete sob uma roupagem diversa, uma terminologia distinta e cujo mérito não resta claro.

Ainda outro limite objetivo aventado pela doutrina consistiria na proteção aos direitos fundamentais dos cidadãos³⁹². De acordo com as propostas nesse sentido, seriam inválidas as convenções processuais que violassem os direitos fundamentais das partes, mesmo em se tratando de renúncia voluntária³⁹³.

O tema é bastante discutido no direito constitucional. Uma compreensão contemporânea sobre o assunto reconhece uma ampla margem de liberdade aos cidadãos,

³⁹⁰ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 315-330.

³⁹¹ WONTROBA, Bruno Gressler. **Negócios jurídicos processuais atípicos**: objeto lícito, disponibilidade do direito material e disponibilidade da tutela jurisdicional. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 173-174.

³⁹² Já se teve a oportunidade de discutir o tema com maior profundidade em artigo específico. Ver SANTOS, Rodrigo Bley. **Renúncia a direitos fundamentais por meio de negócio processual**. In: Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 20, n. 3 (2019), p. 451-481.

³⁹³ Cf., por exemplo, BUCHMANN, Adriana. **Limites Objetivos ao Negócio Processual Atípico**. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 176-186.

inclusive para renunciar a posições subjetivas jusfundamentais. Do contrário, o propósito protetivo do ordenamento se traduziria num autoritarismo paternalista, uma tutela estatal heterônoma e pouco coadunada com o respeito à liberdade de escolha de cada indivíduo.

Apesar de se admitir a renúncia a princípio, ela deve atender a alguns requisitos. Antes de mais nada, renuncia-se não ao direito em si, mas sim ao seu exercício. Toda renúncia é sempre pontual e aplicável a uma situação particular, não tendo eficácia geral e abstrata³⁹⁴. Por outro lado, ela é sempre individual, pois não é possível renunciar a direito alheio. Ainda, a interpretação a respeito do ato de renúncia deve ser sempre estrita, e ela mesma sempre reversível³⁹⁵.

Ainda, a renúncia não poderia tocar o chamado "núcleo essencial" do direito fundamental, mas apenas as manifestações mais distantes deste núcleo. A ressalva guarda, no entanto, a dificuldade inerente de precisar em que consiste o núcleo essencial de determinado direito fundamental³⁹⁶.

Isto posto, é possível a renúncia a direitos fundamentais por convenção processual³⁹⁷. Na prática, já se aceitam ao menos algumas convenções sobre matérias atinentes a direitos fundamentais. Um exemplo seria a convenção sobre prova. Por conta de sua relação com os princípios do contraditório (em sua dimensão substancial) e da ampla defesa, a prova é um direito fundamental dos jurisdicionados³⁹⁸. Também tratados internacionais de direitos humanos, integrantes do bloco brasileiro de constitucionalidade, consagram a prova como direito fundamental³⁹⁹. Apesar disso, é certo que “o negócio processual encontra campo fértil na esfera probatória”⁴⁰⁰, constituindo negócios válidos, por exemplo, a admissão de uma única modalidade de

³⁹⁴ DUQUE, Marcelo Schenk. A questão da renúncia a direitos fundamentais. In: DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: RT, 2014, p. 109.

³⁹⁵ DUQUE, Marcelo Schenk. A questão da renúncia a direitos fundamentais. In: DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: RT, 2014, p. 115.

³⁹⁶ Para uma discussão interessante sobre o núcleo essencial dos direitos fundamentais, v. SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 183-207.

³⁹⁷ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 172-180.

³⁹⁸ “O direito à prova é extraído tanto da Constituição quanto da legislação infraconstitucional. À luz da Constituição, não há dúvida de que tal direito é inferido das garantias do justo processo, assegurado pelos princípios do contraditório, da ampla defesa, traduzindo-se na “liberdade de acesso às fontes e meios segundo o disposto em lei e sem restrições que maculem o *justo processo*.” AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 32. No mesmo sentido DIDIER JR. Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. 13. ed. Salvador, JusPodivm, 2018, p. 50-51.

³⁹⁹ É o caso do art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos e o Art. 14.1, alínea “e”, do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos.

⁴⁰⁰ AMARAL, Paulo Osternack. **Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 156-157.

produção probatória ou a exclusão de alguma outra, a vedação à participação de assistentes técnicos no processo, dentre outras possibilidades⁴⁰¹.

Todas as manifestações negociais elencadas acima constituem atos de disposição livres sobre direitos fundamentais. Tendo a natureza de atos de enfraquecimento volitivo de uma posição jurídica subjetiva jusfundamental, o sujeito que a titulariza, no momento em que abdica desta mesma posição, efetua ato de renúncia a direito fundamental. A parte que aceita excluir uma modalidade de produção probatória de seu arsenal jurídico em determinado processo diminui o alcance normativo do seu direito fundamental à prova.

Como já dito, isso é admissível. Contudo, um limite objetivo à renúncia de direitos fundamentais por negócio processual consistiria na preservação do seu núcleo essencial desses direitos⁴⁰². Parece desarrazoada uma renúncia que dispa o titular do direito até mesmo de um mínimo protetivo. Nessa linha, Antonio do Passo Cabral defende a existência de um conteúdo mínimo absoluto e inderrogável dos direitos fundamentais processuais⁴⁰³. Assim, convenções que extrapolem os limites do razoável a ponto de obstaculizar completamente a fruição do direito pelo agente renunciante não teriam validade. Uma convenção de dilação de prazos processuais, por exemplo, não poderia dilatá-los para além dos limites do razoável. Igualmente inadmissível seria uma convenção que impusesse custos desmedidos a uma das partes, seja financeiros, seja de outra natureza, a ponto de tornar o acesso à justiça inviável na prática.

Um último limite objetivo às convenções processuais diz respeito à disponibilidade do direito envolvido na negociação. Já se teve a oportunidade de discutir de forma verticalizada sobre o tema em ponto anterior do trabalho (2.1.1.7.). Apenas para recapitular, a depender da disponibilidade processual ou material do direito, diferentes categorias de negócios processuais serão admissíveis. Acordos meramente sobre o procedimento, em regra, são admitidos mesmo nos casos de matérias processualmente indisponíveis. Já negócios processuais em sentido estrito, capazes de alterar situações jurídicas processuais, dependem da existência concreta de disponibilidade processual. Por fim, negócios processuais sobre o ônus da prova e sobre o objeto da cognição judicial dependem, além disso, da disponibilidade material dos direitos envolvidos.

⁴⁰¹ Enunciado 21 do FPPC: “São admissíveis os seguintes negócios, dentre outros: acordo para realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, **convenção sobre prova**, redução de prazos processuais” (g.n.).

⁴⁰² DUQUE, Marcelo Schenk. A questão da renúncia a direitos fundamentais. In: DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática**. São Paulo: RT, 2014, p. 111.

⁴⁰³ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 335-340.

2.2.2. CONTROLE E INTERPRETAÇÃO DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS

De forma derradeira, comentam-se outras importantes questões referentes à aplicação prática dos negócios processuais. Primeiramente, o tema do descumprimento dos negócios processuais e do controle efetuado pelo magistrado acerca das convenções. Em seguida, da interpretação do texto dos acordos aos quais a vontade das partes atribuiu força normativa vinculante.

2.2.2.1. Controle

O descumprimento do negócio processual por um dos celebrantes depende de requerimento para ser analisado. Descumprido o acordo, se a parte interessada não se manifestar na primeira oportunidade que tiver para fazê-lo, será vedado ao juiz conhecer o acordo e ordenar o seu cumprimento de ofício⁴⁰⁴. Trata-se de uma espécie de omissão cuja consequência processual será a preclusão⁴⁰⁵. Pedro Henrique Nogueira, todavia, aponta uma exceção à regra. Para o autor, os acordos que acarretem a modificação do requisito de tempestividade das manifestações das partes (alterando prazos, por exemplo), uma vez levados a juízo, podem ser aplicados de ofício pelo julgador sem que haja a necessidade da arguição pela parte interessada⁴⁰⁶.

Além disso, é cabível a pactuação de sanção para as partes em caso de descumprimento⁴⁰⁷. Seria uma espécie de negócio processual celebrado para impor sanções de origem voluntária ao descumprimento, o que é lícito. Por fim, segundo Adriano Consentino Cordeiro, o descumprimento do negócio processual pode ser informado pela parte interessada tanto de forma incidental no processo principal, quanto por meio de ação autônoma⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ Enunciado 252 do FPPC: “O descumprimento de uma convenção processual válida é matéria cujo conhecimento depende de requerimento”. No mesmo sentido: CORDEIRO, Adriano Consentino. **Negócios Jurídicos Processuais e as Consequências do seu Descumprimento**. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná, 2016, p. 210.

⁴⁰⁵ DIDIER JR, Fredie. **Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-15**. In: DIDIER JR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 121.

⁴⁰⁶ NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 246-247.

⁴⁰⁷ Enunciado 17 do FPPC: “As partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso do descumprimento da convenção”.

⁴⁰⁸ CORDEIRO, Adriano Consentino. **Negócios Jurídicos Processuais e as Consequências do seu Descumprimento**. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná, 2016, p. 210-211.

Quanto ao momento do controle pelo magistrado das convenções inválidas, duas são as hipóteses que merecem consideração⁴⁰⁹. A primeira delas refere-se à ocorrência de nulidade. Tal como disposto no parágrafo único do art. 190 do CPC/2015⁴¹⁰, a nulidade não depende de requerimento da parte, podendo ser declarada de ofício. Alguns casos de negócios processuais cuja invalidade deva ser reconhecida de ofício incluem a capacidade e/ou a vulnerabilidade das partes, a ilicitude do objeto, o desrespeito à forma prevista em lei, a simulação e a fraude. Em havendo nulidade, a parte interessada pode alegá-la a qualquer momento no bojo do próprio processo, por meio de objeção. Ainda, entende-se que faltaria interesse processual para a propositura de demanda autônoma para requerer o reconhecimento da nulidade de negócio processual⁴¹¹.

A segunda hipótese relevante diz respeito aos vícios ensejadores de anulabilidade, como os vícios de vontade presentes na parte geral do Código Civil. Em tais casos, à diferença do que ocorre com a nulidade, o negócio é efetivamente desconstituído⁴¹², dependendo para tanto de demanda autônoma da parte que a alega⁴¹³. Não seria possível discutir a anulabilidade no âmbito de outra ação, dado que haveria uma ampliação do objeto da cognição judicial e do *thema probandum* difícil de conciliar com o objeto da ação principal⁴¹⁴. Eis por que se entende ser necessária uma ação autônoma

⁴⁰⁹ Embora a doutrina não tenha atentado para esta particularidade, há pelo menos um outro agente público a quem incumbe realizar o controle dos negócios processuais. Trata-se do tabelião de notas nos casos de convenções pactuadas no âmbito de escrituras públicas por ele lavradas. Como decorrência do seu dever de prestar a qualificação dos negócios jurídicos celebrados com o seu auxílio, o tabelião deve aconselhar as partes, preservar-lhes a igualdade e intervir nos atos de forma a prevenir a ocorrência de defeitos, sob pena de possível responsabilização pessoal. Sobre o tema, já se teve a oportunidade de expor com mais detalhe em SANTOS, Rodrigo Bley; STINGHEN, João Rodrigo de Moraes. **A responsabilidade civil do notário pela qualificação de escrituras públicas contendo negócios processuais**. In: Revista Brasileira de Direito Processual, a. 27, n. 105, jan./mar. 2019, p. 309-335.

⁴¹⁰ Art. 190, Parágrafo único: “**De ofício** ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, **recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade** ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade” (g.n.).

⁴¹¹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 271.

⁴¹² BOCALON, João Paulo. **Os Negócios Jurídicos Processuais no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 121.

⁴¹³ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 90.

⁴¹⁴ COLOMBO, Juliano. **Negócios Jurídicos Processuais na Perspectiva dos Direitos Fundamentais das Partes: Principiologia, fundamentos e aplicação na tutela executiva stricto sensu**. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018, p. 97.

anulatória de negócio processual. Apesar disso, não há óbice a que a anulação seja requerida em pedido reconvenicional⁴¹⁵.

Ainda, a anulabilidade somente será reconhecida enquanto tal, com a consequente desconstituição dos efeitos do negócio processual eivado de vício, no momento da sentença. Nada impede, contudo, que a parte requeira a suspensão do processo principal por meio de tutela provisória na ação anulatória, cabendo ao juiz verificar a plausibilidade e a urgência do requerimento no caso concreto⁴¹⁶.

Quando detectada alguma invalidade do negócio processual, é necessário analisar se será possível o seu reconhecimento apenas parcial, eliminando-se do ordenamento jurídico exclusivamente aquela parcela da convenção que tenha gerado prejuízo concreto para alguma das partes. Trata-se de medida, inclusive, coadunada com o princípio da conservação do negócio jurídico⁴¹⁷.

Na mesma linha, a autonomia dos negócios processuais implica uma ausência de necessária vinculação entre eventual vício presente no negócio jurídico material com a convenção processual. É dizer, aplica-se o mesmo entendimento consagrado à cláusula arbitral: é possível haver negócio processual válido, ainda que inserido em contrato que nulo. Portanto, a nulidade do negócio principal não implica necessariamente a nulidade da convenção⁴¹⁸.

De qualquer forma, a decretação da nulidade do negócio, por mais que verificada de ofício pelo magistrado, deve ser precedida de consulta às partes em deferência ao princípio do contraditório, de modo a se afastar uma indesejada decisão-surpresa, vedada pelos artigos 9º e 10º do CPC. Além disso, o juiz deve atentar para o fato de que milita a favor do negócio processual uma presunção de validade. É dizer: há uma prevalência normativa em favor da licitude do negócio, a qual desloca o ônus argumentativo para o sujeito processual que pretende desestabilizá-la. Será necessária, nesse sentido, uma decisão fundamentada do magistrado que explique concretamente em que consiste a nulidade do negócio processual, qual o prejuízo concreto ou possível, e se a decretação

⁴¹⁵ Segundo Barbosa Moreira, “a iniciativa do interessado em promover a anulação pode naturalmente exercitar-se em ação autônoma; também pode, todavia, manifestar-se por meio de reconvenção à ação acaso proposta pela parte contrária”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **A invalidade e ineficácia do negócio jurídico**. In: Revista de Direito Privado, v. 15. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 217-229.

⁴¹⁶ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 273.

⁴¹⁷ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 274.

⁴¹⁸ DIDIER JR, Fredie. **Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-15**. In: DIDIER JR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 197.

da nulidade precisa atingir a integralidade da convenção ou não. Trata-se de uma “validez apriorística” decorrente da máxima *in dubio pro libertate*, a qual deve informar o juízo de invalidade exercido pelo magistrado⁴¹⁹.

Cabe recurso contra a decisão que reconhece ou nega a validade de negócio processual. O art. 1.015 do CPC não previu a hipótese dentro de seu panorama taxativo, com a única exceção da decisão que trata de convenção arbitral⁴²⁰. Em consequência, deve-se entender que a via adequada para impugnar decisão sobre o assunto é a preliminar de apelação, na forma do art. 1.009, §1º do CPC/2015⁴²¹. Relevante exceção, contudo, decorre do julgamento dos Recursos Especiais nº 1.704.520 e 1.696.396, em que o STJ decidiu que o regime da taxatividade ínsito ao agravo de instrumento do CPC/2015 deve ser mitigado “quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso da apelação”⁴²². Desde que detectada a inutilidade de se decidir sobre a validade do negócio processual em sede de apelação, portanto, o recurso cabível será o agravo de instrumento, o que pode gerar incertezas para os operadores do direito diante da fluidez do critério adotado pelo STJ.

Uma posição doutrinária interessante sobre o tema da recorribilidade é aquela de Fredie Didier Jr. Para o autor, defensor da ideia da ampliação por analogia do rol taxativo do art. 1.015 do CPC/2015⁴²³, a previsão de recurso contra decisão que rejeita a “alegação de convenção de arbitragem” autorizaria a interposição de agravo de instrumento em face de decisões sobre outros tipos de negócios processuais⁴²⁴. Apesar disso, a proposta de ampliação analógica não encontra respaldo atual na jurisprudência do STJ.

⁴¹⁹ Nos dizeres de Antonio do Passo Cabral, “(...) o sistema jurídico-processual brasileiro estabelece um princípio de validade apriorística dos acordos processuais, pressionando pela sua eficácia”, cujo efeito prático implica “fazer pesar sobre o juiz o ônus argumentativo para considerar os acordos processuais inválidos. Se o magistrado desejar infirmar a prioridade *prima facie*, terá sobre ele um peso que o obriga a um esforço de justificação mais acentuado.” CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 145-146.

⁴²⁰ Art. 1.015: “Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem”.

⁴²¹ Art. 1.009: “Da sentença cabe apelação. § 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões.”

⁴²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Corte Especial) Recursos Especiais nº 1.704.520 e nº 1.696.396, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe. 19 dez. .2018.

⁴²³ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil** – v.3: meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 16ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 254-257.

⁴²⁴ “Parece ser possível, por isso, extrair, a partir desse caso, por analogia, a recorribilidade por agravo de instrumento da decisão interlocutória que não homologue ou recuse eficácia a um negócio processual. O rol das hipóteses de agravo de instrumento, embora taxativo, pode ser interpretado por analogia. Imagine o

2.2.2.2. Interpretação

Outra importante questão referente à aplicação prática dos negócios processuais concerne à interpretação do texto dos acordos aos quais a vontade das partes atribuiu força normativa vinculante.

Os convenientes são os criadores das convenções processuais. Portanto, a sua interpretação autêntica merece atenção privilegiada por parte do juiz. Em havendo concordância entre os celebrantes quanto ao sentido adequado de uma determinada convenção, por mais que ambígua, ao juiz não cabe empreender labor interpretativo em desacordo com a vontade das partes, devendo antes prestar deferência ao sentido consensualmente acordado⁴²⁵. Contrariar esse sentido representaria militar contra o interesse dos responsáveis pela interpretação autêntica do negócio, em desdouro da sua livre autonomia para delinear os efeitos concretos de sua vontade.

Todavia, é natural que haja situações nas quais a interpretação apresentada pelos agentes celebrantes divergir. Em tais casos, o juiz será chamado a resolver a disputa e fornecer a interpretação vinculante do negócio, embora sempre assegurando a participação das partes para a consecução desse mister⁴²⁶. Para fazê-lo, valem as mesmas regras de interpretação aplicáveis aos negócios jurídicos em geral, muitas das quais se encontram na parte geral do Código Civil⁴²⁷. O magistrado deve atentar, por exemplo, mais à intenção das partes do que ao sentido literal dos enunciados trazidos ao seu exame⁴²⁸, à boa-fé e usos do lugar da celebração⁴²⁹, à particularidade da interpretação estrita das convenções benéficas⁴³⁰ e à consagrada regra do *contra proferentem* em

absurdo da interpretação em sentido contrário: o juiz não homologa a desistência e o ato não pode ser recorrido imediatamente; o processo prosseguiria contra a vontade do autor.” DIDIER JR, Fredie. **Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-15**. In: DIDIER JR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 120-121.

⁴²⁵ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 286.

⁴²⁶ VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. **Convenções Processuais no Paradigma do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 202-203.

⁴²⁷ DIDIER JR, Fredie. **Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-15**. In: DIDIER JR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 123.

⁴²⁸ Art. 112: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

⁴²⁹ Art. 113. “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

⁴³⁰ Art. 114: “Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente”.

contratos de adesão⁴³¹. Não por acaso, todas essas regras interpretativas do Código Civil foram ratificadas pelo FPPC em enunciados⁴³².

Note-se, ademais, que as recentes alterações na parte da interpretação dos negócios jurídicos do Código Civil, advindas com a Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica) possuem plena aplicabilidade também aos negócios processuais. Assim, torna-se elemento relevante para a sua interpretação a análise do comportamento das partes posterior à celebração, as práticas de mercado relativas ao tipo de negócio, bem como uma expectativa da racionalidade econômica das partes⁴³³. Permite-se também aos convenientes a pactuação livre de regras aplicáveis à própria interpretação dos seus negócios jurídicos, independentemente de previsão legal⁴³⁴. Ainda, prevê-se a excepcionalidade da revisão contratual e a intervenção mínima, além de se estabelecer uma presunção de simetria entre as partes nos contratos civis e empresariais, a qual dependerá de elementos concretos para ser afastada⁴³⁵. Todas as novas regras interpretativas, como se pode ver, encontram-se perfeitamente coadunadas com o princípio do autorregramento da vontade, sendo bemvindas adições aos critérios interpretativos do magistrado.

A atividade interpretativa do juiz precisa levar em consideração, tanto quanto possível, fatores como o contexto em que se insere o negócio e a finalidade almejada pelas partes quando da sua celebração, sempre de forma a salvaguardar o autorregramento da vontade e a conservação do negócio jurídico⁴³⁶. Para além disso, é relevante para a

⁴³¹ Art. 423: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

⁴³²Enunciado nº 404 do FPPC: “Nos negócios processuais, atender-se-á mais à intenção consubstanciada na manifestação de vontade do que ao sentido literal da linguagem”. Enunciado nº 405 do FPPC: “Os negócios jurídicos processuais devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. Enunciado nº 406 do FPPC: “Os negócios jurídicos processuais benéficos e a renúncia a direitos processuais interpretam-se estritamente”. Enunciado nº 407 do FPPC: “Nos negócios processuais, as partes e o juiz são obrigados a guardar nas tratativas, na conclusão e na execução do negócio o princípio da boa-fé”. Enunciado nº 408 do FPPC: “Quando houver no contrato de adesão negócio jurídico processual com previsões ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

⁴³³ Art. 113, § 1º: “A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração”.

⁴³⁴ Art. 113, §2º: “As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei”.

⁴³⁵ Art. 421, § único: “Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”, e Art. 421-A: “Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais (...)”.

⁴³⁶BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 286-287.

interpretação dos negócios processuais a já comentada máxima *in dubio pro libertate*. Nesse sentido, será a princípio aplicável a interpretação da norma jurídica que favoreça a liberdade das partes.

Outra diretriz interpretativa do negócio processual é a consideração das outras normas pertencentes ao microsistema de negociabilidade processual, na linha do que já foi exposto neste trabalho (2.1.1.1., acima). Quando da interpretação de algum negócio processual atípico, será importante o recurso às normas do microsistema, desde que possível o emprego de analogia com negócios processuais típicos. Assim, expande-se o panorama normativo aplicável ao negócio na medida de suas semelhanças com outras hipóteses típicas já previstas no ordenamento, de modo a se acentuar a previsibilidade e a coerência do sistema⁴³⁷. Da mesma forma, a interpretação de negócios típicos pode se utilizar de algumas normas a princípio aplicáveis apenas aos negócios processuais atípicos, como as do art. 190 e 200. Trata-se de uma das decorrências da interdependência de todas as normas componentes do microsistema.

2.2.2.3. Conclusão do capítulo

Para arrematar as ideias apresentadas no capítulo, os negócios processuais no CPC/2015 estruturam-se na forma de uma cláusula geral inserida num microsistema de negociabilidade processual. Isso significa que o ordenamento abre a possibilidade para a celebração de convenções não previstas pela legislação, as quais podem receber o influxo normativo e interpretativo de normas diversas daquelas do art. 190 e 200 do Código. É possível catalogar as convenções segundo a sua previsão legal, institucionalidade, momento de celebração e objeto, dentre outros critérios possíveis.

Na condição de espécies de negócio jurídico, as convenções processuais se submetem aos planos da existência, da validade e da eficácia. A ocorrência dos elementos integrantes do suporte fático tornará os acordos existentes. O atendimento aos requisitos de validade os tornará admissíveis pelo ordenamento, e as condições de eficácia, moduláveis segundo a própria vontade dos celebrantes, determinarão a produção de efeitos dos acordos.

Não há dúvida, contudo, que o ponto nevrálgico da discussão sobre os negócios processuais consiste na delimitação precisa dos limites à sua válida celebração. A respeito

⁴³⁷ VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. **Convenções Processuais no Paradigma do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 213-215.

do tema, há limites de ordem tanto subjetiva quanto objetiva às convenções. Quanto aos limites de caráter subjetivo, aplica-se o princípio de direito contratual da relatividade dos efeitos dos negócios aos contraentes. Assim, não se pode pactuar sobre direitos de terceiros, a não ser que para pô-lo em situação jurídica de vantagem. Não se impede a negociação processual por parte do Poder Público ou do Ministério Público. Já quanto aos limites objetivos, o respeito à ordem pública e às regras cogentes são dois critérios propostos pela doutrina. Ambos sofrem críticas pela dificuldade de sua determinação no caso concreto, contudo, havendo parte da doutrina que sugira a adoção de outros critérios como a reserva de lei e o respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Também o aspecto da disponibilidade processual e/ou material dos direitos envolvidos tem relevância para a identificação das categorias de convenções admissíveis.

Por fim, são especialmente relevantes os momentos do controle e da interpretação dos negócios processuais. Quanto ao controle, este pode ser realizado de ofício pelo magistrado apenas nos casos de nulidade, necessitando, todavia, sempre da consulta prévia das partes antes da sua decretação. Já a anulabilidade depende de requerimento da parte interessada e depende de ação própria, embora também possa ser deduzida em pedido reconvenicional. A decisão do magistrado que nega validade a negócio processual pode ser contestada pela parte interessada em preliminar de apelação, a não ser que haja inutilidade da apreciação tardia do pedido, caso em que será cabível o agravo de instrumento. Quanto à interpretação, são aplicáveis todas as regras interpretativas referentes aos negócios jurídicos materiais. Em havendo consenso das partes quanto ao sentido do negócio, deve o magistrado assentir e ele.

Conclui-se, dessa forma, a primeira parte da presente dissertação. Pretendeu-se fazer uma revisão bibliográfica sobre os principais pontos da teoria e da estrutura dos negócios processuais tal como estudadas pela doutrina processual brasileira nos últimos anos. Com isso, pode-se prosseguir o trabalho para o exame de uma modalidade específica de negócio processual, a eleição de direito aplicável ao mérito. É o tema da segunda parte.

PARTE II: TEORIA E CASUÍSTICA DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS SOBRE NORMA APLICÁVEL AO MÉRITO

Concluída a exposição sobre o instituto dos negócios processuais, a segunda parte desta dissertação dedica-se ao estudo de um específico acordo atípico: a convenção processual sobre norma aplicável ao mérito. No terceiro capítulo, discute-se, em perspectiva teórica e generalizada, a questão da admissibilidade da espécie no direito brasileiro. No quarto e último capítulo, adentra-se o terreno da casuística para explorar algumas modalidades possíveis de acordo sobre norma aplicável ao mérito, bem como as suas particularidades.

Num primeiro momento, o **Capítulo 3** procurará expor brevemente o estado da questão, no direito brasileiro, sobre o tema da eleição de direito aplicável ao mérito, além da discussão acerca da possibilidade de pactuação do instituto por meio de negócio processual (3.1.). Em seguida, defender-se-á a admissibilidade teórica da convenção processual sobre norma aplicável, levantando-se argumentos favoráveis e afastando possíveis objeções, além de sugerir alguns critérios gerais para todos os acordos do mesmo gênero (3.2.). Já o **Capítulo 4** promoverá a análise casuística de algumas propostas de convenção sobre direito aplicável, como a eleição de normativa nacional e estrangeira (4.1.), a convenção para julgamento por equidade e ainda outras derrogações parciais da norma aplicável (4.2.).

Metodologicamente, a primeira metade do Capítulo 3 seguirá a perspectiva descritiva, promovendo-se uma revisão da bibliografia sobre os temas abordados. Já a segunda abordará a questão a partir de uma perspectiva argumentativa e dialética, procurando-se oferecer uma resposta ao problema objeto da presente dissertação. O Capítulo 4 seguirá a mesma linha, promovendo-se naquele momento a adaptação da teoria desenvolvida no Capítulo 3 para alguns casos particulares. As referências à doutrina estrangeira serão mais presentes nesta segunda parte, embora sem pretensão de exaustão. Dedicar-se, assim como na **Parte I**, mais atenção à doutrina e ao sistema jurídico brasileiros.

Se bem-sucedida, a **Parte II** logrará demonstrar a admissibilidade teórica das convenções processuais sobre norma aplicável ao mérito, fornecer alguns critérios gerais para a licitude destes acordos e o desvendamento das particularidades de algumas suas modalidades específicas.

CAPÍTULO 3 – PARA UMA TEORIA DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS SOBRE NORMA APLICÁVEL AO MÉRITO

Antes de tratar da eleição de direito aplicável ao mérito por negócio processual, é adequado esclarecer alguns pressupostos necessários a respeito do tema (3.1). Em primeiro lugar, examina-se o instituto da eleição de direito aplicável ao mérito no âmbito do direito internacional privado, disciplina na qual o tema é objeto de proficuo estudo (3.1.1). Em segundo lugar, analisa-se o estado da questão na doutrina brasileira com relação à possibilidade de negócio processual sobre eleição de direito aplicável ao mérito, elencando-se algumas das posições favoráveis e contrárias (3.1.2). Com isso, pode-se abordar efetivamente o objeto principal desta dissertação: a defesa da possibilidade de eleição de direito aplicável ao mérito como modalidade de negócio processual atípico (3.2). Argumenta-se neste capítulo em favor da possibilidade em princípio, baseando-se em fundamentos de ordem normativo-sistemática, comparatística e principiológica. Propõe-se também algumas respostas às principais objeções levantadas à possibilidade pela doutrina brasileira (3.2.1). Em seguida, propõem-se alguns critérios gerais para a admissibilidade do negócio (3.2.2).

3.1. PRESSUPOSTOS NECESSÁRIOS

3.1.1. ELEIÇÃO DE DIREITO APLICÁVEL AO MÉRITO

3.1.1.1. Conceito, racionalidade e conveniência

A eleição de direito aplicável ao mérito é uma espécie de negócio jurídico em cujo escopo reside a determinação volitiva, efetuada pelas partes celebrantes, do diploma ou de um ordenamento normativo aplicável à sua relação jurídica material. Ao fazê-lo, as partes erigem uma regra de conexão de origem convencional, fundada na autonomia privada, afastando com isso a incidência das demais regras de conexão originariamente aplicáveis ao litígio⁴³⁸.

Trata-se de uma espécie de poder normativo usualmente reservado às partes de uma relação jurídica internacional⁴³⁹, e com utilização muito frequente nas demandas

⁴³⁸ ARAUJO, Nadia de. **Contratos Internacionais**: Autonomia privada, Mercosul e convenções internacionais. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 23-26.

⁴³⁹ “Aliás, como bem coloca Paulo Borba Casella, a grande diferença existente entre os contratos internos e internacionais é a possibilidade das partes escolherem a elas lei aplicável nos internacionais”. ARAUJO, Nadia de. **Contratos Internacionais**: Autonomia privada, Mercosul e convenções internacionais. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 26.

submetidas à arbitragem⁴⁴⁰, embora haja, atualmente, uma forte tendência em favor da expansão da eleição de direito aplicável ao mérito também no contexto das cortes nacionais⁴⁴¹.

O traço distintivo do instituto da eleição de direito aplicável, no âmbito do direito internacional privado, é a capacidade de se promover a derrogação de normas jurídicas de caráter cogente ou imperativo. Em comparação, a autonomia privada no direito interno não transcende o poder de derogar normas de caráter apenas supletivo, restando intactas as normas inderrogáveis⁴⁴².

A racionalidade da eleição do direito aplicável ao mérito equivale à justificativa para os negócios processuais em vários aspectos. O mais evidente ponto de contato entre os institutos consiste na promoção do valor da autonomia privada. Como uma deferência à sua dignidade de pessoas autônomas e responsáveis, entende-se que as partes de uma relação contratual – especialmente aquelas que gozam de ampla margem de liberdade substancial⁴⁴³ - devem ter o direito de definir os contornos normativos de sua situação jurídica material. Uma maneira apropriada para fazê-lo, nesse sentido, consistiria na eleição do direito material aplicável ao contrato por elas celebrado⁴⁴⁴.

Esta se trata de uma manifestação da liberdade tanto no seu perfil negativo quanto no positivo, para evocar a categorização proposta por Isaiah Berlin⁴⁴⁵: ao mesmo

⁴⁴⁰SILBERMAN, Linda; FERRARI, Franco. **Getting to the law applicable to the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong**. In: Law & Economics Research Paper Series: Working Paper no. 10-40. Nova Iorque, 2010, p. 2-3.

⁴⁴¹SYMEONIDES, Symeon C. **Choice of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 5.

⁴⁴² “A autonomia na ordem interna significa que ‘as partes têm a faculdade de fixar livremente conteúdo dos contratos dentro dos limites da lei’. Por outras palavras: no ‘espaço supletivo’ as partes movem-se com plena liberdade. Tanto podem conformar-se com o direito supletivo aplicável que, então, se ‘incorporará’ nos seus contratos – *lex transit in contractum* –, como pode afastá-lo, regulando, como lhes aprouver, a ‘área’ por ele ocupada supletivamente. A liberdade das partes, com efeito, só esbarra face às normas imperativas. Diversamente, a autonomia da vontade na ordem internacional significa a liberdade das partes escolherem outro sistema jurídico. Para além de, igualmente, poderem regular, como entenderem, os seus contratos, desde que o clausulado não conflitue com o *ius cogens* da lei escolhida. Dir-se-á, em síntese, que o princípio da autonomia da vontade na ordem interna é a faculdade de as partes afastarem uma norma (supletiva) e na ordem internacional a de preterirem (ou arredarem) uma lei.” (CARDOSO, Fernando. **Autonomia da Vontade no Direito Internacional Privado**: a autonomia e o contrato de agência ou de representação comercial. Lisboa: Portugalmundo, 1989, p. 17, *apud* MEDAGLIA, Ivo de Paula. **O Direito Aplicável ao Mérito das Controvérsias Internacionais Submetidas à Arbitragem**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 64.

⁴⁴³ Sobre a aplicação do conceito de liberdade substancial ao direito contratual, cf. PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Liberdade(s) e Função**: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do direito civil brasileiro. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, p. 59-84.

⁴⁴⁴HASSON, Felipe. **Direito Internacional Privado e Liberdades**: a dimensão funcional voltada ao desenvolvimento humano. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2018, p. 196—204.

⁴⁴⁵ BERLIN, Isaiah. **Liberty**: Incorporating Four Essays on Liberty. Oxford: Oxford University Press, 1969, p. 168-170.

tempo em que se reconhece uma zona de não-interferência para os indivíduos na qual vicejarão as suas livres escolhas, autoriza-se o erigir de uma normatividade jurídica decorrente da e formada pela vontade das partes. É uma concessão de poder que promove em grande medida a liberdade dos contratantes, liberdade cujo fundamento, argumenta Lauro da Gama e Souza Jr., encontra guarida constitucional⁴⁴⁶.

Uma segunda racionalidade comum a ambos os institutos tem origem no declínio do paradigma jurídico legicentrista, consolidado no início do século XIX⁴⁴⁷. Com o decorrer do tempo e com a progressiva deterioração de um panorama exclusivamente pautado na atividade legiferante estatal, avançou-se na compreensão de que um direito criado exclusivamente por obrado Estado legislador seria insuficiente e excessivamente rígido para atingir os fins a que se destina a regulação jurídica.

Assim, o enquadramento legicentrista, cujos sinais de desgaste já eram evidentes mesmo no início do século passado, foi paulatinamente superado pela doutrina nacional⁴⁴⁸ e estrangeira⁴⁴⁹, em percurso teórico que engendrou a abertura da ciência do direito à pluralidade da produção normativa, não mais presa ao rígido esquema mental legalista. Eis por que se pode afirmar que o “Estado legislador não se confunde, então, com todo o

⁴⁴⁶ “Constituindo direito fundamental e gozando de eficácia objetiva peculiar a essa espécie de direitos, o princípio da *autonomia da vontade* (artigo 5º, II, da Constituição) irradia-se por todo o ordenamento jurídico, fixando-se como vetor axiológico de qualquer circunstância que envolva as liberdades da pessoa física ou jurídica. (...) Como é sabido, no âmbito da cláusula constitucional da liberdade, o preceito da proporcionalidade exige que o particular fique preservado de intervenções desnecessárias e excessivas. Assim, a lei não deve onerar o cidadão mais intensamente do que o imprescindível para a proteção do interesse público (princípio da proibição do excesso). Ao contrário, a intervenção deve ser apropriada e necessária para alcançar o fim desejado. Por consequência, proibir a escolha da lei aplicável ao contrato afronta a *proporcionalidade em sentido estrito*, pois estabelece uma restrição desnecessária e excessiva ao direito fundamental de liberdade, expresso na cláusula da *autonomia privada*.” GAMA JR, Lauro, **Autonomia da vontade nos contratos internacionais no direito internacional privado brasileiro**: uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável, in Carmen Tiburcio e Luís Roberto Barroso (eds.) O Direito Internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 622.

⁴⁴⁷GROSSI, Paolo. **A History of European Law**, trad. Lawrence Hooper, 2010, Wiley-Blackwell, p. 138.

⁴⁴⁸ “O culto ao texto legal e o culto da vontade do legislador conduzem necessariamente à estatolatria. O Direito emanado do Estado cobre toda a superfície da ordem jurídica. Esse monismo das fontes do Direito estiola todo esforço de pesquisa e de investigação do fenômeno jurídico, porque o reduz à legislação promulgada pelo Estado, ditada pela vontade soberana do legislador.” GOMES, Orlando. **A evolução do Direito privado e o atraso da técnica jurídica**. In: Revista Direito GV 1, v.1., 2005, p. 121-2.

⁴⁴⁹ “If the law is considered as “the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules,” then this enterprise is being conducted, not on two or three fronts, but on thousands. Engaged in this enterprise are those who draft and administer rules governing the internal affairs of clubs, churches, schools, labor unions, trade associations, agricultural fairs, and a hundred and one other forms of human association... there are in this country alone “systems of law” numbering in the hundreds of thousands.” FULLER, Lon L. **The Morality of Law**, Yale University Press, rev ed 1964, *apud* BELL, Tom W., **The Jurisprudence of Polycentric Law**. 1992, *on-line*.

movimento criativo de normatividade social”⁴⁵⁰, além de ser inadequado desconsiderar os “sistemas normativos paralelos e autônomos à normatividade proveniente do Estado”⁴⁵¹. Portanto, o afastamento da visão que confere ao Estado o monopólio da atividade normativa legítima tem por implicação o estímulo à liberdade dos cidadãos, inclusive no que diz respeito a uma mais livre regulação do direito material aplicável à sua relação jurídica.

A expansão do instituto da autonomia de eleição de direito aplicável ao mérito, dessarte, decorre de uma mais acurada compreensão da transcendência do fenômeno jurígeno com relação à realidade estatal. Ao se reconhecer a imensa potencialidade das fontes não-estatais de produção normativa, percebe-se a inadequação de se atribuir ao Estado um rígido monopólio dessa mesma produção. Embora a legislação possua um papel de predominância na atualidade, as fontes normativas plúrimas, na nova perspectiva pós-legicentrista, não podem ser desconsideradas.

O ocaso do panorama legicentrista, aliás, é visto por Antonio do Passo Cabral também como justificativa para a expansão da força normativa dos negócios processuais⁴⁵². O mesmo legicentrismo que impunha a aplicabilidade do direito material estatal fornecia a justificativa para a posição hiperpublicista no processo civil. Não por outro motivo, o declínio da centralidade do Estado na regulação das matérias de interesse social acarretou repercussões também para a disciplina processual. Na medida em que se pôs de lado o protagonismo exclusivo do Estado, portanto, passou-se a ver nas convenções processuais “novos espaços de liberdade, uma passagem de ordem jurídica imposta para uma ordem jurídica negociada”⁴⁵³.

A eleição de direito aplicável também favorece a cooperação e a eficiência, da mesma forma que os negócios processuais. A cooperação entre as partes consubstanciada na livre celebração de acordo sobre a norma jurídica aplicável, desde que reconhecida pelo direito positivo e afirmada pela jurisprudência, diminui a extensão do objeto litigioso. Em consequência, permite-se a abreviação de discussões jurídicas longas e onerosas tanto para as partes quanto para o Judiciário, facilitando-se uma decisão mais

⁴⁵⁰ GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua Internacionalização**: o novo papel do costume como fonte de obrigações contratuais. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011, p. 52.

⁴⁵¹ GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua Internacionalização**: o novo papel do costume como fonte de obrigações contratuais. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011, p. 57.

⁴⁵² CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 164-169.

⁴⁵³ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 166.

célere e consentânea com a vontade dos litigantes. Assim, se as partes se encontram dispostas a concordar sobre qual norma jurídica tem aplicabilidade ao seu processo, o princípio da cooperação parece incentivar a concessão de força normativa a acordo do gênero.

Ademais, defende-se na literatura especializada a utilidade, desde a perspectiva da análise econômica do direito, da pactuação sobre direito aplicável. Segundo Giesela Rühl, o fundamento econômico do instituto consistiria na pressuposição fundamental de que os indivíduos autônomos, enquanto agentes racionais e maximizadores do seu próprio bem-estar, tenderão a pactuar acordos sobre direito aplicável apenas na medida em que estes os favoreçam⁴⁵⁴. Em tais condições, a liberdade sobre a eleição da normativa aplicável militaria em favor da eficiência para os próprios litigantes, o que se demonstra pela sua livre disposição de celebrar o acordo de eleição de norma aplicável.

Partes sofisticadas, assessoradas por advogados qualificados e conhecedoras do mercado em que atuam, provavelmente terão amplas condições de designar a cláusula de direito aplicável da mesma forma que designariam qualquer outra cláusula contratual⁴⁵⁵. Trata-se, ao fim e ao cabo, de um elemento do contrato como qualquer outro, passível de ser negociado e discutido como parte da barganha rotineira da atividade comercial.

Um fator de atração do instituto consiste na redução de custos transacionais decorrente da escolha das partes de normas apropriadas para regerem a sua relação. A redução se opera porque a designação de uma lei dotada de um instrumental eficaz tende a incrementar a segurança das partes de que eventuais prejuízos decorrentes de eventual inadimplemento serão ressarcidos⁴⁵⁶. A eleição de direito aplicável, assim, ajudaria a promover um ideal de efetividade jurídica em benefício dos interesses concretos das partes.

⁴⁵⁴ “In fact, there is general agreement in the economic community that granting the parties the freedom to choose the applicable law is – in principle – an efficient approach to the choice of law problem. The basis for this proposition is that individuals are assumed to be rational maximizers of their own welfare and to have idiosyncratic knowledge about their preferences unavailable to anybody else. Therefore, they do not enter a choice-of-law agreement unless they believe that it will make them better off”. RÜHL, Giesela, **Party Autonomy in the Private International Law of Contracts**. In: GOTTSCHALK et al (ed). *Conflict of Laws in a Globalized World*, Cambridge University Press, 2007, p. 176-7.

⁴⁵⁵ “Surely, there can be little general objection to these parties negotiating through high-priced lawyers over the law that applies to them just as they negotiate other terms. Typically, the clause does no more than simply eliminate a costly source of disagreement in any eventual lawsuit. These clauses might create problems in some contexts, but the general proposition that sophisticated parties should be given some latitude to choose their governing law appears uncontroversial.” O’HARA, Erin, e RIBSTEIN, Larry E. **The Law Market**. Oxford University Press, 2009, p. 9.

⁴⁵⁶PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca and SALAMA, Bruno Meyerhof. **A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor**. *Revista de Direito GV*. 2008, v.4, n.1, p. 19.

Por fim, comumente associada à eleição de direito aplicável ao mérito está a convenção de julgamento por equidade, tema analisado adiante (4.2.1.). A diferença entre os dois institutos é que, enquanto o objeto da primeira consiste na eleição de uma normativa jurídica como aplicável à solução de alguma controvérsia, na última, o objeto da autonomia das partes não direciona o julgamento para um regramento jurídico determinado, mas sim para um parâmetro de julgamento extra-jurídico. Ou ainda, na dicção de Enrico Tullio Liebman, uma espécie de *direito em estado amorfo*, que não se confunde com arbitrariedade pura e simples⁴⁵⁷, a ser exercido pelo julgador levando em consideração as circunstâncias do caso concreto⁴⁵⁸. A equidade não faz necessariamente *tabula rasa* do ordenamento positivo: segundo Piero Calamandrei, ao juiz de equidade cabe adaptar o direito existente às exigências especiais do caso singular, “no espírito da codificação vigente”, embora sem se atrelar de forma necessária a ela⁴⁵⁹.

3.1.1.2. Panorama no direito internacional

Para Nadia de Araujo, a origem histórica do princípio da autonomia conflitual com o jurista francês Charles Dumoulin, ainda no século XVI⁴⁶⁰. Foi a primeira oportunidade em que se formulou proposta doutrinária favorável à aceitação da vontade das partes como elemento de conexão relevante para a determinação do direito aplicável a uma relação jurídica material.

Seguiu-se, na opinião de Ivo de Paula Medaglia, uma sucessão de períodos histórico-doutrinários com posturas bastante diversas. Após um primeiro “período de combate”, no qual se negava a possibilidade de afastamento do direito territorial, o século XVIII contemplou o chamado “período do exagero”, em que a teoria internacionalista concebia o afastamento de todo e qualquer tipo de regra, independentemente do seu caráter cogente ou dispositivo. A esta última fase se contrapôs o seguinte “período da

⁴⁵⁷“Equità non vuol dire però arbitrio del giudice, il quale deve, come giudice d’equità, farsi interprete del senso etico-giuridico diffuso nella società del suo tempo, che è qualche cosa come un diritto allo stato amorfo; cosicchè il criterio equitativo, che interviene a temperare le asprezze della rigida applicazione della legge, possa a sua volta essere sentito come precetto generale, applicabile a tutti i casi identici a quello nel quale è stato applicato.” LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di Diritto Processuale Civile**. Milano: Giuffrè, 1973, v. 1, p. 140.

⁴⁵⁸SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Equidade no Direito Brasileiro**. In: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, v. 33, jan./jun. 2014, *passim*.

⁴⁵⁹“Dunque l’equità è considerata, piuttosto che come potere di creare diritto, come potere di adattare il diritto già esistente alle speciali esigenze del caso singolo, nello spirito della codificazione vigente”. CALAMANDREI, Piero. **Opere Giuridiche**, vol. IV. Napoli, 1968, p. 92.

⁴⁶⁰ARAUJO, Nadia de. **Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Renovar, 2009, p. 55.

reação”, que retornava à postura de negação completa da autonomia das partes para a definição do direito aplicável às suas relações jurídicas⁴⁶¹.

A primeira afirmação jurisprudencial significativa do princípio da autonomia da vontade em direito internacional privado deu-se, segundo Nadia de Araujo, com o aresto *American Trading Co.*, da Corte de Cassação francesa no início do Século XX. Tratou-se da primeira oportunidade em que uma Corte da *Civil Law* reconheceu que a norma aplicável à relação substancial decorreria da escolha das partes, sendo aplicável a lei do local do contrato apenas em caráter subsidiário, se inexistente qualquer manifestação expressa ou tácita das partes em relação ao diploma jurídico aplicável⁴⁶².

O tema voltou a tomar grande relevância a partir da crescente internacionalização das relações comerciais, ainda no precipitar do século XX. Em regra, as fontes do direito internacional privado, até o período, costumavam ser reguladas exclusivamente pelas leis nacionais de cada Estado. Um debate vigoroso existia na comunidade acadêmica sobre a existência de um verdadeiro princípio da autonomia privada em contratos internacionais⁴⁶³.

Em vista da importância do comércio internacional, bem como da falta de previsibilidade ocasionada aos agentes de transações internacionais por conta de uma miríade de leis nacionais⁴⁶⁴, iniciou-se em 1928 o diálogo para a elaboração de um diploma uniformizador das regras direito internacional do comércio. As tratativas foram finalizadas em 1951, na 7ª Conferência de Haia, o resultado da qual foi a Convenção sobre o Direito Aplicável à Compra e Venda Internacional de Mercadorias, de 1955.

⁴⁶¹ MEDAGLIA, Ivo de Paula. **O Direito Aplicável ao Mérito das Controvérsias Internacionais Submetidas à Arbitragem**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 61.

⁴⁶² ARAUJO, Nadia de. **Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais**. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Renovar, 2009, p. 61-62.

⁴⁶³ “The fact that choice of law and choice forum are today widely recognized both on the global and the European level should not lead us to believe that this has always been the case. In fact, a look at the historical development reveals that – compared to the long history of private international law – both concepts are fairly new ‘inventions’.” RÜHL, Giesela, **Choice of Law and Choice of Forum in the European Union: Recent Developments**, in HODGES, Christopher e VOGENAUER, Stefan (eds.) *Civil Justice Systems in Europe: Implications for Choice of Forum and Choice of Contracts Law*, Hart Publishing, 2010, p. 8.

⁴⁶⁴ “Parties need to know the rules of which country will apply to their agreement. Knowing which law will apply allows the parties to calculate the risks and costs and arrange matters. When the Convention of 1955 was signed there were great divergences between the substantive contract laws and the choice-of-law rules of the world, and there was a need for predictability.” LANDO, Ole, **The 1955 and 1985 Hague Conventions on the Law Applicable to the International Sale of Goods**, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 57. Jahrg., H. 1/2, Hundert Jahre Haager Konferenz 1893–1993 (1993), p. 158.

A Convenção de 1955 foi a primeira a incorporar o princípio da autonomia das partes no direito internacional privado. O seu art. 2º concede às partes o poder de eleger “a lei interna do país” que desejassem para regular o seu contrato de compra e venda⁴⁶⁵.

Os esforços para a unificação do direito internacional privado e do próprio direito material se intensificaram nas décadas seguintes. Em 1964, foram aprovadas a Lei Uniforme sobre a Venda Internacional de Mercadorias (ULIS) e a Lei Uniforme sobre a Formação de Contratos para a Venda Internacional de Mercadorias (ULF), a primeira tentativa de uniformização do direito material, ambas após longas negociações. A ULIS e ULF serviram de base para a Convenção Internacional sobre Contratos de Compra e Venda de Mercadorias (CISG), de 1980.

Também em 1980 foi assinada a Convenção sobre o Direito Aplicável às Obrigações Contratuais (Convenção de Roma). O instrumento foi o primeiro a assegurar às partes o poder de eleger o direito aplicável ao mérito – sempre a lei interna de um país – nos contratos internacionais⁴⁶⁶. Não apenas isso: foi também na Convenção de Roma de 1980 que o *dépêchage*⁴⁶⁷, antes visto com desconfiança, passou a ser aceito no direito internacional privado⁴⁶⁸. Segundo a Convenção de Roma, a escolha de direito estrangeiro permanece cabível em transações domésticas, desde que esta não derogue as regras imperativas do país⁴⁶⁹.

A Convenção de Haia de 1955 foi posteriormente substituída pela Convenção de Haia de 1986, de modo a atualizar-se ao desenvolvimento da doutrina do direito internacional privado ocorrido nas décadas de 1970 e 1980. Assim, a nova Convenção

⁴⁶⁵Article 2: « La vente est régie par la loi interne du pays désigné par les parties contractantes. Cette désignation doit faire l'objet d'une clause expresse, ou résulter indubitablement des dispositions du contrat. Les conditions, relatives au consentement des parties quant à la loi déclarée applicable, sont déterminées par cette loi. »

⁴⁶⁶ Artigo 3º: 1. O contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes. Esta escolha deve ser expressa ou resultar de modo inequívoco das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa. Mediante esta escolha, as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a uma parte do contrato.

⁴⁶⁷ O termo *dépêchage* designa o fenômeno da eleição simultânea de mais de um diploma normativo ou sistema jurídico para a regência da relação jurídica substantiva. Segundo Gustavo Ferreira Ribeiro, “identifica-se o instituto com a possibilidade de, em um contrato conectado a mais de uma jurisdição, reger-se seu direito substantivo – sua matéria ou o fundo do contrato – por mais de um sistema jurídico. Essa possibilidade decorreria, por exemplo, da autonomia das partes em escolher mais de um direito aplicável ao contrato”. RIBEIRO, Gustavo Ferreira. **A ilusória ausência do termo *Dépêchage* na jurisprudência brasileira de contratos internacionais**. In: Revista de Direito Internacional, v. 13, n. 2, 2016, p. 524.

⁴⁶⁸ AUDIT, Bernard, **Chapter 1. Choice of The Applicable Law By the Parties**. In: BORTOLOTTI, Fabio e Pierre Mayer (eds), The Application of Substantive Law by International Arbitrators, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 11, p. 14.

⁴⁶⁹ Artigo 3º: 3. A escolha pelas partes de uma lei estrangeira, acompanhada ou não da escolha de um tribunal estrangeiro, não pode, sempre que todos os outros elementos da situação se localizem num único país no momento dessa escolha, prejudicar a aplicação das disposições não derogáveis por acordo, nos termos da lei desse país, e que a seguir se denominam por “disposições imperativas”.

reafirmou o princípio da autonomia privada, aceitando igualmente o *dépécage*⁴⁷⁰. Em que pese a atualização, a Convenção jamais teve grande relevância. Ole Lando argumenta que a heterogeneidade do próprio grupo redator do texto o tornou truncado e pouco prático⁴⁷¹. Como resultado, o tratado teve apenas quatro assinaturas, duas ratificações e nunca entrou em vigor⁴⁷².

Nos anos 2000, foram iniciadas tratativas para atualizar a Convenção de Roma de 1980, no âmbito da União Europeia. O Parlamento Europeu promulgou, em 2008, a Regulação n° 593/2008, sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma I), cessando a vigência da Convenção de Roma para contratos celebrados a partir de 17/12/2009, com a exceção da Dinamarca.

De início, esperava-se que a Regulação I fosse permitir a eleição de normas não-estatais. Era a solução adotada na primeira versão do documento, ainda nos seus estágios preparatórios, além de ser aquela mais consentânea com a normativa arbitral internacional. O propósito da norma, tal como proposta, tratava de conceder às partes o poder de eleger instrumentos como os Princípios UNIDROIT⁴⁷³. Todavia, o caminho final adotado pelo instrumento negou a possibilidade. Removeu-se qualquer menção a princípios ou regras de direito, restando aplicáveis apenas as leis de estados, ainda que não necessariamente da União Europeia⁴⁷⁴.

A eleição de normas não-estatais no contexto da Convenção, no mais, é cabível apenas por via da incorporação contratual/material, não como efetiva escolha de lei aplicável. Isto significa que as disposições cogentes da lei originariamente aplicável não são afastadas no momento da escolha de normas não-estatais, o que pode causar imprevisibilidade em vista da eventual invalidação de dispositivos contratuais⁴⁷⁵.

⁴⁷⁰Article 7: (1) A contract of sale is governed by the law chosen by the parties. The parties' agreement on this choice must be express or be clearly demonstrated by the terms of the contract and the conduct of the parties, viewed in their entirety. Such a choice may be limited to a part of the contract.

⁴⁷¹LANDO, Ole. **The 1955 and 1985 Hague Conventions on the Law Applicable to the International Sale of Goods**. In: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 57. Jahrg., H. 1/2, Hundert Jahre Haager Konferenz 1893–1993, p. 174.

⁴⁷²De acordo com a *status table* da Convenção de 1986, apenas a Argentina e a Moldávia chegaram a ratificar e/ou aceder ao instrumento, sem que jamais se iniciasse a vigência.

⁴⁷³BOELE-WOELKI, K., **Where Do We Stand on the Rome I Regulation?** In: BOELE-WOELKI, K. e Grosheide F. (eds), *The Future of European Contract Law* “, Kluwer Law International, 2007, p. 27.

⁴⁷⁴Artigo 3 (1). A contract shall be governed by the law chosen by the parties. The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case. By their choice the parties can select the law applicable to the whole or to part only of the contract.

⁴⁷⁵BOELE-WOELKI, K., **Where Do We Stand on the Rome I Regulation?**. In: BOELE-WOELKI, K. e GROSHEIDE, F. (eds), *The Future of European Contract Law* “, Kluwer Law International, 2007, p. 30.

3.1.1.3. Panorama na arbitragem internacional

As partes mais interessadas em fruir de altos níveis de autonomia tendem a fazer uso da arbitragem⁴⁷⁶. Mesmo que algumas leis nacionais eventualmente reconheçam ampla margem de liberdade aos agentes de transações internacionais, dificilmente essa liberdade será reconhecida com tamanha intensidade e segurança quanto na instância arbitral⁴⁷⁷. Em vista da ampla aceitação da liberdade das partes, é fora de dúvida que a eleição de direito aplicável ao mérito é instituto sobremaneira privilegiado na arbitragem internacional.

É representativa da tendência mundial a respeito do tema a Lei Modelo, um diploma normativo sem caráter vinculante concebido pelas Nações Unidas em 1985 e atualizado em 2006, cujo propósito consiste em auxiliar a promoção de uma maior unificação das diversas legislações nacionais sobre arbitragem internacional, servindo-lhes de inspiração e de modelo.

O artigo 28 da Lei Modelo assegura às partes liberdade para decidir a disputa em conformidade com as regras de direito (*rules of law*) que desejarem⁴⁷⁸. Desde logo fica garantida de modo claro a liberdade das partes para eleger o diploma normativo aplicável à sua controvérsia. Ademais, e diferentemente da quase totalidade dos ordenamentos estatais, é permitida às partes a eleição de normas não-estatais, as quais podem incluir normas setoriais, princípios organizados por acadêmicos (por exemplo, os Princípios UNIDROIT), dentre outras possibilidades. Igualmente, garante-se às partes o poder de autorizar o tribunal arbitral a decidir segundo o critério de equidade ou de agir como *amiabile compositeur*⁴⁷⁹.

⁴⁷⁶“A further objective, and advantage, of international commercial arbitration is the maximization of party autonomy and procedural flexibility. As discussed below, leading international arbitration conventions and national arbitration laws accord parties broad autonomy to agree upon the substantive laws and procedures applicable to “their” arbitrations. This emphasis on the importance of party autonomy parallels applications of the doctrine throughout the field of contemporary private international law, and commercial law more generally, but has particular significance in the field of international commercial arbitration.” BORN, Gary. **International Commercial Arbitration**. Kluwer Law International, 2014, p. 83.

⁴⁷⁷ “The upshot is that arbitration is one of the areas of law where party autonomy is capable of playing the greatest role and where state influence has receded most conspicuously.” RADICATI DI BROZOLO, Luca G., **International Commercial Arbitration**. In: Basedow et al., *European Encyclopedia of Private International Law*, p. 1.

⁴⁷⁸ Artigo 28 (1): “The arbitral tribunal shall decide the dispute in accordance with such rules of law as are chosen by the parties as applicable to the substance of the dispute. Any designation of the law or legal system of a given State shall be construed, unless otherwise expressed, as directly referring to the substantive law of that State and not to its conflict of laws rules”.

⁴⁷⁹ Artigo 28 (3): “The arbitral tribunal shall decide *ex aequo et bono* or as *amiabile compositeur* only if the parties have expressly authorized it to do so”.

A eleição do direito material aplicável, nos termos da Lei Modelo, vincula os árbitros, de modo que desconsiderá-la pode levar à invalidação da sentença arbitral⁴⁸⁰. Todavia, apenas a incorreta aplicação ou interpretação do direito aplicável não é razão suficiente para se promover a anulação do laudo, na medida em que não se permite às instâncias do Judiciário, perante quem é requerida a anulação, uma revisão de mérito da sentença arbitral⁴⁸¹.

Outro diploma representativo da tendência mundial em arbitragem internacional é o Regulamento Arbitral Modelo da UNCITRAL, documento originariamente concebido em 1976 e revisado em 2010, com o propósito de fornecer um modelo aplicável tanto a arbitragens internacionais *ad hoc* quanto a arbitragens administradas. Também o diploma autoriza as partes eleger o direito aplicável ao mérito de sua controvérsia⁴⁸².

Contudo, houve uma revisão importante: a versão original do Regulamento de 1976 autorizava as partes a escolher apenas leis (*the law*)⁴⁸³. Já a versão do Regulamento atualizada em 2010, em consonância com a Lei Modelo das Nações Unidas, igualmente incorporou no texto a previsão à escolha das regras de direito (*rules of law*), conceito que contempla também normativas jurídicas não-estatais⁴⁸⁴.

A redação do Regulamento Modelo parece refletir a tendência contemporânea da arbitragem internacional, a qual se verifica também em outros regulamentos arbitrais. A

⁴⁸⁰ Mas cf. BORN, Gary, **International Commercial Arbitration**, p. 2775-6. O autor afirma que, na prática, mesmo a desconsideração completa da cláusula de escolha de direito material não trará problemas no momento do reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras.

⁴⁸¹ “A failure of the arbitral tribunal to decide in accordance with the substantive law chosen by the parties may lead to the challenge of the award or application to set aside the award by an unsuccessful party. German courts clarified that article 28 (1) permits a court only to consider if the award was based on the law chosen by the parties, and not whether the arbitral tribunal had misinterpreted or misapplied the law to the substance of the dispute.” **2012 UNCITRAL Digest**, p. 122.

⁴⁸² “Article 35(1), like its predecessor in the 1976 UNCITRAL Rules, “is based on the principle of party autonomy for the choice of the law applicable to the substance of a dispute that is referred to arbitration.” This principle, which has found expression in other arbitration rules, is generally accepted in international arbitral theory and practice, as well as in national laws. The Tribunal thus is directed by Article 35(1) to observe the principle of party autonomy and “shall” apply the rules of law designated by the parties.” CARON, David e CAPLAN, Lee, **The UNCITRAL Arbitration Rules (Second Edition)**: A Commentary. Oxford University Press, 2012, p. 170.

⁴⁸³ Article 33 1: “The arbitral tribunal shall apply **the law** designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers applicable.” (g.n.).

⁴⁸⁴ Article 35. 1: “The arbitral tribunal shall apply **the rules of law** designated by the parties as applicable to the substance of the dispute. Failing such designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law which it determines to be appropriate”. (g.n.).

título de exemplo, o regulamento arbitral da Câmara de Comércio Internacional (CCI), de 2012, traz redação bastante semelhante⁴⁸⁵.

Não há dúvida, portanto, o âmbito arbitral tende a ser o âmbito em que maior liberdade assegura às partes para a determinação das regras que regerão a sua relação jurídica.

3.1.1.4. Panorama no direito brasileiro

No Brasil, são três as principais fontes jurídicas que disciplinam de forma explícita a eleição de direito aplicável ao mérito: A Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942 ou LINDB), a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) e a Convenção Internacional de Compra e Venda de Mercadorias (Decreto nº 8.327/2014, ou Convenção de Viena de 1980). Comenta-se abaixo cada uma das fontes.

Perdura longa discussão na doutrina nacional a respeito do reconhecimento da autonomia privada para a eleição de direito aplicável ao mérito. A primeira disciplina positiva de direito internacional do ordenamento pátrio, a Introdução ao Código Civil de 1916, previa em seu artigo 13 que a regra de conexão da *lex loci celebrationis* seria aplicável “salvo estipulação em contrário”⁴⁸⁶.

O dispositivo permaneceu inalterado até 1942, quando decreto do Governo Vargas o modificou, no que Lauro da Gama e Souza Jr. sugere ter sido uma maneira de obstaculizar as liberdades de estrangeiros residentes no Brasil⁴⁸⁷. A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro de 1942, cujo título foi alterado em 2010 para Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, estabeleceu a regra da *lex loci celebrationis* sem qualquer menção à possibilidade de estipulação em contrário⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵ Artigo 21. 1: “As partes terão liberdade para escolher as regras de direito a serem aplicadas pelo tribunal arbitral ao mérito da causa. Na ausência de acordo entre as partes, o tribunal arbitral aplicará as regras que julgar apropriadas”.

⁴⁸⁶ Artigo 13 do Código Civil de 1916: Regulará, salvo estipulação em contrário, quanto à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar, onde forem contraídas.

⁴⁸⁷ GAMA JR, Lauro. **Autonomia da vontade nos contratos internacionais no direito internacional privado brasileiro**: uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável, in Carmen Tiburcio e Luís Roberto Barroso (eds.) O Direito Internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 605.

⁴⁸⁸ Artigo 9º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro: Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

Desde a passagem da lei, uma polêmica se estabeleceu entre os intérpretes do art. 9º da LINDB. A doutrina⁴⁸⁹ identifica três principais correntes: uma primeira “realista”, para a qual a autonomia privada teria perdido todo o suporte normativo, na medida em que fora extirpada do regramento internacional privado; uma corrente conciliatória, que reconhece a autonomia apenas de forma indireta e quanto aos dispositivos supletivos do ordenamento, prevalecendo a inteireza das regras imperativas e de ordem pública; e uma terceira corrente, esposada por Haroldo Valladão e Jacob Dolinger, para quem a mera omissão da LICC de 1942 jamais teria sido capaz de abolir a autonomia privada, de maneira que as partes ainda preservam o direito de eleger a lei aplicável ao mérito no direito brasileiro⁴⁹⁰.

Recentemente, Lauro da Gama e Souza Jr. propôs uma nova abordagem para a disputa acerca do Artigo 9º. Utilizando-se do referencial teórico civil-constitucional, apontou que os valores da autonomia privada, livre iniciativa e livre concorrência encontram amparo na Constituição da República, sendo princípios dotados de plena normatividade e eficácia espraiada por todo o ordenamento. Assim, uma restrição aos valores necessitaria de vedação legal expressa, e não de interpretação ampliativa da norma do Artigo 9º. Além disso, a imposição da limitação à autonomia das partes, sem necessidade premente ou razão de interesse público, constituiria ônus desproporcional e, portanto, inconstitucional⁴⁹¹.

Seja qual for a interpretação mais correta, é certo que se trata de uma situação de excessiva insegurança jurídica para as partes, pois elas não poderão se assegurar da validade de uma cláusula de eleição de direito aplicável ao mérito com base no art. 9º da LINDB⁴⁹².

⁴⁸⁹ A classificação mencionada está presente em GAMA JR, Lauro, **Autonomia da vontade nos contratos internacionais no direito internacional privado brasileiro**: uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável, in Carmen Tiburcio e Luís Roberto Barroso (eds.) O Direito Internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 606-8, bem como em ARAUJO, Nadia de e SALDANHA, Fabiola. **Recent Developments and Current Trends on Brazilian Private International Law Concerning International Contracts**. In: Panorama of Brazilian Law, v. 1, 2013, p. 78.

⁴⁹⁰ Uma revisão aprofundada do debate na doutrina brasileira está presente em ARAUJO, Nadia de. **Contratos Internacionais**: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais. 4ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Renovar, 2009, p. 93-133.

⁴⁹¹ GAMA JR, Lauro. **Autonomia da vontade nos contratos internacionais no direito internacional privado brasileiro**: uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável, in Carmen Tiburcio e Luís Roberto Barroso (eds.) O Direito Internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 611-23.

⁴⁹² ARAUJO, Nadia de e SALDANHA, Fabiola. **Recent Developments and Current Trends on Brazilian Private International Law Concerning International Contracts**, in Panorama of Brazilian Law, v. 1, 2013, p. 82.

A segunda fonte que disciplina a eleição de direito aplicável foi introduzida no ordenamento pátrio a partir da promulgação da Lei de Arbitragem brasileira (Lei nº 9.307/1996). O art. 2º do diploma permite às partes a eleição não apenas de leis nacionais estrangeiras, como também de regras de direito (*rules of law*), princípios gerais do direito, usos e costumes e regras internacionais de comércio⁴⁹³. Dessa forma, facultou-se às partes a mais ampla autonomia para decidir sobre o direito material a reger a sua controvérsia material, contanto que o contrato esteja submetido à arbitragem⁴⁹⁴.

A Lei de Arbitragem brasileiro não fez qualquer distinção entre arbitragens nacionais e internacionais. Assim, a regra do art. 2º parece se estender também aos litígios domésticos. A redação do texto coloca o Brasil em situação curiosa: embora restritivo na sua disciplina internacional aplicável aos litígios discutidos perante o Judiciário, seria vanguardista na disciplina arbitral, permitindo a escolha de direito estrangeiro, *rules of law* e princípios gerais inclusive em arbitragens domésticas⁴⁹⁵. Em posição contrária, João Bosco Lee⁴⁹⁶ e Fabiane Verçosa⁴⁹⁷ argumentam que a internacionalidade da relação contratual é pressuposto para a possibilidade da escolha da lei estrangeira. Assim, uma disputa doméstica, submetida à arbitragem, seria necessariamente regulada pelo ordenamento brasileiro.

⁴⁹³ Art. 2º: “A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes. § 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública. § 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio”.

⁴⁹⁴ A convivência de duas posturas quanto à autonomia privada tão distintas no ordenamento brasileiro não passou despercebida pela doutrina: “Eis o paradoxo: no ordenamento brasileiro, é o *modo de solução de controvérsias* que determina o império da autonomia da vontade ou a sua negação, e não a natureza contratual da relação jurídica.” GAMA JR, Lauro. **Autonomia da vontade nos contratos internacionais no direito internacional privado brasileiro**: uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável. In: Carmen Tiburcio e Luís Roberto Barroso (eds.) O Direito Internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 609.

⁴⁹⁵ MUNIZ, Joaquim T. de Paiva e BASILIO, Ana Tereza Palhares. **Arbitration Law of Brazil**: Practice and Procedure. New York: Juris Publishing, 2006, p. 36.

⁴⁹⁶ LEE, João Bosco. **A Lei 9.307/96 e o Direito Aplicável ao Mérito do Litígio na Arbitragem Comercial Internacional**. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, v. 11, 2001, p. 351. A posição do autor parece seguir no mesmo sentido das palavras de Catherine Kessedjian: “De plus, c'est le contrat international qui retiendra notre attention puisqu'un choix de droit applicable ne peut pas se concevoir dans un contrat interne soumis, inéluctablement, au droit national du pays dans lequel ce contrat vient s'inscrire automatiquement.” KESSEDJIAN, Catherine, **Les Dangers Liés à un Mauvais Choix du Droit Applicable**. Analyse de la Jurisprudence Française et de Sentences Arbitrales. In: Revue internationale de droit comparé, v. 47, Avril-juin 1995, p. 373.

⁴⁹⁷ VERÇOSA, Fabiane, **Arbitragem interna v. Arbitragem internacional**: Breves contornos da distinção e sua repercussão no ordenamento jurídico brasileiro face ao princípio da autonomia da vontade, in TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luis Roberto, O Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger, Renovar, 2006, p. 435-41.

Já Ricardo Ramalho Almeida entende que a eleição de direito forasteiro para reger arbitragem doméstica pode ser aceita, “quando não se caracterizar fraude à lei nacional e quando tal escolha puder ser razoavelmente fundamentada”⁴⁹⁸. Nos casos em que não haja semelhante fundamentação, a admissão de diploma estrangeiro só poderia ser feita mediante incorporação, não designação de direito aplicável. Em todo caso, salientam todos os autores acerca do tema, é necessário o respeito à ordem pública brasileira, sob pena de anulação da sentença interna ou indeferimento da homologação de sentença arbitral estrangeira.

A terceira e mais recente fonte a respeito do tema foi introduzida no direito brasileiro quando da ratificação da Convenção de Viena de 1980, que passou a vigor em 2014. Tendo o Brasil se tornado Estado Contratante, a Convenção passou a constar como parte integrante do direito nacional brasileiro, possuindo aplicabilidade direta nos termos do seu art. 1(1)(a)⁴⁹⁹⁵⁰⁰.

Nos contratos de compra e venda internacional de mercadorias, a autonomia privada será respeitada, inclusive perante o Judiciário, desde que os requisitos de aplicabilidade da Convenção sejam preenchidos. A autonomia se estende inclusive à possibilidade de excluir, modificar ou combinar a aplicação da Convenção com outros diplomas jurídicos.

A Convenção de Viena assegura às partes ampla margem de liberdade para aderir a ela integralmente, parcialmente ou de todo excluir a sua aplicação. O caráter estrutural da autonomia privada a permite qualificar como princípio implícito de todo o diploma, tal como afirma o seu art. 7(2)⁵⁰¹.

A Convenção defere às partes liberdade para decidir como se dará a aplicação do diploma. É possível que as partes a elejam quando ela não se aplicaria originalmente (*opt-*

⁴⁹⁸ ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo 2005, p. 118.

⁴⁹⁹ Artigo 1: “(1) Esta Convenção aplica-se aos contratos de compra e venda de mercadorias entre partes que tenham seus estabelecimentos em Estados distintos: (a) quando tais Estados forem Estados Contratantes.”

⁵⁰⁰VERONESE, Ligia Espolaor. **A Convenção de Viena e seus Reflexos no Direito Contratual Brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2019, p. 58.

⁵⁰¹“Artigo 7 (2): As questões referentes às matérias reguladas por esta Convenção que não forem por ela expressamente resolvidas serão dirimidas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, à falta destes, de acordo com a lei aplicável segundo as regras de direito internacional privado. A favor desta interpretação: FERRARI, Franco. **Remarks on the UNCITRAL Digest’s Comments on Article 6 CISG**. In: 25 Journal of Law and Commerce, 2005-06, p. 15-16; HACHEM, Pascal e SCHWENZER, Ingeborg. **Article 6**, in SCHLECHTRIEM, Peter e SCHWENZER, Ingeborg. **Commentary on the UN Convention on the International Sales of Goods (CISG)**, 3ª ed., Oxford University Press, 2010, p. 106; HUBER, Peter e MULLIS, Alastair. **The CISG: a new textbook for students and practitioners**. Sellier: European Law Publishers, 2007, p. 60.

in), a excluam quando ela se aplicaria originalmente (*opt-out*), modifiquem os efeitos de dispositivos específicos do texto, derroguem seções inteiras ou mesquem a aplicação da Convenção com outros diplomas jurídicos (*dépéçage*).

A opção pela Convenção, em situações em que ela não seria aplicada originalmente (*opt-in*), é aceita pela doutrina⁵⁰². É dizer, nada existe no seu próprio texto que impeça as partes de aderirem à Convenção. O que pode ocorrer é uma cláusula de escolha de direito material ser invalidada por causa das regras de direito internacional privado aplicáveis⁵⁰³.

Ainda, a eleição da CISG não precisa ser explícita. A cláusula que eleja o direito material de um Estado Contratante, ou mesmo da subdivisão territorial de um Estado Contratante⁵⁰⁴, terá como efeito a escolha da Convenção. E, como a CISG trata de matérias limitadas, as demais matérias fora do escopo da Convenção serão regidas pelo direito material do país eleito. Já uma cláusula que elegeisse diploma específico do ordenamento de um Estado Contratante não contaria como um *opt-in* à Convenção⁵⁰⁵.

A exclusão da Convenção⁵⁰⁶, em situações nas quais ela se aplicaria originalmente, depende de acordo entre as partes⁵⁰⁷ e não precisa ser explícita⁵⁰⁸. A eleição do direito material de um Estado não Contratante, ou do diploma específico de um Estado Contratante tem o condão de afastar a aplicação da Convenção. É necessário,

⁵⁰² Por todos, v. FLETCHER, Harry M. (ed), **Uncitral Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, 30 J.L. & COM, 2012, p. 34.

⁵⁰³ É dizer: quando do *opt-in*, a CISG é incorporada ao contrato por via contratual. Não perdem a vigência, portanto, as regras imperativas e/ou de ordem pública nacionais aplicáveis originalmente ao e limitadoras do contrato como um todo. A efetividade da escolha do direito dirá respeito apenas à matéria dispositiva. Cf. FERRARI, Franco, **Remarks on the UNCITRAL Digest's Comments on Article 6 CISG**, in 25 Journal of Law and Commerce, 2005-06, p. 35.

⁵⁰⁴ Em *Asante Technologies v. PMC-Sierra*, o distrito da Califórnia da justiça federal americana julgou que uma cláusula de escolha de direito material, indicativa do Estado em que se situa a parte vendedora, não era suficiente para excluir a aplicação da CISG. É assim desde que o Estado Contratante em questão não tenha feito a declaração prevista pelo Artigo 93 (1), a qual permite limitar a vigência da Convenção em unidades territoriais com sistemas jurídicos diversos.

⁵⁰⁵ Da mesma forma, uma cláusula que elegeisse o diploma específico de um país, num contexto onde a CISG se aplicaria originalmente, contaria como um *opt-out* à Convenção.

⁵⁰⁶ Artigo 6: “As partes podem excluir a aplicação desta Convenção, derrogar qualquer de suas disposições ou modificar-lhes os efeitos, observando-se o disposto no Artigo 12”.

⁵⁰⁷ À falta de manifestação bilateral das partes conducente à sua exclusão, a CISG se aplica segundo as regras do Artigos 1(a) ou (b). Cabe à parte que deseja vê-la excluída, portanto, o ônus de demonstrar a existência de acordo do tipo. HACHEM, Pascal e SCHWENZER, Ingeborg. **Article 6**. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. **Commentary on the UN Convention on the International Sales of Goods (CISG)**. 3ª ed. Oxford University Press: 2010, p. 106; HUBER, Peter; MULLIS, Alastair, **The CISG, a new textbook for students and practitioners**, Sellier, European Law Publishers, 2007, p. 103.

⁵⁰⁸ Por explícita, entende-se aqui a cláusula que afirma expressamente a não incidência da Convenção. Por exemplo, “...aplica-se a este contrato o direito material brasileiro, com a exclusão da Convenção de Viena de 1980”.

todavia, que a exclusão implícita seja suficientemente clara, caso contrário ela poderá não ter efeito.

3.1.2. CONVENÇÃO PROCESSUAL SOBRE NORMA APLICÁVEL AO MÉRITO: ESTADO DA QUESTÃO NA DOCTRINA BRASILEIRA

3.1.2.1. Introdução sobre a discussão

A discussão sobre a possibilidade de eleição de direito aplicável no Brasil tem se reavivado nos últimos anos. Todavia, antes de o debate ocorrer no âmbito do direito internacional privado, seara em que o instituto vem sendo estudado há mais tempo, foi a promulgação do CPC/2015 uma importante mola propulsora do tema na atualidade. Em específico, discute-se se o instituto dos negócios processuais – tanto a cláusula geral dos artigos 190 e 200, quanto o negócio processual de saneamento do processo do art. 357, §2º daquele diploma – pode dar guarida ao poder das partes de definição consensual do direito aplicável ao mérito.

O que segue é um resumo sobre o estado da questão na doutrina brasileira. Compilam-se algumas das principais opiniões favoráveis e contrárias a essa modalidade de negócio processual atípico emitidas nos últimos anos para que, na seção seguinte do capítulo, o trabalho apresente a sua própria argumentação.

3.1.2.2. Opiniões favoráveis

O texto inaugural da discussão a respeito da possibilidade de convenções processuais sobre direito aplicável ao mérito é o seminal artigo de Leonardo Greco⁵⁰⁹. No texto, publicado ainda sob a égide do CPC/1973, o autor defende a possibilidade aventada a partir de uma interpretação por analogia do art. 2º da Lei de Arbitragem.

Como já exposto, o referido artigo autoriza uma ampla liberdade às partes quanto à eleição de direito aplicável ao mérito na arbitragem. Segundo Leonardo Greco, o fato de o juiz ser encarregado de dar cumprimento à sentença arbitral proferida por juízo de equidade deve autorizar, como consequência lógica, a que também o magistrado possa ser incumbido pelas partes de decidir o litígio segundo critérios de pura equidade, em que pese a redação restritiva do art. 127 do CPC/1973 (atual parágrafo único do art. 140)⁵¹⁰.

⁵⁰⁹ GRECO, Leonardo. **Os atos de disposição processual**: primeiras reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual, v.1, out./dez. 2007.

⁵¹⁰ “Se o juiz cumpre a sentença arbitral adotada em juízo de equidade, deve ter a possibilidade de receber das partes, ele próprio, a confiança para a formulação de juízos alheios a critérios de estrita legalidade. No

Também as demais dimensões do direito aplicável ao mérito previstas no art. 2º da Lei nº 9.307/1996 seguiriam a mesma lógica: em se sabendo que o juiz deve executar uma sentença arbitral julgada de acordo com o direito aplicável eleito pelas partes, também ele deve poder proferir sentença de mérito decidida em tais moldes. Dessarte, princípios gerais de direito, usos e costumes e as regras internacionais de comércio poderiam ser pactuados pelas partes como os parâmetros objetivos e vinculantes de solução material do seu litígio judicial⁵¹¹. Os únicos limites propostos pelo autor, além da disponibilidade do direito material envolvido, seriam o respeito ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas, além da “observância dos princípios e garantias fundamentais do processo”⁵¹².

Na mesma linha, Fredie Didier Jr., já em análise do regramento do CPC/2015, posiciona-se em concordância com a proposta de Leonardo Greco⁵¹³. Assim, argumenta que um exemplo possível de negócio processual atípico é o “acordo para decisão por equidade ou baseada em direito estrangeiro ou consuetudinário”, tomando como base também uma interpretação por analogia do art. 190 do CPC/2015, à luz do art. 2º da Lei de Arbitragem. Ademais, invoca os parágrafos 2 e 3 do art. 12 do CPC francês, além do art. 114 do CPC italiano como exemplos de outros diplomas processuais estrangeiros que preveem negócios processuais com o mesmo objeto.

Já quando da análise do art. 357, §2º⁵¹⁴, Fredie Didier Jr. entende que a delimitação consensual das questões de direito, nos moldes de uma *litiscontestatio* contemporânea, igualmente contempla a possibilidade da determinação da normativa

Código italiano há previsão expressa dessa possibilidade no artigo 114, que permite o julgamento por equidade do mérito da causa que verse sobre direitos disponíveis, a pedido conjunto de ambas as partes.” GRECO, Leonardo. **Os atos de disposição processual**: primeiras reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual, v.1, out./dez. 2007, p. 21.

⁵¹¹ “Aliás, não é apenas o julgamento de equidade que pode ser livremente convencionado, desde que no âmbito dos direitos patrimoniais disponíveis. Também a escolha da lei de direito material aplicável a essas relações jurídicas, consoante previsão da mesma Lei de Arbitragem que se refere expressamente aos princípios gerais de direito, aos usos e costumes e às regras internacionais de comércio.” GRECO, Leonardo. **Os atos de disposição processual**: primeiras reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual, v.1, out./dez. 2007, p. 21.

⁵¹² GRECO, Leonardo. **Os atos de disposição processual**: primeiras reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual, v.1, out./dez. 2007, p. 10.

⁵¹³ DIDIER JR, Fredie. **Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-15**. In: DIDIER JR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 111.

⁵¹⁴ Art. 357: “§ 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.”

jurídica aplicável ao mérito da controvérsia, em decisão que, sendo homologada pelo juiz, o vinculará⁵¹⁵.

De forma semelhante se posicionam Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery⁵¹⁶. Para os autores, a previsão do art. 2º da Lei de Arbitragem é igualmente suficiente para autorizar as partes a, por meio de negócio processual, determinar o direito aplicável ao mérito. Permitir-se-ia, assim, não apenas a eleição das regras de direito aplicáveis à arbitragem, como também a opção pela *lex mercatoria*, a escolha de idioma no qual se desenvolverá o processo e a convenção de julgamento por equidade⁵¹⁷. Basta, segundo os autores, que a relação diga respeito a direito que admita autocomposição. A proposta ainda vai além, sugerindo-se inclusive a pactuação da inaplicabilidade de súmulas de tribunais, das teses de julgamentos de recursos repetitivos, de incidentes de resolução de demandas repetitivas e de incidentes de assunção de competência⁵¹⁸.

Embora não aborde especificamente a questão aqui discutida, Eduardo Talamini também apresenta em seu artigo sobre negócios processuais algumas ideias importantes para pensar o tema⁵¹⁹. Como já explorado quando da exposição sobre as categorias dos negócios processuais, o autor propõe a divisão das convenções em três grandes categorias, a depender da disponibilidade processual e material dos direitos envolvidos. Nos casos em que a relação é tanto processual quanto materialmente disponível, seria possível o acordo sobre “o objeto da cognição judicial e o meio de prova”, uma espécie de negócio jurídico também ou essencialmente material, embora com roupagem processual. O

⁵¹⁵ “Além disso, as partes delimitam consensualmente as questões jurídicas que reputam fundamentais para a solução do mérito. Podem, por exemplo, negociar qual o Direito aplicável ao caso (*choice of law*), à semelhança e nos mesmos casos em que podem fazer isso no processo arbitral (art. 2º, §1º, Lei n. 9.307/1996). Observados os pressupostos gerais da negociação processual (art. 190 do CPC), o juiz fica vinculado a essa delimitação, caso a homologue”. DIDIER JR, **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento. 20ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 799-800.

⁵¹⁶ NERY, Rosa Maria de Andrade, NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 762-764.

⁵¹⁷ “Contudo, na arbitragem, se a causa for daquelas arbitráveis (direitos que admitam autocomposição), é permitido às partes escolher qual o direito aplicável, podendo, inclusive, convencionar afastar por completo a incidência do direito brasileiro. O mesmo sistema pode ser aplicado ao negócio jurídico processual do CPC 190: dado que às partes é facultado – nas demandas em que se admite autocomposição – escolher qual o *direito* (v.g. se brasileiro, se estrangeiro; podem convencionar afastar, por completo, a incidência do direito brasileiro) que querem lhes seja aplicável, *a fortiori* lhes é permitido escolher o regime jurídico que melhor atenda seus interesses na demanda judicial perante o juízo estatal”. NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 763-764.

⁵¹⁸ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 764.

⁵¹⁹ TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. In: Informativo Justen, Pereira Oliveira e Talamini, nº 104. Curitiba, 2015, p. 10-13.

fundamento normativo dessa categoria de acordo seria o art. 357, §2º do CPC, que prevê a delimitação consensual das questões de direito quando da fase de saneamento do processo.

Para o autor, a delimitação consensual como ato de vontade poderia, por exemplo, afastar da cognição judicial eventual questão acerca da ocorrência de força maior em determinada relação contratual. Tratar-se-ia de um ato de disposição material - possível porque o próprio direito material envolvido é disponível – ainda que fundamentado em norma jurídica processual. Em suma, um negócio jurídico material na essência, mas também processual, ou ao menos com consequência processual (a limitação da cognição judicial).

Seguindo a mesma lógica, seria inclusive possível às partes afastar consensualmente a questão da (in)constitucionalidade de determinada lei aplicável ao caso. O fundamento autorizador do ato, novamente, seria o caráter materialmente disponível do direito. Se a parte pode renunciar a direito patrimonial afetado por lei inconstitucional, poderia, *a fortiori*, afastar da cognição judicial o exame sobre a constitucionalidade da mesma lei. O autor, contudo, hesita em afirmar peremptoriamente a validade de uma convenção do gênero, na medida em que ela poderia se equivaler a uma espécie de acordo para julgamento por equidade. Isso porque o afastamento da questão sobre a constitucionalidade da norma aplicável implicaria a “remodelação negocial” dos parâmetros jurídicos de solução da causa, o que poderia descaracterizar o julgamento judicial como estritamente limitado pelo direito positivo aplicável⁵²⁰. E a equidade, ainda para Eduardo Talamini, seria inadmissível à luz do CPC/2015 por conta da redação expressa do parágrafo único do art. 140 do diploma⁵²¹.

Com relação especificamente ao acordo de saneamento do art. 357, §2º do CPC/2015, parcela da doutrina entende que o dispositivo confere às partes a determinação da norma jurídica aplicável, em acordo que vincula o juiz. Em análise particularizada sobre as convenções processuais de saneamento do processo, Taciano Domingues da

⁵²⁰ “As partes estariam, sob certo aspecto, remodelando negocialmente os parâmetros jurídicos de solução da causa (...). Em certa medida, isso é equiparável à convenção pela qual as partes optam por julgamento por equidade. Ocorre que o Código de 2015 não contempla essa possibilidade. No processo legislativo do novo diploma, chegou-se a propor regra autorizadora da opção por equidade – mas a proposta não foi acolhida (...). Se os juízos de equidade não podem ser adotados com base na simples vontade das partes, dir-se-ia que elas tampouco poderiam proceder a outras reformulações dos parâmetros normativos de julgamento.” TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. In: Informativo Justen, Pereira Oliveira e Talamini, nº 104. Curitiba, 2015, p. 13.

⁵²¹ Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

Silva Filho entende ser possível que as partes determinem a norma jurídica aplicável ao mérito da controvérsia⁵²². Para o autor, uma convenção do gênero, em que pese seja certo que vincule a atuação do juiz, não depende da sua participação para que seja válida, de modo que o desrespeito ao acordo constituiria *error in iudicando*.

Já Ludmilla Camacho Duarte Vidal, ao analisar o art. 357, §2º do CPC/2015, vê o art. 12 do CPC francês como inspiração da norma, considerando que a delimitação consensual da cognição pelas partes implicaria um redimensionamento dos tradicionais adágios *iura novit curia* e *narra mihi factum, dabo tibi ius*⁵²³. Nessas condições, um acordo alicerçado na norma do art. 357 poderia determinar a limitação da cognição judicial por meio da eleição da norma de direito aplicável ao mérito da controvérsia⁵²⁴.

Thadeu Augimeri de Goes Lima entende que a delimitação consensual das questões de direito do art. 357, §2º confere às partes o poder de limitar a cognição judicial. Celebrado o negócio processual de saneamento, ficaria o magistrado impedido de determinar a norma material aplicável ao processo em contrariedade às normas invocadas pelas partes⁵²⁵.

Júlia Lipiani e Marília Siqueira adotam entendimento semelhante acerca do tema. As autoras compreendem que o art. 357, IV do CPC/2015 conferiu às partes o poder de definir as questões de direito a serem resolvidas pelo órgão julgador, “bem como as

⁵²² “É possível que o negócio jurídico tenha por objeto questões outras como a eleição de norma aplicável ao direito material, por exemplo, que não diga respeito, estritamente ao procedimento. A norma aplicável, aqui, é de direito material, de modo que o juiz não precisa ser parte do negócio que determine a aplicação de determinada norma na sentença, ou na decisão que põe fim ao incidente, por exemplo. Se ele não aplicar, haverá *error in iudicando*, e não *error in procedendo*”. SILVA FILHO, Taciano Domingues da. **O Negócio Jurídico Processual de Saneamento e Organização do Processo**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2017, p. 78.

⁵²³ VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. **Convenções Processuais no Paradigma do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 132-133.

⁵²⁴ “Isso porque, além da adstrição do conteúdo da sentença ao libelo e à causa de pedir, o artigo 12 do CPC francês parte dessa opção legislativa, que existe em outros ordenamentos, como o artigo 218 da *Ley de Enjuiciamiento Civil* espanhola (LEC), e prevê, na alínea 3, a limitação da norma de direito aplicável e a impossibilidade de alteração pelas partes, por convenção processual, da denominação ou do fundamento jurídico. Assim, principalmente quanto à possibilidade de limitação da cognição pela escolha da norma de direito, pode ter sido fonte de inspiração ao artigo 357, incisos II e IV c/ com §2º do CPC brasileiro.” VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. **Convenções Processuais no Paradigma do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 134.

⁵²⁵ “Aceita, no âmbito ora indicado, a possibilidade da supracitada delimitação consensual, e uma vez homologada, com a vinculação das partes e do juiz, cremos que este, tal qual ocorre nas formas autocompositivas de resolução do litígio, **queda verdadeiramente privado do poder de investigar e declarar a(s) norma(s) jurídica(s) incidente(s) sobre a situação controvertida fora daquela(s) invocada(s) pelos litigantes**. Erige-se, portanto mais uma exceção ao *iura novit curia*, decorrente do acordo de vontades dos sujeitos interessados do processo. Em outras palavras, institui-se um limite absolutamente impeditivo da utilização do *iura novit curia*, que envolve a retirada do poder do julgador de agir diversamente do pactuado pelas partes, guardando por isso uma feição processual.” (g.n.) LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. **Iura Novit Curia no Processo Civil Brasileiro: dos primórdios ao Novo CPC**. In: Revista de Processo, v. 251, jan/2016, *on-line*.

normas ou conjunto de normas que deve ser aplicado no julgamento do caso”⁵²⁶. Entendem, contudo, que as partes só poderiam eleger normas integrantes do ordenamento jurídico brasileiro, de modo que o art. 357 não reconheceria exatamente a mesma amplitude dada às partes de um procedimento arbitral pelo art. 2º, §2º da Lei de Arbitragem⁵²⁷.

Por fim, Caroline Pomjé compreende que o negócio jurídico processual de saneamento do processo fundado no art. 357, §2º vincula tanto as partes quanto o juiz aos fundamentos jurídicos aplicáveis definidos no acordo, o que significa uma “visível redução” da incidência do adágio *iura novit curia* no processo⁵²⁸. Fulcrado no princípio dispositivo material, o negócio processual de saneamento pode importar na “inclusão, modificação ou a exclusão de aspectos determinantes da identificação da ação exercida ou das exceções materialmente promovidas pelas partes”. Assim, trata-se de delimitação convencional do objeto litigioso do processo⁵²⁹ que, uma vez homologada pelo magistrado, limita a cognição judicial e permite a definição da norma aplicável no processo⁵³⁰.

⁵²⁶ Ainda segundo os autoras, “[às partes] é facultado definir quais são os pontos controvertidos de direito, ou seja, dizer qual o regramento aplicável e em que medida elas divergem a respeito deste direito aplicável, seja a respeito da norma que deve incidir, seja a respeito dos efeitos irradiados a partir de sua incidência no suporte fático”. LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. **O saneamento consensual**. In: MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada: Procedimento comum. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 268.

⁵²⁷LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. **O saneamento consensual**. In: MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada: Procedimento comum. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 276.

⁵²⁸ “O adágio *iura novit curia*, neste diapasão, terá sua margem de aplicabilidade visivelmente reduzida, de modo que o direito aplicável ao caso concreto deverá respeitar aqueles limites previamente estabelecidos pelas partes litigantes, por força da incidência do princípio dispositivo em sentido material e de sua reafirmação em sede de negócio jurídico processual.” (itálicos do original) POMJÉ, Caroline. **Decisão de saneamento e organização do processo**: evolução e atual configuração. In: Revista Brasileira de Direito Processual, n. 105, jan./mar. 2019, p. 95.

⁵²⁹ POMJÉ, Caroline. **A mitigação da incidência do adágio iura novit curia em virtude das convenções processuais**: breve análise do art. 357, §2º, do novo Código de Processo Civil. In: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GÔES, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias. (Org.). Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro: Negócios Processuais. 1 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, v. 1, p. 79.

⁵³⁰SCARPARO, Eduardo Kochenborger; POMJÉ, Caroline. **O negócio processual saneador**: entre o princípio dispositivo material e o *iura novit curia*. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 13, 2018, p. 1012.

3.1.2.3. Opiniões contrárias

Uma primeira opinião contrária sobre o tema verifica-se no presciente artigo de José Carlos Barbosa Moreira, ainda em análise do CPC/1973⁵³¹. Para o autor, a necessária observância dos requisitos de licitude e de possibilidade do objeto das convenções processuais, previstos no Código Civil, implicaria a inadmissibilidade de qualquer acordo que pactuasse o julgamento da demanda por meio da equidade⁵³².

Já sob a égide do CPC/2015, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) publicou enunciados sobre a aplicação do Código. O Enunciado nº 36 da ENFAM, em comentário ao art. 190 do diploma, dispõe que um dos negócios processuais inadmissíveis seria o acordo que estipulasse “o julgamento do conflito com base em lei diversa da nacional vigente”⁵³³. Não se posiciona, todavia, sobre o julgamento por equidade⁵³⁴.

Opinião aparentemente contrária à convenção por equidade se verifica no artigo de Paulo Mendes de Oliveira⁵³⁵. Segundo o autor, seria uma missão inafastável do Poder

⁵³¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Convenções das partes sobre matéria processual**. Revista de Processo, a. 9, v. 33, jan./mar. 1984, *passim*.

⁵³² “A exigência da licitude e da possibilidade do objeto, expressa no Código Civil (arts. 82 e 145, II), deve reputar-se implícita no ordenamento processual. Absurdo supor que este prescindisse de semelhante requisito nos atos das partes, unilaterais ou bilaterais que sejam. Aqui, por conseguinte, afigura-se desnecessário recorrer a distinção acima lembrada: seja como for, ninguém hesitará em repelir a admissibilidade de uma convenção pela qual as partes, exemplificativamente, ajustassem dispensar o juiz da observância do direito positivo e autorizá-lo a decidir por equidade, em caso não previsto em lei (cf. CPC, art. 127), ou acordassem em usar nos atos do processo língua estrangeira (cf. CPC, art. 156), ou ainda combinassem fazer recair a penhora em coisa situada em lugar inacessível.” MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Convenções das partes sobre matéria processual**. Revista de Processo, a. 9, v. 33, jan./mar. 1984, *on-line*.

⁵³³ Enunciado nº 36: “A regra do art. 190 do CPC/2015 não autoriza às partes a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos que afetem poderes e deveres do juiz, tais como os que: a) limitem seus poderes de instrução ou de sanção à litigância improba; b) subtraiam do Estado/juiz o controle da legitimidade das partes ou do ingresso de *amicus curiae*; c) introduzam novas hipóteses de recorribilidade, de rescisória ou de sustentação oral não previstas em lei; d) **estipulem o julgamento do conflito com base em lei diversa da nacional vigente**; e e) estabeleçam prioridade de julgamento não prevista em lei” (g.n.).

⁵³⁴ Ao comentar a redação do Enunciado nº 36, Silvano José Gomes Flumignan limita-se a opinar que a eleição de direito aplicável ao mérito realmente implicaria hipótese “em que não é possível a disciplina por meio de negócios processuais”. Apesar disso, a brevidade de seu comentário não permite que se deduza a razão pela qual entende inadmissível a hipótese. E, naturalmente, o formato próprio de uma publicação como os Enunciados não abre margem para mais amplas fundamentações das teses firmadas. FLUMIGNAN, Silvano José Gomes. Enunciado nº 36. In: KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura; FLUMIGNAN, Silvano José Gomes (coords.). **Enunciados da ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados sobre o novo Código de Processo Civil**: organizados por assunto, anotados e comentados. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 111.

⁵³⁵ OLIVEIRA, Paulo Mendes de. **Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição**. In: In: DIDIER JR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 597-599. Não resta absolutamente claro no seu texto, todavia, se o autor compreende que seriam inadmissíveis os acordos para julgamento por equidade.

Judiciário o proferimento de uma decisão que aplica o direito outorgado pelo próprio Estado, de modo a atingir da forma mais próxima possível uma decisão justa.

Nesta mesma linha, Adriana Buchmann compreende que a permissão do julgamento por equidade, ao dar margem a uma conduta arbitrária por parte do julgador, militaria em sentido contrário ao atingimento de uma tutela jurisdicional justa, ainda mais porque dispensaria o dever de fundamentação e fomentaria a parcialidade na consecução do mister jurisdicional⁵³⁶.

A respeito da delimitação consensual das questões de direito do art. 357, §2º do CPC/2015, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero entendem que eventual acordo de “presunção de constitucionalidade” de lei aplicável ao processo - por meio do qual as partes convencionariam o impedimento da cognição judicial para a declaração da inconstitucionalidade de alguma norma - não possuiria o condão de vincular o magistrado⁵³⁷. Portanto, a cognição judicial, fundamentada pelo poder-dever de promover o controle de constitucionalidade do direito, não poderia ser objeto de limitação convencional promovida pelas partes.

Rodrigo Ramina de Lucca compreende ser inadmissível a disposição das partes sobre o direito aplicável ao mérito do processo judicial. Isso porque o Estado-jurisdição, em decorrência do fenômeno da estatização das fontes do direito no momento histórico iniciado a partir da Revolução Francesa, tornou o próprio direito indisponível às partes⁵³⁸. Assim, a indisponibilidade do direito, traduzida pela máxima do *iura novit curia*, constitui uma relevante exceção ao princípio dispositivo, sendo antes regida pelo “princípio de jurisdição”.

Afigura-se, na opinião do autor, evidente a distinção de tratamento dada aos fatos em relação ao direito: enquanto aqueles, via de regra, são disponíveis às partes, a quem

⁵³⁶ BUCHMANN, Adriana. **Limites Objetivos ao Negócio Processual Atípico**. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, p. 241.

⁵³⁷ “A previsão dos arts. 190 e 357, §2º, do Código de 2015, certamente, não contempla na esfera de disposição das partes o poder-dever de os juízes controlarem a constitucionalidade das normas. Portanto, caso o juiz vislumbre alguma inconstitucionalidade, preservado o contraditório das partes (arts. 9º e 10º), não está impedido de apreciar a questão, ou seja, acordo com disposição em sentido diverso não o vincula.” MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 246 e p. 1148.

⁵³⁸ “Destarte, se o Estado é *uno*, se o seu Direito é *uno*, e se o Estado tem o monopólio sobre as fontes do Direito, é natural que esse Direito não possa ser disposto pelas partes; e mais do que isso, é natural que o Estado tenha o *dever* de garantir a unidade, a coerência e a homogeneidade desse Direito, proferindo decisões judiciais juridicamente válidas e escorreitas: “tal é o coração de sua missão jurisdicional.” (itálicos do original). LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade Processual: a liberdade das partes no processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 311.

incumbe exclusivamente inserir no processo e cuja conduta pode tornar incontroversos, vinculando-se a conclusão judicial sobre a sua veracidade ou falsidade (*narra mihi factum*), este é monopólio do Estado, cuja tutela e resguardo constitui parte integrante da missão jurisdicional moderna, o que justifica a ausência de liberdade das partes para sobre eles dispor (*dabo tibi ius*).

A fonte do *iura novit curia* é menos um dispositivo jurídico específico que uma decorrência necessária da “própria concepção de Estado Moderno”, da relação travada entre Estado e Direito desde o momento da captura estatal das fontes jurídicas.

Dadas essas premissas, segue-se a conclusão de que nenhuma incontrovérsia jurídica existente no processo será apta a limitar a cognição judicial. Deve o Estado-juiz, independentemente de acordo expresso ou tácito das partes, aplicar o direito objetivo segundo a sua própria convicção, sem estar vinculado a eventual opinião concordante das partes sobre o assunto. A delimitação consensual das questões de direito como *ato de vontade*, sugerida por Eduardo Talamini em comentário ao art. 357, §2º do CPC/2015, parece dever ser vista como inadmissível, uma vez que as partes não podem dispor sobre o direito. O máximo que se pode extrair de referida regra é uma imposição sobre *quais questões de direito devem necessariamente ser julgadas* pelo juiz, mas nunca quais questões de direito ficariam limitadas fora dos limites da cognição judicial. O dispositivo legal autoriza as partes, portanto, a definir quais questões de direito necessariamente serão *incluídas* no pronunciamento judicial, mas jamais determinar a necessária exclusão de tal ou qual matéria. Via de consequência, as partes não estariam autorizadas a definir quais as normas jurídicas aplicáveis ao caso. Fazê-lo não implicaria jamais a vinculação do juiz ao acordo, para quem a máxima do *iura novit curia* asseguraria o exame ilimitado de questões de direito⁵³⁹.

Uma ulterior decorrência da máxima *iura novit curia*, na opinião do autor, é a inadmissibilidade da convenção processual que determina o julgamento por equidade. Uma decisão por equidade seria incompatível com a concepção da jurisdição do Estado moderno, razão pela qual só se admite a equidade em sistemas paraestatais, como na arbitragem⁵⁴⁰.

⁵³⁹ “No entanto, o art. 357, §2º do NCPC não derroga o *iura novit curia* nem permite que as partes impeçam o Estado-juiz de decidir conforme o Direito estatal, escolhendo normas ou pré-definindo qualificações jurídicas. Em outras palavras, as partes dizem *o que julgar*, mas não *como e em que limites* julgar.” (itálicos do original) LUGCA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade Processual**: a liberdade das partes no processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 319.

⁵⁴⁰LUGCA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade Processual**: a liberdade das partes no processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 330.

E é o que justifica, na opinião do autor, que as disposições do art. 12 do CPC francês, do art. 61 do CPC luxemburguês e do art. 114 do CPC italiano, todas regras contrárias à ideia de indisponibilidade do direito e ao princípio de jurisdição, constituam “questionável opção legislativa”⁵⁴¹, que não encontrariam amparo normativo no processo civil brasileiro⁵⁴².

Por fim, Trícia Navarro Xavier Cabral compreende que a eleição de norma aplicável infringiria prerrogativa do juiz, do que decorreria a inadmissibilidade de um acordo do gênero por meio de convenção processual⁵⁴³.

3.2. ADMISSIBILIDADE E CRITÉRIOS DA CONVENÇÃO SOBRE NORMA APLICÁVEL AO MÉRITO

Na presente seção, apresenta-se a argumentação em favor da admissibilidade das convenções processuais sobre norma aplicável ao mérito, de acordo com a normativa do Código de Processo Civil de 2015. Para tanto, a primeira parte expõe alguns fundamentos teóricos em favor da admissão do instituto, bem como enfrenta dialeticamente alguns possíveis argumentos contrários (3.2.1). Em seguida, o trabalho propõe alguns critérios gerais de admissibilidade para os acordos sobre direito aplicável, além de tratar de algumas questões de utilidade prática (3.2.2). Se bem-sucedido, o argumento exposto abaixo pretende estabelecer a aceitabilidade teórica de acordos das partes com carga vinculante ao Judiciário sobre questões como a fundamentação e delimitação das questões de direito, norma aplicável ao mérito e a convenção por julgamento por equidade, numa análise casuística que será empreendida no derradeiro capítulo da dissertação.

⁵⁴¹ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade Processual**: a liberdade das partes no processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 316.

⁵⁴² “De igual modo, considerando a indisponibilidade do Direito, não podem as partes convencionar para limitar o *iura novit curia* ou impor ao Estado-juiz o julgamento de acordo com a qualificação jurídica por elas dada. Não é possível, portanto, afastar o reconhecimento de uma nulidade material por convenção processual. Esse poder, existente na França, não encontra guarida no Direito brasileiro para os processos judiciais; não obstante possa ser feito nas arbitragens, por força do art. 2º da Lei nº. 1996/9.307”. LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Liberdade, autonomia e convenções processuais**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC – Negócios Processuais (tomo 2). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 45.

⁵⁴³ “Além das limitações supracitadas, tem-se que as partes podem convencionar até o limite das prerrogativas do juiz. Todos os atos que esbarrem em poder, dever, função ou atividade do magistrado devem ser limitados.

Assim, as partes não podem dispor sobre qual direito aplicável ao caso concreto, como ocorre na arbitragem”. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Limites da Liberdade Processual**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 143.

3.2.1. ADMISSIBILIDADE TEÓRICA DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS SOBRE NORMA APLICÁVEL AO MÉRITO

3.2.1.1. Fundamento normativo-sistemático

A principal razão em favor da admissibilidade das convenções processuais sobre direito aplicável ao mérito fundamenta-se numa análise sistemática do novo regramento processual, inaugurado com a entrada em vigor do CPC/2015.

São, pelo menos, três os dispositivos normativos do microsistema relevantes para fundamentar a admissibilidade de convenções processuais sobre direito aplicável ao mérito. Estes são o acordo sobre saneamento do processo do art. 357, §2º, do CPC/2015, o art. 2º da Lei de Arbitragem, bem como a cláusula geral de negociabilidade processual do CPC/2015.

A adequada compreensão do conteúdo do acordo de saneamento processual, nos termos do art. 357, §2º, do CPC/2015⁵⁴⁴, requer a retomada da interpretação defendida por Eduardo Talamini em seu artigo sobre negócios processuais⁵⁴⁵. Embora contenham idêntica alcunha de “delimitação consensual das questões de fato e de direito”, os acordos de saneamento apresentados perante o juiz para homologação podem consistir em duas espécies distintas de atos, com tratativa jurídica e consequências divergentes.

Uma primeira possibilidade de acordo limita-se a informar ao juiz aquilo que as partes acreditam constituírem as questões relevantes de fato e de direito. Trata-se da expressão de uma crença, uma sugestão que pode ou não conferir com a realidade. Em reputando correta a delimitação proposta pelas partes, o juiz efetuará a homologação do acordo do art. 357, §2º, vinculando-se ao mesmo acordo. Por outro lado, se julgar que as partes não apresentaram uma proposta adequada de delimitação das questões fáticas e jurídicas⁵⁴⁶, o juiz pode deixar de homologar o acordo⁵⁴⁷.

⁵⁴⁴ Art. 357, §2º: “As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz”.

⁵⁴⁵ TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. In: Informativo Justen, Pereira Oliveira e Talamini, nº 104. Curitiba, 2015, p. 10-13.

⁵⁴⁶ Segundo Fredie Didier Jr., a necessidade de homologação serve também para prevenir o Judiciário de ser obrigado a aceitar como verdadeiros fatos sem o mínimo vestígio de verossimilhança. “A necessidade de homologação serve exatamente para que não se imponha ao órgão julgador o dever de julgar com base em um absurdo”. DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento. 20ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 800.

⁵⁴⁷ “Diante disso, cabe ao juiz examinar as questões identificadas consensualmente pelas partes e verificar se são mesmo as que permanecem controvertidas. Ou seja, o pressuposto para a homologação será a própria *correção*, no entender do juiz, da definição feita pelas partes. Caso ele a repute incorreta, procederá ele mesmo à delimitação das questões controvertidas. Caso ele repute *correta* a seleção feita pelas partes, ele irá endossá-la, assumi-la como sua.” TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu**: nota sobre

Como se pode perceber, o elemento da vontade nesse tipo de delimitação, conquanto existente, não é preponderante⁵⁴⁸. Ao menos, não se trata de uma vontade direcionada à livre criação de efeitos jurídicos. As partes que apresentam uma delimitação consensual com um propósito elucidativo não o fazem com qualquer intento criativo; antes, emitem a sua opinião sobre quais são as questões fáticas e jurídicas controvertidas relevantes para o caso. Elas o fazem com a intenção de atingir uma definição *correta* sobre as mesmas questões, de modo a racionalizar a direção do processo e evitar desnecessárias discussões ou produções probatórias.

Eis por que se trata de um “ato de verdade”, segundo Eduardo Talamini⁵⁴⁹. Na terminologia filosófica proposta por John R. Searle para classificar os atos de fala, um acordo com o propósito indicado acima pode ser qualificado como uma espécie de ato ilocutório assertivo. Para o filósofo, são assertivos os atos ilocutórios em que o agente enuncia aquilo que acredita ser a verdade. Todo ato assertivo pode ser avaliado em termos de sua verdade ou falsidade⁵⁵⁰. É exatamente a posição do juiz diante de um “ato de verdade”: ao avaliar se a proposta das partes define corretamente as questões fáticas e jurídicas controvertidas, acolhe-a se julgar adequada a delimitação proposta, valendo a homologação judicial pela “decisão que ele mesmo poderia ter tomado estabelecendo as questões controvertidas”⁵⁵¹.

Por outro lado, pode-se ver no acordo de saneamento do art. 357, §2º um outro tipo de delimitação consensual das questões de fato e de direito, ao qual corresponde uma outra categoria de ato ilocutório.

os negócios jurídicos processuais. In: Informativo Justen, Pereira Oliveira e Talamini, nº 104. Curitiba, 2015, p. 10.

⁵⁴⁸ Trata-se de ato voluntário apenas na medida em que não é coercitivo ou de alguma forma obrigatório, uma vez que as partes voluntariamente decidiram propor perante o juiz o acordo de saneamento, sem que haja sanção para não o fazer. Outrossim, o *conteúdo* do ato não é definido pela vontade das partes, mas pela sua opinião acerca de quais são as questões fáticas e jurídicas controvertidas.

⁵⁴⁹ “A definição consensual nessa hipótese constitui um *ato de verdade*. Ou seja, expressa a firme convicção de cada uma das partes acerca da realidade. Elas identificaram aquelas questões porque estão convictas de que são as ainda controversas – e não, simplesmente, porque *queiram* limitar o debate apenas a isso. Não há nenhum ato de disposição: ninguém negociou nem abriu mão de nada. Há um ato de convicção que é comum a ambas as partes.” TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. In: Informativo Justen, Pereira Oliveira e Talamini, nº 104. Curitiba, 2015, p. 10.

⁵⁵⁰ “The point or purpose of the members of the assertive class is to commit the speaker (in varying degrees) to something’s being the case, to the truth of the expressed proposition. All of the members of the assertive class are assessable on the dimension of assessment which includes *true* and *false*”. SEARLE, John R. **Expression and Meaning**. Cambridge: Cambridge University Press, 1979, p. 12.

⁵⁵¹ TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. In: Informativo Justen, Pereira Oliveira e Talamini, nº 104. Curitiba, 2015, p. 10.

Ao contrário de sugerir aquilo que consideram a verdade, o §2º do art. 357 parece permitir que as partes predefinam exatamente as questões fáticas e jurídicas que *querem* debater nos autos, bem como aquelas que desejam não serem incluídas dentro dos limites da cognição judicial. Não se trata de uma asserção aferível pelo critério da veracidade ou falsidade, mas sim uma *decisão livre* das partes. É o que, ainda segundo a dicção de Eduardo Talamini, pode-se denominar “ato de vontade”⁵⁵².

Na terminologia de John R. Searle, os “atos de vontade” parecem pertencer a duas espécies de atos ilocutórios. Em primeiro lugar, constituem “declarações”⁵⁵³. São atos que, em virtude de sua própria realização, alteram a realidade (neste caso, a realidade jurídica) em que é expressado o ato⁵⁵⁴. Por outro lado, são também atos ilocutórios diretivos, na medida em que têm como propósito exortar o ouvinte a fazer alguma coisa, a tomar alguma atitude⁵⁵⁵. No caso, o acordo como “ato de vontade” constitui ato diretivo na medida em que insta o magistrado a seguir a delimitação das questões fáticas e jurídicas determinada pelas partes.

Desde o ponto de vista da teoria do fato jurídico, o que diferencia os dois tipos de acordo é que, na delimitação “declarativo-diretiva”, a vontade integra o núcleo do suporte fático daquele fato jurídico. Esta vontade direciona-se à criação de um efeito jurídico cujo conteúdo não é previamente determinado em lei: a modulação da cognição judicial de acordo com os desígnios das partes. As partes decidem precisamente aquilo que desejam que conste dentro ou fora dos limites da cognição judicial. Trata-se, portanto, em autêntico negócio jurídico processual. Por outro lado, a delimitação meramente assertiva sequer pode ser considerada um negócio jurídico.

A delimitação como “ato de vontade” possui carga volitivo-normativa, que assume caráter vinculante perante todos os órgãos do Judiciário, após homologação.

⁵⁵² TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. In: Informativo Justen, Pereira Oliveira e Talamini, nº 104. Curitiba, 2015, p. 11-13.

⁵⁵³ “Declarations bring about some alteration in the status or condition of the referred to object or objects solely in virtue of the fact that the declaration has been successfully performed.” SEARLE, John R. **Expression and Meaning**. Cambridge: Cambridge University Press, 1979, p. 17.

⁵⁵⁴ A título de exemplo, parece ser o caso que não apenas as sentenças declaratórias, mas também as constitutivas e as condenatórias constituem atos ilocutórios declarativos de acordo com a teoria de Searle. Isso, porque a realização do ato (a prolação da sentença) passa a conformar a realidade jurídica, produzindo efeitos que não existiam anteriormente a ele. SEARLE, John R. **Expression and Meaning**. Cambridge: Cambridge University Press, 1979, p. 18.

⁵⁵⁵ “The illocutionary point of these consists in the fact that they are attempts (of varying degrees, and hence, more precisely, they are determinates of the determinable which includes attempting) by the speaker to get the hearer to do something. (...) The propositional content is always that the hearer *H* does some future action *A*”. SEARLE, John R. **Expression and Meaning**. Cambridge: Cambridge University Press, 1979, p. 13-14.

Desde que celebrado no âmbito de direitos materialmente disponíveis e não existente violação de normativa cogente ou da ordem pública, um acordo do gênero vincula o juiz.

Isso posto, cabe indagar quais as condições da homologação prevista na redação do §2º do art. 357. Nos casos em que se trata de “ato de verdade” (com natureza de ato ilocutório assertivo), a homologação do juiz deve atentar para se a proposta das partes faz sentido, *se a proposta é verdadeira ou falsa*, na medida em que delimita corretamente as questões fáticas e jurídicas controvertidas. Por outro lado, se se trata de um “ato de vontade” (com natureza de ato ilocutório declarativo-diretivo), ao incidir o poder normativo da autonomia privada, a homologação deve se atentar apenas aos requisitos de validade do negócio processual⁵⁵⁶. É dizer, a homologação prevista no artigo deve se ater a uma verificação apenas formal dos critérios do acordo, e não do seu conteúdo substancial.

É certo que boa parcela da doutrina processualista ainda não conferiu a devida atenção à diferença de natureza da homologação judicial, a depender dos diferentes tipos de delimitação consensual que as partes podem promover sob a guarida do art. 357, §2º do CPC/2015. Murilo Teixeira Avelino, por exemplo, entende que não se trata propriamente de “homologação”, mera *conditio iuris* para a eficácia do negócio processual. Ao contrário, por influenciar a situação jurídica do juiz, este ocuparia posição mais importante do que a de simples responsável pela homologação do negócio, figurando antes como “co-declarante no negócio processual que disponha a respeito de situações jurídicas por ele titularizadas no processo”⁵⁵⁷. Dessarte, a celebração de negócio processual de saneamento, na forma do art. 357, §2º, dependeria de emissão volitiva também do julgador, tornando-se o juiz parte de um negócio processual plurilateral. Sem a sua participação, nesse sentido, seria impossível a vinculação do juiz ao acordo⁵⁵⁸.

⁵⁵⁶ “Nessa hipótese, o juiz poderia homologar a delimitação consensual das partes? Caso possa, ele estará mesmo homologando um negócio jurídico celebrado pelas partes – sem proceder a qualquer exame relativo à correção da seleção de questões controvertidas por elas feitas. O juiz homologará não porque considera correta a definição de questões a ele apresentada, mas sim porque reconhece a autonomia das partes para dispor sobre aquele objeto.” TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. In: Informativo Justen, Pereira Oliveira e Talamini, nº 104. Curitiba, 2015, p. 11.

⁵⁵⁷ AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais – já uma releitura. In: DIDIER JR, Fredie (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC** - Negócios Processuais. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 417.

⁵⁵⁸ “Nosso entendimento é no sentido de que não se trata de *homologação* do negócio jurídico. As partes, em verdade, propõem ao magistrado o saneamento consensual, devendo aquele consentir com os termos apresentados. Veja-se, no saneamento consensual há a disposição a respeito das questões de fato que serão objeto de prova e de direito relevantes para a decisão, elementos que obviamente influenciam na atuação do juiz no processo. Cabe ao juiz apreciar as provas constantes dos autos e aplicar o direito ao caso. (...)”

Deve-se discordar, contudo, da interpretação sugerida por Murilo Teixeira Avelino. O autor admite que a sua interpretação guarda inegável tensão com a redação literal do enunciado normativo do art. 357, §2º, segundo a qual cabe ao juiz efetuar apenas a *homologação* do acordo de saneamento. Não se trata de substrato textual que autorize uma leitura de tal forma ampliativa da participação do juiz a ponto de fazê-lo constar como “co-declarante” da convenção. Ademais, como bem aponta Robson Renault Godinho, todo negócio processual afetarà a atividade do juiz. Não parece correto afirmar, então, que a interferência na atividade judicante implique automaticamente a inadmissibilidade de qualquer acordo, ou a necessária participação do magistrado como co-declarante⁵⁵⁹.

Mais acertada parece ser a opinião de Antonio do Passo Cabral a respeito do tema. Segundo o autor, a imposição legislativa de homologação do acordo não torna o juiz um co-declarante. Ocorre apenas uma escolha do legislador, fundada numa percebida necessidade de interesse público, com o propósito de ampliar o grau de supervisão do juiz, de modo a ser obstada apenas a eficácia (e não a existência ou validade) do acordo antes da homologação⁵⁶⁰.

Assim, para que o negócio seja plenamente válido, é necessário o encontro de vontades das partes e do magistrado, em típico ato negocial plurilateral, **mormente porque, para que o juiz seja legitimamente “vinculado” ao saneamento consensual, é necessário que participe do saneamento consensual como sujeito do negócio**” (g.n.). AVELINO, Murilo Teixeira. **A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais** – já uma releitura. In: DIDIER JR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 420.

⁵⁵⁹ “É inegável que a celebração de negócios probatórios pelas partes afetarà, em maior ou menor medida, a atividade do juiz, mas isso não é exclusividade ou algum tipo de efeito idiossincrático desse tipo de acordo. Na realidade, todo e qualquer negócio jurídico processual repercute inexoravelmente na atividade do juiz. Trata-se de uma consequência inerente e automática (...). Os exemplos poderiam se multiplicar, mas a ideia que deve ser fixada é a inevitabilidade de um negócio jurídico processual afetar a atividade do juiz, o que, por si só, não atinge sua admissibilidade. Na medida em que a eficácia de um ato processual em sentido amplo se dará no contexto de um processo, a atividade jurisdicional será atingida” GODINHO, Robson Renault. **A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória**. In: DIDIER JR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 582. No mesmo sentido, cf. MAFFEISSONI, Behlúa. **Convenções processuais em matéria probatória e poderes instrutórios do juiz**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC – Negócios Processuais (tomo 2). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 384-385.

⁵⁶⁰ “Pois bem, mesmo nesses casos em que a lei exige homologação, o ato das partes não perde a sua natureza negocial. O juiz funciona apenas para integrar a eficácia do ato, mas certamente não é um co-declarante. O acordo continua se formando apenas entre as partes, mesmo com a previsão de homologação judicial. A homologação é apenas uma restrição maior à eficácia de certos negócios jurídicos processuais. Mas isso não significa que a autonomia das partes seja eliminada; a previsão de homologação só sinaliza para um interesse público maior que levou o legislador a ampliar o grau de supervisão do juiz.” CABRAL, Antonio do Passo. **O papel do juiz diante das convenções processuais**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC – Negócios Processuais (tomo 2). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 147.

Tampouco parece ser suficientemente precisa a opinião de Cassio Scarpinella Bueno. O autor reserva ao juiz a possibilidade de simplesmente não homologar o acordo sobre questão de direito, embora não deixe claro quais os critérios a serem adotados pelo juiz quando da decisão⁵⁶¹. Em sentido semelhante se posiciona Daniel Amorim Assumpção Neves, para quem uma delimitação, ainda que voluntária, não pode ser admitida se ocorrer obstáculo à “prestação de tutela jurisdicional de qualidade”⁵⁶².

Ambas as posições acima parecem incompletas. Elas estão adequadas desde a perspectiva das delimitações consensuais como *atos de verdade*: como uma sugestão que as partes submetem, de forma consensual, ao crivo do magistrado sobre as questões relevantes para o julgamento do litígio. O juiz pode deixar de homologá-la se reputa inadequada a proposta trazida à baila pelas partes. Mas as considerações acima não se aplicam àquelas delimitações que constituem autênticos negócios processuais, aqueles acordos por meio dos quais os celebrantes, *por sua livre vontade*, decidem as questões fáticas e jurídicas que desejam discutir no processo.

Deve-se entender que a homologação se processa de outra forma em tais casos. O juiz deve desempenhar por meio dela apenas um controle formal de validade. Ele não participa do negócio jurídico como co-declarante, nem possui o poder de, por seu próprio alvedrio, aceitar ou rejeitar o acordo. Em se tratando de convenção processual com o intuito de definir normativamente as questões de direito a serem julgadas, a homologação do juiz restringe-se apenas ao controle da validade do acordo⁵⁶³.

O acordo de saneamento como ato de vontade encontra subsídio textual na redação do art. 357, §2º. Ao apresentar a “delimitação consensual das questões de fato ou de direito”, nada há que impeça as partes de decidirem conformar os contornos do objeto

⁵⁶¹ “Nada há que impeça, até mesmo por força da lembrança do parágrafo único daquele dispositivo (também rearrumado indevidamente na revisão final do texto do novo CPC, antes de seu envio à sanção presidencial), que o magistrado rejeite a homologação. Se a homologar, contudo, resta vinculado a ela, tanto quanto as partes.” BUENO, Cassio Scarpinella. Art. 357. In: ALVIM, Teresa Arruda (et al). **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 563.

⁵⁶² “A norma deve ser interpretada com o devido cuidado porque não parece viável uma limitação quanto aos fatos ou direitos, ainda que desejada pelas partes, se isso inviabilizar a prestação de tutela jurisdicional de qualidade. Imagino que o juiz, se entender que sem aquela questão de fato ou de direito não tem como decidir com qualidade a demanda judicial, não deve homologar o acordo entre as partes. O próprio dispositivo faz menção à necessidade de homologação, e só depois dela a delimitação passa a vincular as partes e o juiz.” NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de Processo Civil Comentado**: artigo por artigo. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 685.

⁵⁶³ No mesmo sentido, cf. LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. **O saneamento consensual**. In: MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. **Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada: Procedimento comum**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 274-275.

litigioso do processo⁵⁶⁴. Trata-se de uma interessante modalidade de negócio processual atípico, admissível desde que atendidos requisitos de validade incidentes sobre todos as convenções, além de alguns ulteriores requisitos específicos, analisados abaixo (3.2.2.).

Nesse sentido, a questão da norma jurídica aplicável ao caso concreto tem natureza de questão de direito como qualquer outra questão⁵⁶⁵. Deve-se entender, via de consequência, que as partes podem, em acordo de saneamento, delimitar as questões de direito de modo a excluir do objeto da cognição judicial também a questão sobre a aplicabilidade de determinada norma, em acordo vinculante perante o magistrado. É dizer, se as partes decidirem conjuntamente que determinado diploma jurídico se aplica à sua relação jurídica material, podem retirar deste ponto a tacha de questão jurídica controversa, impondo-lhe o reconhecimento por parte do magistrado⁵⁶⁶.

Por outro lado, se estabelecida a premissa de que as partes possuem, *a priori*, o poder de determinar a norma aplicável desde que atendidos alguns critérios gerais de admissibilidade, uma questão que se segue é se este poder necessita se restringir ao momento da decisão de saneamento do processo. É adequado que o CPC/2015 tenha incluído previsão típica neste sentido quando do saneamento do processo: afinal de contas, a fase processual seguinte terá como objetivo a elucidação dos pontos controvertidos, de modo a racionalizar o curso do processo, assegurar o contraditório e evitar a realização de atos desnecessários⁵⁶⁷.

Ocorre, todavia, que não há nenhum óbice a que a delimitação consensual entre as partes seja pactuada em momento anterior no processo, ou antes mesmo da própria instauração de qualquer processo. Como já exposto, o Código atual abriu as portas às

⁵⁶⁴“Evidentemente, tem-se a previsão, no art. 357, §2º, de um negócio processual típico por intermédio do qual as partes têm a oportunidade de delimitar as questões de direito e de fato objeto do processo, isto é, têm a oportunidade de delimitar o objeto litigioso via convenção processual (limitando, por conseguinte, a causa de pedir: os fatos e os fundamentos jurídicos)”. POMJÉ, Caroline. **A mitigação da incidência do adágio iura novit curia em virtude das convenções processuais**: breve análise do art. 357, §2º, do novo Código de Processo Civil. In: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GÓES, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias. (Org.). Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro: Negócios Processuais. 1 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, v. 1, p. 77.

⁵⁶⁵ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento. 20ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 799-800.

⁵⁶⁶ “Em processo civil o Tribunal deve resolver o litígio que as partes lhe tenham submetido, nem mais, nem menos. Onde as partes não estejam em contenda, inexistente lugar para uma decisão do juiz, mesmo que o Tribunal creia melhor ou mais interessante conhecer de pontos litigiosos, não trazidos a juízo, pelas partes. É, com base em tal condição, exclusivamente, que é possível estabelecer limites, razoavelmente, à responsabilidade do Tribunal. Ela não se estende senão ao domínio daquilo que as partes tenham submetido à decisão do juiz.” BAUR, Fritz. **Da importância da dicção “iura novit curia”**. In: Revista de Processo, v. 3, jul.-set./1976, *on-line*.

⁵⁶⁷GRECO, Leonardo. **O saneamento do processo e o projeto de Novo Código de Processo Civil**. In: Revista Eletrônica de Direito Processual, v. VIII, jul./dez. 2011, p. 574-575.

convenções processuais em caráter prévio. Em consequência, está autorizada a conclusão de que as partes podem delimitar a questão jurídica da norma aplicável ao mérito por meio de convenção processual prévia, *e.g.*, no próprio contrato que inaugura a relação de direito material. Trata-se de decorrência da análise conjugada do art. 190 com o art. 357, §2º do CPC. Permite-se, assim, que as partes convençionem o direito aplicável ao mérito do seu litígio, inclusive como convenção pré-processual⁵⁶⁸.

Se realizada em tais condições, a convenção mencionada constituirá uma espécie de negócio jurídico semelhante à cláusula de eleição de direito aplicável ao mérito, tal como se verifica com frequência em contratos internacionais. Ainda, será uma convenção por meio das quais as partes podem modular as questões de direito presentes na causa, seja excluindo algumas delas da apreciação judicial, seja determinando a aplicabilidade de uma ou outra norma, seja ainda liberando o juiz de aplicar alguma norma originariamente aplicável.

Há razão, portanto, na parcela da doutrina que enxerga uma possível analogia dos negócios processuais sobre direito aplicável ao mérito com o artigo 2º da Lei de Arbitragem⁵⁶⁹. É certo que é necessária uma boa dose de cautela para comparar os institutos da arbitragem com o processo judicial, os quais têm natureza e obedecem a lógicas bastante distintas. É igualmente certo que, conforme se argumentará abaixo (3.2.2.), a convenção processual sobre direito aplicável ao mérito possui escopo mais restrito do que a sua contraparte no direito internacional privado.

Apesar disso, o ordenamento já abre margem a negócios jurídicos com o escopo de determinar o direito aplicável ao mérito, como se verifica com frequência na arbitragem. A interpretação da cláusula geral do art. 190 do CPC/2015, portanto, pode se beneficiar de raciocínios por analogia dos artigos 2º da Lei de Arbitragem, ou mesmo do art. 6º da Convenção de Viena de 1980⁵⁷⁰, diploma cuja aplicabilidade em processos judiciais é pacífica. Trata-se ainda de uma das características do conceito de microsistema, que permite influenciar a interpretação da cláusula geral pelos demais

⁵⁶⁸DIDIER JR, Fredie. **Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-15**. In: DIDIER JR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 111.

⁵⁶⁹ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo do conhecimento. 20ª ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 799-800; GRECO, Leonardo. **Os atos de disposição processual**: primeiras reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual, v.1, out./dez. 2007, p. 10; NERY, Rosa Maria de Andrade, NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 762-764.

⁵⁷⁰ Art. 12 do Decreto nº 8.327/2014 (Convenção de Viena de 1980): “As partes podem excluir a aplicação desta Convenção, derogar qualquer de suas disposições ou modificar-lhes os efeitos, observando-se o disposto no Artigo 12”.

elementos normativos presentes em hipóteses típicas com teor semelhante, de modo a se aproveitarem, em interpretação por analogia, as soluções legislativas cunhadas para os casos típicos⁵⁷¹.

O recurso à analogia com a normativa arbitral, ademais, bem se coaduna com a propalada “tendência arbitralizante” que teria inspirado não apenas o legislador de 2015, mas várias outras reformas legislativas mundo afora, a revigorar o instituto dos negócios processuais⁵⁷². Como, na arbitragem, a eleição de direito aplicável é um poder consagrado das partes, não parece haver razão *a priori* a que ela não se estenda aos processos judiciais. Pelo contrário, já se pôde verificar que há um grande reclamo doutrinário pela expansão da autonomia privada no direito internacional privado brasileiro. A proposta aqui defendida vai ao encontro desta tendência.

Ou seja, já existem dispositivos no ordenamento brasileiro que permitem às partes a definição voluntária da aplicabilidade da norma incidente no seu caso concreto. Por outro lado, o CPC/2015 inovou ao estabelecer uma cláusula geral de negociabilidade processual, cujo conteúdo deve ser determinado mediante a técnica da concreção, em labor interpretativo a ser empreendido também pela pesquisa doutrinária. É dizer, a passagem do CPC/2015 não encerrou em si mesma todas as possíveis modalidades de negócios processuais, mas abriu margem para o desenvolvimento de possibilidades não previstas pelo regramento processual positivo.

Em tais condições, não parece haver óbice a que a delimitação consensual das questões de direito, operada como negócio processual, tenha como escopo a eleição de norma aplicável ao mérito da relação processual operada entre as partes. Ainda, o fato de a delimitação consensual de questão de direito estar prevista unicamente na parte referente ao saneamento e organização do processo não impede que um negócio com o mesmo objeto seja celebrado em outro momento do processo, ou até mesmo anteriormente ao surgimento de qualquer processo. A eleição pode ocorrer antes da deflagração da controvérsia judicial, ostentando a natureza de convenção prévia. Operada

⁵⁷¹ “Da mesma forma, os acordos processuais típicos contribuem para o controle dos acordos processuais atípicos em razão de representarem certos modelos legalmente tipificados que, se pertencentes ao mesmo subsistema dos acordos atípicos, podem suplantar os requisitos comuns da cláusula geral quando a convenção atípica obedecer à mesma lógica funcional e consequencial.” VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. **Convenções Processuais no Paradigma do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Gramma, 2017, p. 213.

⁵⁷²Por todos, cf. GRECO, Leonardo. **Os atos de disposição processual – primeiras reflexões**. Revista Eletrônica de Direito Processual, v.1, out./dez. 2007, p. 21.

em tais moldes, ela assumirá uma feição semelhante a uma cláusula de eleição de direito aplicável ao mérito.

Portanto, a análise conjunta da cláusula geral de negociabilidade processual, à luz dos elementos normativos do microsistema na qual ela se insere, fornece suficiente substrato normativo para permitir a eleição de norma aplicável ao mérito como modalidade de negócio processual atípico.

A convenção processual sobre norma aplicável ao mérito, todavia, se submete a um conjunto de critérios gerais de admissibilidade, os quais serão analisados posteriormente (3.2.2.). Por ora, pretende-se elencar ainda alguns outros fundamentos favoráveis à interpretação aqui defendida, bem como procurar afastar algumas possíveis objeções.

3.2.1.2. Fundamento comparatístico

Como um segundo argumento em favor da admissibilidade teórica das convenções processuais sobre norma aplicável ao mérito, pode-se verificar que outros países de tradição civil-processual semelhante à brasileira incluem dispositivos de caráter semelhante em seus regramentos processuais, algo que não passou despercebido pela doutrina brasileira⁵⁷³. Dessarte, a análise, ainda que breve, de outros sistemas jurídicos fornece plausibilidade para a interpretação defendida neste trabalho.

É relevante, de início, observar que os países nos quais vigem normas concernentes a acordos sobre direito aplicável ao mérito são justamente aqueles cuja experiência com o instituto dos negócios processuais é mais desenvolvida. Notadamente, são os regramentos francês e italiano os mais relevantes para a presente análise.

O CPC francês admite implicitamente a convenção para definição da norma aplicável no seu art. 12⁵⁷⁴. A primeira e a segunda parte de referido artigo consagram a

⁵⁷³ Por exemplo, cf. LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade Processual**: a liberdade das partes no processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 316; DIDIER JR, Fredie. **Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-15**. In: DIDIER JR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 111.

⁵⁷⁴ Art. 12 do *Code de Procédure Civile*: “Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.

Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée.

Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat.

Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé.” (g.n.).

vinculação do juiz às regras de direito originariamente aplicáveis ao litígio. Além disso, afirma-se o brocardo *iura novit curia*, na medida em que se autoriza o magistrado a dar a qualificação aos fatos e atos litigiosos que julgar mais apropriada, independentemente da denominação proposta pelas partes.

A novidade, todavia, reside na terceira e na quarta partes daquele artigo: limita-se a requalificação judicial de ofício na hipótese em que as partes hajam firmado acordo expresso definindo os pontos de direito discutidos e a sua correta qualificação ([o juiz] “*ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties (...) l’ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat*”). Basta, segundo a redação do dispositivo, que o acordo verse sobre direitos disponíveis (“*pour les droits dont elles ont la libre disposition*”).

Sobre a norma do direito francês, Loïc Cadiet afirma que ela pertence à categoria dos “acordos relativos ao ofício do juiz”⁵⁷⁵. Ainda segundo o autor, a norma extraída da redação do art. 12 é capaz tanto de reduzir quanto de ampliar os poderes do juiz na determinação de um caso concreto.

A norma pode tolher poderes do juiz na medida em que confere às partes a liberdade de definir, em caráter vinculante, a qualificação dos “fatos e atos litigiosos”. Isso pode se consubstanciar, por exemplo, na exclusão do objeto litigioso de eventual discussão a respeito da validade de um contrato, de modo a limitar-se o debate à questão da sua inexecução. Ainda, pode-se tomar como ponto de direito incontroverso a aplicabilidade de lei estrangeira em detrimento da lei francesa em determinado caso concreto.

Igualmente, a norma permite ampliar a função do juiz, pois reserva às partes o poder de lhe conferirem a missão de agir como “*amiable compositeur*”, isto é, para julgar o caso de acordo a equidade⁵⁷⁶. Em tais casos, o julgamento deixa de ser pautado restritamente pela normativa jurídica originariamente aplicável, podendo o julgador se utilizar de fundamentação extrajurídica (ou mesmo jurídica, valendo-se o julgador

⁵⁷⁵ CADIET, Loïc. **Os acordos processuais no direito francês**: situação atual da contratualização do processo e da justiça na França. In: CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa: Seis lições brasileiras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 92.

⁵⁷⁶ “Ao atuar como conciliador amigável, o juiz não é obrigado a aplicar normas de direito: ele está como que em um estado de “vazio legal”. Sem dúvida, o juiz pode aplicar as regras de direito normalmente aplicáveis, se a sua incidência conduzir à solução equitativa do litígio, mas não há nenhuma exigência nesse sentido”. CADIET, Loïc. **Os acordos processuais no direito francês**: situação atual da contratualização do processo e da justiça na França. In: CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa: Seis lições brasileiras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 92.

livremente de diplomas não originariamente aplicáveis à relação) para atingir o resultado que julgar mais equânime no caso concreto.

Seja como for, o processo civil francês atual, de forma semelhante ao disposto no art. 357, §2º, do CPC/2015, concede às partes a liberdade para pactuar sobre as questões de direito e sobre a qualificação no âmbito de direitos disponíveis, em acordo que vincula o Judiciário.

Registre-se também que o Código de Processo Civil luxemburguês replica, no seu art. 61, parte da norma do CPC francês, com a exceção da parte relativa ao acordo sobre equidade⁵⁷⁷.

Também o processo civil italiano possui norma semelhante no art. 114 do seu CPC⁵⁷⁸. A norma italiana é mais restrita que a sua correspondente francesa, fazendo referência apenas à possibilidade de convenção para julgamento por equidade (“*pronuncia secondo equità a richiesta di parte*”). Erige-se como limite objetivo, assim como no direito francês, que o mérito da causa diga respeito a direitos disponíveis das partes.

A respeito da norma italiana, Remo Caponi entende ser “muito problemática” a perspectiva de um acordo sobre a qualificação jurídica aplicável para resolver a controvérsia, na mesma linha da norma existente no processo civil francês, por conta da redação do art. 113 do *Codice*⁵⁷⁹. O autor propõe, *de lege ferenda*, uma alteração da redação do artigo para que a pronúncia segundo direito seja excepcionável não apenas pelo julgamento por equidade (“*salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equità*”), mas sim por outros tipos de julgamento, desde que previstos por lei (“*salvo che la legge disponga altrimenti*”)⁵⁸⁰.

⁵⁷⁷Art. 61 do *Code de Procédure Civile* luxemburguês: “Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables.

Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s’arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée.

Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d’un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l’ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat.” (g.n.). Registre-se que a menção ao direito luxemburguês foi notada originalmente no já citado livro de Rodrigo Ramina de Lucca.

⁵⁷⁸Art. 114 do *Codice di Procedura Civile*: “Il giudice, sia in primo grado che in appello, decide il merito della causa secondo equità’ quando esso riguarda diritti disponibili delle parti e queste gliene fanno concorde richiesta.”

⁵⁷⁹Art. 113 do *Codice di Procedura Civile*: “Nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto, **salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equità**” (g.n.).

⁵⁸⁰CAPONI, Remo. **Autonomia privata e processo civile**: gli accordi processuali. *On-line*, p. 12.

Ademais, Remo Caponi também observa que o processo civil alemão parece admitir a ideia de que haja acordo entre as partes sobre qualificação jurídica da *fattispecie* que vincule o juiz⁵⁸¹.

Se países com tradição processual civil próxima à brasileira e com pioneirismo no desenvolvimento contemporâneo do instituto dos negócios processuais admitem acordos sobre a norma aplicável ao mérito, é ao menos plausível que também o processo civil brasileiro possa fazê-lo, agora que o CPC/2015 contempla os negócios processuais com força inédita no seu regramento processual.

É certo que não se pode superdimensionar a importância da evidência de direito comparado na análise, sob pena de se incorrer em uma falácia lógica. Afinal de contas, é perfeitamente possível que os ordenamentos acima citados contemplem acordo do gênero, e não o ordenamento brasileiro. De uma coisa não decorrerá, necessariamente, a outra. Por isso que uma análise normativo-sistemática, como a empreendida no tópico anterior, se faz crucial para a verificação da possibilidade no processo civil brasileiro.

Contudo, a evidência disponível nos ordenamentos francês, italiano, luxemburguês e alemão quando menos sugere inexistir alguma espécie de incompatibilidade intransponível entre a tradição processualística da *Civil Law* e um acordo sobre norma aplicável ao mérito que vincule o juiz. Dessa forma, um argumento que defenda a terminante impossibilidade ou inadmissibilidade de acordo sobre norma aplicável com base em “princípios basilares” de nosso processo civil (e.g., o adágio *iura novit curia*) suscitaria uma reação de maior ceticismo, ante a evidência contrária advinda de sistemas jurídicos nacionais que compartilham de muitas das nossas premissas.

Como argumento contrário, poder-se-ia observar que todos os ordenamentos jurídicos acima mencionados encontram disposições legislativas expressas prevendo a possibilidade de acordo vinculante para o juiz sobre fundamentação jurídica, eleição de direito aplicável ao mérito ou convenção de julgamento por equidade. Por outro lado, seguiria a objeção, o Código de Processo Civil brasileiro parece silenciar sobre o tema,

⁵⁸¹“Anche nell’ordinamento tedesco, l’assenza del potere del giudice di valutare *in iure* la pretesa fatta valere dall’attore in ipotesi di riconoscimento della domanda ha dischiuso la porta all’idea che l’accordo delle parti possa vincolare il giudice ad una certa qualificazione giuridica della *fattispecie* dedotta in giudizio o ad un certo insieme di norme.” CAPONI, Remo. **Autonomia privata e processo civile**: gli accordi processuali. *On-line*, p. 12. Sobre o tema, cf. ainda o importante artigo de Fritz Baur, que comenta sobre a possibilidade de as partes vincularem o Judiciário ao exame dos fatos à luz de certo aspecto jurídico, ou então à conclusão das próprias partes quanto a certa questão de direito. BAUR, Fritz. **Da importância da dicção “iura novit curia”**. In: Revista de Processo, v. 3, jul.-set./1976, *on-line*.

não chegando em nenhum momento a reconhecer de forma típica o acordo sobre norma aplicável.

A melhor resposta à objeção atentar-se-á para o fato de que nenhum desses referidos países prevê uma cláusula geral de negociação processual, a qual dispensa a necessidade de expressa previsão legislativa para todo e qualquer acordo. Assim, embora não haja previsão típica, uma interpretação capaz de densificar o conteúdo da cláusula geral, embasada nas demais normas do microsistema de negociabilidade processual (em especial os artigos 357, §2º do CPC e 2º da Lei nº 9.307/1996), é perfeitamente capaz de fundamentar um acordo sobre norma aplicável à solução do mérito da controvérsia judicial. Não se esqueça, de qualquer forma, que o art. 357, §2º do CPC/2015 constitui previsão típica de acordo cujo conteúdo pode envolver a eleição de norma aplicável, na linha do que se defendeu no tópico anterior. Seria apenas parcialmente verdadeiro, portanto, que a eleição de direito aplicável não encontra guarida em nenhuma hipótese típica do processo civil brasileiro.

3.2.1.3. Fundamento principiológico

Um terceiro motivo em favor da admissibilidade dos negócios processuais sobre norma aplicável ao mérito se fundamenta na comunhão de princípios que embasa os dois institutos. Como já mencionado anteriormente (3.1.1.1.), milita a favor de ambos uma série de racionalidades comuns.

Em primeiro lugar, tanto a eleição de direito aplicável ao mérito quanto os negócios processuais possuem como fundamento principal a liberdade dos contraentes. Ambos os institutos partem do pressuposto que os indivíduos – especialmente aqueles materialmente capazes de tomar decisões conscientes e livres – devem gozar de ampla margem de autonomia pelo ordenamento jurídico⁵⁸². Desse modo, um sistema jurídico respeitoso da autonomia das partes lhes deferirá a liberdade para criar e definir as regras da própria relação contratual e/ou processual. Ao se permitir a eleição de direito aplicável por meio de negócio processual, portanto, a autonomia privada, cuja força normativa encontra guarida na Constituição, resulta duplamente prestigiada.

⁵⁸² “De outro lado, em relações dotadas de maior paridade, em que os sujeitos têm a possibilidade concreta de fazer escolhas – exercendo, pois, materialmente, sua liberdade – a autonomia privada, como poder de autorregulamentação, poderá ser aplicada em extensão muito maior, e sob uma compreensão qualitativamente diversa.” FACHIN, Luiz Edson. **Autonomia privada e estipulação contratual**. In: FACHIN, Luiz Edson. *Soluções Práticas de Direito: Pareceres*, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 333.

Como observação ulterior, vê-se que a autonomia privada encontra-se num momento de reafirmação no direito brasileiro. Além do próprio CPC/2015, importante fonte normativa bastante favorável à liberdade, a Lei da Liberdade Econômica representa mais uma evidência normativa em favor do robustecimento do princípio, bem como da expansão de suas consequências práticas⁵⁸³. Ademais, já são muito consistentes e antigos os reclames pela reafirmação da autonomia privada no campo do direito internacional privado pela doutrina desde o recrudescimento legislativo da década de 1940⁵⁸⁴. Assim, a interpretação defendida neste trabalho vai ao encontro da atual tendência pró-liberdade do ordenamento jurídico.

Também o princípio da cooperação é promovido por ambos os institutos. Em se compreendendo o tema da norma jurídica aplicável ao mérito de um caso concreto como uma questão pertencente à controvérsia jurídica das partes, não parece que deva haver óbice *a priori* a que as partes a delimitem, se um consenso a respeito do tema se revelar possível, por comum acordo.

Pelo contrário, conceder-lhes esse poder abre margem a uma conduta cooperativa das partes no contexto de um litígio, algo que pode reduzir o escopo do objeto litigioso. Permite-se que se afaste, assim, o caráter adversarial da relação processual naquela parte em que ele não se demonstrar necessário, o que pode também servir para evitar uma discussão longa e infrutífera das partes sobre o tema⁵⁸⁵.

Por outro lado, a eficiência também figura como uma premissa em favor da aceitabilidade tanto dos negócios processuais quanto da convenção sobre a norma aplicável ao mérito. Como já se pôde expor acima, argumenta-se na literatura

⁵⁸³ Veja-se, por exemplo, o novo parágrafo 2º do art. 113 do Código Civil: “§2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.”.

⁵⁸⁴ Por exemplo, cf. VALLADÃO, Haroldo. **Autonomia da vontade no Direito Internacional Privado. Contratos e transações internacionais**. In: Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro, v.1, n.1. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 81-82; DOLINGER, Jacob. **Direito Internacional Privado: Direito civil internacional**, v. II: Contratos e obrigações no Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: Renovar: 2007, p. 441-442; GAMA JR, Lauro, **Autonomia da vontade nos contratos internacionais no direito internacional privado brasileiro: uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável**, in Carmen Tiburcio e Luís Roberto Barroso (eds.) O Direito Internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, *passim*; MEDAGLIA, Ivo de Paula. **O Direito Aplicável ao Mérito das Controvérsias Internacionais Submetidas à Arbitragem**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 74-75.

⁵⁸⁵ “Se è vero che il processo civile è diretto ad assicurare che gli interessi protetti dalle norme di diritto sostanziale siano realizzati, anche nella ipotesi di mancata cooperazione spontanea fra i soggetti, perché non recuperare tutti gli spazi di agibilità per quest’ultima, laddove la cooperazione non faccia integralmente difetto, ma si indirizzi ad una convergente disciplina negoziale di alcune fra le relazioni processuali delle parti?” CAPONI, Remo. **Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali**. *On-line*, p. 9.

especializada que a autonomia privada na eleição de direito aplicável tende a promover um estado de coisas mais eficiente, na medida em que permite às próprias partes – possuidoras do maior conhecimento sobre a sua situação concreta – a liberdade para, agindo como agentes racionais, tomar todas as medidas aptas a maximizar a utilidade na sua própria relação privada. Trata-se de uma racionalidade cuja cogência parece se estender também aos negócios processuais. Ademais, na mesma linha do princípio da cooperação, um acordo vinculante das partes que delimite a questão da norma jurídica aplicável tenderá a fomentar a eficiência na medida em que tem o potencial de evitar discussões longas e onerosas entre as partes.

Tendo em vista a principiologia inerente a ambos os institutos, é possível concluir que, mesmo que seja considerada uma interpretação inovadora da cláusula geral de negociabilidade processual, a convenção sobre norma aplicável ao mérito se revela uma inovação legítima, que consagra um negócio processual atípico coadunado com as premissas que embasam o instituto. Assim, não se trata de um desenvolvimento normativo espúrio, mas que caminha no mesmo sentido da generalidade dos negócios processuais.

3.2.1.4. Convenção sobre norma aplicável ao mérito e a máxima *iura novit curia*

Após reunir alguns argumentos em favor da admissibilidade em princípio dos acordos, este trabalho procurará enfrentar algumas objeções, tanto efetivamente levantadas pela doutrina quanto hipotéticas, às convenções sobre norma aplicável ao mérito. Conforme se argumentará, nenhuma delas parece forte o suficiente para infirmar a admissibilidade teórica da figura.

A mais bem fundamentada objeção às convenções processuais formulada na doutrina brasileira foi levantada por Rodrigo Ramina de Lucca⁵⁸⁶. Qualquer defesa da admissibilidade do instituto deverá enfrentar os argumentos apresentados pelo autor; igualmente, qualquer opositor das convenções defendidas aqui encontrará no seu trabalho valiosos subsídios teóricos para rejeitar-lhes a validade.

O fundamento da objeção de Rodrigo Ramina de Lucca aos negócios processuais sobre norma aplicável ao mérito reside no caráter indisponível do Direito objetivo. À diferença do material fático do processo, que costuma ser disponível às partes, o Direito,

⁵⁸⁶ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade Processual**: a liberdade das partes no processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 309-330.

sendo de titularidade do Estado desde a Era Moderna, não poderia jamais ser objeto de negociação pelos litigantes. Esta tratar-se-ia, aliás, de “uma das mais relevantes exceções ao princípio dispositivo” no processo civil⁵⁸⁷.

É dizer, o resultado do fenômeno de “domesticação” das fontes jurídicas pelo Estado implicou a sua retirada da esfera de disponibilidade das partes. Os indivíduos gozam de direitos subjetivos, mas a norma que lhes dá fundamento, o Direito objetivo, seria de titularidade exclusiva do Estado. Em consequência, enquanto age na função judicativa, o Estado-juiz possui o dever de tutelar este seu patrimônio, garantindo-lhe as marcas de coerência e de homogeneidade, em vista do caráter de aplicabilidade universal das normas jurídicas. Via de consequência, qualquer ato de disposição das partes sobre o Direito objetivo importaria na inadmissibilidade do mesmo ato.

Da relação travada entre Estado e Direito, surgiria como decorrência lógica o aforismo *iura novit curia*. Sua fonte residiria menos num único subsídio positivo concreto (conquanto eles existam⁵⁸⁸) e mais numa confluência de fatores fundacionais do sistema jurídico em sua moderna configuração, bem como no interesse social e institucional pela correta e homogênea aplicação do Direito, para além do caráter coercitivo das normas jurídicas.

As consequências do adágio *iura novit curia*, ainda na opinião do autor, são cinco⁵⁸⁹:

(a) a incontrovérsia jurídica é irrelevante ao Estado-jurisdição; (b) o juiz pode alterar a qualificação jurídica dada aos fatos pelas partes; (c) o Estado-juiz não está vinculado aos enunciados normativos invocados pelas partes como aplicáveis ao caso; (d) o Estado-juiz pode ignorar o *nomen iuris* dado pela pretensão à parte; e (e) as partes não têm o ônus de produzir nenhuma prova em relação à existência, à vigência ou ao conteúdo de determinada norma jurídica.

Nesse sentido, entende Rodrigo Ramina de Lucca que o fato de as partes deixarem de controverter sobre uma questão de direito, ainda que pactuem expressamente a respeito dela, não possui o condão de vincular o juiz. Na condição de agente do Estado-jurisdição no processo, o magistrado assume a responsabilidade pela salvaguarda do patrimônio jurídico que é próprio do Estado. Que as partes concordem a respeito da

⁵⁸⁷ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade Processual**: a liberdade das partes no processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 310.

⁵⁸⁸ O autor cita, por exemplo, o art. 8º do CPC/2015: “Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

⁵⁸⁹ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade Processual**: a liberdade das partes no processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 314.

questão da aplicabilidade de determinada norma de direito jamais teria o condão de afastar a prerrogativa do magistrado de investigar a questão e, ao entender de forma diversa, aplicar outra norma⁵⁹⁰. Assim, uma convenção processual sobre norma aplicável ao mérito, por dizer respeito à matéria jurídica, seria inadmissível.

Discorda-se, contudo, da conclusão atingida pelo autor.

É certo que a configuração tradicional da relação entre Direito, Estado e juiz, representada pelo adágio *iura novit curia*, confere ao magistrado uma posição de enorme responsabilidade no que concerne às questões de direito. Apesar disso, o autor não parece demonstrar por que razão a referida relação, na forma como estabelecida desde o panorama legicentrista do século XIX, não poderia ser alterada por escolha legislativa do próprio Estado.

Assim como uma das mais significativas realizações do Direito pós-revolucionário, caracterizado elucidativamente por Paolo Grossi como o início do absolutismo jurídico⁵⁹¹, consistiu na progressiva identificação entre Estado, Direito e Legislação⁵⁹², é fato que esta atual configuração possui caráter histórico, numa historicidade que admite novas possibilidades. Não deve imperar a impressão de que o atual monopólio estatal sobre as fontes do direito implique, de forma absoluta e imutável, a exclusiva dominação do Estado sobre o Direito, ou um insuperável protagonismo do juiz no que toca às questões de direito do processo.

Aliás, a doutrina do direito internacional privado caminha exatamente para um entendimento semelhante, no sentido de se retirar o foco dos Estados na determinação do direito aplicável em favor dos indivíduos⁵⁹³. Como já se pôde argumentar (3.1.1.), o ocaso do panorama legicentrista, verificado tanto da perspectiva do direito material quanto do direito processual, ocasionou um movimento de reivindicação pela reafirmação da

⁵⁹⁰ Em sentido semelhante, cf. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Limites da Liberdade Processual**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020, p. 143.

⁵⁹¹“La Rivoluzione, in questo decisamente unitaria dal 1789 al 1795, è la completa riduzione del *droit* a un complesso di *lois* (...) La legge è l'unica fonte del diritto, perché è anche l'unica fonte che, in grazia della sua astrattezza generalità rigidità, può garantire l'unità giuridica dello Stato francese. Ovviamente, si provvede ad apprestarle tutto un supporto protettivo, che degenera subito in un efficace apparato mitologico”. GROSSI, Paolo. **L'Europa del Diritto**. 7ª ed. Roma: Editori Laterza, 2011, p. 108-9. Quanto ao fruto do pensamento revolucionário no campo do direito, “il risultato non poteva che essere uno: la completa statualità del diritto, il potere politico supremo quale unica fonte del diritto, un rigoroso monismo giuridico che si sostituiva al vecchio pluralismo. Insomma, quello che abbiamo chiamato più sopra un vincolante *assolutismo giuridico*” (*Ibidem*, p. 137).

⁵⁹² COSTA, Pietro. **O Estado de Direito**: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 102-107.

⁵⁹³ Cf., por exemplo, LEHMANN, Matthias, **Liberating the individual from battles between states**: Justifying party autonomy in conflict of laws. In: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 41:381, p. 381-434.

autonomia das partes para disciplinar juridicamente as suas próprias relações⁵⁹⁴. A recente criação de instrumentos como os Princípios da Haia representa uma evidência da tendência mencionada no contexto internacional⁵⁹⁵; a própria expansão da figura dos negócios processuais representa ainda outra importante tendência no mesmo sentido. Não há por que defender que, apesar da enorme abrangência de um fenômeno tão significativo, apenas a posição de monopólio do Estado com relação ao Direito, e a sua consequência no processo representada pelo adágio *iura novit curia*, seja imune à tendência de maior participação e reconhecimento da autonomia dos indivíduos.

A propósito, com relação à interpretação do adágio *iura novit curia*, já há várias décadas que Fritz Baur defendeu, no seu influente artigo sobre o tema, uma interessante compreensão acerca do seu conteúdo⁵⁹⁶. Na opinião do autor, é certo que as partes podem dar resolução a sua controvérsia por meio de transação, por meio da qual assumam como verdadeiras questões de direito antes debatidos no processo, em acordo que se fará obrigatório para o Judiciário. Segue daí que as partes devem ter o direito de fazer “declarações concordantemente obrigatórias” para o juiz, inclusive sobre questões prejudiciais⁵⁹⁷. Eis por que, ainda segundo o autor, é errônea uma compreensão do *iura*

⁵⁹⁴ Os Princípios da Haia são um instrumento elaborado pela *Hague Conference on Private International Law* e com redação final aprovada em 19/03/2015, com o intuito de unificar os diplomas legislativos de direito internacional privado no mundo todo, atribuindo-lhes maior uniformidade e direcionando-os em favor de uma mais expansiva aceitação do princípio da autonomia privada na eleição de direito aplicável ao mérito.

⁵⁹⁵Veja-se, porexemplo, a redação do preâmbulo do instrumento: “The objective of the Principles is to encourage the spread of party autonomy to States that have not yet adopted it, or have done so with significant restrictions, as well as the continued development and refinement of the concept where it is already accepted. Party autonomy meets the legitimate expectations of the parties in this environment and, as such, advances foreseeability and legal certainty.” Ainda sobre os Princípios, cf. SCHWARTE, Andreas. **New Trends in Parties’ Options to Select the Applicable Law?** The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts in a Comparative Perspective. In: University of Saint Thomas Law Journal, v. 12, 2015, p. 93; DOUGLAS, Michael; LOADSMAN, Nicholas. **The impact of the Hague Principles on Choice of Law in International commercial contracts.** In: Melbourne Journal of International Law, v. 19, n. 1, 2018, p. 1-23.

⁵⁹⁶BAUR, Fritz. **Da importância da dicção “iura novit curia”.** In: Revista de Processo, v. 3, jul.-set./1976, on-line.

⁵⁹⁷“Não é absolutamente impossível que as partes possam terminar os debates, em separado, por uma transação, segundo a qual o réu concorda em se deixar tratar, no contexto daquela lide como sócio, desde que o autor assevera que ele não invocará tal qualidade, oriunda daquela transação, num processo futuro. Se tal transação é possível e obrigatória para o Tribunal, deve-se admitir que as partes façam declarações concordantemente obrigatórias para o juiz, tendo em vista a apreciação de situações jurídicas processuais. A isto, acrescente-se – como Schlosser acaba de demonstrar – que as partes podem acordar, no plano do direito material e no domínio do *ius dispositivum*, em agir uma contra a outra, de tal forma como se as condições da norma jurídica estivessem, efetivamente, presentes. Se assim é – assevera Schlosser com razão – não há que se ver óbice, no sentido de se entender que uma tal transação não seria admissível, pendente o processo.” BAUR, Fritz. **Da importância da dicção “iura novit curia”.** In: Revista de Processo, v. 3, jul.-set./1976, on-line.

novit curia que implique a possibilidade de o Judiciário desprezar as conclusões das partes sobre as normas jurídicas invocadas⁵⁹⁸.

Por outro lado, incluir o Direito como questão absolutamente indisponível, à revelia dos indivíduos, destinatários finais e propósito de toda e qualquer norma jurídica⁵⁹⁹, parece inverter a relação de hierarquia mais adequada. O exercício razoável da liberdade pelos indivíduos, inclusive no que diz respeito à aplicabilidade das normas jurídicas dispositivas incidentes sobre a sua relação, deve prevalecer sobre a pura e simples indisponibilidade de todas as questões de direito, arranjo que, se um dia já se mostrou justificável dentro de um panorama teórico legicentrista e absolutista, hoje não possui mais sustentação político-moral.

O cerne da questão, assim, consiste em saber se ao Estado, muito embora tenha assumido o monopólio do Direito objetivo, é dado o poder de trazer uma vez mais as partes para colaborar na produção do próprio Direito. Entende-se, neste trabalho, não haver nenhum óbice para tanto. Aliás, é precisamente esta a opção legislativa operada por vários ordenamentos jurídicos da Civil Law, como a França e a Itália. O Brasil, argumenta-se aqui, ingressou na mesma tendência a partir da entrada em vigência do CPC/2015, conforme se pode constatar a partir da leitura conjunta dos seus artigos 190 e art. 357, §2º, para além das já mencionadas normas da Lei de Arbitragem, da Convenção de Viena de 1980 e da Lei de Liberdade Econômica. O conjunto dos elementos normativos, analisados de forma sistemática, consagra o direito das partes de dispor sobre a norma jurídica aplicável ao mérito.

Nesse sentido, tem razão a parcela da doutrina que vislumbra no novo regramento processual um redimensionamento do adágio *iura novit curia*⁶⁰⁰.

Ademais, não se deve passar a impressão de que as recentes alterações legislativas teriam ocasionado a derrogação integral da máxima. A melhor descrição da alteração normativa engendrada pelo CPC/2015 a de um redimensionamento, uma relativização do adágio. A tutela dos direitos indisponíveis, das normas jurídicas cogentes

⁵⁹⁸“A dicção *iura novit curia* não significa que o Tribunal disponha do monopólio da aplicação do direito: desconhecendo ou desprezando as conclusões das partes tendo em vista normas jurídicas invocadas pelos litigantes”. E ainda: “Dessume-se, de tais considerações, que a afirmação segundo a qual o juiz deve esclarecer a situação jurídica “verdadeira”, não vale, tendo em vista o direito atual, senão no contexto daquilo que tenha remanescido como litigioso, entre as partes”. BAUR, Fritz. **Da importância da dicção “iura novit curia”**. In: Revista de Processo, v. 3, jul.-set./1976, on-line.

⁵⁹⁹ FINNIS, John. **The priority of persons**. In: FINNIS, John. *Intention and Identity: Collected Essays* – vol. II. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 19-35.

⁶⁰⁰Por exemplo, cf. SCARPARO, Eduardo Kochenborger; POMJÉ, Caroline. **O negócio processual saneador: entre o princípio dispositivo material e o *iura novit curia***. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 13, 2018, p. 1009-1012.

e da matéria de ordem pública permanece intocada. Se violadas qualquer um de tais limites, eventual acordo das partes será inválido, devendo ter seu cumprimento recusado pelo magistrado exatamente de acordo com a compreensão tradicional do instituto. Às partes não é dado o poder de inaugurar um sistema jurídico *ex nihilo*, impondo-lhe o reconhecimento pelo Estado. Apenas dentro dos limites subjetivos e objetivos impostos pelo Estado-legislador e tutelados pelo Estado-juiz é que as convenções processuais sobre norma aplicável ao mérito serão admissíveis.

Em conclusão, defende-se aqui que uma leitura conjunta do art. 190 com o art. 357, §2º, ambos do CPC/2015, consagra uma relativização do adágio *iura novit curia*, relativização esta tanto possível quanto legítima. No domínio do *ius dispositivum*, a possibilidade de as partes pactuarem sobre questão jurídica deve ser assegurada, conforme o possibilita a análise conjugada do art. 357, §2º com o art. 190 do CPC/2015. Há substrato normativo bastante para defendê-lo; há evidências normativas advindas de ordenamentos processuais próximos ao brasileiro; há comum fundamentação na principiologia dos dois institutos.

Dentro dos parâmetros de aceitabilidade examinado abaixo (3.2.2.), deve-se compreender que a convenção processual sobre norma aplicável é vinculante para o Judiciário, que não pode invalidar o acordo das partes apenas por força do adágio *iura novit curia*. Antes, cabe-lhe apenas o controle de validade formal, a não ser na hipótese de violação dos limites subjetivos e objetivos incidentes. Trata-se de um redimensionamento do adágio *iura novit curia* no processo civil, que vê o seu alcance tradicional reduzido em favor da autonomia das partes.

3.2.1.5. Convenção sobre norma aplicável ao mérito e objeto dos negócios processuais

Como uma segunda objeção à possibilidade defendida nesta dissertação, poder-se ia sugerir que não faria parte do objeto dos negócios processuais a figura do acordo sobre norma aplicável ao mérito. Afinal de contas, os negócios processuais teriam como objeto aspectos exclusivamente processuais do litígio, como a modulação do procedimento e as situações jurídicas processuais das partes. Não se poderia, portanto, invocar a normativa processual para dispor do direito material. Assim, um acordo sobre norma aplicável ao mérito jamais poderia constituir objeto de algum negócio processual.

Some-se a isso a redação literal do art. 190 do CPC/2015, que parece restringir as categorias de negócios processuais apenas a duas possibilidades: a estipulação de

“mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa” e o acordo sobre “ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”.

Em sendo correta a estrita limitação do objeto dos negócios processuais apenas a alterações procedimentais e a situações jurídicas processuais, a convenção sobre norma aplicável ao mérito pareceria não se adequar totalmente a nenhuma das hipóteses elencadas. Trata-se de acordo cujo conteúdo transcende simples alteração procedimental; por outro lado, não concerne especificamente a direitos e deveres processuais, mas sim à relação jurídica de caráter material. Portanto, seguiria a objeção, a redação do art. 190 não contemplaria qualquer convenção sobre aplicabilidade do direito material⁶⁰¹.

Tampouco esta objeção parece ser suficiente para infirmar a validade das convenções aqui defendidas, contudo.

Para além dos acordos procedimentais e sobre situações jurídicas processuais, já se teve a oportunidade de defender, na primeira parte da dissertação, a existência de uma terceira categoria de negócios processuais, na linha da teorização de Eduardo Talamini. O CPC/2015 contempla uma terceira categoria de negócios processuais, dependentes não apenas da disponibilidade processual, mas também e principalmente da disponibilidade material dos direitos envolvidos. Em a havendo, as partes poderiam, por exemplo, convencionar sobre o objeto da cognição judicial e sobre meios de prova⁶⁰². O tema será novamente retomado em momento subsequente (3.2.2.1.).

Por ora, basta ter em mente que a convenção sobre norma aplicável, conquanto ostente natureza material, também possui processualidade suficiente para atrair a incidência do regramento processual. Na medida em que uma convenção do gênero tem como objeto a modulação da cognição judicial, seja limitando-a (nos casos de vinculação dos fatos litigiosos a determinada qualificação ou norma incidente convencionada pelas partes), ampliando-a (nos casos de convenção de julgamento por equidade) ou de alguma forma condicionando-a, ela transcende o domínio estrito do direito material e adquire faceta também processual.

⁶⁰¹ Esta era, inclusive, a opinião original do autor da presente dissertação, exposta em trabalho de conclusão de curso defendido no curso de especialização do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, de Curitiba-PR, em junho de 2018, sob a supervisão do Prof. Dr. Paulo Osternack Amaral. Cf. SANTOS, Rodrigo Bley. **Eleição de Direito Aplicável ao Mérito como Modalidade de Negócio Jurídico Processual Atípico**. Monografia (Especialização em Direito Processual Civil) – Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, Curitiba, 2018, p. 35-37.

⁶⁰²TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. In: Informativo Justen, Pereira Oliveira e Talamini, nº 104. Curitiba, 2015, p. 10-13.

Eis por que o acordo de eleição de direito aplicável ao mérito tem natureza, na dicção de Loïc Cadiet, de um “acordo sobre o ofício do juiz”⁶⁰³. Desde a perspectiva dos efeitos do acordo sobre o juiz, portanto, o negócio jurídico em tela pode ser qualificado como processual. Não é outra, aliás, a conclusão extraível a partir da análise dos ordenamentos italiano e francês, que preveem hipóteses típicas de acordo de eleição de norma aplicável ao mérito e/ou de julgamento por equidade nos seus regramentos processuais.

Some-se a isso o fato, já argumentado acima (3.2.1.1.), de que há previsão típica, no CPC/2015, de convenção sobre delimitação consensual das questões de direito, no art. 357, §2º. Dessarte, pode-se concluir que o CPC abriu a porta, por meio de via típica, para a negociação processual sobre o objeto da cognição judicial, o que retira força da tese de que um acordo do gênero possuiria natureza apenas material.

3.2.1.6. Conveniência da convenção sobre norma aplicável ao mérito

Como uma terceira possível objeção, pode-se argumentar que a convenção sobre norma aplicável ao mérito, especialmente naquela modalidade de eleição de normativa jurídica estrangeira, consistiria em expediente bastante inconveniente para a realidade do processo judicial. Embora não haja nenhuma indicação expressa nesse sentido, talvez esta tenha sido uma das preocupações dos autores do Enunciado nº 36 da ENFAM, que propôs ser inadmissível convenção processual em que as partes “estipulem o julgamento do conflito com base em lei diversa da nacional vigente”.

Nesse sentido, impor ao juiz a aplicação de norma alheia ao que encontra no cotidiano se traduziria em requerimento muito pouco compatível com a realidade atribulada do Judiciário, numa exigência que se revelaria inadequada. Pode-se ainda sugerir que as partes realmente interessadas em dispor de um poder como o de eleger normativa aplicável deveriam se submeter à arbitragem, âmbito no qual prática do gênero já se encontra muito mais consolidada.

Não se trata de objeção suficiente para impedir a celebração de negócios processuais sobre direito aplicável ao mérito, contudo. E isso em vista das seguintes razões.

⁶⁰³ CADIET, Loïc. **Os acordos processuais no direito francês**: situação atual da contratualização do processo e da justiça na França. In: CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa: Seis lições brasileiras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 92.

Em primeiro lugar, o juiz, no ordenamento jurídico brasileiro, já tem o dever de aplicar diplomas de direito estrangeiro em várias situações. A Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro contempla uma série de hipóteses em que, verificados os elementos de conexão nela previstos, o juiz é chamado a aplicar o direito estrangeiro. A lei do país do domicílio da pessoa, por exemplo, determina as normas incidentes sobre temas como a sua personalidade, nome e capacidade civil⁶⁰⁴. Já as obrigações são regidas pela lei do país em que houverem sido constituídas⁶⁰⁵. Nesses e em outros casos, os elementos de conexão determinam a aplicabilidade de normativa incidente estrangeira, cabendo ao juiz aplicá-la, sem que haja maiores questionamentos com relação à licitude de tal escolha legislativa.

A atenção às diversas hipóteses compreendidas pela LINDB é suficiente para afastar a impressão de que a introdução da eleição voluntária de normativa estrangeira aplicável constituiria matéria absolutamente inédita no direito brasileiro. A única efetiva novidade consistiria em que o acordo prestigia e expande o poder autônomo dos indivíduos, que ficam autorizados a eleger, por sua livre vontade, a norma material aplicável ao seu litígio⁶⁰⁶.

Em segundo lugar, todo direito estrangeiro aplicável – incluindo-se aqui as regras de direito não estatais (*rules of law*) – invocado pelas partes deverá ter seu teor e vigência por elas mesmas provado⁶⁰⁷. Da mesma forma dispõe o art. 14 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro⁶⁰⁸. Ademais, deve-se providenciar a tradução para a língua portuguesa dos documentos trazidos pelas partes⁶⁰⁹, de onde se conclui que também a normativa aplicável deverá ser necessariamente traduzida para que possa ser analisada pelo juiz.

Portanto, a parte interessada em sustentar a aplicabilidade de normativa estrangeira deve comprovar ao juízo tanto o seu teor e vigência, quanto providenciar a sua tradução para a língua portuguesa. Elementos que, por si mesmos, já reduzem de forma substancial a maior parte da suposta inconveniência da eleição de direito aplicável.

⁶⁰⁴ Art. 7º: “A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família”.

⁶⁰⁵ Art. 9º: “Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”.

⁶⁰⁶ Direito, aliás, que já lhes é assegurado nos casos de aplicabilidade originária da Convenção de Viena de 1980, por força do seu art. 6º.

⁶⁰⁷ Art. 376: “A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar”.

⁶⁰⁸ Art. 14: “Não conhecendo a lei estrangeira, poderá o juiz exigir de quem a invoca prova do texto e da vigência”.

⁶⁰⁹ Art. 192: “Em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso da língua portuguesa”.

Em terceiro lugar, embora não haja certeza nesse sentido, é de se presumir que a faculdade da eleição de direito aplicável ao mérito não tende a se disseminar de forma descontrolada na prática forense brasileira. Justamente por ser um negócio jurídico de caráter complexo, que envolve a introdução de normativa não automaticamente aplicável ao caso, a probabilidade maior é que o instituto tenha sua aplicação prática reduzida àquelas partes bem assessoradas, munidas de advogados sofisticados. A tendência é que a eleição de direito aplicável ao mérito não resulte numa prática quantitativamente significativa no cotidiano do Judiciário⁶¹⁰.

Em quarto e último lugar, ainda que a eleição de direito aplicável se revelasse, de fato, inconveniente, ainda assim ela seria justificável em vista dos mais importantes valores que ela instância⁶¹¹. A liberdade das partes de decidirem o regramento jurídico aplicável à sua controvérsia possui peso valorativo maior que considerações referentes à conveniência. Dessarte, ainda que eventualmente inconveniente, a eleição de direito aplicável permanece justificável.

3.2.1.7. Convenção sobre norma aplicável e desenvolvimento do direito brasileiro

Um último argumento contrário à eleição de direito aplicável poderia invocar o papel recentemente reconhecido à jurisprudência brasileira de promover o desenvolvimento do direito objetivo. Poder-se-ia sugerir que essa função restaria obstaculizada se as partes pudessem afastar de forma volitiva o direito aplicável, ao pactuar a exclusão de norma originariamente aplicável em detrimento de outra norma, ou mesmo em favor do julgamento por equidade.

Uma objeção no sentido aqui proposto seria extraível a partir do artigo de Luiz Guilherme Marinoni a respeito dos negócios processuais sobre a prova⁶¹². Embora o autor não analise a questão específica do acordo sobre norma aplicável ao mérito, os mesmos fundamentos que embasam sua reticência em relação às convenções em matéria

⁶¹⁰ A rigor, sequer a disseminação de negócios processuais atípicos simples é certa na prática forense brasileira.

⁶¹¹ Assim como, por exemplo, eventual defesa da inconveniência ocasionada pela regra da proibição da decisão-surpresa, prevista nos artigos 9º e 10º do CPC/2015, perde importância em detrimento de valores mais significativos, como a previsibilidade e o contraditório.

⁶¹² MARINONI, Luiz Guilherme. **A convenção processual sobre prova diante dos fins do processo civil**. In: Revista de Processo, v. 288, fev./2019, *passim*.

probatória parecem se estender, sem muita dificuldade, à questão analisada neste trabalho⁶¹³.

Para posicionar-se contrariamente à convenção processual que restringe o alcance da produção probatória, argumenta Luiz Guilherme Marinoni que uma convenção do gênero poderia impedir a deliberação das Cortes superiores a respeito de questões de direito de relevância social, como a ilicitude da comercialização de produto com determinada composição química. Ao se impedir a produção probatória sobre a questão de fato por meio de convenção processual, seria impossível ao Judiciário cumprir a sua missão de “definir o direito que deve orientar a sociedade”, além de obstaculizar a formação da figura dos precedentes⁶¹⁴.

Em sendo as objeções do autor suficientes para afastar a validade da convenção processual impeditiva de produção probatória, com muito maior razão seriam elas capazes de infirmar a validade de convenção sobre norma aplicável ao mérito, bem como sobre eventual delimitação consensual de questões de direito. É assim, pois, enquanto a convenção sobre produção probatória afeta apenas indiretamente a deliberação sobre questão de direito, a convenção sobre norma aplicável possui como escopo direto a disposição sobre o mesmo tipo de questão. As partes que afastam a aplicabilidade de um diploma normativo originariamente aplicável em detrimento de outro diploma, ou que excluem da cognição judicial, por exemplo, a questão da validade de um contrato, efetivamente impedem a deliberação judicial a respeito das normas *a priori* incidentes no caso concreto. Em consequência, impediriam o desenvolvimento do direito pela jurisprudência⁶¹⁵.

⁶¹³ Como já mencionado acima (3.1.2.3.), Luiz Guilherme Marinoni chega a analisar brevemente a questão da eleição de direito aplicável quando da delimitação consensual das questões de direito do art. 357, §2º, do CPC/2015, no seu Curso de Direito Processual Civil, posicionando-se de forma contrária (**Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 246 e p. 1148).

⁶¹⁴ “(...) a vontade das partes, ao excluir a produção de prova, pode impedir o Judiciário de definir o direito que deve orientar a sociedade e regular os casos conflitivos, prejudicando-se a segurança jurídica e, assim, a promoção da liberdade e da igualdade. Perceba-se, ademais, que a restrição de provas pode não só inviabilizar a instituição de precedente, mas também constituir estratégia para evitar a sua formação.” MARINONI, Luiz Guilherme. **A convenção processual sobre prova diante dos fins do processo civil**. In: Revista de Processo, v. 288, fev./2019, *on-line*.

⁶¹⁵ Em favor desta linha de raciocínio, registre-se já haver na doutrina arbitral algum desconforto com relação à confidencialidade da maior parte dos laudos proferidos pelas principais câmaras arbitrais. Uma indesejável consequência do fenômeno seria o retardamento do desenvolvimento do direito pelas Cortes estatais, especialmente nos países de *Common Law*, que se valem muito mais do instituto dos precedentes. Segundo afirma Bernard Rix, o crescente número de casos comerciais submetidos à arbitragem implica que cada vez mais o direito do comércio internacional esteja desaparecendo da jurisprudência britânica, em detrimento ao interesse público daquele país, bem como da segurança e da previsibilidade jurídicas. Cf.

Não se pretende aqui contrariar a tese de que a jurisprudência possui o relevante papel de promover o desenvolvimento do direito. Concorda-se com a grande relevância pública da atividade jurisprudencial de atribuição de sentido à norma a partir da interpretação do enunciado normativo⁶¹⁶, mister que, quando desempenhado adequadamente, é capaz de tornar o direito positivo mais uniforme, previsível e seguro⁶¹⁷.

A objeção sugerida acima, contudo, não parece ser forte o suficiente para infirmar a validade dos negócios processuais sobre direito aplicável ao mérito. O princípio do autorregramento da vontade deve preponderar nos casos em que as partes, por comum acordo, aceitam eleger algum diploma normativo como aplicável à sua controvérsia, ou excluir alguma questão jurídica da cognição judicial. Defender o contrário – a absoluta cogência, mesmo em face de direitos materialmente disponíveis, da normativa incidente em prol de valores metaindividuais como o desenvolvimento do direito – parece desprestigiar os indivíduos a ponto de instrumentalizá-los a serviço do bem da Jurisdição. Significaria tratá-los como ferramentas para o bem maior do direito, como engrenagens da máquina judiciária, ao invés do contrário. Uma interpretação que parece inadmissível à luz da principiologia contemporânea do processo civil.

Ademais, e na linha do que já se argumentou no tópico anterior, não parece ser plausível eventual previsão de que os acordos sobre norma aplicável ao mérito sejam tão frequentes, no direito brasileiro, a ponto de obstaculizarem a função de desenvolvimento do direito. Parece ser muito mais provável que a convenção, em sendo reconhecida a sua validade pelos operadores do direito, tenha utilização restrita, haja vista a certa complexidade associada à sua operacionalidade, bem como a sua inovação⁶¹⁸.

Dessarte, segundo a tese aqui defendida, a leitura mais adequada do autorregramento da vontade implica que as partes possam, pontualmente e desde que em face de direitos materialmente disponíveis, celebrar convenções sobre o direito aplicável.

RIX, Bernard. **Confidentiality in International Arbitration**: virtue or vice? In: Jones Day Professorship in Commercial Law Lecture. SMU, Singapore, 2015, *on-line*. Cf. também, PISLEVIK, Stefan. **Precedent and development of law**: is it time for greater transparency in International Commercial Arbitration? In: Arbitration International, 2018, v. 0, p. 1-20.

⁶¹⁶MARINONI, Luiz Guilherme. **Julgamento nas Cortes Supremas**: Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, 17-20.

⁶¹⁷PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law Brasileira**: interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 63-67.

⁶¹⁸ A título de comparação, veja-se que Loïc Cadiet afirma serem pouco utilizados na prática os acordos de direito aplicável e de composição amigável na França. CADIET, Loïc. **Os acordos processuais no direito francês**: situação atual da contratualização do processo e da justiça na França. In: CADIET, Loïc. Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa: Seis lições brasileiras. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 92.

Por mais que os acordos possam, eventualmente, comprometer a função da jurisprudência de promover o desenvolvimento do direito, trata-se de uma consequência necessária do respeito à liberdade individual, que deve ser aceita em prestígio à autonomia dos indivíduos.

3.2.2. CRITÉRIOS GERAIS DE ADMISSIBILIDADE E ALGUMAS QUESTÕES PRÁTICAS

Uma vez defendida a tese de que cabem negócios processuais sobre eleição de direito aplicável ao mérito, conclui-se o presente capítulo com a proposta de alguns critérios gerais de admissibilidade para a figura, que se aplicariam a todas as modalidades de convenções sobre direito aplicável. Por fim, comentam-se também algumas questões práticas que podem causar controvérsia quando da utilização do instituto.

3.2.2.1. Disponibilidade material e processual

As convenções processuais sobre norma aplicável ao mérito serão admitidas apenas quando verificados, de forma concomitante, os requisitos da disponibilidade material e processual dos direitos envolvidos.

Para compreendê-lo, é necessário, uma vez mais, retomar as ideias contidas no seminal artigo de Eduardo Talamini. Para além dos acordos meramente procedimentais (que prescindem até mesmo da disponibilidade processual) e dos negócios processuais em sentido estrito (cuja admissibilidade requer apenas a disponibilidade processual), o CPC/2015 contempla uma terceira categoria de convenções processuais. São negócios que dependem também que os direitos materiais envolvidos sejam disponíveis pelas partes, e isso em vista de sua “natureza bifronte”: a sua pactuação acarreta repercussão tanto na esfera processual quanto na esfera material. Nesse sentido, as convenções sobre o objeto da cognição judicial constituem negócios jurídicos não apenas ou puramente processuais, mas também (ou “essencialmente”, como diz o autor) negócios de direito material⁶¹⁹.

Que razão justificaria a exigência, entretanto, de disponibilidade material dos direitos envolvidos para negócios processuais? Isso se dá na medida em que algumas

⁶¹⁹ “Em suma, trata-se também de um negócio jurídico de direito material, ainda que celebrado no bojo de um processo e igualmente gerador de consequências processuais (isso também não é uma novidade: os contratos de garantia real, como o penhor e a hipoteca, também têm essa natureza bifronte). Há a alteração do próprio resultado jurídico substancial – e não do mero modo de solução do conflito. Por isso, o próprio direito material precisa ser disponível.” TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. In: Informativo Justen, Pereira Oliveira e Talamini, nº 104. Curitiba, 2015, p. 12.

espécies de acordos processuais podem implicar a alteração no resultado jurídico substancial da controvérsia, de forma a transcender a esfera processual. As partes que pactuam sobre os meios de prova admissíveis no processo, determinando a exclusão, por exemplo, da produção de prova pericial (seja por considerações de celeridade ou de custo, ou ainda por julgarem que outros meios de prova lograrão fornecer um quadro fático suficiente para a elucidação da controvérsia...⁶²⁰), aceitam a possibilidade de que a restrição na atividade instrutória ocasione a modificação do julgamento no mérito. Ao pactuá-lo, portanto, as partes admitem a contingência de que se vejam derrotadas no processo justamente por conta da falta de produção de prova pericial, situação para que concorreram quando decidiram celebrar o negócio processual sobre meio de prova.

Da mesma forma ocorre com qualquer acordo sobre o objeto da cognição judicial, dentre os quais se inclui o acordo sobre norma aplicável ao mérito. Uma convenção do gênero pode, sem dúvida, implicar a alteração no resultado jurídico substancial do processo. A parte que aceita ser julgada de acordo com o regramento comercial do Código Civil brasileiro, ao invés da Convenção de Viena de 1980, pode ter como resultado uma avaliação bastante distinta da sua conduta material diante da outra parte, numa mudança capaz de acarretar-lhe a derrota no julgamento. Para que possa aceitá-lo, portanto, é antes necessário que a parte possa fazê-lo, isto é, que ela tenha a capacidade de dispor sobre os seus direitos materiais envolvidos naquela controvérsia. Em havendo a permissão do ordenamento jurídico para tanto, por outro lado, não há óbice para que o faça.

O argumento pode ser sintetizado da seguinte forma: se a parte pode abrir mão do seu direito material, nada a impede de eleger outra norma de julgamento para a controvérsia que envolve o seu próprio direito material. Quem pode o mais, pode o menos. Se a disponibilidade permite a renúncia ao direito material envolvido, *a fortiori* ela permitirá também a delimitação consensual de critérios aplicáveis ao julgamento⁶²¹. O

⁶²⁰ MAFFESSIONI, Behlua. **Convenções processuais em matéria probatória e poderes instrutórios do juiz**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC – Negócios Processuais (tomo 2). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 381-382.

⁶²¹ No mesmo sentido é o argumento análogo de Behlua Maffessoni sobre as convenções processuais em matéria probatória. “Assim, não admitir rearranjos processuais relativos à produção probatória, quando as partes podem, inclusive, renunciar ao bem jurídico litigioso, parece ilógico. É a aplicação da máxima “quem pode o mais, pode o menos”: se a parte pode desistir da própria demanda ou renunciar ao direito que afirma ter, é razoável que possa renunciar a meio de prova que entender desnecessário ou demasiadamente oneroso.” MAFFESSIONI, Behlua. **Convenções processuais em matéria probatória e poderes instrutórios do juiz**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC – Negócios Processuais (tomo 2). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 379. Em

negócio processual de delimitação da norma jurídica aplicável ao mérito, neste sentido, disciplina a consequência processual da renúncia operada na esfera material. Trata-se, assim, de um negócio jurídico com uma dimensão tanto material quanto processual; daí ser necessária a disponibilidade em ambas as dimensões.

A necessidade de o negócio versar sobre direitos materiais disponíveis, ademais, é prevista também no art. 12 do CPC francês e no art. 114 do CPC italiano nos acordos sobre direito aplicável e sobre equidade⁶²².

Estabelecida a premissa da dupla disponibilidade, já se descarta desde logo grande parte das disciplinas jurídicas tradicionalmente consideradas indisponíveis do ponto de vista material, dentre as quais se incluem grandes searas do direito penal, direito de família, direito administrativo etc. Como regra geral, em tais âmbitos será inválida qualquer convenção processual sobre norma aplicável ao mérito⁶²³.

O campo mais fértil em que tende a vicejar a convenção sobre direito aplicável ao mérito será o das relações contratuais interprivadas, especialmente entre as partes bem assessoradas e com grande gozo concreto de sua autonomia. Domínio, aliás, em que os institutos da arbitragem e da eleição de direito aplicável ao mérito têm grande aceitação⁶²⁴.

Em conclusão, a convenção processual sobre norma aplicável ao mérito constitui negócio jurídico complexo, com dimensão simultaneamente material e processual. O seu aspecto material implica a possibilidade de obter a disposição do direito material envolvido. Já o seu aspecto processual envolve as repercussões processuais do acordo: a limitação ou a expansão da cognição judicial por meio de negócio processual.

sentido semelhante, v. TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. In: Informativo Justen, Pereira Oliveira e Talamini, nº 104. Curitiba, 2015, p. 10-13.

⁶²² É como entende, também, Fritz Baur em análise das convenções processuais sobre questões prejudiciais no processo civil alemão: BAUR, Fritz. **Da importância da dicção “iura novit curia”**. In: Revista de Processo, v. 3, jul.-set./1976, *on-line*.

⁶²³ É o sentido, por exemplo, da vedação à arbitragem por equidade envolvendo a administração pública, tal como previsto no §3º do art. 2º da Lei de Arbitragem: “A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.”

⁶²⁴ “Over the last several decades, party autonomy has come to be increasingly important in private international law, and has become the new paradigm, both for international jurisdiction and choice of law, in particular – but not limited to – commercial relationships.” KRAMER, Xandra E. and THEMELI, Erelis, **The Party Autonomy Paradigm: European and Global Developments on Choice of Forum**, 2015. In: LAZIĆ, Vesna; STUIJ, Steven. Brussels Ibis Regulation. Changes and challenges of the renewed procedural scheme. The Hague/Heidelberg: Asser Press/Springer, 2017, p. 28.

3.2.2.2. Observância das normas cogentes materiais e processuais

Um segundo limite objetivo aos acordos processuais sobre norma aplicável ao mérito consiste na observância das normas cogentes do ordenamento jurídico. Nesse sentido, será válido o acordo processual sobre norma aplicável apenas na medida em que houver conformidade com as normas inderrogáveis de caráter tanto processual quanto material.

As normas cogentes ou inderrogáveis traçam os contornos necessários da zona de legítima atuação da autonomia privada⁶²⁵. Segundo a já citada concepção de Luigi Ferri, esta autonomia consiste no “*potere di creare, entro limiti posti dalla legge, delle norme giuridiche*”⁶²⁶. Enquanto manifestação da autonomia privada, também os negócios processuais se restringem aos limites determinados pelo ordenamento através de regras e princípios cuja derrogação voluntária é inadmitida⁶²⁷.

Neste ponto, deve-se ainda levar em conta outra eventual objeção às convenções sobre norma aplicável ao mérito, a partir de considerações advindas do direito internacional privado. Poder-se-ia ponderar que o instituto da eleição de direito aplicável ao mérito envolve o poder de revogar normas cogentes em favor do direito eleito pelas partes. Por outro lado, a convenção processual sobre norma aplicável poderia dispor apenas sobre normas dispositivas ou supletivas, sofrendo a limitação necessária das normas cogentes⁶²⁸.

⁶²⁵ “As *regras jurídicas cogentes* podem ter consequência positiva ou negativa: são de consequência positiva quando a consequência é jurídica e necessária, como acontece com todos os casos de Obrigações impostas por lei (e. g., o contrato seria nulo, mas a lei teria de ser obedecida antes da decretação da nulidade; o fim da regra jurídica exerce, aí, função de primeira plana); são de consequência negativa, quando a consequência é a *inexistência* do ato infringente, ou a *nulidade* dêle, ou a *anulabilidade*, ou a *revogabilidade*, ou a *resolubilidade*, ou a *resiliabilidade*, ou a *rescindibilidade*, ou a *ineficácia*”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**: Parte geral – pessoas físicas e jurídicas. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Sival. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. I, p. 119.

⁶²⁶FERRI, Luigi. **Nozione giuridica di autonomia privata**. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1957, p. 133. Ou, ainda, a colocação da página 135 do mesmo trabalho: “Il fenomeno dell’ autonomia privata è visto sotto il profilo di limitazione o autolimitazione dell’ordinamento statale, che lascia degli spazi in cui possa inscrivere l’attività normativa dei privati”.

⁶²⁷ “Normas cogentes são aquelas impostas pela lei aos sujeitos processuais, sendo irrelevante sua vontade no caso concreto. Como o negócio jurídico processual ora analisado tem como base a vontade das partes, parece lógica a conclusão de que o acordo não pode ter como objeto uma norma cogente”. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Código de Processo Civil Comentado**: artigo por artigo. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 352.

⁶²⁸ “If there is no choice-of-laws dimension, parties are not allowed to discard the mandatory law of their jurisdiction. They are, of course, free to incorporate the law of another state into their agreement. However, such a choice does not implicate a conflicts rule; instead, it is a pure case of freedom of contract under national law”. LEHMANN, Matthias, **Liberating the individual from battles between states**: Justifying party autonomy in conflict of laws. In: Vanderbilt Journal of Transnational Law, vol. 41:381, p. 422.

Assim, a convenção processual sobre norma aplicável ao mérito não conteria o mesmo poder de uma autêntica cláusula de eleição de direito material fundamentada em normas de direito internacional privado, na medida em que permitiria dispor apenas sobre normas dispositivas. Apesar disso, justamente por serem dispositivas, as normas passíveis de derrogação por negócio processual já poderiam sê-lo antes mesmo e independentemente do advento das convenções processuais do CPC/2015. As normas supletivas persistiriam sendo derogáveis por negócio jurídico material, independentemente da vigência de qualquer instituto processual⁶²⁹.

A eleição de direito aplicável ao mérito via negócio processual, em tais condições, só traria alguma inovação normativa se ocasionasse a disposição sobre normativa material cogente. Ela não o faz, todavia, pois a nenhum negócio jurídico é dado revogar regra cogente do ordenamento, sob pena de nulidade⁶³⁰. Isso porque o substrato normativo do instituto não concede às partes nenhuma autonomia conflitual, já que o art. 190 não tem natureza de norma de sobredireito, como os artigos previstos na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro⁶³¹. Já nas cláusulas de eleição de direito aplicável ao mérito fundamentadas em autêntica regra de direito internacional privado⁶³², permite-se às partes o afastamento de normativa originariamente aplicável de caráter cogente⁶³³.

⁶²⁹ Assim, não se precisa recorrer a negócio processual para, por exemplo, efetuar o pagamento de obrigação em domicílio diverso ao do devedor, na forma do art. 327 do Código Civil. Isso porque a dispositividade desta norma material é evidente pela sua própria redação.

⁶³⁰ Como defende, por exemplo, Marcos Bernardes de Mello. MELLO, Marcos Bernardes de. **Sobre o princípio da respeitabilidade das normas jurídicas cogentes**. In: MARTINS-COSTA, Judith, e FRADÉRA, Vera Jacob de (orgs.). Estudos de Direito Privado e Processual Civil – Em homenagem a Clóvis do Couto e Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 77-99.

⁶³¹ MOLL, Leandro de Oliveira. **A Justiça e as normas de sobredireito**: o lugar das regras de conexão em direito internacional privado. In: Universitas Jus, v. 3, 208, p. 145-162.

⁶³² Pelo menos, naqueles países que reconhecem a autonomia privada no campo do direito internacional privado. A polêmica sobre o assunto é enorme no Brasil, como já se pôde verificar no ponto 3.1.1.

⁶³³ “Em direito internacional privado, o campo de exercício da autonomia das partes tem contornos diversos daqueles relativos ao direito interno. Com Fernando Cardoso, pode-se dizer que “*o princípio da autonomia da vontade na ordem interna é a faculdade de as partes afastarem uma norma (supletiva) e na ordem internacional a de preterirem (ou arredarem) uma lei*”. Portanto, quando as relações privadas em jogo são marcadas por caracteres de internacionalidade, a discussão que se coloca acerca da autonomia das partes não mais se refere ao campo de liberdade para afastamento de normas supletivas do ordenamento jurídico aplicável. Em outras palavras, o que se cogita quando a relação é de direito internacional privado é a possibilidade de as partes, mediante declaração de vontade, afastarem em sua completude um ordenamento potencialmente competente mediante escolha de outro, ao qual caberá exclusivamente a regulação da relação jurídica em análise, ressalvadas apenas as normas de aplicação imediata e o princípio da ordem pública, eventualmente incidentes” (itálicos do original). MEDAGLIA, Ivo de Paula. **O Direito Aplicável ao Mérito das Controvérsias Internacionais Submetidas à Arbitragem**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 64.

Dessarte, poder-se-ia argumentar que o alegado poder normativo concedido pelo art. 190 incorreria numa redundância normativa; por assim dizer, num inócuo “chover no molhado”. Tratar-se-ia apenas de reafirmar um poder que as partes já tinham anteriormente ao CPC/2015, e seguiriam tendo mesmo que todo o instituto dos negócios processuais fosse revogado. Em outras palavras, defender a possibilidade de convenção processual sobre norma aplicável ao mérito seria inútil, na medida em que limitaria as partes a dispor sobre regras dispositivas (coisa que elas sempre puderam fazer), restando intactas as cogentes.

Não seria correto afirmar que, por não se permitir a derrogação de normas cogentes, suposta “eleição de direito aplicável ao mérito” por meio do art. 190 do CPC seria inócuo? Subsistiria, ainda assim, utilidade normativa na convenção processual sobre norma aplicável ao mérito, nos moldes aqui propostos? Em que aspecto a convenção inova, inaugura poderes às partes que elas já não possuíam anteriormente?

Às questões acima se deve responder em sentido afirmativo: há utilidade normativa na defesa da convenção processual sobre norma aplicável ao mérito, mesmo que limitada apenas a normas supletivas. É assim pelas seguintes razões.

Em primeiro lugar, não parece ser incontroversa a validade de eventual cláusula de eleição de direito aplicável ao mérito, mesmo em contratos domésticos e na sua forma mais fraca, por mais que o poder das partes de derrogar normativa dispositiva já reste assegurado. Como o tema da eleição de direito aplicável suscita enorme controvérsia na doutrina, é plausível que nem mesmo o poder mais restrito de derrogar normas supletivas por meio de cláusula de eleição de direito aplicável se encontre garantido com segurança, embora inexista algum óbice *a priori* para tanto. Com muito maior probabilidade, uma cláusula do gênero será invalidada *in toto* pelo Judiciário. Assim, a afirmação da possibilidade de acordo processual sobre direito aplicável ao mérito pode auxiliar a diminuir a enorme carga de incerteza que o instituto já carrega no ordenamento brasileiro, o que assegura, pelo menos, uma relevância do ponto de vista pragmático.

Em segundo lugar, há outras espécies de acordos para além da eleição de normativa estrangeira, também passíveis de se incluírem no escopo da convenção sobre norma aplicável ao mérito. Sobre a diversidade de acordos possíveis, tratar-se-á com maior profundidade no Capítulo 4 da dissertação. Mencionar-se-á, por exemplo, a convenção processual de eleição de normativa nacional, a convenção para julgamento por equidade, o acordo para desconsiderar precedente, vincular fundamentação ou qualificação dada pelas partes, ou afastar a questão da constitucionalidade de lei aplicável.

Todas estas são questões controversas, que poderiam, em tese, ser resolvidas por apelo à convenção processual sobre norma aplicável⁶³⁴.

Em terceiro lugar, deve-se lembrar que a convenção processual sobre norma aplicável promove uma profunda reconfiguração do adágio *iura novit curia*. Assim, é certo que ela representa enorme inovação na relação entre indivíduo, Estado e direito. Ao se permitir que as partes deliberem e pactuem convenção sobre matéria de direito, limitando voluntariamente aspectos da cognição judicial, é certo que não há apenas uma mera reafirmação de poder que as partes sempre tiveram. Ao contrário, afirma-se poder inovador e com poucos precedentes nos ordenamentos jurídicos contemporâneos.

Deve-se concluir, portanto, pela existência de utilidade e inovação na defesa da possibilidade de convenção processual sobre direito aplicável ao mérito. Esta não se trata de dispositivo inútil ou inócuo, que apenas reafirma direitos e poderes que as partes já tinham por outros fundamentos, mas promove uma importante transformação no processo civil.

3.2.2.3. Observância da ordem pública material e processual

Um terceiro limite objetivo às convenções processuais consiste no respeito ao conteúdo de ordem pública. Seguindo na mesma lógica empregada nos pontos anteriores, o caráter bifronte dos negócios processuais sobre norma aplicável ao mérito também aqui requer a observância tanto da dimensão material quanto da dimensão processual da ordem pública.

Como já se pôde argumentar na primeira parte da dissertação, o entendimento aqui adotado é de que, embora sejam conceitos próximos e cujo conteúdo frequentemente coincida na prática, a normativa cogente não se equivale à ordem pública. É cogente toda aquela norma cuja derrogação voluntária o ordenamento não admite, independentemente de qual seja o seu conteúdo. É certo que, com frequência, a atribuição do caráter cogente de alguma norma se dará pelo legislador em vista da importância, da natureza de ordem pública do conteúdo tutelado, ocasião em que haverá coincidência dos conceitos na prática. Mas não se trata de uma equivalência necessária, de modo que é concebível uma regra cogente que não envolva matéria de ordem pública, bem como matéria de ordem pública não tutelada por qualquer norma de caráter cogente. Em qualquer dos casos,

⁶³⁴ Não se pretende afirmar a validade das hipóteses neste momento, mas apenas indicá-las como questões possíveis. O exame particularizado de algumas delas se dará em momento subsequente.

todavia, os dois parâmetros deverão servir de limites objetivos às convenções processuais sobre direito aplicável ao mérito.

A não violação à ordem pública se trata de limite amplamente reconhecido ao instituto da eleição de direito aplicável ao mérito, havendo previsões normativas no sentido de tutelar a ordem pública tanto em convenções internacionais quanto nos diplomas legislativos nacionais concernentes ao tema⁶³⁵. A razão para tanto, segundo argumenta Ricardo Ramalho de Almeida, consiste no reconhecimento da ordem pública como uma espécie de freio à liberdade das partes engendrado por considerações de interesse público e social⁶³⁶. Assim, os Estados nacionais asseguram a si mesmos o poder de não cancelar, por exemplo, sentenças judiciais ou arbitrais estrangeiras quando constatam que as normas materiais empregadas envolvem a violação à ordem pública daquele país⁶³⁷.

Registre-se, ainda, que o projeto de reforma do Código de Processo Civil argentino dispõe corretamente como requisito de validade dos negócios processuais o respeito à ordem pública⁶³⁸.

⁶³⁵ No direito brasileiro, são vários os dispositivos de lei que fazem referência à exceção de ordem pública, os quais se encontram com frequência em diplomas concernentes à arbitragem internacional. Por exemplo, o Artigo V do Decreto nº 4.311/2002 (Convenção de Nova Iorque de 1958): “2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que: b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.”; art. 2º, §1º da Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem): “Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, **desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública**” (g.n.); art. 39 da mesma lei: Art. 39. A homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que: II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

⁶³⁶ “A liberdade proporcionada pela autonomia da vontade, ou autonomia privada, é exercida no interior do espaço que a ela é deixado pelo princípio da prevalência dos interesses públicos, gerais e coletivos, sobre os interesses privados, particulares e individuais. A noção de ordem pública atua, assim, como um necessário freio à liberdade, em consideração a interesses que têm prioridade axiológica e normativa sobre a autonomia dos particulares.” ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo 2005, p. 31.

⁶³⁷ É certo, todavia, que a noção de ordem pública é plurívoca. No contexto do direito internacional privado, a ordem pública é bem mais enxuta do que no ordenamento interno. Quando envolvendo agentes internacionais, provenientes de culturas e tradições jurídicas diversas, os Estados nacionais costumam preservar como matéria de ordem pública apenas um núcleo mais restrito, considerado verdadeiramente indispensável. Sobre o tema, cf. MARTINS, André Chateaubriand de. **Os diferentes níveis de ordem pública sob uma perspectiva da jurisprudência brasileira em arbitragens doméstica e internacional**. In: Revista Brasileira de Arbitragem, v. 37, 2013, p. 51.

⁶³⁸ Conforme o texto do *Anteproyecto del Código Procesal Civil y Comercial*, em seu art. 14: “Las partes pueden celebrar, en procesos donde se debatan derechos disponibles y **en tanto no concurriera una inobservancia del orden público**, acuerdos procesales que puedan determinar una modificación de las normas procesales. Tales acuerdos podrán adecuar el proceso a las particulares del conflicto y especificar el alcance de las cargas, facultades y deberes procesales de las partes. De oficio o a requerimiento de parte, el juez controlará la validez de los acuerdos debiendo negar su aplicación en los casos en que lo pactado resulte nulo, suponga un abuso del derecho o importare el sometimiento a un contrato de adhesión” (g.n.).

Também Fritz Baur, no seu comentário sobre os acordos a respeito de situações jurídicas prejudiciais, defende que o magistrado não se pode vincular a convenções que incorram na violação da ordem pública e dos bons costumes⁶³⁹.

A título de exemplo, veja-se que Nelson Nery Jr. considera que a observância da ordem pública nacional se estende inclusive a arbitragens domésticas julgadas por equidade⁶⁴⁰. Se isso é verdade, com muito maior razão o magistrado do processo judicial deverá atentar para a tutela da ordem pública brasileira, atentando para que a eleição de direito aplicável pelas partes não incorra na sua violação. É o seu dever de tutelar a ordem pública nacional como agente jurisdicional.

Sobre a ordem pública processual, já se teve a oportunidade de discuti-la com atenção no Capítulo 2 desta dissertação, bem como de defendê-la como um limite objetivo autônomo às convenções processuais. Limite-se a dizer que, constituindo uma espécie negócio processual, é natural que a convenção processual sobre norma aplicável ao mérito também tenha como limite objetivo a observância da ordem pública processual. Deve o magistrado, nesse sentido, atentar para as duas dimensões ao realizar o controle de validade do acordo.

3.2.2.4. Consequências da violação dos limites objetivos

A violação dos limites objetivos tende a gerar, em regra, a nulidade das convenções processuais sobre norma aplicável ao mérito, devendo o magistrado recusar-lhe a eficácia. Em sendo celebrado o acordo quando do momento do saneamento do processo, na forma da hipótese típica do art. 357, §2º, do CPC/2015, o magistrado deverá indeferir a homologação do acordo quando constatar a ocorrência de infringência aos limites objetivos.

Cf. ainda MOSMANN, María Victoria. **Convenciones procesales en Argentina**: introducción a la teoría de los acuerdos procesales. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC – Negócios Processuais (tomo 2). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 237-238.

⁶³⁹ “Os acordos das partes a respeito de situações jurídicas prejudiciais, têm, contudo, um limite: o juiz não fica vinculado por convenções que contravenham à ordem pública e aos bons costumes. A ordem pública, quanto ao juiz, pode ser definida como consta de uma decisão do Superior Tribunal alemão (Reichsgericht) (RGZ, 169, 240, 245): ‘Não são consideradas como disposições respeitantes à ordem pública ou à finalidade da lei senão as normas emanadas pelo legislador com base em concepções políticas, sociais ou econômicas, e não somente em razão de considerações de pura oportunidade, num domínio relativo aos fundamentos mesmos do Estado ou da vida econômica’”. BAUR, Fritz. **Da importância da dicção “iura novit curia”**. In: Revista de Processo, v. 3, jul.-set./1976, *on-line*.

⁶⁴⁰ NERY JR., Nelson. **Julgamento arbitral por equidade e prescrição**. In: Revista de Direito Privado, v. 45, jan.-mar./2011, *on-line*.

Contudo, o princípio da conservação dos negócios jurídicos, também aplicável aos negócios processuais⁶⁴¹, implica que a decretação da nulidade se limite ao mínimo necessário, devendo-se preservar toda a parcela do acordo das partes não atingida pela nulidade. A depender do caso, parece ser possível que determinado acordo sobre norma aplicável ao mérito, embora nula em algum aspecto por conta da violação à ordem pública ou a regras cogentes, permaneça válida com relação a outras matérias em que não se constate a infringência de limite objetivo.

O controle de validade efetuado pelo magistrado deve ser pontual. O juiz deve, sempre que possível evitar uma invalidação completa da convenção sobre a eleição de norma aplicável, de modo que a decretação de nulidade se dê especificamente quanto àqueles pontos em que se verifica a violação de limite objetivo.

É certo que, em alguns casos, nada haverá para conservar do negócio processual. Um acordo que diga respeito a direitos materialmente indisponíveis, via de regra, será integralmente nulo.

Entretanto, parece haver alguns casos em que a invalidação não será integral. Imagine-se uma convenção processual de eleição de direito aplicável ao mérito, celebrada no âmbito de um contrato de compra e venda, que promova a incidência de diploma normativo cujo teor preveja norma implicando alteração dos prazos de prescrição do direito brasileiro, em violação ao art. 192 do Código Civil⁶⁴². É certo que, neste ponto específico, a convenção implica a violação de limite objetivo, em vista da especial tratativa concedida ao tema da prescrição no direito civil brasileiro⁶⁴³.

A consequência da invalidade seria, nessa lógica, a invalidação do acordo. Outrossim, o juiz não deve decretar a nulidade integral da convenção. As demais matérias abrigadas pela lei, desde que inexista ulterior violação a limite objetivo, devem manter-se regidas pela normativa aplicável eleita pelas partes.

Assim, embora a consequência da violação a limite objetivo seja, em regra, a nulidade, entende-se aqui que o magistrado deve atentar para a conservação do negócio jurídico, sempre que possível.

⁶⁴¹BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 286-287.

⁶⁴² Art. 192: “Os prazos de prescrição não podem ser alterados por acordo das partes”.

⁶⁴³ NERY JR., Nelson. **Julgamento arbitral por equidade e prescrição**. In: Revista de Direito Privado, v. 45, jan.-mar./2011, *on-line*.

3.2.2.5. Cognoscibilidade de ofício da convenção processual sobre norma aplicável ao mérito

Uma última questão prática concerne à cognoscibilidade de ofício da convenção processual que determina a norma aplicável ao mérito.

A posição deste trabalho é a de que o magistrado não deva conhecer de ofício a convenção processual sobre direito aplicável ao mérito. Ao contrário, caberá à parte interessada invocar a sua aplicabilidade e, em se tratando de direito estrangeiro, comprovar o conteúdo do direito.

Aqui reside mais uma diferença entre a convenção processual sobre norma aplicável ao mérito e uma autêntica cláusula de direito aplicável, fundada em regra de direito internacional privado. Esta última deve ser conhecida de ofício pelo magistrado⁶⁴⁴.

Por outro lado, em se tratando da incorporação contratual da norma aplicável à solução da controvérsia, o juiz não deve conhecer de ofício eventual convenção das partes neste sentido. Portanto, caberá à parte interessada não apenas invocar a aplicação da convenção mas, em se tratando de acordo determinando a aplicabilidade contratual do direito estrangeiro, comprovar o conteúdo do direito invocado⁶⁴⁵.

Há ainda uma outra razão para se negar o conhecimento de ofício da convenção processual sobre norma aplicável ao mérito. Para Antonio do Passo Cabral, o tema da cognoscibilidade de ofício dos negócios processuais depende da sua classificação: se

⁶⁴⁴ “A aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional é marcada por certas peculiaridades. Duas delas são relevantes e precisam ser destacadas. Em primeiro lugar, o direito estrangeiro deve ser aplicado de ofício, ou seja, independentemente de provocação das partes. Também em matéria de direito estrangeiro, ao menos no Brasil, *iura novit curia*. É, por isso, dever do julgador não só analisar, de ofício, qual o direito indicado pela regra de conexão brasileira, como buscar o conteúdo do direito estrangeiro – eventualmente com auxílio de uma das partes, mas apenas se ela o tiver invocado (art. 14 da LINDB e art. 337 do CPC). Por certo, aplicar o direito estrangeiro é mais difícil e custoso do que aplicar o direito nacional. Essas considerações são, porém, juridicamente irrelevantes: se as normas de direito internacional privado brasileiras determinarem a aplicação do direito estrangeiro, então ao juiz brasileiro se impõe a sua aplicação de forma tão obrigatória e necessária quanto é a aplicação do direito nacional”. GRUENBAUM, Daniel. **Prescrição em contratos internacionais perante o árbitro e o juiz estatal** (parte I): determinação do direito aplicável. In: Revista de Arbitragem e Mediação, v. 41, abr.-jun. 2014, *on-line*.

⁶⁴⁵ Semelhante conclusão foi atingida no direito francês, segundo Christian P. Alberti: “After what was known as the *Lautour-Thinet* Rule the French law underwent a significant change in how foreign law was treated resulting in a 1991 decision by the Cour de cassation that newly defined the burden of proof regarding foreign law. The Cour de cassation found that, whenever a court has no duty to apply foreign law *ex officio* it also has no duty to ascertain the content of the law *ex officio*. Rather this burden rests with the parties. It further clarified that in situations where parties are free to dispose of their rights, the moving party must prove that the content of the foreign law leads to a different result if applied instead of French law; if unsuccessful, the court falls back upon its forum law.” ALBERTI, Christian P. **Iura Novit Curia in International Commercial Arbitration**: How much justice do you want? In: KROLL, Stefan Michael; MISTELIS, Loukas A et al. (eds.). *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, convergence and Evolution*. Kluwer Law International, 2011, p. 10-11.

ostentam caráter obrigacional ou apenas dispositivo⁶⁴⁶. Convenções concernentes às prerrogativas processuais dos litigantes, com caráter obrigacional, não seriam cognoscíveis de ofício pelo juiz, razão pela qual a alegação da existência de acordo do tipo constituiria forma de exceção processual. Por outro lado, convenções concernentes ao procedimento, aqueles dispositivos, devem ser conhecidos de ofício pelo magistrado, independentemente de interpelação da parte interessada.

Parece ser claro que, na linha da categorização proposta pelo autor, um acordo com as características da convenção sobre direito aplicável ao mérito se aproxima mais da categoria obrigacional do que da dispositiva. A modulação das partes sobre a cognição judicial não diz respeito unicamente ao procedimento, envolvendo também direitos processuais, bem como materiais, das partes. Assim, entende-se que deve ser seguida a conclusão do autor neste ponto, de modo que seja impossível o conhecimento de ofício do acordo.

3.2.2.6. Conclusão do capítulo

Em conclusão, se reunidas as seguintes condições elencadas no ponto acima (3.2.2.), quais sejam: a disponibilidade material e processual dos direitos envolvidos, a não violação a normas cogentes materiais ou processuais e a não violação à ordem pública, argumenta-se aqui não haver óbice a que se considere como modalidade lícita de negócio processual atípico, albergado pela cláusula geral de negociabilidade processual, acordo que disponha sobre a norma aplicável à solução do mérito da controvérsia judicial. Como já dito, trata-se de espécie de negócio jurídico de “natureza bifronte”, na dicção de Eduardo Talamini, que diz respeito à conduta material das partes, dos seus direitos e obrigações para além do processo, ao mesmo tempo em que vincula o juiz às normas de julgamento eleitas pelas partes.

É a conclusão que se atinge quando se analisa o microssistema de negociabilidade processual, em especial os artigos 190 e 357, §2º do CPC/2015, bem como o art. 2º da Lei de Arbitragem. Trata-se de espécie de acordo consentânea com a principiologia de base dos negócios processuais em geral, como o autorregramento, a cooperação e a eficiência. Embora a espécie implique um redimensionamento, uma reconfiguração do adágio *iura novit curia*, inexistente ilicitude por conta disso. Ainda,

⁶⁴⁶ CABRAL, Antonio do Passo. **O papel do juiz diante das convenções processuais**. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.) Coleção Grandes Temas do Novo CPC – Negócios Processuais (tomo 2). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 150-155.

encontra-se precedente para tanto em outros países de tradição processual próxima da brasileira, como ocorrido nas alterações legislativas ed países como a França e a Itália. A relação atual entre Estado, Direito e Jurisdição é marcadamente histórica, não havendo razão para se cogitar que a configuração atual dos três elementos permaneça cristalizada. Não se trata, outrossim, uma revogação total do adágio, uma vez que caberá ao juiz a tutela da normativa cogente e da ordem pública do sistema jurídico.

Outras possíveis objeções à modalidade tampouco são fortes o suficiente para afastar a aplicabilidade do negócio processual sobre direito aplicável ao mérito. Na medida em que constitui “acordo sobre o ofício do juiz”, ampliando ou limitando o objeto da cognição judicial, há referibilidade processual suficiente para que se considere um negócio processual. É justamente esta faceta da ampliação ou limitação da cognição judicial, por outro lado, que assegura a utilidade do negócio, que não se limitaria a reafirmar a dispositividade de normas materiais dispositivas. Não confere, ainda, que o negócio carregue consigo inconveniência insuperável. Eventual direito estrangeiro cuja aplicabilidade seja pactuada pelas partes deve ter seu conteúdo e vigência comprovado por quem o invoque, e trazido perante o juízo traduzido para a língua portuguesa.

Em sendo bem-sucedidos os argumentos levantados neste capítulo, restaria assegurada a possibilidade teórica de se pactuar negócio processual sobre norma aplicável ao mérito. No capítulo seguinte e derradeiro da dissertação, parte-se para uma análise casuística de algumas espécies particulares de convenções sobre norma aplicável ao mérito.

CAPÍTULO 4 – CASUÍSTICA DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS SOBRE NORMA APLICÁVEL AO MÉRITO

Estabelecida a premissa da admissibilidade teórica das convenções processuais sobre norma aplicável ao mérito, o Capítulo 4 tem como propósito a aplicação dos critérios gerais de admissibilidade sugeridos no capítulo anterior, de modo a se possibilitar uma análise casuística de algumas espécies de acordo. Pretende-se, por meio da concreção da cláusula geral de negociabilidade processual, verificar quais seriam os limites e as possibilidades inerentes a diferentes tipos de convenções sobre regras de mérito. O Capítulo tem caráter exploratório, sem pretensão de se concluir uma análise exaustiva ou definitiva de todos os acordos sobre norma aplicável concebíveis. Assim, tanto horizontal quanto verticalmente, o trabalho aqui iniciado pode ser desenvolvido em estudos posteriores.

O Capítulo divide-se em duas grandes seções. A primeira delas (4.1) terá como escopo o exame da eleição de normativa material, tanto nacional (4.1.1) quanto estrangeira (4.1.2). Já a segunda seção (4.2) será destinada à possibilidade da convenção para julgamento por equidade (4.2.1) e de algumas outras modalidades (4.2.2).

4.1. ELEIÇÃO DE NORMATIVA MATERIAL

4.1.1. ELEIÇÃO DE NORMATIVA MATERIAL ESTRANGEIRA

4.1.1.1. Discussão teórica

Talvez a possibilidade mais comentada na doutrina de convenção processual sobre norma de mérito seja a que propõe a aplicabilidade de direito material estrangeiro. Trata-se de proposta defendida por Leonardo Greco quando de seu artigo sobre negócios processuais, ainda sob a égide do CPC/1973⁶⁴⁷, bem como por Fredie Didier Jr já em análise do CPC/2015⁶⁴⁸. A predileção doutrinária por esta espécie específica de acordo possivelmente se explica em vista do já examinado precedente do art. 12 do CPC francês, para além da previsão bastante expansiva do art. 2º da Lei Brasileira de Arbitragem. Uma razão ainda mais importante para se examinar com bastante atenção esta convenção deriva da redação insatisfatória do art. 9º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, cujo texto não traz garantia suficiente para as partes que desejem eleger um

⁶⁴⁷ GRECO, Leonardo. **Os atos de disposição processual**: primeiras reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual, v.1, out./dez. 2007, p. 10.

⁶⁴⁸ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20. ed. Salvador, JusPodivm, 2018, p. 444-445.

ordenamento jurídico estrangeiro como aplicável à sua relação comercial. O instituto dos negócios processuais carregaria consigo, portanto, a possibilidade de representar um importante incremento para a autonomia das partes no direito brasileiro.

Todavia, e como já indicado em ponto anterior (3.2.2.2.), há algumas considerações importantes sobre o tema, que merecem meditação mais aprofundada.

A doutrina, em direito internacional privado, costuma conceber duas espécies diferentes de eleição de direito aplicável ao mérito. A primeira espécie se funda em autêntica regra de direito internacional privado, que constitui norma de sobredireito. Desde que autorizado pelo ordenamento positivo, permite-se às partes efetuar a derrogação das normas consideradas cogentes. Trata-se de uma deferência à liberdade das partes no contexto internacional, uma concessão, por parte dos ordenamentos nacionais, de maior espaço de autonomia àquelas partes que celebram contratos com agentes de outros países. Assim, permite-se abrir mão da imposição de regras cuja cogência seria reconhecida em contratos exclusivamente domésticos.

Por outro lado, concebe-se ainda uma ulterior espécie de eleição de direito aplicável ao mérito, esta última fundada em norma de direito contratual doméstico, que não possui o condão de afastar normativa cogente. As partes de um contrato doméstico podem, dentro dos limites estabelecidos pelo seu ordenamento nacional, “incorporar” ao seu contrato o regramento que bem entenderem, o que implicaria a derrogação daquelas normas supletivas ou dispositivas que o direito nacional permite derrogar. Naturalmente, as normas domésticas cogentes permaneceriam aplicáveis diante de um acordo do tipo.

À primeira espécie de eleição de direito material, a doutrina alemã atribuiu o nome de remissão de direito conflitual ou colisional (*kollisionrechtliche Verweisung*). Já à segunda espécie, deu-se o nome de remissão de direito material ou contratual (*materiellrechtliche Verweisung*⁶⁴⁹).

Em sentido idêntico ao acima exposto, Ingeborg Schwenzer e Pascal Hachem mencionam dois níveis diversos em que a autonomia das partes opera. O primeiro deles seria o nível do conflito de leis, por meio do qual as partes excluem o direito estatal originariamente aplicável, incluindo-se aí as suas disposições cogentes⁶⁵⁰. Já o segundo

⁶⁴⁹ POSCH, Willibald. **Bürgerliches Recht - Band VII**: Internationales Privatrecht. 5ª ed. Springer: Wien, 2010, p. 71-72.

⁶⁵⁰ “The first level is that of conflict of laws which relates to cases where the parties opt out of the law of a State including its mandatory provisions and/or opt for the law of a State including its mandatory provisions”. HACHEM, Pascal e SCHWENZER, Ingeborg. **Article 6**. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. Commentary on the UN Convention on the International Sales of Goods (CISG). 3ª ed. Oxford University Press: 2010, p. 104.

nível, mais restrito, seria o do direito material. Neste último, as regras cogentes permanecem aplicáveis, e o direito aplicável, por assim dizer, se incorpora ao contrato das partes⁶⁵¹.

Em vista dos critérios gerais de admissibilidade defendidos no Capítulo anterior, entende-se aqui que a convenção processual sobre norma aplicável ao mérito não tem o condão de afastar normativa cogente. Propô-lo implicaria a violação de um limite objetivo oponível a todo negócio jurídico fundado em regra doméstica; envolveria uma infração do “princípio da respeitabilidade das normas cogentes”⁶⁵².

É certo que uma convenção processual com poder de remissão apenas de direito material carrega consigo algumas importantes inconveniências. Como a questão da definição de quais são as regras efetivamente inderrogáveis de um ordenamento não é sempre respondida com facilidade⁶⁵³, persistirá quase sempre uma dose de incerteza jurídica decorrente da possibilidade da invalidação de um ou outro ponto da normativa jurídica eleita. O julgador que identificar a infração de norma cogente originariamente aplicável terá o dever de invalidar a eleição das partes. A função de orientação da conduta material dos contratantes, portanto, torna-se complexa: as partes podem agir tomando como base o regramento material eleito sem que seja certa, no entanto, a sua integral aplicabilidade em eventual controvérsia levada perante o Judiciário. Trata-se, a toda evidência, de risco jurídico relevante.

Essa contingência, aliás, basta para que se reconheçam os limites da proposta analogia do art. 190 do CPC/2015 com o art. 2º da Lei de Arbitragem. Este último dispositivo parece consagrar uma autêntica remissão de direito colisional; já a convenção fundada no art. 190 não terá o mesmo alcance normativo. Eis por que, conquanto se concordem com os argumentos lançados por Leonardo Greco e Fredie Didier Jr., crê-se

⁶⁵¹ “The second level of party autonomy operates at the level of substantive law. As opposed to choice of law clauses operating at the level of Conflict of laws the mandatory provisions of the State law applying by default remain applicable to the relationship between the parties. (...) The sales provisions designated by the parties in this sense are made part of – ie being copied into – their contract.” HACHEM, Pascal e SCHWENZER, Ingeborg. **Article 6**. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. **Commentary on the UN Convention on the International Sales of Goods (CISG)**. 3ª ed. Oxford University Press: 2010, p. 105.

⁶⁵² MELLO, Marcos Bernardes de. **Sobre o princípio da respeitabilidade das normas jurídicas cogentes**. In: MARTINS-COSTA, Judith, e FRADÉRA, Vera Jacob de (orgs.). Estudos de Direito Privado e Processual Civil – Em homenagem a Clóvis do Couto e Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 77-99.

⁶⁵³ Observação, aliás, já feita por José Carlos Barbosa Moreira, ao questionar a satisfatoriedade do critério das normas cogentes como limites objetivos às convenções processuais, haja vista a dificuldade de se identificarem quais normas são cogentes e quais são dispositivas. MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Convenções das partes sobre matéria processual**. Revista de Processo, a. 9, v. 33, jan/mar. 1984, *online*.

necessário adicionar esta importante ressalva: a convenção processual sobre norma aplicável ao mérito, autorizada à luz do microsistema de negociabilidade processual, não corresponde a uma autêntica cláusula de eleição de direito aplicável, no seu sentido mais forte.

Isso posto, há ainda outras possibilidades inerentes à eleição de normativa material estrangeira.

Em primeiro lugar, não há necessidade de se definir a aplicabilidade de um ordenamento jurídico como um todo (e.g. o “direito italiano” ou o “direito russo”). É perfeitamente possível a eleição de um único diploma como regente da relação. Assim, as partes podem convencionar a incidência exclusiva do Código de obrigações suíço ou do *Uniform Commercial Code* norte-americano, sem que o restante do direito daqueles países seja igualmente eleito. Eventuais matérias não abrangidas pelos diplomas eleitos, nesse sentido, deverão ser julgadas de acordo com o direito originariamente aplicável, uma vez que nenhuma convenção das partes terá afastado a sua aplicabilidade.

Em segundo lugar, deve-se considerar que nem mesmo a eleição de um diploma jurídico integral é necessária. É perfeitamente possível que se eleja apenas uma parte do diploma aplicável. As partes podem convencionar, portanto, que o regime de formação contratual se dará de acordo com o disposto na parte específica do *Codice Civile* italiano que disciplina o tema, deixando-se o restante do conteúdo do contrato regido pelo direito originariamente aplicável. Nada impede, ainda, que se promova a já mencionada técnica do *dépéçage*, de modo que se faça incidir mais de um diploma diferente (inclusive de ordenamentos distintos) em partes diversas do contrato. Desde que atendidos os requisitos da disponibilidade material e processual da matéria envolvida, e em inexistindo violação às regras cogentes ou ordem pública, trata-se de uma expressão possível (conquanto bastante complexa) da liberdade das partes, em acordo que vinculará a cognição judicial.

Em terceiro lugar, nada impede que se eleja, como normativa aplicável, normas que não integrem nenhum ordenamento jurídico nacional. Isto é, as chamadas *rules of law*. A discussão sobre a possibilidade de eleição de diplomas não estatais, bastante viva no direito internacional privado⁶⁵⁴, simplesmente não tem lugar na convenção processual sobre norma aplicável. Como se trata apenas de remissão de direito material, é irrelevante

⁶⁵⁴ Cf., por exemplo, GAMA JR, Lauro e SAUMIER, Geneviève, **Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts**. In: FERNANDEZ ARROYO, D. P.; OBANDO PERALTA, J. J. (eds). *El Derecho Internacional Privado En los Procesos de Integración Regional*. Editorial Jurídica Continental, 2011, p. 44-56.

a origem estatal ou privada do direito cuja incidência se elege. Assim, abre-se margem para a eleição de instrumentos normativos como os Princípios UNIDROIT, os *Principles of European Contract Law* (PECL), os *Incoterms* da Câmara de Comércio Internacional (CCI) diplomas normativos emitidos por instituições comerciais setoriais (setor de diamantes, de algodão, etc.⁶⁵⁵), elementos normativos integrantes da chamada *lex mercatoria*⁶⁵⁶ ou até mesmo elementos de direito religioso, como a *Halakha* judaica ou a *Sharia* islâmica⁶⁵⁷, por exemplo.

Bem vistas as coisas, portanto, a eleição de normativa material estrangeira, no que diz respeito à eleição de direito material de país (lei estatal), não difere muito do que já dispõe o Regulamento nº 593/2008 (Roma I) da União Europeia. Referida convenção já permite às partes contratantes da União Europeia a eleição de lei de outro país em transações puramente domésticas, desde que não se afastem as normas inderrogáveis ou cogentes do país do contrato⁶⁵⁸.

Por outro lado, a diferença com relação à normativa do Regulamento de Roma I é que a convenção processual fundada no art. 190 do CPC/2015 não impede a eleição de *rules of law*. Nada impede as partes elegerem não leis domésticas, mas sim regramentos internacionais, usos e costumes etc. Quanto a isso, portanto, há uma maior margem de flexibilidade. Dessarte, a leitura aqui proposta do art. 190 não faz nada mais do que aproximar a tratativa brasileira ao tema do mundo.

Note-se, todavia, a já mencionada necessidade de que se atendam a alguns requisitos específicos para que a eleição de normativa estrangeira seja válida. Impõe-se a exigência de que se prove o teor do direito cuja aplicabilidade se alega, além de se dever fornecer tradução em língua portuguesa. Por fim, não se trata de convenção conheável de ofício pelo magistrado; a parte interessada deve alegá-la.

⁶⁵⁵Sobre o tema da normatização setorial, conferir o trabalho de Lisa Bernstein, em seus clássicos artigos sobre a regulação privada nas indústrias do algodão e do diamante nos EUA. BERNSTEIN, Lisa. **Private Commercial Law in the Cotton Industry**: Creating Cooperation through Rules, Norms and Institutions. In: U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 133, 2001, *passim* e BERNSTEIN, Lisa. **Opting Out of the Legal System**: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. In: Journal of Legal Studies, v. 115, 1992, *passim*.

⁶⁵⁶GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua Internacionalização**: o novo papel do costume como fonte de obrigações contratuais. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011, p. 240-244.

⁶⁵⁷ Sobre a parte do direito islâmico referente ao direito contratual e comercial, cf. SALEEM, Muhammad Yusuf. **Islamic Commercial Law**. Singapore: John Wiley & Sons, 2013.

⁶⁵⁸ Artigo 3º: “3. Caso todos os outros elementos relevantes da situação se situem, no momento da escolha, num país que não seja o país da lei escolhida, a escolha das partes não prejudica a aplicação das disposições da lei desse outro país não derogáveis por acordo”.

4.1.1.2. Casos hipotéticos

Caso hipotético 1: Dois contratantes celebram contrato de compra e venda de vacas leiteiras assinado no Brasil, país onde terão lugar as obrigações definidas no contrato. Surgida a controvérsia jurídica, uma das partes aciona a outra no Judiciário. Quando da fase de saneamento, as partes apresentam delimitação consensual de questões de direito fundada no art. 357, §2º do CPC/2015, definindo o direito holandês como norma de mérito aplicável à sua controvérsia.

Trata-se de convenção processual sobre norma aplicável ao mérito válida. A delimitação consensual das questões de direito, na forma do argumentado no Capítulo 3, constitui “ato de vontade” que pode definir a norma aplicável à relação. Os direitos materiais e processuais envolvidos são disponíveis, além de que não parece haver infração *a priori* de normas cogentes ou da ordem pública na eleição. As partes, no entanto, devem provar o conteúdo e vigência do direito cuja aplicação se requer, bem como providenciar a tradução para o português dos documentos normativos perante o magistrado, na forma do parágrafo único do art. 192 do CPC/2015.

Caso hipotético 2: Dois contratantes, em contrato de distribuição de combustíveis assinado no Brasil, país onde terão lugar as obrigações pactuadas, decidem incluir no instrumento cláusula de eleição dos Princípios UNIDROIT, exclusivamente a sua parte relativa aos contratos de longa duração⁶⁵⁹.

Novamente, trata-se de convenção processual sobre norma aplicável ao mérito válida. São apenas três as diferenças com relação ao caso anterior. Em primeiro lugar, ao invés de a intenção das partes se manifestar na fase de saneamento do processo, como convenção processual incidental, trata-se de convenção prévia, o que é permitido pela cláusula geral de negociabilidade processual. Em segundo lugar, não se elege nenhum diploma ou sistema jurídico nacionais, mas sim uma normativa não estatal (*rules of law*), como já argumentado. Inexiste impedimento para que as partes o façam. Em terceiro lugar, o diploma selecionado não foi eleito na sua integralidade, mas sim na parte específica que concerne aos contratos de longa duração. Uma vez mais, é um acordo possível. Contudo, deve-se atentar sempre para o necessário respeito à normativa cogente

⁶⁵⁹ Sobre a disciplina dos contratos de longa duração dos Princípios UNIDROIT, cf. SEIXAS, Antonio Eduardo Reichmann. **Princípios UNIDROIT para Contratos de Longa Duração**. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2019, 153f.

originariamente aplicável. Assim, por mais que os Princípios UNIDROIT nada disponham a respeito dos meios de pagamento, se as partes decidirem incluir no seu contrato cláusula estipulando pagamento em ouro, ela seria nula por força do art. 318 do Código Civil⁶⁶⁰.

Caso hipotético 3: Duas partes desenvolvem atividade comercial por meio da qual uma delas contrabandeia tapetes persas para serem vendidos no mercado internacional. Surgida uma disputa quanto à divisão dos lucros dos bens vendidos, as partes vão ao Judiciário e requerem, com fulcro no art. 357, §2º do CPC/2015, a aplicação da lei judaica, conscientes de que, segundo aquela lei, o objeto ilícito do contrato não comprometeria os direitos contratuais das partes.

O caso acima se inspira no aresto real *Soleimany v. Soleimany*, decidido em 1998 pela *English Court of Appeal*. Aquele caso foi inicialmente levado à arbitragem, conduzida pela *Beth Din*, a corte rabínica de Londres. Emitido o laudo e levado para execução perante o Judiciário, a Corte de Apelação inglesa recusou-se a executar a sentença por violação à ordem pública material, dispondo que a execução da medida mancharia a honra do Judiciário inglês⁶⁶¹.

A mesma conclusão atingida pela Corte inglesa se deve aplicar no contexto brasileiro. A celebração de um contrato com natureza ilícita aos olhos do direito brasileiro não pode se beneficiar de uma eleição de norma aplicável que mantivesse a validade do instrumento. No caso, pode-se cogitar tanto da incidência da regra cogente do art. 166, VI do Código Civil⁶⁶² quanto de uma mais ampla violação à ordem pública material. Em qualquer dos casos, o magistrado deve negar aplicação à delimitação proposta pelas partes.

4.1.2. ELEIÇÃO DE NORMATIVA MATERIAL NACIONAL

4.1.2.1. Discussão teórica

A doutrina nacional tem dedicado razoável atenção à admissibilidade da hipótese de negócio processual para a eleição de direito aplicável ao mérito de origem estrangeira.

⁶⁶⁰ Art. 318: “São nulas as convenções de pagamento em ouro ou em moeda estrangeira, bem como para compensar a diferença entre o valor desta e o da moeda nacional, excetuados os casos previstos na legislação especial”.

⁶⁶¹ *Soleimany v. Soleimany* [1998] APP.L.R. 02/19. Sobre o caso, cf. SAN, Funke Adekoya. **The Public Policy Defense to Enforcement of Arbitral Awards**: Rising Star or Setting Sun? In: BCDR International Arbitration Review, Kluwer Law International; Kluwer Law International, v. 2, 2015, p. 207-8.

⁶⁶² Art. 166: “É nulo o negócio jurídico quando: VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa”.

Parece-se ignorar, todavia, uma possibilidade muito menos drástica do que a hipótese discutida, mas que partilha das mesmas premissas da hipótese de eleição de normativa material estrangeira: a eleição de normativa material nacional.

Ora, se as partes têm o direito de eleger a aplicação, e.g., do Código Civil francês para reger a sua relação em detrimento do Código Civil brasileiro, *a fortiori* poderão também eleger uma outra normativa nacional em detrimento do diploma civil nacional. Trata-se, ao fim e ao cabo, de uma eleição da mesma natureza, embora traga consigo menos inconvenientes, como a necessidade de prova do direito invocado, de tradução do mesmo quando necessário, ou mesmo da eventual compatibilidade do direito estrangeiro com o ordenamento jurídico doméstico.

Isso posto, examinam-se abaixo alguns casos hipotéticos de eleição de normativa material nacional como modalidade de negócio processual sobre eleição de norma de mérito.

4.1.2.2 Casos hipotéticos

Caso hipotético 1: Dois contratantes, em contrato de fornecimento de insumos agrícolas, decidem pactuar cláusula contratual contendo estipulação de que a normativa aplicável à sua relação será o Código de Defesa do Consumidor, de forma que o produtor rural será considerado consumidor e a empresa de insumos, fornecedora.

Trata-se de convenção processual válida. Pactuada referida cláusula, não haverá necessidade de se perquirir a delicada questão da eventual incidência da teoria finalista mitigada, evitando-se assim a investigação sobre a condição de vulnerabilidade do produtor, ou então a utilização do dos insumos adquiridos para o desenvolvimento atividade econômica. A questão da norma aplicável, uma vez alegada a validade da cláusula por uma das partes, restaria fora do objeto da cognição judicial.

Note-se ainda que a eleição do CDC como diploma aplicável a uma relação comercial teria implicações também no que diz respeito a situações jurídicas estritamente processuais. Isso porque o CDC contém normas de natureza processual no seu bojo, como aquelas relativas à inversão do ônus da prova⁶⁶³ e à vedação da denunciação da lide⁶⁶⁴.

⁶⁶³ Art. 6º: “São direitos básicos do consumidor: VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.

⁶⁶⁴ Art. 88: “Na hipótese do art. 13, parágrafo único deste código, a ação de regresso poderá ser ajuizada em processo autônomo, facultada a possibilidade de prosseguir-se nos mesmos autos, vedada a denunciação da lide”.

Ambos os negócios processuais são admissíveis⁶⁶⁵. Ao eleger o CDC como norma aplicável a uma relação comercial qualquer, portanto, as partes acordarão também sobre aspectos estritamente processuais da lide. Isso acontecerá com qualquer diploma de mérito que contenha normas de cunho processual nele inclusas.

Caso hipotético 2: Uma empresa de telefonia e uma pessoa física, em contrato de adesão de prestação de serviços de telefonia celular para uso pessoal, pactuam cláusula elegendo exclusivamente o Código Civil de 2002 como diploma jurídico aplicável à sua relação contratual.

Ao contrário do primeiro exemplo, no entanto, deve-se responder negativamente a esta segunda possibilidade. As características da relação material proposta indicam com clareza de que se trata de uma relação de consumo, o que atrai a aplicabilidade do CDC. E a jurisprudência entende que não se pode renunciar à aplicação daquele diploma⁶⁶⁶. Para além disso, incidem normas cogentes do diploma consumerista, como o art. 51, I⁶⁶⁷ do CDC, que veda a renúncia de direitos⁶⁶⁸.

Neste caso hipotético, para além dos obstáculos de natureza material ao acordo, provavelmente incidirá também o limite do parágrafo único do art. 190 do CPC⁶⁶⁹, na medida em que a inserção de cláusula impondo a renúncia do CDC pode ser considerada abusiva, ou ainda diante da possibilidade de o consumidor se encontrar em manifesta situação de vulnerabilidade.

Caso hipotético 3: Dois contratantes, em contrato de compra e venda de mercadorias, pactuam cláusula que determina a aplicabilidade do art. 47 da Convenção

⁶⁶⁵ Cf. COSTA, Marília Siqueira da. **Convenções Processuais sobre Intervenção de Terceiros**. Salvador: JusPodivm, 2018; já a convenção sobre ônus da prova possui previsão expressa no art. 373, §3º do CPC/2015.

⁶⁶⁶ “As normas de proteção e defesa do consumidor têm índole de ‘ordem pública e interesse social’. São, portanto, indisponíveis e inafastáveis, pois resguardam valores básicos e fundamentais da ordem jurídica do Estado Social, daí a impossibilidade de o consumidor delas abrir mão ‘ex ante’ e no atacado” (STJ, REsp 586.316, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ª T., DJ 19/0309).

⁶⁶⁷ Art. 51: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: I - impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem renúncia ou disposição de direitos. Nas relações de consumo entre o fornecedor e o consumidor pessoa jurídica, a indenização poderá ser limitada, em situações justificáveis”.

⁶⁶⁸ Sobre o tema, cf. ainda BRAGA NETTO, Felipe. **Manual de Direito do Consumidor**: À luz da jurisprudência do STJ. 14ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 47-53.

⁶⁶⁹ Art. 190, Parágrafo único: “De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”.

das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda de Mercadorias (CISG) ao seu contrato⁶⁷⁰.

Trata-se de convenção processual válida. A seção (1) do art. 47 trata especificamente dos parâmetros materiais de julgamento do contrato, atraindo a incidência de prazo suplementar (*Nachfrist*) que o credor passa a poder conceder para que o devedor cumpra as suas obrigações. Já a seção (2) do mesmo artigo se caracteriza por um *pactum de non petendo* oponível ao credor durante a vigência deste mesmo prazo suplementar⁶⁷¹. Trata-se, assim, de mais um caso de eleição de direito aplicável que implica alterações tanto materiais quanto processuais da relação.

4.2. OUTRAS MODALIDADES

4.2.1. CONVENÇÃO DE JULGAMENTO POR EQUIDADE

O direito brasileiro contempla previsões legislativas que autorizam o emprego da equidade pelo julgador. Veja-se, por exemplo, o art. 2º da Lei de Arbitragem⁶⁷², o art. 6º⁶⁷³ e 25⁶⁷⁴ da Lei de Juizados Especiais, o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho⁶⁷⁵, o art. 7º do Código de Defesa do Consumidor⁶⁷⁶ e o art. 5 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro⁶⁷⁷.

⁶⁷⁰ Artigo 47: “(1) O comprador poderá conceder ao vendedor prazo suplementar razoável para o cumprimento de suas obrigações. (2) Salvo se tiver recebido a comunicação do vendedor de que não cumprirá suas obrigações no prazo fixado conforme o parágrafo anterior, o comprador não poderá exercer qualquer ação por descumprimento do contrato, durante o prazo suplementar. Todavia, o comprador não perderá, por este fato, o direito de exigir indenização das perdas e danos decorrentes do atraso no cumprimento do contrato”.

⁶⁷¹ “As long as the additional period for repair is running, the right to require delivery of substitute goods is also suspended, even though it would otherwise be established under Article 46(2). The remedy of the right to require performance brought before expiration of the additional period would have to be dismissed as unfounded at the time; the position is the same as for the claim for performance of an obligation that is not yet due.” MÜLLER-CHEN, Markus. **Article 47**. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. *Commentary on the UN Convention on the International Sales of Goods (CISG)*. 3ª ed. Oxford University Press: 2010, p. 724-732.

⁶⁷² Art. 2º: “A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes”.

⁶⁷³ Art. 6º: “O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum”.

⁶⁷⁴ Art. 25: “O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do Juiz, na forma dos arts. 5º e 6º desta Lei, podendo decidir por equidade”.

⁶⁷⁵ Art. 8º: “As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público”.

⁶⁷⁶ Art. 7º: “Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade”.

⁶⁷⁷ Art. 5º: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Em favor da possibilidade de pactuação de convenção para julgamento por equidade como negócio processual atípico se posicionam, por exemplo, Leonardo Greco⁶⁷⁸, Fredie Didier Jr.⁶⁷⁹, bem como Nelson Nery e Rosa Maria de Andrade Nery⁶⁸⁰.

Já em defesa da posição oposta, posiciona-se Eduardo Talamini, para quem a equidade encontra um impeditivo insuperável na redação do art. 140, § único, do CPC/2015⁶⁸¹. No mesmo sentido, Adriana Buchmann entende que o julgamento por equidade seria inaceitável por ir de encontro à ideia de tutela justa e não arbitrária⁶⁸². Por fim, Rodrigo Ramina de Lucca argumenta que a equidade seria a *antítese* do julgamento segundo o direito, do que decorre a inadmissibilidade da figura⁶⁸³.

Não se considera, aqui, haver nada de intrinsecamente inadmissível na convenção de julgamento por equidade. Ela poderia ser lícitamente admitida pelo direito brasileiro, assim como o é a eleição de normativa material, nacional e estrangeira. Aliás, como já ressaltado, autoriza-se o julgamento por equidade em uma série de casos no direito brasileiro. Defender a inadmissibilidade geral da figura parece trazer como consequência necessária o ônus de se postular a ilicitude de várias das previsões acima elencadas.

Todavia, o que impede a lícita pactuação da convenção para julgamento por equidade, por força do art. 190 do CPC/2015, é a regra cogente do art. 140, § único, do

⁶⁷⁸ GRECO, Leonardo. **Os atos de disposição processual**: primeiras reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual, v.1, out./dez. 2007, p. 10.

⁶⁷⁹ DIDIER JR, Fredie. **Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-15**. In: DIDIER JR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, *passim*;

⁶⁸⁰ NERY, Rosa Maria de Andrade, NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 762-764.

⁶⁸¹ TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. In: Informativo Justen, Pereira Oliveira e Talamini, nº 104. Curitiba, 2015, p. 13.

⁶⁸² “Acredita-se, no entanto, que a dispensa de observância do ordenamento jurídico vai de encontro ao objetivo de alcance de uma tutela justa, na medida em que favorece ao cometimento de arbitrariedades, uma vez que o juiz fica dispensado de demonstrar o amparo jurídico a embasar sua decisão. Igualmente, fomenta favorecimentos e imparcialidade, os quais são indispensáveis pilares do estado constitucional”. BUCHMANN, Adriana. **Limites Objetivos ao Negócio Processual Atípico**. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017, p. 241.

⁶⁸³ “Decidir por equidade significa abandonar o Direito como premissa maior da decisão judicial e substituí-lo pelo senso pessoal de justiça do julgador. Em vez de aplicar uma norma jurídica pré-existente aos fatos estabelecidos no processo, o juiz-pessoa cria as consequências práticas que lhe parecem mais adequadas ao caso e então julga a pretensão que lhe foi deduzida.

Juízes de equidade não são juízos jurídicos. Na verdade, a equidade é a antítese do Direito como concebido no Estado Moderno. Justamente por isso, as hipóteses de juízo de equidade no sistema brasileiro são paraestatais.” LUCCHA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade Processual**: a liberdade das partes no processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 330.

mesmo diploma⁶⁸⁴. Tal como disposto no Código atual, o enunciado normativo mencionado não abre margem para a eleição voluntária do julgamento por equidade.

Ademais, o histórico legislativo do CPC/2015 reforça a conclusão pela inadmissibilidade de referida convenção. Sabe-se que o PLS nº 166/2010, do Senado, mantinha o art. 127 do CPC/1973 com a mesma redação original do Código anterior⁶⁸⁵, embora no art. 120 daquele Projeto. Já o Substitutivo da Câmara dos Deputados, Projeto nº 8.046/2010, suprimiu a norma. Outrossim, o texto consolidado, com os ajustes promovidos pela Comissão Temporária do Código de Processo Civil, tratou de *reinsserir* o enunciado normativo, agora como parágrafo único do art. 140 do CPC/2015.

Ou seja, os *travaux préparatoires* permitem concluir que o ponto da reserva legal para o julgamento por equidade foi especificamente meditado pelo legislador, que em certo ponto chegou a propor a derrogação daquela norma. Apesar disso, *voltou-se atrás* e decidiu-se por manter o enunciado com a mesma redação do Código anterior. Assim, conclui-se que não há subsídio redacional para que se autorize a convenção para julgamento por equidade em processo judicial.

É até possível que essa não tenha sido a intenção do legislador com o parágrafo único do art. 140 do CPC. Talvez o seu propósito fosse, antes de negar às partes o poder de convencionar o julgamento por equidade, vincular os magistrados ao julgamento conforme a lei, de forma a se evitar eventual abuso ou arbitrariedade. É ainda possível que essa posição seja o resquício de uma antiga desconfiança, própria do paradigma do Estado Legislativo, contra a figura dos magistrados, em cuja discricção não se poderia confiar⁶⁸⁶. Assim, vincular o juiz à lei serviria para manietá-lo, impedindo outro parâmetro de julgamento que não aquele expressamente definido pelas instâncias legislativas democráticas⁶⁸⁷.

⁶⁸⁴ Art. 140: “O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. **O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.**”

⁶⁸⁵ Art. 127: “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei”.

⁶⁸⁶ “No Estado Legislativo, ao juiz só era dado decidir por equidade nos casos previstos em lei. No Estado Constitucional, a equidade revela-se como algo inerente ao ato de julgar. Trata-se de mais um elemento que deve ser considerado quando da conformação da lei para a compreensão e decisão do caso concreto levado a juízo. Assim como outras normas que têm a mesma função de disciplinar eventuais conflitos entre outras normas, como, por exemplo, a proporcionalidade, a concordância prática, a equidade, aqui entendida como razoabilidade como equidade, é inerente ao processo decisório no Estado Constitucional. É natural ao ato de julgar, no Estado Constitucional, o julgar com coerência, proporcionalidade, razoabilidade, concordância prática, ponderação e igualdade”. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Código de Processo Civil Comentado**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 301.

⁶⁸⁷ Em comentário ao *Code* napoleônico, Paolo Grossi elucida a mentalidade do movimento codificador francês: “E l’articolo 4, che ritiene un illecito grave il rifiuto di giudicare da parte di un giudice “sotto

Apesar disso, fato é que o parágrafo único do art. 140 do CPC/2015 *existe*, e a sua redação atual só permite o julgamento por equidade nos *casos previstos em lei*. Um negócio processual atípico, por outro lado, por definição não tem previsão legislativa específica. Assim, conclui-se que não se pode extrair, da cláusula geral do art. 190, a possibilidade da convenção para julgamento por equidade.

O convencionamento de julgamento por equidade seria plenamente admissível se não fosse a regra impeditiva do parágrafo único do art. 140 do CPC. Outros sistemas processuais muito próximos ao nosso o autorizam, como o francês e o italiano. Nesse sentido, se o parágrafo único contivesse redação textual ligeiramente diferente, no sentido de que o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei “ou quando expressamente acordado pelas partes”, o acordo para julgamento por equidade seria lícito. Mas isso se trata de um argumento de *lege ferenda*, que não corresponde à normativa brasileira tal como existe contemporaneamente.

Por fim, a existência de uma regra cogente impedindo a convenção de julgamento por equidade poderia dar margem a um possível argumento contra toda e qualquer convenção processual sobre norma aplicável ao mérito. Poder-se-ia defender que, ao proibir a convenção para julgamento por equidade, também outras espécies de modulação dos parâmetros de julgamento do magistrado seriam inválidas à luz do CPC/2015, como as eleições de normativas estrangeiras ou nacional.

Todavia, não procede a objeção. A convenção para julgamento por equidade, embora se assemelhe às outras modalidades aqui estudadas, delas difere substancialmente. Entende-se aqui que a equidade constitui apenas uma espécie do mais genérico fenômeno das convenções sobre norma aplicável ao mérito. Dentro deste gênero, há diversos tipos de acordos sobre modulação da cognição judicial. Alguns deles a limitam ao retirarem do âmbito das questões jurídicas controvertidas a aplicabilidade de determinada norma. Dentre eles, inclui-se o acordo que convencionou a incidência de um direito estrangeiro: decidem por sua livre vontade que seja aplicável à sua relação material um sistema normativo de outro país.

Trata-se, por outro lado, de comando diverso da convenção que retira qualquer parâmetro jurídico aplicável para a solução da controvérsia, como o julgamento por

pretesto di silenzio, oscurità o difetto della legge”, anche se nel corso di lavori preparatorii è potuto sembrare a qualche redattore uno strumento per valorizzare il ruolo del giudice, è **divenuto nel contesto finale del Codice un elemento di chiusura, con il giudice prigionero entro la gabbia di una legalità rigidissima.**” (g.n.) GROSSI, Paolo. *L’Europa del Diritto*. 7ª ed. Roma: Editori Laterza, 2011, p. 143.

equidade. Esta, para citar uma vez mais a teorização de Loïc Cadiet, *amplia* os poderes do juiz, ao retirar dele as amarras do direito aplicável⁶⁸⁸. Já a eleição de direito aplicável vai no sentido contrário e limita os mesmos poderes, ao retirar-lhe do juízo cognitivo a questão da norma aplicável. São institutos, portanto, com conteúdo diverso.

Por outro lado, sabe-se que as regras que limitam a liberdade individual devem ser interpretadas restritivamente. Ou seja, se um mesmo texto normativo autoriza duas interpretações possíveis e igualmente legítimas, é razoável privilegiar aquela que de maneira mais intensa prestigie a liberdade individual. Deste modo, se o art. 140, parágrafo único, pode ser lido de uma forma tanto contida quanto “expansiva”, mais proibitiva, a diretriz interpretativa mais adequada é aquela da qual resulta uma maior garantia de liberdade às partes.

Vindica-se assim a posição de que não se deve procurar ler na norma do art. 140 nada mais do que está precisamente incluído no seu enunciado normativo: a condição de que o julgamento por equidade só se dará quando expressamente autorizado por lei, o que exclui a equidade convencionada pelas partes.

Deve-se adotar, como conclusão, que não cabem convenções processuais para julgamento por equidade única e exclusivamente devido à expressa vedação do legislador, que constitui norma processual cogente. Não cabe perquirir as razões do legislador; a sua conclusão, externada no texto normativo, constitui razão suficiente para vincular a atividade do intérprete e do julgador.

4.2.2. OUTRAS MODALIDADES

Por fim, examinam-se algumas outras espécies de convenção processual sobre norma aplicável ao mérito. Devido à diversidade inerente a cada uma, é difícil dar-lhes uma categorização precisa; eis por que se decidiu por tratá-las em grupo sob a alcunha de “outras modalidades”: excluídas as hipóteses da eleição de direito aplicável ao mérito e da convenção determinando o julgamento por equidade, analisam-se aquelas espécies de convenções que não se enquadram em nenhum dos tipos acima delineados.

⁶⁸⁸ CADIET, Loïc. **Os acordos processuais no direito francês**: situação atual da contratualização do processo e da justiça na França. In: CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa: Seis lições brasileiras*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 92.

4.2.2.1. Afastamento consensual da questão da constitucionalidade da norma aplicável

Uma instigante hipótese de convenção processual sobre norma aplicável ao mérito, sugerida recentemente na doutrina brasileira, consiste no afastamento consensual do exame da questão da constitucionalidade da norma aplicável.

De acordo com Eduardo Talamini, poder-se-ia admitir como legítima delimitação consensual das questões de direito (como “ato de vontade”), a exclusão do objeto da cognição judicial da questão jurídica de constitucionalidade de lei aplicável ao caso concreto. Como exemplo, o autor cita hipotética cláusula penal moratória que, amparada em determinada lei, autorizasse a imposição de multa de 500% em caso de inadimplemento⁶⁸⁹.

Para o autor, em se compreendendo a dimensão também (e essencialmente) material desse negócio jurídico, e desde que presente o requisito da disponibilidade material dos direitos envolvidos, a delimitação consensual proposta seria válida. É certo que a parte lesada pela multa abusiva teria o direito de renunciar ao valor da multa; portanto, também ela poderia aceitar que se excluísse o exame da validade da norma legislativa que instituisse a multa em percentual leonino.

Como possível objeção ao acordo, Eduardo Talamini sugere ser possível ver num acordo com essas características uma espécie de convenção para julgamento por equidade. É que, ao limitar o exame da constitucionalidade da norma, as partes estariam

⁶⁸⁹ “Nesses casos, importa definir se o próprio bem jurídico objeto da disputa é disponível – e não a questão jurídica ou fática em si. Tome-se o seguinte exemplo: em relação puramente privada e disponível, uma parte pretende cobrar de outra uma multa moratória contratual de 500% do valor da obrigação – amparada numa hipotética lei que autorizaria penalidade contratual até esse montante. Suponha-se que há dúvidas acerca da constitucionalidade de tal lei – e essa é uma das questões postas no processo entre as partes. Poderiam as partes, na delimitação consensual de questões controvertidas, excluir tal questão (constitucionalidade da lei autorizativa da multa de 500%), pedindo ao juiz que apenas definisse se houve inadimplemento?”

Por mais estranhável que isso possa parecer, a resposta parece ser positiva – *desde que se compreenda que não se trata de um negócio puramente processual, mas também e essencialmente material*. Se o devedor concorda em excluir tal questão do processo, ele está potencialmente abdicando do valor relativo à multa. E ele pode fazer isso. Trata-se de direito patrimonial privado, disponível. Se o devedor houvesse simplesmente pago a multa, sem nenhuma contestação, e depois o STF declarasse a lei que a autorizava inconstitucional, ainda assim, ele poderia simplesmente renunciar ao direito de repetir o valor pago – precisamente por se tratar de um direito patrimonial disponível. Ele pode igualmente renunciar a esse direito, ainda em tese, no curso do próprio processo. Nesse caso, excluída a questão atinente à constitucionalidade, não haveria nenhum pronunciamento judicial sobre a questão. Vale dizer, o juiz não estaria afirmando a aplicabilidade da norma inconstitucional, mas deixando de examiná-la (...). TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais**. In: Informativo Justen, Pereira Oliveira e Talamini, nº 104. Curitiba, 2015, p. 13.

a promover uma espécie de “modulação dos parâmetros de julgamento” que implicaria o distanciamento do direito brasileiro, tal como originariamente aplicável⁶⁹⁰.

Sugere-se aqui, contudo, que a hipótese levantada pelo autor parece resolver-se de forma diversa⁶⁹¹. Um negócio processual que excluísse a apreciação judicial da questão da inconstitucionalidade de norma prevendo cláusula penal de 500% permaneceria inválido, independentemente de ostentar natureza também material. A contingência de se tratar de direitos materiais disponíveis não parece suficiente para que se estabeleça a validade do mesmo acordo. Isso porque mesmo no campo dos direitos patrimoniais disponíveis incidem limites objetivos aos negócios jurídicos.

Um limite objetivo possivelmente violado por uma cláusula do gênero seria a ordem pública material⁶⁹². Elementos como taxas de juros abusivas já foram considerados aptos a ensejar, por exemplo, a recusa de homologação de sentença arbitral estrangeira⁶⁹³. Se for verdade que uma matéria como a taxa de juros (ou a cláusula penal moratória abusiva, na medida em que ambos os exemplos parecem seguir a mesma lógica) integra o núcleo da ordem pública internacional, notadamente mais restrita e enxuta que a ordem

⁶⁹⁰ “É bem verdade que se pode cogitar de um óbice à admissibilidade de um negócio jurídico como o desse segundo exemplo. As partes estariam, sob certo aspecto, remodelando negocialmente os parâmetros jurídicos de solução da causa (o caso é diferente do primeiro exemplo, em que se pode configurar claramente a renúncia de uma das partes a um contradireito). Em certa medida, isso é equiparável à convenção pela qual as partes optam por julgamento por equidade. Ocorre que o Código de 2015 não contempla essa possibilidade. No processo legislativo do novo diploma, chegou-se a propor regra autorizadora da opção por equidade – mas a proposta não foi acolhida. No Código, prevaleceu a regra geral proibitiva: “O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei” (art. 140, par. ún.). Se os juízos de equidade não podem ser adotados com base na simples vontade das partes, dir-se-ia que elas tampouco poderiam proceder a outras reformulações dos parâmetros normativos de julgamento”. TALAMINI, Eduardo. **Um processo para chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais**. In: Informativo Justen, Pereira Oliveira e Talamini, nº 104. Curitiba, 2015, p. 13.

⁶⁹¹ De passagem, a solução proposta pelo autor para rejeitar a hipótese, de que haveria equiparação com a figura da convenção para julgamento por equidade, parece duvidosa. Uma decisão por equidade envolve derrogar a integralidade do ordenamento aplicável dispositivo, ao passo que uma modulação pontual, como a sugerida por Eduardo Talamini, tem escopo bem mais restrito. Não resta evidente, argumenta-se aqui, o sucesso da analogia entre convenção para julgamento por equidade e o acordo para aplicar norma inconstitucional.

⁶⁹² Ainda um ulterior limite objetivo oponível à hipótese consistiria na boa-fé objetiva, cuja normatividade é capaz de modular os limites da autonomia privada. Cf. MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 292-293.

⁶⁹³ Em posição contrária ao reconhecimento da taxa de juros como matéria de ordem pública no Brasil, cf. ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 205-206. Contudo, o autor baseia sua análise na premissa de que os juros praticados no mercado não conheceriam nenhum limite legal. O entendimento jurisprudencial contemporâneo, no entanto, reconhece a abusividade de taxas de juros que destoam muito da taxa média de mercado.

pública doméstica⁶⁹⁴, com maior razão esta última se erigirá como um limite objetivo a eventual convenção processual estabelecendo cláusula penal abusiva.

Afastada a validade da hipótese sugerida, resta ainda indagar se restaria alguma hipótese possível sobre afastamento consensual da questão da constitucionalidade da norma aplicável. A hipótese precisa ser vista com bastante reserva. Se o acordo implicar a infringência de regra cogente ou da ordem pública, o magistrado estará autorizado – *rectius*, terá o dever – de negar-lhe a validade, a despeito do caráter materialmente disponível dos direitos envolvidos.

No mais das vezes (senão em todas) a questão da constitucionalidade da norma aplicável se revestirá de caráter cogente ou então de conteúdo pertencente à ordem pública nacional. Assim, a princípio, entende-se pela impossibilidade de acordo do gênero, embora se reconheça aqui a necessidade de exame mais aprofundado da questão para a obtenção de uma resposta definitiva.

4.2.2.2. Acordo sobre regra de interpretação

É certo que o direito não se compõe apenas de regras impositivas de condutas, que estabelecem deveres positivos ou negativos às partes. Existem também no sistema jurídico normas destinadas a orientar a aplicação das demais regras jurídicas. Uma espécie deste gênero se trata daquelas regras que fornecem subsídios para a correta aplicação das regras primárias. Em suma, são as regras que estabelecem critérios interpretativos autorizados tanto para os comandos originários do ordenamento, quanto para os acordos das partes⁶⁹⁵.

São vários os exemplos de regras de interpretação contratual no direito brasileiro, em especial no Código Civil. O diploma civil inaugura cânones hermenêuticos como o privilégio da intenção sobre o sentido literal da linguagem do art. 112 do

⁶⁹⁴ MARTINS, André Chateaubriand de. **Os Diferentes Níveis de Ordem Pública sob uma Perspectiva da Jurisprudência Brasileira em Arbitragens Doméstica e Internacional**. In: Revista Brasileira de Arbitragem, v. 37, 2013, *passim*.

⁶⁹⁵ Entendimento, aliás, presente no Brasil pelo menos desde a entrada em vigor do Código Comercial Brasileiro, que dispunha, em seu art. 131, acerca da interpretação dos contratos do comércio, privilegiando o “espírito e natureza” do contrato em detrimento da “rigorosa e restrita significação das palavras”, bem como da utilização do comportamento das partes como chave interpretativa da vontade dos contraentes à época da celebração do instrumento, dentre outros parâmetros interpretativos inteiramente razoáveis. As regras interpretativas do art. 131 do Código Comercial, na opinião de José Xavier Carvalho de Mendonça, deviam ser observadas obrigatoriamente tanto pelas partes quanto pelo julgador. CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Vol. VI. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 209.

CC/2002⁶⁹⁶, a interpretação conforme a boa-fé e os usos do local de celebração do art. 113⁶⁹⁷, a interpretação estrita dos negócios jurídicos benéficos e da renúncia do art. 114⁶⁹⁸. Ressalte-se, ainda, a cláusula geral do art. 422 do Código Civil⁶⁹⁹, com consagrada função hermenêutica⁷⁰⁰, além da regra de interpretação *contra proferentem* do art. 423⁷⁰¹. Todas estas regras, aliás, aplicáveis também às próprias convenções processuais na condição de negócios jurídicos materiais, como se argumentou no Capítulo 2 deste trabalho.

Também a Convenção de Viena de 1980, recentemente incorporada ao direito brasileiro, inclui em seu bojo regras para a interpretação dos contratos submetidos à sua regulação, no seu art. 8⁷⁰². Referida regra de interpretação pode, ademais, ser alterada ou complementada pelas próprias partes, nos termos do art. 6 da mesma Convenção⁷⁰³.

O tema das regras de interpretação foi objeto de recente e profunda reforma no direito brasileiro, num sentido francamente liberal. A entrada em vigor da Lei de Liberdade Econômica inaugurou um panorama normativo muito mais amigável à autonomia das partes⁷⁰⁴, reafirmando-se a preferência à interpretação do direito objetivo que mais favoreça a autonomia privada (Art. 3º, inciso V⁷⁰⁵).

⁶⁹⁶ Art. 112: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

⁶⁹⁷ Art. 113: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

⁶⁹⁸ Art. 114: “Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente”.

⁶⁹⁹ Art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

⁷⁰⁰ A exposição definitiva, na doutrina brasileira, sobre a função hermenêutica do princípio da boa-fé se encontra em MARTINS COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 481-558.

⁷⁰¹ Art. 423: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

⁷⁰² Artigo 8 (1): “Para os fins desta Convenção, as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo a intenção desta, desde que a outra parte tenha tomado conhecimento dessa intenção, ou não pudesse ignorá-la. (2) Não sendo caso de aplicação do parágrafo anterior, as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo o sentido que lhes teria dado uma pessoa razoável, com a mesma qualificação e nas mesmas circunstâncias da outra parte. (3) Para determinar a intenção de uma parte, ou o sentido que teria dado uma pessoa razoável, devem ser consideradas todas as circunstâncias pertinentes ao caso, especialmente negociações, práticas adotadas pelas partes entre si, usos e costumes e qualquer conduta subsequente das partes”.

⁷⁰³ HACHEM, Pascal e SCHWENZER, Ingeborg. **Article 6**. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. **Commentary on the UN Convention on the International Sales of Goods (CISG)**. 3ª ed. Oxford University Press: 2010, p. 114-116.

⁷⁰⁴ ACCIOLY, João C. de Andrade Uzêda. **Hermenêutica pro libertatem**. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei da Liberdade Econômica: Lei nº 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 40-41.

⁷⁰⁵ Art. 3º: “São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: V - gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, para os

Duas normas merecem especial atenção para os propósitos da presente dissertação. Em primeiro lugar, o art. 113, §2º do Código Civil⁷⁰⁶. Esta norma inaugura a liberdade das partes inclusive para eleger as próprias regras de interpretação a elas aplicáveis, seja fazendo incidir normas exógenas ao Código, seja afastando normas originariamente incidentes⁷⁰⁷.

Em segundo lugar, o art. 421-A, inciso I do Código Civil⁷⁰⁸. A possibilidade de estabelecer “parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais” levou Gustavo Ferraz de Campos Monaco, em interpretação inovadora sobre o dispositivo, a entender que se passou a assegurar o poder de as partes elegerem direito aplicável ao mérito de origem estrangeira⁷⁰⁹.

É inegável entender, portanto, que a tendência da reforma legislativa caminha num sentido fortemente favorável à liberdade dos contraentes. Muito na linha, ademais, do que ocorrera já com a entrada em vigor do CPC/2015.

A respeito da nova redação dada ao art. 113 do Código Civil pelo art. 7º da Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica), José Antônio Peres Gediel e Adriana Espíndola Corrêa argumentam que as normas de interpretação constituiriam normas cogentes, o que as distanciaria de serem vista como meros “conselhos” ou “regras de experiência”⁷¹⁰.

quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia privada, exceto se houver expressa disposição legal em contrário”.

⁷⁰⁶ Art. 113, § 2º: “As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.”

⁷⁰⁷ LEONARDO, Rodrigo Xavier; RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **A interpretação dos negócios jurídicos na lei da liberdade econômica**. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota (coords.). Lei da Liberdade Econômica Anotada: Lei nº 13.874. Vol. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 224-226.

⁷⁰⁸ Art. 421-A: “Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução”.

⁷⁰⁹ “Nesse sentido, então, e ao contrário do que pensava defender quando me propus a elaborar o presente ensaio a convite dos organizadores da obra, e em que pese não se ter expressamente liberado a indicação da lei aplicável aos contratos internacionais por vontade das partes, **parece ser plausível apontar que os incisos do art. 421-A do Código Civil impedirão a ingerência do julgador para submeter um contrato a outra lei que não seja aquela que eles próprios tenham indicado como parâmetro interpretativo e de distribuição de riscos do pactuado.**” (g.n.) MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Escolha da lei aplicável aos contratos internacionais como mecanismo de liberdade econômica**. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota (coords.). Lei da Liberdade Econômica Anotada: Lei nº 13.874. Vol. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 255.

⁷¹⁰ GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola; KROETZ, Maria Cândida do Amaral. **Interpretações – Art. 113 do Código Civil**. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Comentários à Lei da Liberdade Econômica: Lei nº 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 328.

Não se pode concordar com a visão esposada acima. Se algum dia já foi prevalente a opinião segundo a qual as normas de interpretação possuem caráter necessariamente cogente⁷¹¹, a redação atual do Código Civil, após as modificações engendradas pela Lei da Liberdade Econômica, parece não deixar margem para referida visão. Ao contrário, deve-se compreender que as normas de interpretação são exatamente o que o seu nome indica, *normas*. Trata-se de comandos, elementos prescritivos do ordenamento, não meras sugestões ou recomendações ao julgador, que delas poderia se afastar por seu próprio alvedrio. Contudo, não se segue daí que todas as normas de interpretação tenham caráter de cogência ou de inderrogabilidade.

É certo que ao juiz não cabe desconsiderar livremente as prescrições hermenêuticas incorporadas no diploma normativo material. Contudo, nada parece impedir que as partes possam, elas mesmas, alterar as regras de interpretação a que o juiz estará vinculado, ou ao menos algumas destas regras. Aliás, o recém adotado art. 113, §2º, do Código Civil reconhece expressamente às partes o direito de pactuar regras de interpretação diversas daquelas previstas em lei.

Ou seja, uma vez que as partes podem afastar as regras de interpretação originariamente aplicáveis, não se trata de normas cogentes, mas sim supletivas ou dispositivas. O juiz se vincula às regras de interpretação do Código, certamente, mas se concede às partes o poder de afastar a incidência de tais regras.

Isso posto, deve-se compreender que as partes podem pactuar convenção processual que defina norma interpretativa aplicável à sua própria relação contratual. Em se considerando que as normas interpretativas têm igualmente natureza de norma, em teoria, uma convenção processual sobre norma de mérito poderia afastar a sua aplicabilidade, ou ainda incorporar novas regras de interpretação aplicáveis.

Todavia, é possível que nem toda norma de interpretação possua caráter dispositivo. Determinadas regras poderão ser consideradas de tamanha importância pelo ordenamento que a sua derrogação seria considerada inadmissível. A possibilidade de haver normas de interpretação cogentes e outras supletivas torna sempre mais premente

⁷¹¹ Sobre a discussão a respeito da cogência das normas de interpretação, cf. LEONARDO, Rodrigo Xavier; RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **A interpretação dos negócios jurídicos na lei da liberdade econômica**. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota (coords.). Lei da Liberdade Econômica Anotada: Lei nº 13.874. Vol. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 225.

a necessidade de estudar o tema, a fim de se estabelecerem critérios seguros de discernimento entre as duas categorias⁷¹².

A princípio, portanto, deve-se compreender que são possíveis convenções processuais sobre regras de interpretação. Nada há que descarte *prima facie* a validade de um acordo do gênero. É precisa uma análise pormenorizada, no entanto, para verificar eventual caráter cogente da regra de interpretação cuja aplicabilidade se pretende afastar.

4.2.2.3. Acordo sobre afastamento de precedente

Uma ulterior convenção levantada por opiniões na doutrina nacional se trata de um acordo para afastar a aplicabilidade de precedente judicial. Para compreender o sentido do acordo, basta ter presente a compreensão mais contemporânea da teoria das fontes, que aceita enfaticamente o papel da jurisprudência também como fonte de direito. É dizer, o direito não é apenas constituído pelo substrato textual emitido pelo Poder Legislativo, que é apenas uma parte de uma realidade mais complexa e abrangente. Reconhece-se que a norma se constrói a partir a atividade interpretativa do julgador.

É o que autoriza a enfática conclusão atingida, por exemplo, por Márcio Bellocchi, para quem “[c]onsidera-se norma jurídica –*direito*, portanto – também o precedente!”⁷¹³.

Em tais condições, poder-se-ia aventar a possibilidade de uma convenção processual que afastasse a vigência de precedente, na condição de norma jurídica aplicável. Poder-se-ia, a princípio, afastar a aplicação de precedente da mesma forma que se pudesse afastar uma norma legislativa.

É o que defendem Nelson Nery Jr e de Rosa Maria de Andrade Nery. Para os autores, poderiam as partes, por meio de negócio processual, afastar os mais diversos produtos do direito jurisprudencial, como súmulas de tribunais, teses de julgamentos em

⁷¹² “A ampliação das regras de interpretação promovida pela Lei n. 13.874/2019 exigirá um esforço hermenêutico mais acentuado para se distinguirem normas dispositivas (como o inciso II e o inciso IV ao parágrafo primeiro do art. 113) de normas cogentes (como o art. 112 e o art. 113, *caput*)”. LEONARDO, Rodrigo Xavier; RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **A interpretação dos negócios jurídicos na lei da liberdade econômica**. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota (coords.). Lei da Liberdade Econômica Anotada: Lei nº 13.874. Vol. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 226.

⁷¹³BELLOCCHI, Márcio. **Precedentes Vinculantes e a Aplicação do Direito Brasileiro na Convenção de Arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 138.

recursos extraordinários e especiais repetitivos, teses atingidas nos incidentes IRDR e IAC⁷¹⁴.

Para defender a sua opinião de Nelson Nery Jr e de Rosa Maria de Andrade Nery partem da premissa de que os mecanismos de direito jurisprudencial no ordenamento brasileiro seriam todos inconstitucionais, ante a alegada ausência de autorização do caráter vinculante dos mesmos, pois de origem exclusivamente legislativa.

Outrossim, argumentam que, ainda que não se compartilhe das premissas adotadas pelos autores, a exclusão da incidência dos mecanismos permaneceria viável, pois as partes poderiam escolher o direito aplicável à sua relação, de onde se seguiria o direito de excluir a incidência das súmulas de tribunais e demais elementos do direito jurisprudencial⁷¹⁵.

Não se concorda com a opinião acima levantada, contudo. Muito embora se defenda neste trabalho a possibilidade de eleição de direito aplicável por meio de negócio processual, já se teve a oportunidade de externar que não se trata de uma eleição com a mesma magnitude de uma remissão de direito colisional, mas apenas de direito material. É dizer, seguem vigentes os limites inderrogáveis do ordenamento brasileiro, dentre os quais as regras cogentes materiais e processuais, para além da ordem pública.

A questão é saber, portanto, se os precedentes teriam natureza de algum gênero de limite objetivo. Deve-se responder afirmativamente: os precedentes vinculantes possuem a natureza de norma processual cogente, de modo que não podem ser afastados por mera disposição das partes. Assim, um acordo sobre norma aplicável não teria o condão de afastar precedentes obrigatórios.

Uma convenção processual que decidisse excluir a incidência do entendimento jurisprudencial obtido em REsp repetitivo, IRDR ou IAC, em tais condições, careceria de validade e necessitaria ter sua aplicação recusada pelo magistrado.

⁷¹⁴ “É possível às partes convencionarem a inaplicabilidade das súmulas dos tribunais, das teses dos julgamentos em RE e REsp repetitivos, das teses dos incidentes de resolução de demandas repetitivas, bem como da tese firmada com o resultado do incidente de assunção de competência. Nenhum desses expedientes tem magnitude constitucional, vale dizer, a Constituição não autoriza que seu resultado tenha caráter vinculante, abstrato e geral, próprio da lei provinda do Poder Legislativo”. NERY, Rosa Maria de Andrade, NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 764.

⁷¹⁵ “Ainda que se os tenha por vinculantes, o que se admite apenas para argumentar, ainda assim as partes podem escolher excluí-los da incidência em sua demanda judicial, pois podem escolher o *direito* aplicável à espécie”. NERY, Rosa Maria de Andrade, NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 764.

4.2.2.4. Acordo sobre qualificação

Uma ulterior convenção processual sobre norma aplicável que se pode imaginar diria respeito à qualificação jurídica dos fatos.

Como se sabe, o enquadramento dos fatos ao direito aplicável é operação sobre a qual a posição tradicional da doutrina conferiu protagonismo à figura do juiz⁷¹⁶. Sempre que o juiz detectar, à luz da compreensão clássica da doutrina, a necessidade de requalificar juridicamente a demanda⁷¹⁷, ele poderá fazê-lo da forma que entender mais pertinente.

Trata-se, aliás, de uma decorrência do adágio *iura novit curia* em sua compreensão tradicional. O juiz não fica adstrito à qualificação jurídica atribuídas pelas partes. Uma das hipóteses de aplicação da máxima, segundo argumenta Adolfo Alvarado Velloso, atribui ao juiz o poder de “contrariar a qualificação jurídica dos fatos efetuada pelos próprios interessados, especialmente quando da relação fática apresentada na demanda não surge com clareza o tipo de pretensão sustentada”⁷¹⁸.

Dessarte, a concepção tradicional confere ao juiz o poder-dever de promover o reenquadramento jurídico dos fatos, sendo que eventual concordância das partes quanto à qualificação jurídica, por não o vincular, perderia relevância⁷¹⁹.

Registre-se ainda que muitas das novas leituras sobre o adágio *iura novit curia* não retiram do juiz a “última palavra” sobre a definição da qualificação jurídica dos fatos.

⁷¹⁶ “Na verdade, o limite da liberdade do julgador encontra-se naquele ou naqueles fatos que individualizam a pretensão do autor e a exceção oposta pelo demandado, e que constituem, respectivamente, a *causa petendi* e a *causa excipiendi*: a qualificação jurídica desenhada pelo autor e secundada pelo réu nunca é definitivamente e, conseqüentemente, nada impede a livre eleição dos motivos ou normas jurídicas que o órgão judicante entenda pertinentes.

Pode até mesmo suceder que no processo de subsunção, o juiz entenda que à situação fática narrada, de conformidade com a *lex generalis*, são aplicáveis normas especiais de regência, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, mesmo que não invocadas pelas partes. Tem-se aí verdadeira modificação da tipificação jurídica do fundamento fático exposto pelo autor. (...)

Conclui-se, destarte, que, baseando-se no mesmo cenário fático, nada impede que o juiz altere o *fundamento legal*, o dispositivo de lei (de resto, *irrelevante*), ou ainda o *fundamento jurídico*, vale dizer, a tipificação jurídica que advém do fato ou dos fatos narrados. A qualificação da demanda, emergente do conjunto fático-jurídico constante dos autos, pode perfeitamente ser alterada pelo juiz. Trata-se da ‘requalificação jurídica de ofício’”. CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A liberdade do juiz e o problema da requalificação jurídica da demanda**. In: Revista Brasileira de Advocacia, v. 2, jul.-set. 2016, *on-line*.

⁷¹⁷ “Será suficiente conceber por ‘requalificação jurídica’ o poder-dever que todo julgador tem de emprestar aos fatos narrados definição, categoria ou tipificação da relação jurídica diversa daquela eleita pelo autor e pelo réu, na fase postulatória da demanda”. CRUZ E TUCCI, José Rogério. **A liberdade do juiz e o problema da requalificação jurídica da demanda**. In: Revista Brasileira de Advocacia, v. 2, jul.-set. 2016, *on-line*.

⁷¹⁸ VELLOSO, Adolfo Alvarado. El Juez – Sus deberes y facultades – Los derechos procesales del abogado frente al juez. Buenos Aires: Depalma, 1982, p. 181, *apud* MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. ***Iura Novit Curia***: a máxima e o mito. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 24.

⁷¹⁹ LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade Processual**: a liberdade das partes no processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 314.

A ressalva feita por parte da doutrina contemporânea se limita a afirmar que a invocação de normas jurídicas ou de nova qualificação se dê mediante prévia comunicação às partes, como homenagem ao princípio do contraditório⁷²⁰. Apesar disso, ainda que as partes concordem quanto a uma determinada qualificação, se o juiz delas discordar, não verá seu poder de requalificar juridicamente a demanda tolhido.

Contudo, à luz da nova redação do art. 357, §2º do CPC/2015, bem como do art. 190 do CPC/2015, deve-se compreender que o poder de requalificação jurídica da demanda passa a admitir uma importante exceção: o juiz se vincula à qualificação e aos fundamentos jurídicos dados pelas partes, desde que as mesmas pactuem negócio processual com este escopo. Entende-se aqui, portanto, que o processo civil brasileiro, com a entrada em vigor do CPC/2015, passou a conferir às partes os mesmos poderes conferidos pelo terceiro e quarto parágrafos do art. 12 do CPC francês. Desde que as partes assim pactuem, o juiz restará vinculado aos fundamentos jurídicos determinados pelas partes, não podendo mudá-los por conta própria.

Assim, inverte-se o panorama tradicional, que permanece hígido nos casos de ausência de acordo. Outrossim, quando as partes pactuam negócio processual sobre a qualificação, podem vincular o juiz ao fundamento jurídico por elas invocado. Em tais casos, o magistrado não pode invocar o adágio *iura novit curia* como fundamento para ignorar a conclusão atingida pelas próprias partes com relação aos fatos do processo.

4.2.2.5. Casos hipotéticos

Caso hipotético 1: Em contrato de compra e venda, as partes estipulam cláusula que determina a inaplicabilidade do art. 113, §1º, inciso II do Código Civil⁷²¹, deixando claro que usos e costumes não poderão ser considerados elementos de interpretação do seu negócio jurídico.

Trata-se de convenção processual válida. Não se trata de norma jurídica de natureza cogente, podendo assim ser afastada pela livre vontade das partes.

Podem existir inúmeras razões, aliás, para isso. As partes podem decidir não se pautar pelos usos e costumes comerciais da região, e querem deixar isso claro no contrato.

⁷²⁰ DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. *Iura Novit Curiae Causa de Pedir*: O juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 300-306.

⁷²¹ Art. 113: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio”.

Assim, o juiz fica impedido de utilizar este critério interpretativo, conquanto previsto em lei, para analisar o negócio entabulado entre as partes.

Caso hipotético 2: Em contrato de compra e venda, as partes estipulam cláusula que determina a inaplicabilidade do art. 113, *caput*, do Código Civil, deixando claro que a boa-fé objetiva não poderá ser considerada elemento de interpretação de seu negócio jurídico.

Diferentemente do caso hipotético anterior, este apresenta acordo de validade duvidosa. Em se considerando que da cláusula geral da boa-fé objetiva irradia uma série de normas marcadas pelo atributo da cogência, seguir-se-ia daí que regra de interpretação que ordenasse o respeito à boa-fé ostentaria a mesma inderrogabilidade. Assim, seria vedado às partes determinar a inaplicabilidade convencional da boa-fé como critério hermenêutico. Trata-se, inclusive, da opinião de Rodrigo Xavier Leonardo e de Otávio Luiz Rodrigues Jr. em análise do tema⁷²².

Caso hipotético 3: Uma sociedade limitada litiga contra pessoa física, alegando que esta, na condição de sua sócia, lhe deve determinada quantia. A parte requerida alega como defesa não ser sócia da sociedade e, mesmo que fosse, que inexistiria a obrigação de pagamento. Quando da fase de saneamento do processo, as partes apresentam delimitação consensual de questão de direito em que determinam que, para os fins daquele processo, o réu será tratado como sócio.

Este se trata do exemplo invocado por Fritz Baur no seu artigo sobre a máxima *iura novit curia*⁷²³. No texto, o autor defende a possibilidade de que as partes façam “declarações concordantemente obrigatórias” para o juiz, determinando a exclusão de determinada matéria jurídica (*e.g.*, a condição jurídica de sócio) do objeto da cognição judicial. Na perspectiva do direito brasileiro, deve-se atingir a mesma conclusão. Um acordo do gênero seria válido e faria incidir a normativa aplicável ao direito societário.

⁷²² “Por outro lado, seria questionável a possibilidade de se afastar o art. 112 do Código Civil, que determina a interpretação das declarações segundo a intenção que tomou substância no que foi declarado, para além do sentido literal da linguagem ou mesmo negar aplicação à boa-fé objetiva como critério para a interpretação dos negócios jurídicos”. LEONARDO, Rodrigo Xavier; RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **A interpretação dos negócios jurídicos na lei da liberdade econômica**. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota (coords.). Lei da Liberdade Econômica Anotada: Lei nº 13.874. Vol. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 226.

⁷²³ BAUR, Fritz. **Da importância da dicção “iura novit curia”**. In: Revista de Processo, v. 3, jul.-set./1976, *on-line*.

4.2.2.6. Conclusão do capítulo

A casuística das convenções processuais sobre norma aplicável ao mérito revela uma ampla gama de possibilidades, até então não atentadas pela doutrina nacional. Para além da eleição de direito aplicável ao mérito de origem estrangeira, examinou-se a possibilidade da eleição de direito aplicável nacional, da convenção por equidade e, por fim, de algumas outras possibilidades.

A presente análise presente possui caráter exploratório, sem se ter a pretensão de exaustão ou caráter definitivo. É possível aventar outras possibilidades de convenção sobre norma aplicável ao mérito, aqui não mencionadas. É ainda certo que um estudo verticalizado sobre alguma delas revele nuances e particularidades não observadas neste trabalho, por conta da brevidade da análise.

De qualquer forma, argumenta-se aqui que as posteriores análises a respeito do tema poderão se beneficiar da aplicação dos critérios de admissibilidade propostos no Capítulo 3.

Assim, atendidos os requisitos sugeridos em momento anterior, abre-se margem para um número variado de convenções processuais sobre norma aplicável ao mérito, cujo alcance total ainda não foi compreendido pela doutrina brasileira.

CONCLUSÃO

A fim de retomar os principais argumentos levantados na presente dissertação, ordena-se a presente dissertação em pontos:

1. Após encontrar um primeiro momento de relevância com a *litisconstestatio* do *ordo iudiciorum privatorum* romano, o fenômeno da negociação sobre o processo passou por um longo período de reduzida importância. O momento das codificações oitocentistas, embora consagrador de forte autonomia no domínio do direito privado, marcou-se pela rigidez no campo do direito processual, tendência favorecida pela afirmação do publicismo no processo civil. A excessiva rigidez processual, associada ao fenômeno da massificação dos litígios a partir do pós-guerra, desencadeou um cenário de crise nas jurisdições ocidentais, momento em que se propôs um retorno a modelos processuais mais abertos à influência das partes. A tendência “neoprivatista”, em parte inspirada no sucesso da arbitragem internacional, foi fomentada primeiramente no processo civil francês, cuja inovação dos *contracts de procédure* influenciou os rumos das reformas legislativas de vários outros países.

2. O Brasil, muito influenciado pela processualística italiana, continha também um sistema processual pouco aberto à participação privada, o que ficou marcado especialmente nos Códigos de 1939 e 1973. Outrossim, também aqui se verificou um cenário de crise jurisdicional. A partir da experiência continental, reavivou-se por aqui o debate sobre os negócios processuais, o que engendrou a inclusão, no art. 190 do CPC/2015, de uma cláusula geral de negociabilidade processual.

3. A racionalidade subjacente à inclusão dos negócios processuais no CPC/2015 parece ser dúplice. Por um lado, reconhece-se a importância da liberdade das partes, cuja autonomia deve repercutir também no domínio do processo civil. Por outro lado, tem-se a aposta de que uma concessão de maior liberdade aos litigantes promoverá um estado de coisas mais eficiente, de modo a se atenuar a crise jurisdicional enfrentada nas últimas décadas.

4. No campo da principiologia, o instituto dos negócios processuais tem como fundamentos quatro princípios insculpidos no CPC/2015. São eles os princípios do autorregramento da vontade, espraiamento da autonomia privada no domínio do processo civil; a cooperação, prevista especialmente no art. 6º do Código; a adequação e a eficiência. A principiologia processual, todavia, também pode servir como fonte

limitadora da extensão dos negócios processuais, incluindo-se o princípio da igualdade e a ordem pública processual como algumas fontes com semelhante função.

5. Tal como previsto no CPC/2015, o instituto dos negócios processuais existe dentro de um microsistema de negociabilidade processual, conjunto de normas que inclui hipóteses típicas e atípicas de acordos, representadas pela cláusula geral dos arts. 190 e 200 do Código. Essa cláusula, ademais, constitui o núcleo do microsistema, podendo tanto influenciar normativamente a aplicação das convenções típicas quanto ser por elas influenciada, a depender do caso. Ainda, os negócios processuais podem ser privados ou institucionais, prévios ou incidentais, unilaterais, bilaterais ou plurilaterais. Podem ter como objeto apenas alterações do procedimento, ou então constituir, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais (negócios processuais em sentido estrito), alterando direitos e deveres das partes. Há ainda, por fim, negócios sobre o objeto da cognição judicial ou o meio de prova, que dependem da disponibilidade material dos direitos envolvidos.

6. Da mesma forma que todo negócio jurídico, as convenções processuais podem ser analisadas a partir da teoria dos planos do ordenamento jurídico. No plano da existência, apesar de permanecer certa controvérsia na doutrina, classificam-se os elementos dos negócios como os sujeitos celebrantes, a manifestação de vontade das partes e a forma em sentido amplo. Como requisito de validade, os sujeitos devem ser capazes (com especial atenção para a ocorrência de vulnerabilidade de algum celebrante), a manifestação de vontade deve ser livre de vícios e a forma é, em geral, livre. Em regra, a eficácia das convenções se opera imediatamente, com a exceção dos acordos que dependam de homologação judicial. É possível ainda a pactuação de condições voluntárias de suspensão ou extinção de eficácia.

7. A validade das convenções processuais depende da observância de limites subjetivos e objetivos. Desde o ponto de vista subjetivo, os sujeitos celebrantes devem ter capacidade de estar em juízo e não necessariamente a capacidade material. Podem ainda a Fazenda Pública e o Ministério Público celebrar acordos processuais. Quanto aos limites objetivos, a doutrina propõe o conceito de ordem pública, de normas cogentes ou ainda diretrizes gerais. Argumenta-se que a ordem pública e as normas cogentes constituem dois limites conceitualmente distintos para as convenções. A existência de direitos fundamentais do processo não impede, *a priori*, a renúncia das partes.

8. Quanto ao controle dos acordos pelo magistrado, a nulidade pode ser conhecida e declarada de ofício. Já a hipótese de anulabilidade depende de requerimento

da parte em ação anulatória autônoma, de modo que será reconhecida apenas no momento da sentença. Seguindo, as convenções devem ser, na medida do possível, interpretadas de acordo com o entendimento comum das partes a seu respeito. Em não havendo consenso, cabe ao magistrado se utilizar das mesmas regras interpretativas aplicáveis aos negócios jurídicos em geral, como a atenção à intenção das partes, à boa-fé e aos usos do lugar de celebração, dentre outros fatores relevantes.

9. O instituto da eleição de direito aplicável ao mérito, uma das mais evidentes manifestações da autonomia privada no direito contratual, tem profícua utilização no direito internacional privado e na arbitragem. Há fundamentos normativos em convenções internacionais a respeito do tema; no direito brasileiro, as mais importantes referências são a LINDB, a Lei de Arbitragem e a Convenção de Viena de 1980. Paira controvérsia na doutrina sobre a existência da autonomia privada no direito brasileiro, haja vista a redação textual aparentemente contrária do art. 9º da LINDB.

10. A hipótese da eleição de direito aplicável ao mérito por meio de negócio processual atípico foi aventada, pela primeira vez na doutrina brasileira, por Leonardo Greco. Desde então, com a passagem do CPC/2015, vários autores veem no art. 357, §2º do Código e no art. 2º da Lei de Arbitragem fundamentos para um acordo processual que envolva a delimitação do objeto da cognição judicial, de forma a se permitir a eleição pelos litigantes de direito estrangeiro como aplicável à controvérsia, ou a convenção para julgamento por equidade. Por outro lado, há autores contrários à hipótese, que defendem a inadmissibilidade de uma convenção para julgamento por equidade e uma ilícita relativização do adágio *iura novit curia* nas propostas de delimitação consensual do objeto da cognição judicial.

11. São três os principais argumentos em favor de uma convenção processual sobre norma aplicável ao mérito. Compreende-se que uma leitura do microsistema de negociabilidade processual, em especial dos arts. 190 e 357, §2º do CPC/2015 e o art. 2º da Lei de Arbitragem, fornece amparo normativo bastante para autorizar um negócio do gênero. Basta que se compreenda que a delimitação consensual enquanto “ato de vontade”, capaz de determinar quais as questões de direito efetivamente trazidas para a análise do juiz, inclui a possibilidade de determinar a norma aplicável ao litígio; ademais, nada há que impeça o exercício desse poder pelas partes por meio de convenção processual prévia. Por outro lado, as possíveis objeções ao acordo não são capazes de lhe infirmar a validade: um redimensionamento, por decisão do legislador, do adágio *iura novit curia* é possível e bem-vindo; por outro lado, há espaço no objeto dos negócios

processuais para os acordos sobre o objeto da cognição judicial, uma vez que há referibilidade processual; acordos do gênero não são desarrazoadamente inconvenientes para a máquina judiciária, e nem impedirão o desenvolvimento do direito brasileiro.

12. Para além dos requisitos gerais de validade incidentes sobre todos os negócios processuais, constata-se a existência de três critérios de admissibilidade específicos à categoria das convenções sobre norma aplicável ao mérito: a observância da disponibilidade material e processual, da normativa cogente material e processual e o respeito à ordem pública material e processual. A necessidade de observância dos limites objetivos materiais decorre da “natureza bifronte” das convenções: não se trata apenas de negócios processuais, mas de negócios jurídicos com eficácia material e processual. A violação a qualquer dos requisitos acima elencados, ademais, importará na nulidade do acordo, embora o princípio da conservação dos negócios jurídicos imponha a necessidade de preservação do seu conteúdo, na medida do possível. Por fim, as convenções sobre norma aplicável ao mérito não são cognoscíveis de ofício.

13. Há uma série de negócios processuais sobre norma aplicável ao mérito, cuja pactuação deverá respeitar os critérios de admissibilidade acima propostos. É possível, por exemplo, a convenção processual definindo a aplicabilidade de normativa material estrangeira. Permite-se a escolha tanto de sistemas jurídicos e diplomas nacionais quanto de diplomas não-estatais, das mais variadas fontes. Todavia, a eleição não terá o escopo de afastar as normas cogentes e/ou a ordem pública material e processual do ordenamento brasileiro, cabendo ao magistrado recusar a aplicação do direito eleito em caso de infringência de tais limites objetivos.

14. Na mesma linha, é possível a eleição de normativa material nacional. Pode-se convencionar a aplicabilidade de diploma jurídico vigente no Brasil, como o Código de Defesa do Consumidor ou a Convenção de Viena de 1980. Entretanto, há que se ter em mente sempre a não infringência da normativa cogente, como no caso de hipotético acordo definindo a inaplicabilidade do diploma consumerista.

15. A convenção para julgamento por equidade não é possível no ordenamento brasileiro. obsta ao acordo a redação do parágrafo único do art. 140 do Código de Processo Civil, que deve ser lido como uma norma cogente de natureza processual, configuradora de um limite objetivo. A convenção para julgamento por equidade, por outro lado, não é intrinsecamente inadmissível. Se não houvesse o limite objetivo do parágrafo único do art. 140, dever-se-ia concluir pela sua admissibilidade.

16. Ainda outras modalidades de convenção processual sobre norma aplicável ao mérito podem ser cogitadas. Guarda-se ressalva com relação às convenções que determinem o afastamento de constitucionalidade de norma aplicável, ante a possível infringência de normas cogentes ou da ordem pública. Da mesma forma, o acordo sobre afastamento de precedente parece problemático pela mesma razão. Por outro lado, acordos sobre regra de interpretação e sobre qualificação parecem ser válidos *a priori*. Trata-se, em qualquer caso, de hipóteses que exigiriam uma análise pormenorizada.

L.D.S.

REFERÊNCIAS

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

_____. **Vertentes culturais do processo civil na passagem do século XIX ao século XX**: as vertentes francesa e austríaca como marcos da passagem do Estado liberal ao Estado social e a atualidade de sua discussão. In: *Revista de Processo*, v. 224, mar/2014, p. 89-119.

ACCIOLY, João C. de Andrade Uzêda. **Hermenêutica pro libertatem**. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Comentários à Lei da Liberdade Econômica: Lei nº 13.874/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 39-55.

ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a Direito Fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALBERTI, Christian P. **Iura Novit Curia in International Commercial Arbitration**: How much justice do you want? In: KROLL, Stefan Michael; MISTELIS, Loukas A et al. (eds.). *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, convergence and Evolution*. Kluwer Law International, 2011, p. 3-32.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A Contratualização do Processo**: das convenções processuais no processo civil (de acordo com o novo CPC). São Paulo: LTr, 2015.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. **Arbitragem Comercial Internacional e Ordem Pública**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo 2005, 268f.

ALVIM, José Eduardo Carreira, **Contratualização da Justiça**. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. II, 2005, p. 46-51.

AMARAL, Paulo Osternack. **Provas**: atipicidade, liberdade e instrumentalidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

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

ARAUJO, Nadia de. **Contratos Internacionais**: Autonomia privada, Mercosul e convenções internacionais. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ARAUJO, Nadia de e SALDANHA, Fabiola, **Recent Developments and Current Trends on Brazilian Private International Law Concerning International Contracts**. In: *Panorama of Brazilian Law*, v. 1, 2013, pp. 73-83.

ARAUJO, Paulo D. Rehder de; NAKAMURA, Camila Leiko. **Comentário geral ao art. 113 CC**. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini;

MACIEL, Renata Mota (coords.). Lei da Liberdade Econômica Anotada: Lei nº 13.874. Vol. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 238-247.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 289-315.

AUDIT, Bernard, **Chapter 1. Choice of The Applicable Law By the Parties**. In BORTOLOTTI, Fabio e Pierre Mayer (eds), *The Application of Substantive Law by International Arbitrators, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, Volume 11*.

AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais – já uma releitura. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 401-426.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: JusPodivm, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Legitimidade da recusa de transfusão de sangue por testemunhas de Jeová**. Dignidade humana, liberdade religiosa e escolhas existenciais. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang; CARBONELL, Miguel (Org.). *Direitos, deveres e garantias fundamentais*. Salvador: JusPodivm, 2011

BAUR, Fritz. **Da importância da dicção “iuria novit curia”**. In: *Revista de Processo*, v. 3, jul.-set./1976, p. 169-177.

BELL, Tom W., **The Jurisprudence of Polycentric Law**. 1992, *on-line*. Disponível em: <<http://www.tomwbell.com/writings/JurisPoly.html>>. Acesso em 09/01/2020.

BELLOCCHI, Márcio. **Precedentes Vinculantes e a Aplicação do Direito Brasileiro na Convenção de Arbitragem**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BENEDITO, Luiza Machado Farhat, FAKHOURY FILHO, Tamer. **A contratualização do processo judicial: análise principiológica de sua efetividade à luz do novo diploma processual civil**. *Meritum*, Belo Horizonte, jul./dez. 2017, v. 12, p. 234-252.

BERALDO, Leonardo de Faria. O dever de cooperação no Novo Código de Processo Civil. In: DIDIER JR, Fredie, NUNES, Dierle, FREIRE, Alexandre (coords.), **Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Normas Fundamentais**. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 359-365.

BERLIN, Isaiah. **Liberty: Incorporating Four Essays on Liberty**. Oxford: Oxford University Press, 1969.

BERNSTEIN, Lisa. **Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms and Institutions.** In: U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 133, 2001, p. 1724-1790.

BOCALON, João Paulo. **Os Negócios Jurídicos Processuais no Novo Código de Processo Civil Brasileiro.** Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, 241f.

BOELE-WOELKI, K., **Where Do We Stand on the Rome I Regulation?** In: BOELE-WOELKI, K. e GROSHEIDE, F. (eds), *The Future of European Contract Law* “, Kluwer Law International, 2007, p. 19-41.

BONFIM, Daniela Santos. **A legitimidade extraordinária de origem negocial.** In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais.* 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 481-498.

BONIZZI, Marcelo José Magalhães. **Estudo sobre os limites da contratualização do litígio e do processo.** In: *Revista de Processo*, vol. 269/2017, p. 139-149.

BORN, Gary. **International Commercial Arbitration.** Kluwer Law International, 2014.

BRAGA NETTO, Felipe. **Manual de Direito do Consumidor: À luz da jurisprudência do STJ.** 14ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

BUCHMANN, Adriana. **Limites Objetivos ao Negócio Processual Atípico.** Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017, 395f.

BUENO, Cassio Scarpinella. Art. 357. In: ALVIM, Teresa Arruda (et al). **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil: artigo por artigo.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais.** Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. **Convenções processuais no processo do trabalho.** In: TUPINAMBÁ, Carolina (coord.). *Soluções de Conflitos Trabalhistas: Novos caminhos.* São Paulo: LTr, 2018, p. 31-46.

_____. **O papel do juiz diante das convenções processuais.** In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.) *Coleção Grandes Temas do Novo CPC – Negócios Processuais (tomo 2).* Salvador: JusPodivm, 2020, p. 137-158.

CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais.** 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. **Coleção Grandes Temas do Novo CPC – Negócios Processuais (tomo 2).** Salvador: JusPodivm, 2020.

CABRAL, Tricia Navarro Xavier. **Convenções em matéria processual.** In: *Revista de Processo*, mar. 2015, v. 241, p. 489-516.

_____. **Limites da Liberdade Processual**. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

_____. **Ordem Pública Processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

CADIET, Loïc. **Los acuerdos procesuales en derecho francés**: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia. In: *Civil Procedure Review*, v. 3., n. 3, 2012, p. 3-35.

_____. **Perspectivas sobre o Sistema da Justiça Civil Francesa**: Seis lições brasileiras. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

CALAMANDREI, Piero. **Opere Giuridiche**, vol. IV. Napoli, 1968.

CÂMARA, Helder Moroni. **Negócios Jurídicos Processuais**: Condições, elementos e limites. São Paulo: Almedina, 2018.

CAMBI, Federico. **La metamorfosi del monopolio statale sulla giurisdizione**. In: *Revista de Processo*, v. 257, jul/2016, *on-line*.

CAMBI, Eduardo e PADILHA, Elisângela, Dimensões da dignidade da pessoa humana, in **Revista de Direito Privado**, vol. 71/2016, p. 111-128.

CARAMELO, Antonio Sampaio. Critérios de arbitrabilidade dos litígios: revisitando o tema. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, n. 27, p. 129-161, out./dez. 2010.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo**: Um comentário à lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARON, David; CAPLAN, Lee, **The UNCITRAL Arbitration Rules** (Second Edition): A Commentary, Oxford University Press, 2012.

CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**. Vol. VI. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

CAPONI, Remo. **Autonomia privada e processo civil**: os acordos processuais. *Revista de Processo*, fev. 2014, v. 228, p. 359-376.

CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. **Fazenda pública e negócios jurídicos processuais no novo CPC**: pontos de partida para o estudo. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 649-674.

COLOMBO, Juliano. **Negócios Jurídicos Processuais na Perspectiva dos Direitos Fundamentais das Partes**: Principiologia, fundamentos e aplicação na tutela executiva stricto sensu. Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018, 182f.

CORDEIRO, Adriano Consentino. **Negócios Jurídicos Processuais e as Consequências do seu Descumprimento**. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná, 2016, 270f.

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

COSTA, Pietro. **O Estado de Direito**: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro e ZOLO, Danilo (orgs). **O Estado de Direito: história, teoria**. São Paulo, Martins Fontes, 2006, p. 95-198.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Natureza e objeto das convenções processuais**. In: CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 23-29.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 39-75.

_____. **Princípio da Eficiência no Novo Código de Processo Civil**. In: DIDIER JR, Fredie, NUNES, Dierle, FREIRE, Alexandre (coords.), **Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Normas Fundamentais**. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 365-384.

DAVIS, Kevin E, HERSHKOFF, Helen. **Contracting for procedure**. In: William & Mary Law Review, v. 53, 2011, p. 507-565.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias. **A constitucionalização do novo Código de Processo Civil**. In: DIDIER JR, Fredie, NUNES, Dierle, FREIRE, Alexandre (coords.), **Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Normas Fundamentais**. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 59-75.

DIDIER JR., Fredie. **Cláusulas gerais processuais**. In: Revista Opinião Jurídica, n. 12, 2010, p. 118-130.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 20. ed. Salvador, JusPodivm, 2018.

_____. **Ensaio sobre os Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____. **Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-15**. In: DIDIER JR, Fredie (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 105-126.

_____. **Princípio da cooperação**. In: DIDIER JR, Fredie, NUNES, Dierle, FREIRE, Alexandre (coords.), **Coleção Grandes Temas do Novo CPC- Normas Fundamentais**. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 345-359.

_____. **Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil.** DIDIER JR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 31-39.

_____. **Sobre a Teoria Geral do Processo, Essa Desconhecida.** 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

_____. **Sobre dois importantes (e esquecidos) princípios do processo:** adequação e adaptabilidade do procedimento. Revista de Direito Processual Civil. n. 21. Curitiba: Gênese, 2001.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. **A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa.** In: A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, a. 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017.

DIDIER JR. Fredie, BRAGA, Paula Sarno e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil:** Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. 13. ed. Salvador, JusPodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. **Negócios jurídicos processuais atípicos e execução.** In: Revista de Processo, v. 275, jan./2018, p. 193-228.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de Direito Processual Civil:** meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 16^a ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO; Leandro Santos. **Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais.** In: Revista de Processo, v. 279, mai./2018, *online*.

DIDIER JR, Fredie, NUNES, Dierle, FREIRE, Alexandre (coords.), **Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Normas Fundamentais.** Salvador, JusPodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel, LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Novo Processo Civil.** 4. ed (revista e atualizada). São Paulo: Malheiros, 2019.

DOLINGER, Jacob. **A ordem pública internacional em seus diversos patamares.** Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 93, n. 828. out. 2004, p. 33-42.

_____. **Direito Internacional Privado:** Parte geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

DOMINGOS, Carlos Eduardo Quadros. **Da aplicabilidade do negócio jurídico processual na recuperação judicial de empresas.** Dissertação (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2017, 147f.

DOMIT, Otávio Augusto Dal Molin. **Iura Novit Curiae Causa de Pedir:** O juiz e a qualificação jurídica dos fatos no processo civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DOUGLAS, Michael; LOADSMAN, Nicholas. **The impact of the Hague Principles on Choice of Law in International commercial contracts**. In: Melbourne Journal of International Law, v. 19, n. 1, 2018, p. 1-23.

DOUTOR, Mauricio Pereira. **Medidas Executivas Atípicas na Execução por Quantia Certa**: diretrizes e limites de aplicação. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, 163f.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais**: teoria e prática. São Paulo: RT, 2014

FACHIN, Luiz Edson. **Autonomia privada e estipulação contratual**. In: FACHIN, Luiz Edson. Soluções Práticas de Direito: Pareceres – Contratos e responsabilidade civil, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FACÓ, Juliane Dias. **A aplicação do art. 190 do CPC/2015 ao processo do trabalho**: compatibilidade dos negócios processuais atípicos com o ordenamento trabalhista. In: MARCATO, Ana et al. (coord.) Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro – Negócios processuais. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 249-276.

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

FARIA, Luzardo. **O princípio da indisponibilidade do interesse público e a consensualidade no direito administrativo**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, 338f.

FARIA, Marcela Kohlbach de. **Licitude do objeto das convenções processuais**. In: MARCATO, Ana et al. (coord.) Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro – Negócios processuais. Salvador: JusPodivm, 2017, 353-366.

FERRARI, Franco. **Remarks on the UNCITRAL Digest's Comments on Article 6 CISG**. In: Journal of Law and Commerce, v. 25, 2005-06, p. 13-37.

FERRI, Luigi. **Nozione giuridica di autonomia privata**. In: Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile, 1957, p. 129-200.

FILHO, Costodio Ubirajara. **A emenda constitucional 19/98 e o princípio da eficiência na administração pública**. In: Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo, vol. 1, 2012, p. 999-1011.

FINNIS, John. **The priority of persons**. In: FINNIS, John. Intention and Identity: Collected Essays – vol. II. Oxford: Oxford University Press, 2011, p. 19-35.

FLETCHER, Harry M. (ed), **Uncitral Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, 30 J.L. & COM, 2012.

FORGIONI, Paula. **A interpretação dos negócios jurídicos II – Alteração do art. 113 do Código Civil**: Art. 7º. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR.,

Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Comentários à Lei da Liberdade Econômica: Lei nº 13.874/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 327-363.

FRADERA, Vera Jacob de. **Art. 7º: Liberdade contratual e função social do contrato – art. 421 do Código Civil**. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Comentários à Lei da Liberdade Econômica: Lei nº 13.874/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 327-363.

GAMA JR, Lauro. **Autonomia da Vontade nos contratos internacionais no Direito Internacional Privado brasileiro**: uma leitura constitucional do artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil em favor da liberdade de escolha do direito aplicável. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (eds.). *O Direito Internacional contemporâneo: Estudos em homenagem ao Professor Jacob Dolinger*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 599-626.

GAMA JR, Lauro e SAUMIER, Geneviève, **Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts**. In: FERNANDEZ ARROYO, D. P.; OBANDO PERALTA, J. J. (eds). *El Derecho Internacional Privado En los Procesos de Integración Regional*. Editorial Juridica Continental, 2011, p. 44-56.

GEDIEL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola; KROETZ, Maria Cândida do Amaral. **Interpretações– Art. 113 do Código Civil**. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Comentários à Lei da Liberdade Econômica: Lei nº 13.874/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 327-363.

GIANNAKOS, Demétrio Beck da Silva. **Análise econômica dos negócios jurídicos processuais**. In: *Revista de Processo*, v. 278, abr. 2018, on-line.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato e sua Internacionalização**: o novo papel do costume como fonte de obrigações contratuais. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2011, 437f.

GODINHO, Robson Renault. **A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória**. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 577-586.

GOMES, Frederico Augusto. **A Estabilização da Tutela Antecipada**. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2018

GOMES, Orlando. **A evolução do Direito privado e o atraso da técnica jurídica**. *Revista Direito GV*, v.1, n. 1, maio/2005, p. 121-134.

GRECO, Leonardo. **O saneamento do processo e o projeto de Novo Código de Processo Civil**. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. VIII, jul./dez. 2011, p. 574-575.

_____. **Os atos de disposição processual – primeiras reflexões**. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v.1, out./dez. 2007.

_____. **Publicismo e privatismo no processo civil**. In: Revista de Processo, vol. 164/2008, Out/2008, p. 29-56

GREGER, Reinhard. **Cooperação como princípio processual**. In: DIDIER JR, Fredie, NUNES, Dierle, FREIRE, Alexandre (coords.), Coleção Grandes Temas do Novo CPC-Normas Fundamentais. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 301-311.

GROSSI, Paolo. **A History of European Law**, trad. Lawrence Hooper. Wiley-Blackwell, 2010.

_____. **L'Europa del Diritto**. 7ª ed. Roma: Editori Laterza, 2011.

GRUENBAUM, Daniel. **Prescrição em contratos internacionais perante o árbitro e o juiz estatal** (parte I): determinação do direito aplicável. In: Revista de Arbitragem e Mediação, v. 41, abr.-jun. 2014, *on-line*.

HACHEM, Pascal e SCHWENZER, Ingeborg. **Article 6**. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. Commentary on the UN Convention on the International Sales of Goods (CISG). 3ª ed. Oxford University Press: 2010, p. 104.

HASSON, Felipe. **Direito Internacional Privado e Liberdades: a dimensão funcional voltada ao desenvolvimento humano**. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2018, 235f.

HUBER, Peter e MULLIS, Alastair, **The CISG, a new textbook for students and practitioners**, Sellier, European Law Publishers, 2007.

JOBIM, Marco Félix. **As Funções da Eficiência no Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

KESSEDJIAN, Catherine. **Les Dangers Liés à un Mauvais Choix du Droit Applicable. Analyse de la Jurisprudence Française et de Sentences Arbitrales**. In: Revue internationale de droit comparé. Vol. 47 n° 2, Avril-juin 1995, pp. 373-83.

KOCHEM, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (Kooperationsmaxime). In: DIDIER JR, Fredie, NUNES, Dierle, FREIRE, Alexandre (coords.), **Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Normas Fundamentais**. Salvador, JusPodivm, 2016, p. 311-345.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino, PEIXOTO, Marco Aurélio Ventura, FLUMIGNAN, Silvano José Gomes (coords.). **Enunciados da ENFAM - Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados sobre o novo Código de Processo Civil: organizado por assunto, anotados e comentados**. Salvador: JusPodivm, 2019.

KRAMER, Xandra E. and THEMELI, Erlis, **The Party Autonomy Paradigm: European and Global Developments on Choice of Forum**, 2015. In: LAZIĆ, Vesna; STUIJ, Steven. Brussels Ibis Regulation. Changes and challenges of the renewed procedural scheme. The Hague/Heidelberg: Asser Press/Springer, 2017, p. 27-49.

LANDO, Ole, **The 1955 and 1985 Hague Conventions on the Law Applicable to the International Sale of Goods**, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 57. Jahrg., H. 1/2, Hundert Jahre Haager Konferenz 1893–1993 (1993).

LEE, João Bosco. **A Lei 9.307/96 e o Direito Aplicável ao Mérito do Litígio na Arbitragem Comercial Internacional**, in *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, vol. 11, 2001.

LEE, Patrick e GEORGE, Robert P. **The Nature and Basis of Human Dignity**. *Ratio Juris*, vol. 21, no. 2, 2 June 2008.

LEHMANN, Matthias. **Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws**. In: *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 41:381, pp. 382-434.

LEONARDO, Rodrigo Xavier; RODRIGUES JR., Otávio Luiz. **A liberdade contratual e a função social do contrato – alteração do art. 421-A do Código Civil: Art. 7º**. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Comentários à Lei da Liberdade Econômica: Lei nº 13.874/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 271-293.

_____. **A interpretação dos negócios jurídicos na lei da liberdade econômica**. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota (coords.). *Lei da Liberdade Econômica Anotada: Lei nº 13.874*. Vol. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 219-227.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manuale di diritto processuale civile**. Milano: Giuffrè, 1973, v. 1.

LIMA, Paula Eppinghaus Cirne. **A escolha da lei aplicável à convenção de arbitragem**. *Revista Jurídica Luso Brasileira*, n. 3, 2018, p. 1219-1249.

LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. **Iura Novit Curia no Processo Civil Brasileiro: dos primórdios ao Novo CPC**. In: *Revista de Processo*, v. 251, jan/2016, p. 127-158.

LIPIANI, Júlia; SIQUEIRA, Marília. **Negócios jurídicos processuais sobre a fase recursal**. In: DIDIER JR, Fredie (org.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 613-648.

_____. **O saneamento consensual**. In: MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Coleção Novo CPC Doutrina Seleccionada: Procedimento comum*. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 259-282.

LOTUFO, Renan, NANNI, Giovanni Ettore (coords.). **Teoria Geral dos Contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. **Lei de liberdade econômica anotada – Lei nº 13.874/2019 – Artigo 2º - Princípios**. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota

(coords.). *Lei da Liberdade Econômica Anotada: Lei nº 13.874. Vol. 1.* São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 182-193.

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade Processual: a liberdade das partes no processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 330.

_____. **Iura novit curia nas arbitragens.** Revista Brasileira de Arbitragem, v. XIII, 2016, p. 54-78.

_____. **Liberdade, autonomia e convenções processuais.** In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.) *Coleção Grandes Temas do Novo CPC – Negócios Processuais (tomo 2).* Salvador: JusPodivm, 2020, p. 21-54.

MAFFEISSONI, Behlúa. *Convenções processuais em matéria probatória e poderes instrutórios do juiz.* In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.) *Coleção Grandes Temas do Novo CPC – Negócios Processuais (tomo 2).* Salvador: JusPodivm, 2020, p. 363-393.

MARCATO, Ana et al. (coords.). **Negócios Processuais (Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro, v.1).** Salvador: JusPodivm, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A convenção processual sobre prova diante dos fins do processo civil.** In: *Revista de Processo*, v. 288, fev./2019, *on-line*.

_____. **Julgamento nas Cortes Supremas: Precedente e decisão do recurso diante do novo CPC.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

_____. **Novo Curso de Processo Civil: Teoria do processo civil.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. **Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos direitos mediante procedimento comum.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 188 ao 293; v. III.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, André Chateaubriand de. **Os Diferentes Níveis de Ordem Pública sob uma Perspectiva da Jurisprudência Brasileira em Arbitragens Doméstica e Internacional.** In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 37, 2013.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Teoria Jurídica da Liberdade.** São Paulo: Contracorrente, 2015.

MARTINS COSTA, Judith. **A Boa-fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. **Critérios para aplicação do princípio da boa-fé objetiva**. In: MARTINS-COSTA, Judith e FRADÉRA, Vera Jacob de. Estudos de Direito Privado e Processual Civil – Em homenagem a Clóvis do Couto e Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 189-231.

MARTINS-COSTA, Judith e FRADÉRA, Vera Jacob de. **Estudos de Direito Privado e Processual Civil** – Em homenagem a Clóvis do Couto e Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MEDAGLIA, Ivo de Paula. **O Direito Aplicável ao Mérito das Controvérsias Internacionais Submetidas à Arbitragem**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade de São Paulo. São Paulo, 2017, 194f.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. ***Iura Novit Curia*: a máxima e o mito**. Salvador: JusPodivm, 2019.

MELO, Diogo Leonardo Machado de. **Princípios do direito contratual**: autonomia privada, relatividade, força obrigatória, consensualismo. In: LOTUFO, Renan, NANNI, Giovanni Ettore (coords.). Teoria Geral dos Contratos. São Paulo: Atlas, 2011, p. 67-96.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Sobre o princípio da respeitabilidade das normas jurídicas cogentes**. In: MARTINS-COSTA, Judith, e FRADÉRA, Vera Jacob de (orgs.), Estudos de Direito Privado e Processual Civil – Em homenagem a Clóvis do Couto e Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 77-99.

_____. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da existência. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da validade. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da eficácia. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDONÇA NETO, Delosmar Domingos de, GUIMARÃES, Luciano Cezar Vernalha. **Negócio jurídico processual, direitos que admitem a autocomposição e o pactum de non petendo**. Revista de Processo, v. 272, out. 2017, p. 419-439.

MENEZES, Valquíria Maria Novaes. **Do negócio jurídico processual e o consumidor**. In: MARCATO, Ana et al. (coord.) Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro – Negócios processuais. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 589-608.

MOLL, Leandro de Oliveira. **A Justiça e as normas de sobredireito**: o lugar das regras de conexão em direito internacional privado. In: Universitas Jus, v. 3, 208, p. 145-162.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. **Escolha da lei aplicável aos contratos internacionais como mecanismo de liberdade econômica**. In: CUNHA FILHO, Alexandre J. Carneiro da; PICCELLI, Roberto Ricomini; MACIEL, Renata Mota (coords.). Lei da Liberdade Econômica Anotada: Lei nº 13.874. Vol. 2. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 248-256.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista de Processo**, a. 9, v. 33, jan/mar. 1984.

MOSMANN, María Victoria. **Convenciones procesales en Argentina**: introducción a la teoría de los acuerdos procesales. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.) **Coleção Grandes Temas do Novo CPC – Negócios Processuais** (tomo 2). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 233-246.

_____. **O neoprivatismo no processo civil**. In: Revista de Processo, v. 122, abr. 2005, *on-line*.

MÜLLER, Julio Guilherme. **A Produção Desjudicializada da Prova Oral Através de Negócio Processual**: análise jurídica e econômica. Tese (Doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, 421f.

MÜLLER-CHEN, Markus. **Article 47**. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. Commentary on the UN Convention on the International Sales of Goods (CISG). 3^a ed. Oxford University Press: 2010, p. 724-732.

MULLIS, Alastair. **The CISG: a new textbook for students and practitioners**. Sellier: European Law Publishers, 2007.

MUNIZ, Joaquim T. de Paiva e BASILIO, Ana Tereza Palhares, **Arbitration Law of Brazil**: Practice and Procedure. New York: Juris Publishing, 2006.

NERY, Carmen Ligia Barreto de Andrade Fernandes. **O Negócio Jurídico Processual como Fenômeno da Experiência Jurídica – Uma proposta de leitura constitucional adequada da autonomia privada em processo civil**. Tese (Doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, 206f.

NERY, Rosa Maria de Andrade, NERY JR., Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Instituições de Direito Civil**: Teoria geral do direito privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Instituições de Direito Civil**: Parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JR., Nelson. **Julgamento arbitral por equidade e prescrição**. In: Revista de Direito Privado, v. 45, jan.-mar./2011, *on-line*

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

O'HARA, Erin, e RIBSTEIN, Larry E. **The Law Market**. Oxford University Press, 2009.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição. In: In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC** - Negócios Processuais. Salvador: JusPodivm, 2017.

_____. **Segurança Jurídica e Processo**: Da rigidez à flexibilização processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

ONO, Taynara Tiemi. **A flexibilização procedimental**: uma comparação entre os sistemas jurídicos brasileiro, inglês e português. Revista de Processo, v. 254, abr/2016, p. 407-427.

OSNA, Gustavo; ARENHART, Sérgio Cruz. **Os 'Acordos Processuais' no Projeto de CPC** - Aproximações Preliminares. Revista Eletrônica - Tribunal Regional do Trabalho do Paraná, v. 39, 2015, p. 103-117.

PEDRON, Flávio Quinaud, SILVA, Diogo Bacha e BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes. **Uma (re)construção jurídico-política do direito processual civil brasileiro**: o Código de Processo Civil de 2015 como superação de certa tradição autoritária do processo. In: Revista de Processo, v. 271, set/2017, p. 49-69.

PEIXOTO, Renata Cortez Vieira. **Negócios jurídicos processuais atípicos**: uma análise da aplicabilidade do art. 190 do Código de Processo Civil de 2015 aos processos criminais. In: In: MARCATO, Ana et al. (coord.) Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro – Negócios processuais. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 461-480.

PENASA, Luca, Gli accordi processual in Italia, in: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). **Coleção Grandes Temas do Novo CPC** - Negócios Processuais. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 255-287.

PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. **Liberdade(s) e Função**: Contribuição crítica para uma nova fundamentação da dimensão funcional do direito civil brasileiro. Tese (Doutorado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009, 402f.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; RODRIGUES, Roberto de Aragão Ribeiro. **O microssistema de formação de precedentes judiciais vinculantes previsto no novo CPC**. In: Revista de Processo, vol. 259, set. 2016, *on-line*.

PISLEVIK, Stefan. **Precedent and development of law**: is it time for greater transparency in International Commercial Arbitration? In: Arbitration International, 2018, v. 0, p. 1-20.

POMJÉ, Caroline. **A mitigação da incidência do adágio *iura novit curia* em virtude das convenções processuais**: breve análise do art. 357, §2º, do novo Código de Processo Civil. In: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GÓES, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias. (Org.). Coletânea Mulheres no Processo Civil Brasileiro: Negócios Processuais. 1ed.Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, v. 1, p. 65-81.

_____. **Decisão de saneamento e organização do processo:** evolução e atual configuração. In: Revista Brasileira de Direito Processual, n. 105, jan./mar. 2019, p. 85-100.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado:** Parte geral – pessoas físicas e jurídicas. Atualizado por Judith Martins-Costa, Gustavo Haical e Jorge Cesa Ferreira da Sival. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, t. I.

POSCH, Willibald. **Bürgerliches Recht - Band VII:** Internationales Privatrecht. 5ª ed. Springer: Wien, 2010.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. **A economia da arbitragem:** escolha racional e geração de valor. In: Revista Direito GV, v. 4(1), jan.-jun. 2008, p. 15-28.

PUGLIESE, William. **Precedentes e a Civil Law Brasileira:** interpretação e aplicação do novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PUGLIESE, William Soares, ROSA, Viviane Lemes da. **Normas fundamentais do novo Código de Processo Civil:** considerações teóricas e hipóteses de aplicação pelo exame do contraditório. Revista Iberoamericana de derecho procesal, v. 3, a. 2016, *on-line*.

RAATZ, Igor. **Autonomia Privada e Processo Civil:** negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto. Salvador: JusPodivm, 2016.

RADICATI DI BROZOLO, Luca G., **International Commercial Arbitration.** In: Basedow et al., European Encyclopedia of Private International Law, p. 1-17.

REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios processuais:** necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). Negócios Processuais. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 391-401.

REISDORFER, Guilherme F. Dias. **Processo administrativo e aplicação subsidiária do novo Código de Processo Civil:** oportunidade para aperfeiçoar práticas administrativas. In: Revista de Direito Administrativo Contemporâneo, v. 25, jul. ago./2016, *on-line*.

RIBEIRO, Gustavo Ferreira. **A ilusória ausência do termo *Dépêche* na jurisprudência brasileira de contratos internacionais.** In: Revista de Direito Internacional, v. 13, n. 2, 2016, p. 523-534.

RIBEIRO, Luiz Filipe de Araújo. **Negócios Processuais e seus Limites a partir da Teoria Liberal dos Direitos Fundamentais.** Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2017, 110f.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; CAMPOS, Diego Caetano da Silva. **Sucumbência recursal no novo CPC: uma análise econômica.** In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 50, jul./set. 2013.

RIX, Bernard. **Confidentiality in International Arbitration**: virtue or vice? In: Jones Day Professorship in Commercial Law Lecture. SMU, Singapore, 2015, *on-line*.

ROCHA, Márcio Oliveira. **Sobre a Ordem Jurídica Processual, essa Desconhecida**. Salvador: JusPodivm, 2019.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo**: Estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2019.

RODRIGUES NETO, João Máximo. **A relevância dos precedentes na análise econômica da litigância** – um estudo de law and finance. In: Revista Direito em Debate, nº 48, jul./dez. 2017, p. 63-83.

ROTHBARD, Murray. **Man, Economy and State**: a treatise on economic principles (Scholar's Edition). 2. ed. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 2009.

RÜHL, Giesela, **Party Autonomy in the Private International Law of Contracts**, in GOTTSCHALK et al (ed). Conflict of Laws in a Globalized World, Cambridge University Press, 2007, p. 153-184.

SALEEM, Muhammad Yusuf. **Islamic Commercial Law**. Singapore: John Wiley & Sons, 2013.

SAN, Funke Adekoya. **The Public Policy Defense to Enforcement of Arbitral Awards**: Rising Star or Setting Sun? In: BCDR International Arbitration Review, Kluwer Law International; Kluwer Law International, v. 2, 2015, p. x-y.

SANTOS, Rodrigo Bley. **Eleição de Direito Aplicável ao Mérito como Modalidade de Negócio Jurídico Processual Atípico**. Monografia (Especialização em Direito Processual Civil) – Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, Curitiba, 2018, 51f.

_____. **Notas históricas sobre o princípio de subsidiariedade**. In: Pensamento Jurídico, v. 12, n. 2 (2018), p. 347-374.

_____. **Renúncia a direitos fundamentais por meio de negócio processual**. In: Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 20, n. 3 (2019), p. 451-481.

SANTOS, Rodrigo Bley; STINGHEN, João Rodrigo de Moraes. **A responsabilidade civil do notário pela qualificação de escrituras públicas contendo negócios processuais**. In: Revista Brasileira de Direito Processual, a. 27, n. 105, jan./mar. 2019, p. 309-335.

SCARPARO, Eduardo Kochenborger; POMJÉ, Caroline. **O negócio processual saneador**: entre o princípio dispositivo material e o iura novit curia. In: Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 13, 2018, p. 995-1015.

SCHLECHTRIEM, Peter e SCHWENZER, Ingeborg. **Commentary on the UN Convention on the International Sales of Goods (CISG)**, 3ª ed., Oxford University Press, 2010.

SCHWARTE, Andreas. **New Trends in Parties' Options to Select the Applicable Law?** The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts in a Comparative Perspective. In: University of Saint Thomas Law Journal, v. 12, 2015, p. 87-99.

SEARLE, John R. **Expression and Meaning**. Cambridge: Cambridge University Press, 1979.

SEIXAS, Antonio Eduardo Reichmann. **Princípios UNIDROIT para Contratos de Longa Duração**. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2019, 153f.

SILBERMAN, Linda; FERRARI, Franco. **Getting to the law applicable to the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong**. In: Law & Economics Research Paper Series: Working Paper no. 10-40. Nova Iorque, 2010, p. 1-34.

SILVA, Paula Costa e. **Pactum de non petendo**: exclusão convencional do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. In: DIDIER JR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC - Negócios Processuais. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 443-481.

SILVA, Ricardo Alexandre. **A Nova Dimensão da Coisa Julgada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA FILHO, Taciano Domingues da. **O Negócio Jurídico Processual de Saneamento e Organização do Processo**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco. Recife, 2017, 165f.

SILVESTRE, Gilberto Facchetti, NEVES, Guilherme Valil de Moraes. **Negócio jurídico**: um conceito histórico revitalizado pelo novo Código de Processo Civil. Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje, v. 3, 2016, p. 1-45.

SOARES, Lara Rafaelle Pinho. **A Vulnerabilidade na Negociação Processual Atípica**. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2016, 185f.

SOUSA, Miguel Teixeira de. **Apontamentos sobre a ciência processual civil**. In: Revista de Processo, v. 235, set/2014, p. 69-82.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Equidade no Direito Brasileiro**. In: Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, v. 33, jan./jun. 2014.

SYMEONIDES, Symeon C. **Choice of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

TALAMINI, Eduardo. **A (in)disponibilidade do interesse público**: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória) - versão atualizada para o CPC/2015. Revista de Processo, v. 264, 2017, p. 83-107.

_____. **Um processo para chamar de seu**: nota sobre os negócios jurídicos processuais. In: Informativo Justen, Pereira Oliveira e Talamini, nº 104. Curitiba, 2015, p.1-15.

TARUFFO, Michele. **Ideologie e teorie della giustizia civile**. In: Revista de Processo, v. 247, set/2015, p. 49-60.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães. **Da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais no novo Código de Processo Civil**: aspectos teóricos e práticos. Revista de Processo, v. 254, abr/2016, p. 91-109.

TIBÚRCIO, Carmem. **A ordem pública na homologação de sentenças estrangeiras**. In: NERY Jr., Nelson; FUX, Luiz; ARRUDA ALVIM, Teresa. Processo e Constituição: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 210-211.

VALLADÃO, Haroldo. **Autonomia da vontade no Direito Internacional Privado. Contratos e transações internacionais**. In: Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro, v.1, n.1. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

VENTURI, Elton. **Transação de direitos indisponíveis?** In: Revista de Processo, v. 251, jan./2016, p. 391-426.

VERÇOSA, Fabiane. **Arbitragem interna v. Arbitragem internacional**: Breves contornos da distinção e sua repercussão no ordenamento jurídico brasileiro face ao princípio da autonomia da vontade. In: TIBURCIO, Carmen e BARROSO, Luis Roberto, O Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger, Renovar, 2006.

VERONESE, Ligia Espolaor. **A Convenção de Viena e seus Reflexos no Direito Contratual Brasileiro**. São Paulo: Almedina, 2019.

VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. **Convenções Processuais no Paradigma do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Gramma, 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**: teoria geral do processo. 17ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

WONTROBA, Bruno Gressler. **Negócios jurídicos processuais atípicos**: objeto lícito, disponibilidade do direito material e disponibilidade da tutela jurisdicional. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, 171f.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?** In: DIDIER JÚNIOR, Fredie (org.). Coleção Grandes Temas do Novo CPC- Negócios Processuais. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 75-93.