

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO  
CONPEDI BUENOS AIRES –  
ARGENTINA**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E TEORIAS DA JUSTIÇA  
III**

**ANDRINE OLIVEIRA NUNES**

**DANIELA MARQUES DE MORAES**

**HORÁCIO MONTESCHIO**

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria - CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

**Diretora Executiva** - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

**Vice-presidente Norte** - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

**Vice-presidente Centro-Oeste** - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

**Vice-presidente Sudeste** - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

**Representante Discente:** Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

**Conselho Fiscal:**

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

**Secretarias**

**Relações Institucionais:**

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

**Comunicação:**

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

**Relações Internacionais para o Continente Americano:**

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

**Relações Internacionais para os demais Continentes:**

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

**Eventos:**

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

**Membro Nato** - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

P963

Processo, Jurisdição e Teorias da Justiça III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Andrine Oliveira Nunes; Daniela Marques De Moraes; Horácio Monteschio. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-829-5

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo. 3. Jurisdição e Teorias da Justiça. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



# **XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA**

## **PROCESSO, JURISDIÇÃO E TEORIAS DA JUSTIÇA III**

---

### **Apresentação**

PROCESSO, JURISDIÇÃO E TEORIAS DA JUSTIÇA III

GT “PROCESSO, JURISDIÇÃO E TEORIAS DA JUSTIÇA III”

O presente volume é decorrente dos artigos apresentados no Grupo de Trabalho (GT) PROCESSO, JURISDIÇÃO E TEORIAS DA JUSTIÇA III, durante o XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA - do CONPEDI (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito), realizado no período de 12 a 14 de outubro de 2023.

O Congresso teve como base a temática “ Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración”.

Os trabalhos apresentados são decorrentes de pesquisas realizadas em diferentes instituições nacionais, sendo que foram apresentados neste Grupo de Trabalho 16 (dezesesseis) artigos vinculados à temática sobre o Processo, Jurisdição e Teorias da Justiça, os quais guardam relação com o tema básico do Grupo de Trabalho, o que demonstra a adequada seleção dos artigos, circunstância que favoreceu sobremaneira os debates no momento das discussões, tornando-as muito profícuas, tendo contado com a participação de vários autores e trabalhos, os quais abordaram várias temáticas afetas ao Grupo de trabalho. A participação de todos foi muito efetiva, proporcionando profundas discussões sobre todo o apresentado. A seguir expomos os títulos dos artigos, autores e síntese de seu conteúdo.

1. O ÁRBITRO DE VÍDEO (VAR) DO FUTEBOL, O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO NO DIREITO E O SISTEMA DE PADRÕES DECISÓRIOS VINCULANTES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, o artigo analisou o problema da interpretação no direito com foco na aplicação dos padrões decisórios vinculantes. O texto faz uma abordagem a partir da ilustração do funcionamento do árbitro de vídeo do futebol (VAR), se procurará demonstrar que não existe aplicação automática de regras sem a devida interpretação, seja dos textos normativos e padrões decisórios, ou mesmo de regras oriundas de outros sistemas que não o direito. Posteriormente oferta uma visão pós-positivista de interpretação, com a diferença entre texto e norma, far-se-á uma crítica à aplicação (semi) automática dos padrões decisórios vinculantes no direito, trazendo como recorte

particularidades do sistema recursal brasileiro, para que, ao final, se possa fazer uma análise crítica do estado da arte da questão no Brasil.

2. O ACESSO À JUSTIÇA, GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO E A DESJUDICIALIZAÇÃO. O trabalho realizou um estudo sobre a temática do Acesso à Justiça junto do fenômeno da Desjudicialização. Para tanto formulou um minucioso estudo da bibliografia disponível aplicável, assim como das respectivas legislações que circundam o tema. Ponderou sobre a questão do acesso à justiça junto ao fenômeno da desjudicialização do processo; a atuação da Defensoria Pública e do Ministério Público nas Serventias Judiciais e a Efetividade do Acesso à Justiça; a questão do devido processo legal extrajudicial, ou seja, o rito que deve ser respeitado principalmente no âmbito que reside fora do Judiciário. Por derradeiro apresentou conclusão destacando o impacto da desjudicialização no que toca ao acesso à justiça.

3. A CRISE DO JUDICIÁRIO E O SISTEMA DE PRECEDENTE JUDICIAL. O trabalho versou sobre uma análise política institucional do Judiciário brasileiro enquanto resolução de crises. O texto elegeu os aspectos críticos da adoção do sistema de precedentes judiciais pela atual legislação processualista e sua utilização enquanto ferramenta de gerenciamento de acervo e solução de crise institucional, o qual conferiu maior força política às decisões judiciais emanadas pelos Tribunais Superiores..

4. ACESSO À JUSTIÇA, PROCESSO EFETIVO, GRATUIDADE JUDICIÁRIA E HIPERJUDICIALIZAÇÃO: CONSIDERAÇÕES DA REALIDADE BRASILEIRA. O texto consagrou que o acesso à justiça compreende mais que acessar o Poder Judiciário, abarcando, também, um processo justo, célere, democrático e, também, econômico. A efetividade do processo, em sua dimensão celeridade, tem sido muito debatida no Brasil, sendo considerada um dos grandes desafios. Ponderou sobre o instituto da gratuidade judiciária é apontado como um dos grandes responsáveis pela suposta cultura de litigância e, por consequência, sobrecarga do Poder Judiciário, causando lentidão e inefetividade do processo. A discussão ganhou relevância no CNJ, que criou um grupo de trabalho que tem por objetivo fazer um diagnóstico da gratuidade judiciária. Para alcançar esse objetivo, foram analisados os dados estatísticos dos Relatórios da Justiça em Números, do CNJ.

5. A UTILIZAÇÃO DE REDES SOCIAIS COMO PROVA NO CONTEXTO JURÍDICO E SEUS IMPACTOS NA PRIVACIDADE DOS INDIVÍDUOS. O texto abordou o tema relacionado as redes sociais desempenham um papel significativo na sociedade atual e se tornaram fontes de prova em processos judiciais, o que apresenta desafios éticos e jurídicos, especialmente em relação à privacidade dos indivíduos. Discorreu sobre a ausência de

regulamentação específica para a utilização de dados provenientes das redes sociais como prova pode resultar em abusos por parte de investigadores e advogados, levantando questões acerca dos direitos fundamentais dos cidadãos. A proteção da privacidade dos usuários dessas plataformas tornou-se uma tarefa complexa, uma vez que informações pessoais muitas vezes são disponibilizadas de forma pública ou compartilhadas com uma extensa rede de conexões. Essa pesquisa tem como objetivo analisar o uso das redes sociais como prova no contexto jurídico, seu impacto na privacidade dos envolvidos e propor diretrizes para uma abordagem equilibrada entre a obtenção de provas e a proteção da privacidade.

6. A MODULAÇÃO ENQUANTO PROTEÇÃO DO JURISDICIONADO FRENTE À ALTERAÇÃO JURISPRUDENCIAL DANOSA. O trabalho buscou questionar os efeitos dos precedentes jurisprudenciais no tempo quando alterados, preocupando-se com as circunstâncias consolidadas no passado, sob a égide do precedente anterior, especialmente quando o novo entendimento é prejudicial e danoso ao jurisdicionado. Ponderou sobre a atualidade do tema decorrente do uso da modulação.

7. A JUSTIÇA COMUNITÁRIA: UMA CONSTRUÇÃO EPISTEMOLÓGICA SOB A ÓTICA DA TEORIA WOLKMERIANA. O trabalho apresentou uma forma emancipatória de juridicidade alternativa no território brasileiro, a Justiça Comunitária, perfazendo através de uma reflexão acerca da teoria do pluralismo jurídico “comunitário participativo”, de Antonio C. Wolkmer. Foram apresentados conceitos do multiculturalismo ao interculturalismo, para uma melhor compreensão do Pluralismo Jurídico, bem como contextualiza os modelos de justiça comunitária fora do domínio monista do direito tradicional. Tendo como objetivo central a compreensão de uma sociedade dotada de conflitos entre grupos sociais diversos, a Justiça Comunitária vem a positivar o que se entende por Pluralismo Jurídico, enquanto “comunitário participativo”.

8. A TEORIA GERAL DO PROCESSO E SUA TRANSFORMAÇÃO NO CONTEXTO DA SOCIEDADE ALGORÍTMICA. O trabalho apresentou reflexões sobre como as mudanças conceituais decorrem de fatores sociais e como o Direito como campo científico deve se abrir ao diálogo com outras áreas do conhecimento científico para, com isso, se transformar e ampliar os seus horizontes conceituais fundamentais e positivos. Como aspecto fático pontual se apresenta o impacto causado pela Sociedade Algorítmica, com a implementação do processo eletrônico e conceitos existentes, como do contraditório, de jurisdição, da verdade material, e outros que se tornaram importantes ao campo de saber das ciências jurídicas, especialmente à Teoria Geral do Processo. Em conclusão o trabalho parte de uma vertente jurídico-dogmática, utilizando-se do raciocínio dedutivo e dialético.

9. ANÁLISE DO SISTEMA DE PRECEDENTES NO BRASIL A PARTIR DA RECOMENDAÇÃO N. 134, DE 9 DE SETEMBRO DE 2022 DO CNJ. O trabalho abordou o contexto social e as profundas transformações que repercutem fortemente no âmbito do Código de Processo Civil brasileiro. Trouxe ao lume que o inaugurado sistema precedente pretende assegurar ao devido processo legal uma aderência ao contexto da segurança jurídica processual. Como problema: o contexto do real significado e uso dos precedentes o Conselho Nacional de Justiça editou uma recomendação a 134/2022 com vistas a uniformizar o uso dos precedentes nos Tribunais brasileiros, eis que o que se tem hoje é o modelo tupiniquim de utilização de precedentes, também chamado de precedentes à brasileira, eis que se dá unicamente como base para gestão de processos.

10. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL PREVENTIVA E DESASTRES AMBIENTAIS: REFLEXÕES SOBRE A (RE) CONSTRUÇÃO DO PARADIGMA PROCESSUAL CIVIL. O trabalho formulou uma abordagem sobre a tutela inibitória como alternativa à tutela ressarcitória em conflitos que envolvam danos causados por desastres ambientais. Fez considerações sobre os desastres ambientais têm raízes sociológicas e que as vulnerabilidades socioeconômicas exacerbam seus efeitos, a pesquisa propõe o (re) questionamento do paradigma processual vigente na jurisdição civil. O estudo observa a tutela judicial preventiva contra o ilícito civil, prevista no artigo 497, parágrafo único, do Código de Processo Civil (CPC) e a sua relação com preceitos socioambientais.

11. A VIABILIDADE DO PROCESSO ESTRUTURAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, SOB A ÓTICA DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. O trabalho considerou como sendo relevante e controvertido ativismo judicial, o Judiciário assumiu o papel de Poder protagonista, atraindo holofotes para além do âmbito nacional. Ao mesmo tempo, o Poder Judiciário tem que seguir com sua função precípua de entregar a tutela jurisdicional, buscando não derrubar a balança da mão da deusa Themis, que metaforiza o ideal de justiça. A motivação de violação ao princípio da separação dos Poderes é uma crítica relevante e que desperta um salutar debate jurídico acadêmico. Por outro lado, também há importantes fundamentos que consagram o ativismo judicial.

12. CONTRATOS PROCESSUAIS: A EXPANSÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NO PROCESSO. O trabalho abordou as repercussões da autonomia privada no processo civil, a partir da autorização legal atípica para que as partes possam pactuar adaptações no procedimento, com o fim de atender às necessidades do caso concreto, efetivando o princípio da eficiência processual. Analisou as principais premissas sobre as quais se funda a autonomia privada contemporânea a possibilitar movimentos de adaptação procedimental pelas partes. Formulou ponderações sobre a conformação da teoria contratual aos negócios

jurídicos processuais, a partir de uma perspectiva atualizada sobre os contratos admitida no Direito Civil para regular situações extrapatrimoniais e com isso, embasar teoricamente o exercício do controle de validade dos pactos de adaptação processual pelo juiz.

**13. OS NOVOS DESAFIOS DA SENTENÇA QUE DECRETA A FALÊNCIA : EM UMA VISÃO DESAFIADORA QUE ULTRAPASSA O DOGMA DA COISA JULGADA.** O texto aborda os desafios envolvendo as relações empresariais vêm impondo um novo pensar diante da modernidade, assim sendo, esses novos contornos estão a impor molduras mais ampliadas a cada momento, seja pela experiência de novos dispositivos cibernéticos, ou mesmo pela própria velocidade com as novas conexões empresariais acabam por exigir. O trabalho busca trazer novas luzes sobre o tema relacionado à coisa julgada no que concerne à decretação da quebra da empresa e a sua respectiva falência. Cabe destacar a importância social relacionada à função social da empresa, no contexto de possível procedimento falimentar, por conseguinte, assume contornos extremamente importantes, pois em caso de (ir) reversibilidade da decisão que decreta a quebra da empresa importantes consequências podem advir.

**14. O ENFRAQUECIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FRENTE A MEDIDA COERCITIVA DE APREENSÃO DO PASSAPORTE NA EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL.** O trabalho pondera sobre os anseios da sociedade por um judiciário mais célere, editou o Código de Processo Civil 2015 repleto de inovações, dentre eles, a concessão de instrumentos ao juiz capazes de garantir o cumprimento da ordem judicial, inclusive nas execuções pecuniárias, através de medidas coercitivas atípicas, como por exemplo a apreensão de passaporte. O texto aborda sobre a afronta aos direitos fundamentais previstos na CF originados de medidas fundamentadas no art. 139, IV do CPC. O cerne deste trabalho consiste na análise do art. 139, IV e a necessidade de limitações dos meios atípicos adotados nas execuções em detrimento ao direito de liberdade de locomoção.

**15. O ACESSO À JUSTIÇA ATRAVÉS DO PROCESSO ESTRUTURAL: UMA ANÁLISE DA FALTA DE VAGAS EM CRECHES NO BRASIL.** O trabalho formulou pesquisa sobre o direito à creche no Brasil, fundamentado na Constituição Federal de 1988 e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/1996) a legislação estabelece a educação como um direito universal e dever do Estado, abrangendo creches e pré-escolas. No entanto, a demanda supera a oferta, resultando em longas filas. Este estudo tem como objetivo explorar como a tutela jurídica coletiva, em particular o processo estrutural, pode ampliar o acesso à justiça e o direito social à educação infantil no Brasil. Problemas

estruturais exigem abordagens distintas das ações individuais ou coletivas tradicionais. A jurisdição atual mostra-se ineficaz para lidar com litígios complexos decorrentes de questões estruturais, privando a população de direitos fundamentais..

16. OS ENUNCIADOS, A DOCTRINA, O LEGISLADOR INVISÍVEL E O JULGADOR OBTUSO. O trabalho pondera sobre as questões debatidas no texto são sensíveis e merecem ser analisadas com mais vagar. O cenário é o seguinte: o Conselho da Justiça Federal instituiu a III Jornada de Direito Processual Civil, com o objetivo de recepcionar, reprovar e aprovar propostas interpretativas dos mais variados temas do processo civil brasileiro. Para tanto, as pessoas listadas no art. 12 da Portaria CJF n. 332, de 15 de maio de 2023, examinam as propostas de enunciados. O texto contempla uma análise prévia de filtragem das propostas, juízo de admissibilidade e, aquelas admitidas serão submetidas à discussão. Os Enunciados aprovados serão publicados na página do Conselho da Justiça Federal com acesso livre aos usuários.

Certos de que esta publicação fornece importantes instrumentos para que pesquisadores e aplicadores do Direito somarem ao seu conhecimento os estudos que se somam para a compreensão constante e necessária do Processo da jurisdição e teorias da justiça, os organizadores deste grupo de trabalho prestam sua homenagem e agradecimento a todos que contribuíram para esta louvável iniciativa do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) e, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação, com destaque pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

16 de novembro de 2023.

Coordenadores:

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup> Andrine Oliveira Nunes - Centro Universitário Estácio do Ceará

Prof<sup>a</sup>. Dr<sup>a</sup> Daniela Marques De Moraes - Universidade de Brasília

Prof. Dr. Horácio Monteschio - UNIPAR - UNIVERSIDADE PARANAENSE



## CONTRATOS PROCESSUAIS: A EXPANSÃO DA AUTONOMIA PRIVADA NO PROCESSO

## CONTRACTS FOR PROCEDURE: THE EXPANSION OF PRIVATE AUTONOMY IN THE JUDICIAL PROCESS

Michele Pedrosa Paumgartten <sup>1</sup>  
Fernanda Paes Leme P. Rito <sup>2</sup>

### Resumo

O artigo pretende abordar as repercussões da autonomia privada no processo civil, a partir da autorização legal atípica para que as partes possam pactuar adaptações no procedimento, com o fim de atender às necessidades do caso concreto, efetivando o princípio da eficiência processual. Serão analisadas as principais premissas sobre as quais se funda a autonomia privada contemporânea a possibilitar movimentos de adaptação procedimental pelas partes. Outro ponto de análise, será a verificação da conformação da teoria contratual aos negócios jurídicos processuais, a partir de uma perspectiva atualizada sobre os contratos admitida no Direito Civil para regular situações extrapatrimoniais e com isso, embasar teoricamente o exercício do controle de validade dos pactos de adaptação processual pelo juiz. Os contratantes que ajustam mudanças sobre o procedimento, situam-se em um contexto diferenciado, pois a eficácia das cláusulas será projetada em um ambiente público, com a participação de sujeitos, por vezes, em situações assimétricas o que garante uma tutela diferenciada do ordenamento jurídico e por isso, não podem ser reguladas da mesma maneira que as relações obrigacionais civilistas.

**Palavras-chave:** Autonomia privada, Negócio jurídico processual, Contratos, Eficiência, Publicismo processual

### Abstract/Resumen/Résumé

The article aims to address the repercussions of private autonomy in the civil procedure law, in front of the authorization from a general rule that enable the parties agreeing on fitting the procedure to meet the needs of the concrete case, fulfilling the principle of efficiency. The main assumptions on which contemporary private autonomy is based on will be analyzed, enabling procedural adaptation movements by the parties. Another point of analysis, will be the verification of the conformation among the civil contractual theory and the contracts for procedure, from an updated perspective on the contracts admitted in Civil Law, to regulate off-balance sheet contractual situations and with that, theoretically base the exercise of the

---

<sup>1</sup> Doutora em Direito Processual - UERJ, período sanduíche na UNIFI com financiamento CAPES. Professora de Direito Processual Civil - IBMEC/RJ.

<sup>2</sup> Doutora em Direito Civil -UERJ. Coordenadora do Curso de Direito - IBMEC/RJ Professora Titular de Direito Civil - IBMEC/RJ

validity control of the contract for procedure by the judge. The contracting parties that agree on changes in the standard procedure are located in a different context, since the effectiveness of the clauses will be projected in a public environment, with the participation of subjects, sometimes, in asymmetrical levels, which guarantees a differentiated protection of the legal system and therefore, they cannot be regulated in the same way as a civil obligatory relation.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Private autonomy, Contract for procedure, Contract theory, Efficiency, Public law theory for procedure

## INTRODUÇÃO

As inovações processuais que despontam no cenário contemporâneo, seguem uma tendência de rompimento com os compartimentos do direito público e privado, invocando uma regulação que a um só tempo, deve atentar aos institutos de natureza privada e de ordem pública. Diante dessa realidade, o estudo dos negócios processuais impõe como premissa metodológica indispensável, a reflexão acerca dos critérios interpretativos que devem nortear a análise das categorias jurídicas em contínua reconstrução no direito público e privado.

A autonomia para negociar a prática de atos processuais e dispor sobre situações jurídicas processuais requer atenção mais cuidadosa, sobretudo, diante da necessidade de se estabelecer um diálogo com as diretrizes do publicismo processual, que historicamente afastou a possibilidade de ampliação da realização de pactos para flexibilização do procedimento pelas partes.

O publicismo influenciou vários institutos que passaram a ser interpretados conforme tais premissas, posicionando o juiz como figura central do processo e por isso, poderia perseguir os interesses do Estado independentemente da vontade individual. Uma vez provocada a jurisdição (expressão da autonomia plena autorizada à parte no processo), a intervenção dos participantes seria mínima para fins de conformação processual às eventuais necessidades do caso concreto.

Cabe lembrar que na exposição de motivos do Código de Processo Civil brasileiro de 1973, Alfredo Buzaid ainda se mostra fiel à ideia de que o processo civil é um instrumento que não se destina à simples definição de direitos entre sujeitos privados, mas a finalidade do processo é a de dar razão a quem efetivamente a tem, e isso significa não um interesse privado das partes, mas um interesse público de toda a sociedade, apesar de se referir inicialmente que “um Código de Processo é uma instituição eminentemente técnica. E a técnica não é apanágio de um povo, senão conquista de valor universal”<sup>1</sup>.

No entanto, após a segunda guerra mundial, com o primado da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, não se permite mais que as partes sejam submetidas ao predomínio autoritário do juiz, gerando a expectativa de reconstrução dos sistemas processuais dotados de aptidão para tutelar os direitos subjetivos, respeitado o princípio dispositivo e a autonomia privada das partes. Por outro lado, os defensores do publicismo, reforçam a

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*. Decreto n. 5869 de 31 de julho de 1972. Código de Processo Civil. Histórico da Lei. v. I, tomo I. Brasília: Subsecretaria de edições técnicas do Senado Federal, 1974.

necessidade das reformas processuais para intensificar os poderes do juiz na direção do processo e na atividade de instrução, porque o processo deve chegar a um resultado justo, preferencialmente com dispêndio mínimo de energia e tempo.

O enquadramento publicista reduziu a autonomia da vontade das partes no processo ao ato de *provocar* a jurisdição inerte. Contudo, diante das premissas previstas no novo código que entrou em vigor em 2016, o processo passa a conviver com a possibilidade de atender a vontade privada incidental ou previamente à demanda, decidindo sobre a sua marcha.

Diante disso, o objetivo deste artigo será compreender o alcance da autonomia privada no processo civil, que ultrapassa o começo do processo, mas esparge-se pelo procedimento, diante da possibilidade de celebrar convenções processuais a partir de uma concepção atípica e generalizada, que, por sua vez, não podem ser equiparadas às relações obrigacionais civilistas.

## **1 OS PACTOS PARA A ADAPTAÇÃO DE REGRAS PROCESSUAIS PELAS PARTES: O PROBLEMA DO ENQUADRAMENTO NA TEORIA CONTRATUAL**

A justificativa para que a doutrina processual brasileira majoritariamente afaste o tema dos negócios jurídicos processuais do regime jurídico dos contratos é uníssona: o conceito de contrato seria algo muito ligado a uma ideologia patrimonialista e puramente obrigacional (CABRAL, 2018, p. 59), ou porque resultam de interesses contrapostos, ou ainda, representaria uma privatização da função pública (DAVES; HERSHKOFF, 2011, p. 533).

Contratar é uma expressão da natureza e razão humana. É uma convenção ou acordo de vontades, através do qual, duas ou mais pessoas assumem compromissos mutuamente.

Certamente muitos esforços doutrinários foram despendidos para combinar requisitos do direito material e do direito processual, com o fim de inserir os acordos processuais em uma nova categoria possível dos negócios jurídicos do direito privado. Isso implica considerar o ambiente publicista em que os negócios se inserem<sup>2</sup>, com predomínio da ordem pública, que confronta diretamente o poder de disposição privada.

O modelo seguido pela doutrina, aplica aos acordos processuais a sistemática da teoria dos negócios jurídicos regulada no Direito Civil, admitindo-se que o intérprete se baseie nas

---

<sup>2</sup> No Direito Penal também há os acordos obtidos em sede de *colaboração premiada* autorizados pela Lei 12.850/2013. Segundo o Ministro do STF, Gilmar Mendes, trata-se de um negócio jurídico regido pelo Direito Público que excepciona a regra da obrigatoriedade da ação penal e que tem como objeto a obtenção de provas para a instrução do processo criminal com vistas a alcançar alguns dos resultados da Lei 12.853/13. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Questão de Ordem na Petição n. 7.704-DF*. Voto Ministro Gilmar Mendes. Recorrente: Reinaldo Azambuja Silva. Recorrido: Ministério Público Federal. Brasília, 28 de junho de 2017, p. 42.

disposições do direito privado, adaptando-as para atender os acordos processuais, cuidando tratar-se de um negócio jurídico peculiar formado no ambiente publicista que é o processo (CABRAL, 2018, p. 286).

Antônio Cabral defende que não há como ignorar o regramento oriundo da teoria geral dos negócios jurídicos, porque os acordos processuais podem ocorrer previamente ao surgimento do processo, destinando-se por vezes, até mesmo, a evitá-lo, sem que sejam sequer, sentidos seus efeitos no ambiente jurisdicional, e por isso, é natural que sua validade e eficácia sejam analisadas também pelas disposições da teoria geral dos negócios jurídicos. No entanto, ressalta que não significa dizer que haverá um transplante de normas privadas ao ambiente processual, mas uma correção entre normas materiais e processuais que se combinam na normatização dos acordos processuais (CABRAL, 2018, p. 287).

A possibilidade de celebrar convenções processuais de modo mais amplo, foi considerada o núcleo central da efetividade processual que tanto se persegue nas reformas legais. No entanto, como deslocar o pêndulo da efetividade processual do provimento jurisdicional, reposicionando-o no procedimento, autorizando uma conduta participativa das partes para adaptar as regras processuais a fim de atender as necessidades do caso concreto? Não é uma situação tão límpida quanto parece. A titularidade da disposição de situações processuais e sobre a prática de atos processuais assume especial relevo, relacionando-se com o entendimento a respeito da extensão que a autonomia privada dos sujeitos poderá assumir em âmbito processual, o que advém da identificação do negócio jurídico celebrado com o objetivo de pactuar alterações sobre o regulamento pré-estabelecido.

Além disso, para alcançar a efetividade que se espera da jurisdição contemporânea é preciso resolver o conflito entre o desejo de dispor de um mecanismo processual funcional e a aspiração por um processo munido de um amplo sistema de garantias formais.

Admitir o aprofundamento do exercício da autonomia privada no processo não significa autorizar a desordem, o afastamento da previsibilidade sobre o procedimento ou promover o desequilíbrio entre o poder judicial e das partes no processo. Ao contrário do que se pensa ordinariamente, adotar os conceitos da autonomia privada no processo permitirá o controle sobre eventuais excessos de uma parte sobre a outra, permitindo igualar formalmente os contendores, constituindo assim, elemento fundamental para a eficiência e segurança do processo.

Concebido originalmente para tutelar o exercício de interesses privados, o livre exercício da vontade individual precisa deixar de ser uma expressão fundamental do direito privado, para se integrar ao ordenamento jurídico constitucional. Exige-se que seja observado

sob uma ótica solidarista e seu entendimento deve estar em harmonia com a dignidade humana (SCHREIBER, 2018, p. 220).

Essa relevante transformação no conteúdo da autonomia privada permite que seu fundamento de validade deixe de ser tão somente a liberdade individual e seja adaptada aos interesses perseguidos (PERLINGERI, 2000, p. 333). A legitimidade dos atos de autonomia deve estar condicionada ao atendimento dos valores constitucionais. Deste modo, a disposição volitiva para a celebração de negócios processuais, deve considerar as cláusulas constitucionais que tutelam as garantias fundamentais do processo.

## **2 PACTO, ACORDO, CONVENÇÕES PROCESSUAIS... OS CONTRATOS PROCESSUAIS**

A palavra contrato provém do latim *contractus*, tendo surgido no primeiro século da era cristã, com significado de *convenção, pacto, transação*. Algumas teorias se desenvolveram até a afirmação do conceito moderno de contrato que coincidiu com modificações políticas, sociais, econômicas e do pensamento jurídico (GUILHERME, 2003, p. 285).

No âmbito dessa evolução, é evidente a redução qualitativa do conteúdo patrimonial dos contratos no sistema civil, revelando uma opção que lentamente vem se concretizando no ordenamento, entre personalismo e patrimonialismo (PERLINGIERI, 2007, p.33). A avaliação dos interesses envolvidos torna-se mais complexa, sobretudo, em razão da incidência do interesse público sobre o negócio que se manifesta no controle da licitude do pacto, com a verificação de não contrariedade às normas imperativas e à ordem pública (PERLINGIERI, 2007, p. 289).

A figura contratual assume um novo perfil. Interesses existenciais/extrapatrimoniais passaram a integrar diretamente o objeto dos contratos, assim como, já são celebrados pactos demonstrando a opção dos contratantes pela prestação da atividade jurisdicional privada, transbordando para o campo contratual por meio das cláusulas compromissórias arbitrais (CHIOVENDA, 1923, p. 107).

Diante da existência dos contratos extrapatrimoniais (NALIN, 2005, p. 255), é viável, portanto, uma categoria de contratos processuais, já que não se justifica sua impossibilidade pelas razões apesentadas pela doutrina, isto é, por supostamente existir uma relação anímica entre contrato e relações jurídicas exclusivamente patrimoniais. Este entendimento, possivelmente, encontra amparo na clássica doutrina italiana. Contudo, a percepção do processualista italiano faz sentido, porque no direito civil italiano, o artigo 1.321 define que o contrato é um acordo entre as partes destinado a *constituir, regular ou extinguir*

*uma relação jurídica patrimonial*, que se revela uma categorização insuficiente na construção contratual brasileira contemporânea.

É importante salientar que, quando o Direito recebe a missão de proteger além dos interesses individuais, também os interesses coletivos e difusos, os institutos do direito privado, como o contrato, passam a ter dupla função: promover o interesse do contratante, assim como, o desenvolvimento social (TARTUCE, 2018, p. 60). O direito privado deixa de ser eminentemente patrimonialista e passa a ser personalista, funcionando em prol da pessoa humana.

Nos contratos existenciais, onde os interesses predominantes são de ordem extrapatrimonial, relacionados à dignidade e à personalidade de ao menos uma das partes contratantes, ou ambas, a função promocional do direito é voltada à efetivação dos direitos fundamentais e se mostra um importante instrumento para a preservação destes interesses (PERLINGIERI, 2008, p. 760-888).

Assim como nos contratos existenciais, o objeto dos contratos processuais mostra essencialmente que a autonomia privada dos sujeitos sofrerá a maior limitação possível, sendo legítima a existência de maior ingerência estatal (TEPEDINO, 2014, p. 145), uma vez que os direitos e garantias fundamentais do processo incidirão com toda sua força normativa, impedindo que o regramento particular disponha contra eles, criando um sistema diferenciado de proteção, particularmente daquele que se encontra em estado de vulnerabilidade.

Através do dirigismo contratual, ajusta-se a liberdade contratual impedindo que os mais vulneráveis sejam submetidos à vontade do mais forte, equilibrando liberdade, solidariedade, evitando distorções macroscópicas em detrimento do vulnerável (PERLINGIERI, 2008, pp. 400-404), o que advém do raciocínio lógico que ancora na função estatal, qual seja, o dever de proteger os direitos fundamentais dos particulares frente às investidas dos próprios particulares (BIZELLI, 2015, p. 81).

A importância deste olhar sobre os contratos, é não isolar os pactos processuais em um microsistema dentro dos negócios jurídicos, mas integrá-los ao sistema jurídico centrado na Constituição, de tal modo que os interessados também usufruam dos direitos assegurados em outras normas, como por exemplo, a função social dos contratos prevista no Código Civil.

Em sede de contratos processuais, onde os interesses extrapatrimoniais relacionados à disposição sobre situações processuais e para estipular mudanças no procedimento das partes contratantes são a razão de ser da avença, torna-se importante que se adote teoria mais protetiva, isto é, a que ofereça os melhores meios de proteção dos contratantes e dos valores constitucionais do processo.

É conatural à utilidade dos contratos processuais, em virtude dos interesses públicos ínsitos ao processo, exigir-lhe previsibilidade, garantia de proteção contra vulnerabilidades e do devido processo legal (GAJARDONI, 2008, p. 246).

A observância do devido processo legal através da preservação do rito legal corresponde a uma das faces do interesse público (ALMEIDA, 2014, p. 153). Por outro lado, esse interesse público não pode legitimar injustiças ou causar a não prestação da tutela jurisdicional. Caminhar no sentido da redução das complexidades do procedimento, adequando-o ao caso concreto, converge para o aumento da liberdade de atuação dos participantes, seja através de medidas de flexibilização pelo juiz ou adaptação do procedimento pelas partes, conseqüentemente reduzindo a rigidez da técnica da preclusão no processo (RUBIN, 2014, p. 238).

A previsibilidade dos preceitos pactuados decorre da descrição da avença em uma cláusula precisa, clara e determinada ou determinável, para que os contratantes possam saber sobre o que se dispõe e qual foi o alcance da autonomia negocial das partes (CABRAL, 2018, p. 86), ou seja, para aferir a sua extensão objetiva e subjetiva. Ao optar por uma cláusula processual será importante delimitar, por exemplo, quais litígios decorrentes daquele contrato de direito material estariam submetidos à cláusula. Termos genéricos como *litígios decorrentes deste contrato*, podem causar eventuais dúvidas acerca da sua exigibilidade sobre todos os processos que se vinculem àquela relação de direito material prevista no contrato.

Portanto, assim como ocorre na flexibilização procedimental, em que se garante a previsibilidade permitindo que os litigantes conheçam previamente da sua implementação no curso do processo, na adaptação do procedimento pelas partes, a cláusula deve: i. delimitar precisamente o conteúdo da situação processual a que se refere e quais regras ou prazos pretendem ajustar; e, segundo Antônio Cabral, ii. deve haver a previsão de possibilidade do exercício de uma prognose no futuro sobre o desenvolvimento e as conseqüências do vínculo assumido (CABRAL, 2018, p. 87).

A ausência de precisão ou clareza não precisam causar a invalidade imediata do contrato processual. O ambiente cooperativo em que o processo se desenvolve exigirá do juiz cautela e uma análise, em conjunto com as partes, sobre a existência de eventuais defeitos, em favor, quando possível, da continuidade contratual.

Diante da possibilidade de dar feição contratual às convenções processuais, é necessário que os contratantes que pactuam disposições sobre situações processuais e mudanças nos procedimentos sejam abrigados em um contexto diferenciado. Em razão do objeto pactuado estar projetado em um ambiente público, a autonomia da vontade deve receber uma tutela



diferenciada do ordenamento jurídico, pois são sujeitos que compõem relações assimétricas e que não podem ser reguladas da mesma forma que as relações obrigacionais civilistas.

### **3 AUTONOMIA PRIVADA vs DIREITO PROCESSUAL**

A tensão entre autonomia privada e o instrumento público de resolução de controvérsias é um fenômeno historicamente condicionado a dois fatores identificados por Remo Caponi: i. o primeiro remonta a modelagem do Estado moderno entre os séculos XVII e o século XVIII, de se apropriar da função de fazer justiça e de reivindicar para si o monopólio da legislação em matéria processual; ii. o segundo, é sentido a partir da metade do século XIX e conduz a uma mudança de reflexão sobre a proteção judiciária dos direitos, deslocando-se o Direito Processual do leito do *ius privatum* em direção ao *ius publicum* (CAPONI, 2011, p. 735). O segundo fator está diretamente ligado à afirmação do caráter público do processo. No entanto, a questão que já foi objeto de estudo e aparentemente demonstra a superação desta ideia no Estado contemporâneo, reflete que o publicismo defendido no direito processual, não significa dizer que o processo seja exclusivamente conduzido em prol de um interesse público. As finalidades do processo e da jurisdição não devem representar a prevalência absoluta de um escopo sobre o outro, mas sim, um ponto de partida para a avaliação da técnica mais adequada para tutelar determinado direito, maximizando o seu propósito instrumental (PINHO, 2017, p. 247).

Quando a escola publicista, liderada por Oskar Von Büllow, libertou o processo dos domínios do direito material privado (CAPONI, 2001, p.735), sob a justificativa de que se tratava de uma relação de direito público, que se desenvolve de modo progressivo entre o tribunal e as partes, excluiu-se a possibilidade de celebração de pactos sobre o procedimento (vedação ao *konventionalprozess*). Na falta de uma regra que a autorizasse, o que significaria uma ofensa à moldura legal, os pactos seriam, portanto, inválidos e ineficazes.

Para Bülow, o negócio jurídico, contrato ou acordo, não seriam categorias processuais e sustentava que o conceito de exceção processual seria suficiente para os fins de assegurar às partes alguma margem de disponibilidade, mesmo assim, limitada a uma disposição exercida unilateralmente e reativa (CABRAL, 2018, p. 112).

A popularização da teoria publicista e a vedação à celebração de pactos atípicos dominou a Alemanha até o final dos Oitocentos e os primeiros vinte anos dos Novecentos, causando reflexos nas obras de Wach, Chiovenda, Canelutti, Calamandrei, Betti entre outros. Chiovenda, por exemplo, admitia os pactos, mas com severas restrições (CHIOVENDA, 1928,

p. 105) e limitados aos acordos previamente autorizados por lei, sendo ineficazes, portanto, aqueles que pretendessem regular uma atividade pública de maneira diferente da legal. Carnelutti também os admitia timidamente (CARNELUTTI, 1936, p. 77). Outras doutrinas trataram do tema, reconhecendo a existência de negócios jurídicos processuais, ainda que de forma mais geral por Antônio Costa<sup>3</sup> e mais específica por Giuseppe de Stefano<sup>4</sup> ou fazendo-lhe forte oposição como Salvatore Satta<sup>5</sup>. Atualmente a doutrina italiana repousa silente sobre o tema, ecoando algumas vozes isoladas para tratar de pactos sobre a produção de provas<sup>6</sup>.

Retomando a jornada alemã, algumas mudanças passaram a ser sentidas quando Schiedermair publicou estudo em 1935<sup>7</sup>, segundo o qual a possibilidade de as partes concluírem *prozessrechtliche Verfügungsverträge* fora das hipóteses estabelecidas por lei, dependeria da amplitude em que se reconhece o direito dispositivo. Em crítica a Bülow, a permissão não é composta apenas por uma autorização legal, mas de todas as regras processuais, que por serem elaboradas em favor do interesse das partes, podem ser por eles próprios parcialmente derogadas. Deste modo, para estabelecer se em um caso concreto as partes poderão celebrar um acordo para derogar uma determinada norma processual, deve ser verificado se tal regra foi instituída em favor dos interesses privados das partes ou do interesse público. Ocorrendo a última hipótese, o acordo será inadmissível em virtude da imperatividade da norma, e no primeiro caso, será seguramente válido e produzirá os efeitos desejados (PENASA, 2017, p. 274).

Com a abertura proporcionada por Schiedermair, a doutrina alemã se firmou no sentido de reconhecer espaço para o desenvolvimento da autonomia privada das partes no âmbito do processo civil, mesmo que fora das hipóteses previstas em lei, ou seja, nos pactos atípicos.

Após cerca de um século, mais recentemente, as doutrinas de Gerhard Wagner e Peter Schlosser se destacam por contribuírem para uma sistematização acerca dos pactos sobre normas processuais<sup>8</sup>. Peter Schlosser desenvolve a premissa de que o processo deve se orientar pela asserção *in dubio pro libertate* em prestígio aos princípios dispositivo (*Dispositionsgrundsatz*) e do debate (*Verhandlungsgrundsatz*) (VIDAL, 2017, p. 145).

---

<sup>3</sup> Cf.: COSTA, Antonio. *Contributo alla teoria dei negozi giuridici processuali*. Bologna: Nicola Zanichelli, 1921.

<sup>4</sup> Cf.: DE STEFANO, Giuseppe. *Studi sugli accordi processuali*. Milano: Giuffrè, 1959.

<sup>5</sup> Cf.: SATTA, Salvatore. *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*. Milano: Vita e Pensiero, 1931.

<sup>6</sup> Cf.: PEZZANI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*. Milano: Giuffrè editore, 2009. Também: TIGANO, Fabrizio. *Gli Accordi procedurali*. Torino: Giappichelli Editore, 2002. Debate a possibilidade de pactuação sobre o procedimento nas ações administrativas

<sup>7</sup> Cf.: SCHIEDERMAIR, Gerhard. *Vereinbarungen im Zivilprozess*. Bonn: Röhrscheid, 1935.

<sup>8</sup> Cf.: SCHLOSSER, Peter. *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess*. Tübingen : Mohr Siebeck, 1968; WAGNER, Gerhard. *Prozessverträge: privatautonomie im Verfahrensrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998.

Gerhard Wagner, por sua vez, entende que a autonomia privada no campo processual se distingue entre atos de derrogação de normas processuais (*Normdispositionen*, que a maioria da doutrina alemã denomina *Verfügungsverträge*) e que necessitam de expressa previsão legal, e os atos em que as partes se obrigam a exercer ou não um determinado poder processual (*Befugnisdispositionen*, que a doutrina reconhece como *prozessuale Verpflichtungsverträge*), que deve ser admitido mesmo inexistindo uma disposição legal específica como decorrência do princípio da autonomia privada, que é válido não apenas no âmbito do direito substancial, mas também do direito processual, em virtude da correlação que deve existir entre os dois ramos do ordenamento jurídico (PENASA, 2017, p. 274).

A principal dificuldade para o desenvolvimento dos pactos processuais, escora-se na ideia de que a relação processual é pública, sobretudo, pela onipresença do juiz e porque a disposição sobre normas processuais afetaria diretamente os poderes judiciais. A máxima eficácia extraída da autonomia privada por Schlosser tem justamente o objetivo de adequar a conformação do procedimento em favor da liberdade. Havendo margem de liberdade para a conformação do procedimento pelas partes, o Estado não pode se sobrepor a eles. Para Antônio Cabral, esta foi a preferência do legislador processual brasileiro ao estabelecer a cláusula geral prevista no artigo 190, que revela um sistema não só permeável aos pactos processuais, mas também pressupõe a validade destes acordos, que serão rejeitados *somente* quando notado abuso de direito, inserção abusiva em contrato de adesão ou manifesta vulnerabilidade de uma das partes (CABRAL, 2018, pp. 162-163).

A maior expressão da liberdade das partes no processo civil está na máxima dispositiva, que deriva do direito de liberdade e das garantias processuais referentes ao acesso à justiça, à inafastabilidade do controle jurisdicional e aos direitos de ação e defesa, atribuindo aos litigantes o poder de provocar a jurisdição inerte instaurando o processo, de configurar o objeto do processo limitando a sentença ao pedido e dispor sobre o conteúdo da situação jurídica litigiosa. Ao litigante é assegurada não só a iniciativa de propor a demanda, mas também a liberdade de atuação processual em razão da sua vontade, resguardadas as devidas restrições quando há evidente interesse público.

Nessa ordem de ideias, a tensão entre os poderes do juiz e os direitos das partes no processo, ou seja, o equilíbrio entre a pronúncia do juiz e a vontade das partes, incide sobre a própria função do processo civil, isto é, sobre o equilíbrio entre público e privado, sobre as relações entre liberdade e autoridade (SCARCELLI, 2010, p. 15).

Nicolò Trocker chama a atenção para o fato de que hoje na Europa, não faz muito sentido a insistência na ênfase dada em épocas anteriores, às categorias público e privado,

liberal ou autoritário, para identificar soluções às ineficiências da justiça civil. Esta contraposição histórica não é mais portadora de valores efetivos ou instrumentos adequados para a resolução dos problemas que precisam ser enfrentados (TROCKER, 2010, p. 176).

Certamente a orientação de Trocker aplica-se à cena processual contemporânea brasileira. A despeito dos debates observados historicamente na doutrina acerca dos contornos que a autonomia privada pode assumir no Direito Processual, percebe-se no Brasil a tendência de afastamento do referimento ao termo autonomia privada pelo mesmo fundamento o qual se afasta a aplicação da teoria contratual do Direito Processual, especificamente da Teoria Geral do Processo.

#### **4 OS LIMITES DA AUTONOMIA PRIVADA NA CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULAS PARA ADAPTAÇÃO DE REGRAS PROCESSUAIS**

Antes limitada às hipóteses tipicamente previstas no Código de Processo Civil, a novel legislação passou a admitir a pactuação atípica de negócios processuais, ampliando a soberania individual para controlar a marcha processual.

No exercício do controle processual pela parte, a autonomia do indivíduo é cada vez mais fortalecida, especialmente na fase preparatória da ação, permitindo-se a criação e adaptação de procedimentos. Mirjan Damaska critica esse ambiente de intensificação do poder normativo privado, pois entende que a desigualdade entre as partes tem um efeito mais poderoso e mais significativo nesse contexto do que em sistemas que dependam menos da iniciativa dos litigantes. Uma parte assistida por advogados mais habilitados ou capazes de absorver os custos de avaliações estratégicas prévias pode assumir significativa vantagem em relação a outra; enquanto aquele significativamente mais fraco, poderá ser expulso do sistema por completo (DAMASKA, 1986, p. 108).

Compartilhando essa preocupação, o Código de Processo Civil prevê expressamente como requisito negativo de validade do negócio jurídico processual a inexistência de partes em situação de vulnerabilidade, permitindo que o juiz afaste o convencionado. No entanto, esta vulnerabilidade nem sempre é manifesta, ou seja, nem sempre é clara, evidente.

Ao confiar a adaptação do regulamento processual às partes, o entendimento é no sentido de se proporcionar uma eficiente adequação das disposições processuais às necessidades do caso substancial, pois os usuários do sistema de resolução de conflitos possuem naturalmente capacidade de litigância desiguais, o que estaria na contramão da tradicional rigidez do sistema procedimental único (DAMASKA, 1986, p. 109).

Diante disso, percebemos que há na doutrina processual clássica e contemporânea uma profunda preocupação com o exercício da vontade individual na pactuação sobre as regras processuais. O princípio da autonomia privada concebido na doutrina civilista como possibilidade das partes se obrigarem como, quando e com quem quisessem, adquire novos contornos diante da principiologia constitucional, ou seja, é preciso verificar se o ato de autonomia é lícito, merecedor de tutela, proporcional e razoável, conforme os princípios e valores do ordenamento jurídico (PERLINGIERI, 2008, p. 343).

A autonomia privada é a expressão das liberdades individuais sob um viés amplo e o valor da autodeterminação da pessoa sob uma perspectiva mais específica (PINTO, 2003, p. 279), o que possibilita a ordenação e autogestão dos interesses pessoais de acordo com a conveniência dos sujeitos. Certamente, a principal questão que cerca a autonomia é um problema de limite, que será sempre reflexo das normas jurídicas que estabelecem o espaço em que poderá se desenvolver a atividade normativa privada (FERRI, 1959, p. 263), tanto no plano das relações patrimoniais, quanto no campo das relações existenciais (para afirmação dos valores da personalidade inerentes à pessoa humana), e no contexto do estudo da adaptação dos procedimentos, para a celebração de ajustes no *iter* processual pelas partes.

Definir autonomia privada nunca foi tarefa fácil (PERLINGIERI, 2007, p. 17). O conceito de autonomia surge a partir da perspectiva em que a Teoria do Direito passa a alicerçar a legitimidade de ordens jurídicas que não podem mais apelar a um direito natural. A autonomia da vontade elevou-se à categoria de princípio do Direito e fonte das relações jurídicas após a Revolução Francesa e a prevalência do dístico da igualdade, fraternidade e liberdade. À homens nascidos livres e iguais, nada mais justo do que reconhecer-lhes a liberdade de criar ou produzir o direito (RODRIGUES JÚNIOR, 2004, p. 118).

A autonomia qualificada como um produto da vontade, revelava-se uma derivação reducionista do individualismo, esquecendo o substrato humanista que lhe deveria permear (RODRIGUES JÚNIOR, 2004, p. 120). Emílio Betti proclama que a autonomia sob a égide da vontade põe a perder a verdadeira visão do negócio jurídico, o qual não “consagra a faculdade de ‘querer’ no vácuo, como apraz afirmar a certo individualismo, que ainda não foi extirpado da hodierna dogmática.” (BETTI, 1969, p. 107). Deste modo, a doutrina italiana passa a dar outra visão para a autonomia, repudiando o termo *vontade*. Diz-se agora, autonomia privada. É a orientação de Salvatore Romano, Luigi Ferri, Cariota Ferrara, Santi Romano, que defendem os seguintes pontos sobre a teoria: i. a supremacia do interesse público sobre o privado; ii. a percepção do negócio jurídico como uma fonte normativa, iii. a autonomia privada seria outorgada pelo Estado aos indivíduos (ROMANO, 1957, itens 06,28,29).

Retomando a preocupação com os limites. Trata-se de um importante avanço e desmistificação da ideia de autonomia como plena liberdade. Ferrajoli observa que a tradição liberal ignorou a distinção entre a liberdade e autonomia, desconsiderando a natureza de direito-poder dos direitos de autonomia e provocando certa confusão entre o entendimento acerca do direito de liberdade e o de autonomia privada. O direito fundamental à autonomia consiste em uma *potestas agendi*, isto é, o poder de se autodeterminar, diretamente na esfera privada e indiretamente na esfera pública, mediante o exercício de atos de poder. Neste sentido, o direito de liberdade e o direito de autonomia são figuras jurídicas distintas, sendo que uma é capaz de existir independentemente da outra. O direito secundário, autonomia, são os direitos civis, de autonomia privada, que consistem no poder cujo exercício produz efeitos sobre as liberdades genéricas negativas e positivas, resultando em conflito se não forem legalmente limitados e disciplinados. Este fenômeno ocorre com todos os poderes que se desenvolvem em um Estado de Direito, ou seja, não se admitem poderes *legibus soluti*, mas sujeitos à lei, precisamente quanto aos limites e aos vínculos imposto pelos direitos de liberdade e sociais de um lado e de outro, mercado e autodeterminação privada (FERRAJOLI, 2001, pp. 292-293).

Postos a tutelar os contratantes vulneráveis, os limites à autonomia não são mais excepcionais, mas internos, enquanto expressão direta do ato e do seu significado constitucional (PERLINGIERI, 2008, p. 358). Em outro plano, quando a autonomia da pessoa está relacionada ao conteúdo do negócio jurídico, limitações ainda mais rígidas à liberdade são impostas<sup>9</sup>.

Esta concepção se deve pela compreensão de que são os interesses que compõem os direitos que são definidos conforme as peculiaridades de cada ordenamento jurídico. A liberdade presente na vontade, faz parte deste complexo de interesses protegidos pelos direitos.

As regulamentações do contrato civil, por exemplo, são progressivamente objetivadas, deixando de conter previsões gerais sobre as condições do que seria um contrato válido dirigidas indistintamente aos contratantes (TEPEDINO, 2001, p. 204), passando a ter um conteúdo especificado e preocupado com as fragilidades de alguns sujeitos sociais no mercado, exigindo-se a partir daí, maior detalhamento das obrigações em que este tipo de contratante esteja envolvido, sendo oferecidas maiores garantias às partes mais frágeis da relação contratual, notadamente, o empregado, o consumidor, o inquilino, por exemplo (SILVA, 2010, p. 205).

Na órbita dos diversos perfis a noção de autonomia privada pode assumir, admite-se a possibilidade de transcender o perímetro dos negócios jurídicos patrimoniais, pois em uma ordem pós-positivista, firma-se como exercício da liberdade e instrumento de concretização do

---

<sup>9</sup> Como exemplo do *dirigismo contratual* estão o Código de Defesa do Consumidor e mesmo o Código Civil que consagra a nulidade de cláusulas tidas por abusivas.

princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, a autonomia não se reduz ao espaço normativo em que o sujeito realiza a atividade econômica, mas também deve ser observada sempre que o ser humano manifesta o desejo de dispor sobre situações jurídicas da personalidade, consolidando-se uma autonomia existencial.

A dimensão extrapatrimonial que a autonomia negocial pode assumir representa um importante elemento para tutelar a disposição sobre situações jurídicas processuais e sobre a prática de atos processuais. E qual será a estatura desta autonomia privada? Não será a autonomia privada do proprietário ou do empresário, pois estas titularidades referem-se à lógica do mercado, contudo, no caminho aberto pela proteção de situações subjetivas existenciais, assegurar o direito a um processo justo, é uma garantia fundamental do processo que abrange a possibilidade de um procedimento flexível, adaptável e previsível. Tanto a flexibilidade arquitetada pelo juiz quanto a adaptação de procedimento pactuada pelas partes devem viabilizar concretamente a isonomia, bem como possibilitar o cumprimento das atividades através de técnicas escolhidas como mais idôneas para permitir que as partes demonstrem a procedência dos seus argumentos.

O importante é assegurar que o procedimento seja previsível. A extensão da autonomia negocial processual será identificada no instrumento em que as partes pactuam suas estratégias de atuação, momento em que deverá ser avaliado se elas estavam em condições de prever minimamente o desenvolvimento do processo futuro, para que alterações bruscas não venham, ao revés, cercear o direito de defesa. Assim como a flexibilização do procedimento pelo juiz deverá ter como objetivo essencial contribuir para um processo justo, a adaptação do procedimento pelas partes admitida no código processual, deverá sempre atender a necessidade concreta da tutela jurisdicional efetiva.

Não é possível, portanto, um discurso unitário sobre a autonomia negocial, pois ela não se esgota com os atos de empresa ou de comércio. A autonomia processual não representa um complemento da autonomia ínsita ao direito material, pois os atos processuais produzem efeitos diferentes dos contratos de direito material. O que se propõe é uma terceira via, além da autonomia negocial tradicional e a autonomia negocial sobre situações jurídicas existenciais, a autonomia negocial sobre situações jurídicas processuais e sobre a prática de atos processuais.

As situações existenciais têm a dignidade como fim imediato, enquanto que as situações patrimoniais e os atos de disposição para adaptação procedimental e sobre situações processuais, em regra, extrapatrimoniais, tem a dignidade como fim mediato. Percebemos a incidência de uma tutela qualitativamente diversa na proteção da autonomia para dispor sobre situações jurídicas processuais e adaptar o procedimento, situações jurídicas existenciais e

patrimoniais. Nas situações jurídicas processuais e adaptação da prática de atos processuais, a vontade também é privilegiada, no entanto, assim como ocorre com as situações jurídicas existenciais, a sua relevância dependerá da ponderação entre a autonomia e os demais direitos que compõem a ordem pública processual.

Para além dos negócios jurídicos unilaterais (renúncia ou desistência da ação até o momento em que não dependa do consentimento do réu), os sujeitos poderão celebrar negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais envolvendo a prática de atos ou situações jurídicas processuais, que poderá envolver aspectos patrimoniais ou não, como ocorre na distribuição dos custos do processo de maneira diversa da qual está prevista em lei. Assim, conforme as finalidades do ato de autonomia, o nível de proteção constitucional conferido à ação dos sujeitos dependerá do quanto o seu comportamento se aproxima da esfera de opções protegidas pela ordem pública. Quanto mais próximo, maior será o nível de proteção constitucional da autonomia privada. Quanto mais se afastar deste campo e se aproximar do universo econômico-patrimonial, menor será a tutela constitucional (SARMENTO; GOMES, 2011, p 84).

Como delineado até este ponto, entendemos que a autonomia privada deve ser renovada, ultrapassando os desígnios da proteção sobre a circulação de bens (BETTI, 1974, p. 1559). Em vista das exigências da sociedade moderna, destituída do simples caráter de suporte das relações patrimoniais ou obrigacionais, a autonomia não pode estar unicamente vinculada às situações patrimoniais.

Partindo dessa premissa, Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda compreende a autonomia da vontade, na verdade, como um autorregramento da vontade, referindo-se a algo que pode ser realizado em um ambiente pré-jurídico e a partir daí, poderá ingressar ou não no Direito (MIRANDA, 2000, p. 81).

A teoria do autorregramento da vontade defendida por Pontes de Miranda, de fato, desconsidera que o conteúdo do negócio jurídico seja eminentemente patrimonial ou que se refira exclusivamente a uma esfera privada (BUCHMANN, 2017, p. 44), criando uma categoria juridicamente mais estável. Buscando esta saída, para admitir que a autonomia privada encontra espaço no processo, Fredie Didier considera que o direito ao autorregramento e a autonomia privada são expressões sinônimas (DIDIER, 2017, p. 32). Pedro Henrique Nogueira, apesar de indicar inicialmente que o autorregramento da vontade também pode ser chamado de autonomia privada, mais adiante reflete que a nomenclatura atribuída (autonomia privada, da vontade ou autorregramento) é importante para demarcar o âmbito de utilização do conceito. Prefere ao final, recomendar o uso do termo autorregramento da vontade, por entender que não seria pertinente relacionar o termo autonomia privada aos negócios processuais, sendo o primeiro



mais abrangente e de possível manipulação em outros subdomínios (NOGUEIRA, 2011, pp. 122-124).

No entanto, tais premissas não encontram mais lugar na teoria moderna da autonomia privada. Contendem, de um lado, os defensores da teoria voluntarista, que ao considerar um negócio jurídico como autorregulamento, significa reconhecer à autonomia negocial o papel de fonte de direito, a qual é mais direta e espontânea, logo, mais vinculante também sob o perfil moral. De outro lado, os defensores da teoria preceptiva, para quem o poder de autorregulamentação dos particulares decorre da natureza do ato que é, exatamente, um ato regulamentar, isto é, normativo. Para Pietro Perlingieri, disputas acerca da natureza do ato de autonomia privada são em grande parte anacrônicas. Autonomia privada é, antes de tudo, autodeterminação, autorregulamentação, poder de vontade (PERLINGIERI, 2008, pp. 341-342).

## **CONCLUSÃO**

Desde a tomada de consciência sobre o caráter público do direito processual, a relação entre autonomia privada e processo foi silenciada, pois qualquer menção à locução seria acusada de ser uma tentativa de trazer de volta a marca privatista de quando o direito processual não era autonomamente reconhecido. Assim, o exercício de reflexões sobre a autonomia privada no processo foi relegado a um segundo plano. Com pouco espaço no processo, quando autorizada, em regra, dependia da aprovação ou homologação judicial, guardião da ordem pública processual.

A doutrina brasileira sequer faz referência à locução, preferindo dizer que a autonomia que as partes detêm para regular a marcha processual advém de um autorregramento da vontade, elevado em alguns influxos acadêmicos, à categoria de princípio.

Mesmo alguma inspiração privatista eventualmente remanescente em virtude da sua relação de instrumentalidade com o direito privado, foi sendo neutralizada pela doutrina e a tendência foi a tomada de consciência para os objetivos estatais a serem realizados através do processo.

Evidentemente que o tratamento acerca da disposição sobre o procedimento não se esgota em um plano afirmativo de uma ampla liberdade. Significativamente é cada vez mais presente entre nós a compreensão de que a conformação e a organização do procedimento representam o ponto de equacionamento do conflito entre as estratégias de poder em determinado contexto social e temporal. Cada ato praticado no processo deve ser considerado

um meio eficiente para chegar a um fim imediato, uma tutela jurisdicional adequada, enfim, é um instrumento de realização de direitos fundamentais constitucionais.

A importância desta atuação ganha atenção atualmente se observarmos a íntima ligação existente entre a jurisdição, o instrumento processual e a preocupação com as necessidades do caso concreto. Não se trata mais de simples conformação processual com a norma pré-concebida e ao enredo constitucional, mas de empregá-las de modo a garantir o exercício da função jurisdicional com efetividade, com reflexo direto na possibilidade de flexibilidade procedimental e adequação normativa pelas partes.

A entrada em vigor do código processual brasileiro em 2016 despertou a atenção acadêmica, ao admitir genericamente a adequação das regras processuais às necessidades do caso concreto, defendendo a retirada de eventuais barreiras à concretização do direito fundamental à tutela jurisdicional justa e adequada.

Assim, o rigor do formalismo procedimental de outrora, dimana temperado pelas necessidades do caso real, da vida, moderando os conflitos entre o aspecto universalista da regra virtual e a sua exteriorização no processo real, potencializando-se a racionalização das partes e juízes em prol de um exercício colaborativo para romper com as generalidades e abstrações, sem, contudo, perder de vista os limites à liberdade negocial.

Em uma tentativa de sistematizar os limites que a autonomia privada sofreria em relação à possibilidade de disposição procedimental, enunciam-se hipóteses e faz-se exigências de modo a proteger a ordem pública processual. Se a concretização ou conformação de direitos pelo legislador ordinário já requer atenção em vista da obrigação de preservar o conteúdo do direito constitucional, a ideia de restrição à direitos processuais suscita problema quanto à possibilidade lógica do estabelecimento de tais restrições pelos sujeitos.

No entanto, a composição sobre a marcha processual deve ser analisada sob o plano da autonomia que não garante liberdade irrestrita aos litigantes, mas ao contrário, é um instrumento hábil para equilibrar a liberdade dos sujeitos e informar-lhes os limites para estabelecer tais pactos.

Os recentes estudos que se dedicam aos negócios jurídicos processuais e que se referem à autonomia privada, mesmo que referendada como um autorregramento da vontade, significam um passo adiante na análise da contenção da autonomia na celebração dos contratos processuais atípicos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das convenções processuais no processo civil*. 2014. 238f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.

BETTI, Emílio. Autonomia privada. In: Azara, Antonio (a cura di). *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: UTET, 1974.

BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Coimbra, 1969.

BIZELLI, Rafael Ferreira. Contratos existenciais: contextualização, conceito e interesses extrapatrimoniais. *Revista Brasileira de Direito Civil*, v. 6, pp. 70-95, out./dez., 2015.

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

CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*. Editora Juspodium: Salvador, 2018.

CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 8, pp. 733-749, 2011.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: Cedam, 1936.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principi di diritto processuale civile*. 3ed. Napoli: N. Jovene, 1923.

COSTA, Antonio. *Contributo alla teoria dei negozi giuridici processuali*. Bologna: Nicola Zanichelli, 1921.

DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and State authority. A comparative approach to the legal process*. New Haven: Yale University Press, 1986.

DAVES, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. Contracting for procedure. *William and Mary Law Review*, v. 53, p. 207-565, 2011.

DE STEFANO, Giuseppe. *Studi sugli accordi processuali*. Milano: Giuffrè, 1959.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodium, 2017.

DONÀ, GAETANO. *Del negozio giuridico processuale*. 2 ed. Milano: Editrice Subalpina, 1933.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali*. Un dibattito teorico. Roma: Laterza, 2001.

FERRI, Luigi. *L'autonomia privata*. Milano: Giuffrè, 1959.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*. São Paulo: Atlas, 2008.

GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida. A limitação da autonomia privada nos direitos reais e pessoais. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, ano 4, pp. 281-291, 2003.

KOHLER, Josef. *Der Prozess als Rechtsverhältnis: Prolegomena zu einem Ontem des Zivilprozesses*. Darmstadt : Scientia Verlag Aalen, 1969. Reimpressão da edição de 1888 publicada em Mannheim.

LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução: Maria da conceição Corte Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1969.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. t.3. Campinas: Bookseller, 2000.

NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno*. 1ed. Curitiba: Juruá, 2005.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais*. Análise dos provimentos judiciais como atos negociais. 2011. 243f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador.

PENASA, Luca. Gli accordi processuali in Italia. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios Processuais*. Salvador: Juspodium, 2017.

PERLINGERI, Pitero. *Autonomia Negoziiale e autonomia contrattuale*. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiene, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Introdução ao Direito Civil Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PEZZANI, Titina Maria. *Il regime convenzionale delle prove*. Milano: Giuffrè editore, 2009.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Jurisdição e pacificação*. Limites e possibilidades do uso dos meios consensuais de resolução de conflitos da tutela dos direitos transindividuais e pluri-individuais. Curitiba: Editora CRV, 2017.

PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação. Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-Modernidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 41, n. 163, pp. 113-130, 2004.

ROMANO, Salvatore. *Autonomia privata*. Milano: Giuffrè, 1957.

RUBIN, Fernando. *A preclusão na dinâmica do processo civil*. 2ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 77, n. 4, pp. 60-101, out/dez. 2011.

SATTA, Salvatore. *Contributo alla dottrina dell'arbitrato*. Milano: Vita e Pensiero, 1931.

SCARSELLI, Giuliano. Poteri del giudice e diritti delle parti. In: SCARSELLI, Giuliano. *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*. Atti del Convegno di siena del 23-24 novembre 2007. Napoli: Edizioni scientifiche Italiane, 2010.

SCHIEDERMAIR, Gerhard. *Vereinbarungen im Zivilprozess*. Bonn: Röhrscheid, 1935.

SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA, Felipe Gonçalves. *Liberdades em disputa*. A reconstrução da autonomia privada na teoria crítica de Jürgen Habermas. 2010. 311f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estadual de Campinas, São Paulo.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil*. Teoria geral dos contratos e contratos em espécie. v.3. São Paulo: Gen, 2018.

TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.) *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

TEPEDINO, Gustavo. Evolução da autonomia privada e o papel da vontade na atividade contratual. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 53, pp. 141-155, jul/set. 2014.

TROCKER, Nicolò. Poteri del giudici e diritti delle parti nel processo civile: gli insegnamenti di Calamandrei e le riforme processuali in Europa. In: SCARSELLI, Giuliano. *Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*. Atti del Convegno di siena del 23-24 novembre 2007. Napoli: Edizioni scientifiche Italiane, 2010.

VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. *Convenções processuais: do realinhamento das estruturas relacionais de poder no processo civil aos padrões de controle*. 2017. 291f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.