

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

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

**FLÁVIO LUÍS DE OLIVEIRA
PAULO CÉSAR CORRÊA BORGES**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Flávio Luís de Oliveira, Paulo César Corrêa Borges – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-353-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA III

Apresentação

A parceria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI com o Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA propiciou a realização do XXV CONGRESSO DO CONPEDI, no período de 7 a 10 de dezembro de 2016, com o tema “Cidadania e Desenvolvimento: O papel dos atores no Estado Democrático de Direito”.

No Grupo de Trabalho “PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA III”, houve um intenso debate com a participação de pesquisadores de todo o Brasil, doutores/as, doutorandos/as, mestres/as e mestrandos/as e, inclusive, de um ilustre professor francês, coautor de artigo apresentado. Vale destacar também que as contribuições não se restringiram a processualistas, mas, participaram especialistas de outras temáticas, cujo recorte epistemológico dialogava com a temática central da efetividade da Justiça, em diversas dimensões.

Como coordenadores, tivemos o privilégio de conhecer diferentes pesquisas na temática do GT, tendo como ponto de convergência a profundidade com que os artigos foram elaborados e apresentados, além de viabilizar espaço para as intervenções que enriqueceram os blocos de debates entre participantes e autores/as.

Tratando do processo, da jurisdição e da efetividade da Justiça, os debates giraram em torno do novo Código de Processo Civil e de outras temáticas correlatas ao processo e à efetividade da Justiça, tais como: CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS; LIMITES TERRITORIAIS DA COISA JULGADA EM AÇÕES COLETIVAS; CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE E FORÇA VINCULANTE; COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL: OS EFEITOS DO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE; OS PRECEDENTES VINCULANTES NAS TRADIÇÕES DA CIVIL LAW E DA COMMON LAW; EFETIVIDADE DA PUBLICIDADE DAS DECISÕES EM PROCESSOS COLETIVOS POR MEIO DA ARQUITETURA DA INTERNET; MEIOS DE RACIONALIZAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS; APLICAÇÃO DIFERENCIADA DAS ASTREINTES NO DIREITO AMBIENTAL PARA GARANTIR A EFETIVIDADE DA SUA PROTEÇÃO; PERSPECTIVA DO INSTITUTO DA EVICÇÃO; A ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA DECORRENTE DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE; AS FACES DA RESPONSABILIDADE CIVIL FRENTE AS GARANTIAS E OS DIREITOS

CONSTITUCIONAIS; AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE RESPONSABILIDADE POR DANOS CAUSADOS AOS INVESTIDORES NO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS; A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL DIANTE DA POSTURA DA FAZENDA PÚBLICA; FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS; AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS E OS REQUISITOS DE VALIDADE; A GARANTIA DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO; A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA ANTECIPADA ANTECEDENTE; ASPECTOS CONTROVERTIDOS DO NOVO INSTITUTO DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA SATISFATIVA DE URGÊNCIA; ANÁLISE DOS DIREITOS SOCIAIS E A EFICIÊNCIA DA 'LAW AND ECONOMICS' DE RICHARD POSNER; AS IMPLICAÇÕES E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA; A ATUAÇÃO PEDAGÓGICA DO MAGISTRADO; e, A ASSISTEMATICIDADE NA APLICAÇÃO DO IRDR AO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS.

As contribuições dos autores e autoras de cada um dos artigos incluídos nesta publicação do CONPEDI são relevantíssimas e terão impacto na produção científica em relação às temáticas desenvolvidas, diante da seriedade das pesquisas realizadas, com grande potencial de se tornarem referência para as pesquisas desenvolvidas e que tangenciam ou se vinculam ao tema do Grupo de Trabalho “Processo, Jurisdição e efetividade da Justiça”.

Esta contribuição final do Grupo de Trabalho n. 36, revela o compromisso com a qualidade da produção científica de pesquisadores da Área do Direito, fortalecendo o Sistema Nacional de Pós-graduação.

Prof. Dr. Flávio Luís de Oliveira – ITE/Bauru

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges – UNESP/Franca

**AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS E OS REQUISITOS DE VALIDADE:
CONTROLE PELO JUIZ E VEDAÇÃO AO ABUSO**

**PROCEDURAL CONVENTIONS AND VALIDITY REQUIREMENTS: CONTROL
BY THE JUDGE AND THE SEAL ABUSE**

Hélintha Coeto Neitzke

Resumo

O presente trabalho visa tratar a respeito das convenções processuais, tema este abordado pelo atual diploma processual em seu art. 190. É concedido às partes faculdade para estipular mudanças no procedimento, bem como convencionar acerca dos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, no âmbito do processo ou fora dele. Cabe ao juiz o controle das convenções processuais, vedando qualquer abuso pretendido pelas partes, bem como qualquer convenção processual celebrada contrariamente ao que a lei determina. Assim, o objetivo do presente trabalho é tratar, de forma individualizada, a respeito dos requisitos de validade das convenções processuais.

Palavras-chave: Convenções processuais, Procedimento, Requisitos de validade

Abstract/Resumen/Résumé

The present work aims to treat about procedural conventions, this topic addressed by the current procedural diploma in the art. 190. It is granted to the parties to stipulate changes in the procedure, as well as agree about the burden, powers, faculties and procedural duties, the procedure or outside it. It is up to the judge the control of procedural conventions, denying any abuse intended by the parties and any procedural agreement concluded contrary to what the law states. The objective of this study is to address, individually, the validity of procedural conventions requirements.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Procedural conventions, Procedure, Validity requirements

1. Introdução

A grande novidade trazida pelo atual Código de Processo Civil é a faculdade concedida às partes para 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.

Tratam-se das convenções processuais, espécie do gênero negócios jurídicos processuais. Estes podem ser unilaterais, bilaterais e plurilaterais. Não que as convenções processuais não existissem na vigência do Código de Processo Civil de 1973, no entanto, a partir do atual diploma processual elas são consideravelmente ampliadas, concedendo às partes um imenso e vasto campo de negociação processual.

Este trabalho abordará a respeito das convenções processuais, negociação que envolve as partes do processo - autor e réu (também chamadas de convenções bilaterais) e, em alguns casos, o magistrado (as chamadas convenções processuais plurilaterais). Os negócios processuais unilaterais não serão objeto desta pesquisa.

Com o novo diploma processual, as partes possuem faculdade de convencionar a respeito do procedimento, bem como convencionar a respeito das situações jurídicas processuais - ônus, poderes, faculdades e deveres.

Esta liberdade é reflexo da autonomia da vontade, principal direito fundamental garantido pela nossa Constituição Federal, o qual regula a intenção de cada um fazer somente aquilo que deseja, dentro da esfera de seus próprios interesses, sem contudo, prejudicar direitos alheios.

No processo esta autonomia ganha outro nome: autorregramento da vontade das partes, princípio pelo qual os sujeitos do processo podem, atendidos alguns requisitos, promover mudanças no procedimento e ainda convencionar a respeito de seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. É o que disciplina o art. 190 do *codex* processual.¹

¹ 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. 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.

Referido dispositivo é o principal comando que trata das convenções processuais, mais precisamente as convenções atípicas, aquelas que não estão relacionadas de forma taxativa em nosso ordenamento jurídico. Na verdade trata-se de uma cláusula geral sobre o tema, uma norma aberta, outorgando às partes plena liberdade para convencionar no âmbito do processo, facultando a elas escolher o procedimento que melhor se ajuste à causa, que porventura, ainda nem sequer exista.

Este é o alcance das convenções processuais: as partes podem, antes mesmo de ajuizada demanda, por meio de contrato, por exemplo, negociar as cláusulas e condições que desejam que suas demandas percorram. Tratam-se das convenções antecedentes, prévias ao processo.

Por outro lado, as partes podem, no decorrer do processo, geralmente na fase instrutória, convencionar a respeito do procedimento a ser adotado e negociar ainda a respeito das situações jurídicas processuais.

Assim, é evidente que a partir do atual diploma processual, o caráter publicista do processo, que sempre foi regido, em sua maior parte, por normas cogentes, inderrogáveis por disposição das partes, passa a ser flexibilizado, incorrendo no que parte da doutrina denomina de flexibilização procedimental (GAJARDONI, 2008), em referência ao princípio da adaptabilidade e adequação processual.

Essa possibilidade de mudança do procedimento não é feito sem cuidado ou mesmo em afronta à lei. A segurança jurídica não se esvai a partir da flexibilização de determinado procedimento, mas ele só é possível e plenamente eficaz, diante de um processo em que o contraditório seja garantido e na presença de uma vontade negociada das partes.

Eduardo Cambi explica melhor:

A flexibilização procedimental adotada pelo novo Código de Processo Civil não possibilita a alteração do *iter* procedimental conforme idiosincrasias dos sujeitos processuais nem resulta da imposição de qualquer deles. Ao contrário, a adaptabilidade do procedimento à causa é resultado da efetivação da garantia constitucional do contraditório e está fundada no caráter dialético do processo (CAMBI; NEVES, 2015, p. 4).

Nos casos em que a lei não descrever um único e determinado *iter* procedimental, as partes podem alterar, ajustar o procedimento, de forma que o mesmo se torne mais compatível às suas necessidades.

São vários os benefícios obtidos no processo com a permissiva flexibilização do procedimento, “seja por observar as peculiaridades das demandas e dos sujeitos processuais,

promovendo a adequação do rito procedimental às necessidades da causa, bem como por gerar economia de tempo (celeridade e duração razoável do processo)” (CAMBI; NEVES, 2015, p. 5).

Esta mudança de paradigma deve-se à gestão compartilhada do processo, ideia do atual Código de Processo Civil, deixando o juiz de ser o centro das atenções, destinatário único dos atos processuais, para conceder às partes maior liberdade na gestão negociada do processo. Processo este, que somente existe por meio das próprias partes e para elas, não há assim, qualquer inconveniente neste novo rumo que o processo passa a adotar. É um novo tempo que o Processo Civil vai trilhar, um novo tempo de direção e conquistas para todos os envolvidos.

Existem vários outros sinais que o próprio *codex* evidencia esta mudança postural. O princípio da cooperação é um grande sinalizador de que a direção do processo passa a ser exercida não somente pelo autor, a partir do ajuizamento da demanda, mas também pelo réu, como parte, igualmente interessada na melhor solução do processo e para isto, ambos devem, colaborar.

Analisando ainda o escopo principal do novo diploma processual no art. 3º, pode-se denotar que a solução consensual dos litígios é a mola impulsionadora que rege e permeia o processo, desde o seu início até o fim, visto que não é somente na fase de conhecimento que o incentivo a autocomposição deve ocorrer, mas também nas fases recursal e executiva.

De qualquer forma, não há espaço, neste momento, para posições contrárias às convenções processuais. O que se deve fazer é buscar traçar os limites para esta negociação, a fim de que não haja qualquer violação à lei e aos direitos fundamentais.

A partir de uma revisão bibliográfica e da análise da legislação atual, a proposta deste trabalho é o estudo acerca dos requisitos de validade das convenções processuais.

2. Requisitos de validade das convenções processuais

2.1. A disponibilidade do direito

O *caput* do art. 190 dispõe que a respeito dos direitos que admitam autocomposição, estes e somente eles podem ser objeto de convenção processual. Trata-se de um requisito

objetivo. Direitos que admitam autocomposição não são unicamente aqueles tidos como disponíveis. Até mesmo os direitos indisponíveis podem ser objeto de negociação processual.

É o caso do pleito de alimentos, que, em que pese se tratar de direito irrenunciável, é o mesmo passível de transação referente ao *quantum* devido. No mesmo sentido, as demandas coletivas, as quais protegem direitos transindividuais, também geram a falsa impressão de que, por se tratar de direitos indisponíveis e, portanto, irrenunciáveis, não são passíveis de negociação. No entanto, freqüentemente o são pelo Ministério Público, através dos Termos de Ajustamento de Condutas.

A *mens legis*, quando da elaboração do art. 190, pretende alcançar não somente os direitos disponíveis e patrimoniais, mas também permitir que os direitos indisponíveis, pudessem ser objeto de convenção processual pelas partes e, portanto, a escolha da expressão “direitos que admitam autocomposição”.

O Enunciado 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis esclarece referido embate, quando aprovou o seguinte texto: “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”².

Assim, é ampla a hipótese de alcance das convenções processuais. São inúmeros os direitos que poderão ser objeto de negociação pelas partes, como já visto, até mesmo os direitos indisponíveis.

2.2. A capacidade das partes

O *caput* do art. 190 dispõe que somente as partes plenamente capazes podem celebrar convenções processuais. Trata-se de um requisito subjetivo. No entanto, a qual capacidade se refere o texto legal? Seria a capacidade civil, processual ou postulatória?

Para Fredie Didier Júnior não se trata da capacidade civil, pois:

[...] o sujeito pode ser incapaz civil e capaz processual, como, por exemplo, o menor com dezesseis anos, que tem capacidade processual para a ação popular, embora não tenha plena capacidade civil. [...] Incapazes não podem celebrar negócios processuais sozinhos. Mas se estiver devidamente representado, não há qualquer impedimento para que o incapaz celebre um

² Os Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis serão amplamente citados neste trabalho, tendo em vista que tais Enunciados somente são aprovados por unanimidade nos grupos temáticos e na reunião plenária, onde contam com vasta participação de estudiosos do Direito Processual Civil, e, portanto, são valiosas contribuições à aplicação do inovador Código de Processo Civil.

negócio processual. De fato, não há sentido em impedir negócio processual celebrado pelo espólio (incapaz processual) ou por um menor, sobretudo quando se sabe que, extrajudicialmente, suprida a incapacidade pela representação, há para esses sujeitos mínimas limitações para a negociação (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 4).

Já para Diogo Assumpção Rezende de Almeida (2014), quando se tratar de convenções processuais prévias, a capacidade exigida seria a capacidade civil, uma vez que o processo ainda não existe.

Também não é o caso de capacidade postulatória, pois o advogado não necessariamente participará de todas as convenções processuais, ou seja, somente nas convenções incidentais, realizadas no âmbito do processo, o advogado estará presente, enquanto que nas convenções prévias, as partes podem negociar sem a assistência de seus procuradores.

O Enunciado 18 do Fórum Permanente de Processualistas Civis foi aprovado com o seguinte conteúdo: “Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”. No entanto, não necessariamente é considerado vulnerável aquele que celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica. Neste caso, o juiz deverá analisar o caso *in concreto*.

Assim, para Fredie Didier Júnior a capacidade de que trata o caput do art. 190 é a capacidade processual, pois as convenções processuais visam a produzir efeitos em um processo futuro. “Uma pessoa casada não pode regular uma futura ação real imobiliária sem a participação do seu cônjuge, por exemplo: embora materialmente capaz, ela sofre restrição em sua capacidade processual (art. 73 do CPC/2015; art. 1.647 do CC/2002)”. (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 12)

Dessa forma, as partes precisam estar devidamente representadas no processo e fora dele, a fim de que as convenções processuais celebradas possam ser consideradas válidas.

2.3. A forma

Há forma pré-estabelecida para as convenções processuais? Elas precisam obedecer à determinada forma legal?

A lei e principalmente o art. 190 do Código de Processo Civil nada menciona a respeito da forma, razão pela qual se pode extrair que, inicialmente, não há forma pré-

definida. Podem as partes propor convenções processuais de forma oral? Não há nenhum impedimento. No entanto, há casos em que a forma escrita será o meio necessário para a validade das convenções processuais. Cita-se os contratos de adesão.

2.4. O objeto

O objeto das convenções processuais é, sem sombra de dúvidas, a questão mais tormentosa enfrentada no âmbito das convenções processuais. Mais precisamente é no tocante à licitude do objeto o ponto alto em torno da negociação processual. Há limites? Quais? Até onde as partes podem negociar?

Responder a estas perguntas será o grande dilema dos estudiosos do Direito. No entanto, ficará a cargo da doutrina e jurisprudência tais respostas, que com o tempo, definirá o *standard* utilizado pelo intérprete na aplicação do Direito, ou seja, o argumento definidor por que neste ou naquele caso, as partes poderão ou não convencionar no processo.

Os parâmetros e limites exigidos das convenções processuais decorrem da cláusula geral a que o art. 190 faz parte. Judith Martins-Costa assim as define:

Considerada do ponto de vista da técnica legislativa, a cláusula geral constitui, portanto, uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente ‘aberta’, ‘fluida’ ou ‘vaga’, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico, a qual é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista do caso concreto, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja a concretização pode estar fora do sistema; estes elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual, reiterados no tempo os fundamentos da decisão, será viabilizada a ressystematização destes elementos originariamente extrassistemáticos no interior do ordenamento jurídico (MARTINS-COSTA, 1999, p. 303).

Analisando o *caput* do art. 190 que trata do assunto, verifica-se que as partes podem simplesmente alterar o procedimento ajustando às especificidades da causa, bem como convencionar sobre os ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. As partes podem convencionar somente a respeito do procedimento ou das situações jurídicas processuais, ou ainda, sobre ambos.

É o que afirmam os Enunciados 257 e 258 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, respectivamente: “O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convencionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres

processuais” e “As partes podem convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, ainda que essa convenção não importe ajustes às especificidades da causa”.

Ao juiz cabe, de acordo com o parágrafo único do dispositivo citado, controlar a validade das convenções processuais, recusando-lhes aplicação nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Assim, o primeiro motivo que autoriza o juiz a recusar a convenção processual celebrada pelas partes é diante de casos de nulidade. E quais são esses casos?

Inicialmente é importante mencionar que as convenções processuais devem seguir as diretrizes dos negócios jurídicos do Direito Civil, ou seja, demandam objeto lícito, agente capaz e forma prescrita ou não defesa em lei.

Neste sentido é o Enunciado 403 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A validade do negócio jurídico processual, requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei”. Não podem as partes ignorar a norma imperativa e convencionar a respeito da admissão da prova obtida mediante tortura, por exemplo.

Outra situação de nulidade é trazida por Fredie Didier Júnior, quando acrescenta que o negócio processual simulado ou em fraude à lei também será nulo:

Também é nulo o negócio processual simulado (art. 167 do CC/2002) ou em fraude à lei (art. 166, VI, do CC/2002). Aplica-se, no caso, o art. 142 do CPC/2015, que impõe ao juiz o dever de proferir decisão que obste o propósito das partes, sempre que constatar a simulação processual ou a fraude à lei. Simulação processual não é apenas a propositura de um processo simulado (‘lide simulada’, no jargão forense); há simulação processual também quando se celebra negócio processual simulado; pode haver fraude à lei também em negócios processuais (DIDIER JÚNIOR, 2016, p. 6).

Dessa forma, tudo aquilo que já é aplicado ao negócio jurídico privado no tocante à simulação processual ou fraude à lei, aplica-se ao negócio processual, sob pena de nulidade da convenção processual celebrada.

Cabe ao juiz, neste caso, proferir decisão que impeça os objetivos das partes, as quais pretenderam se utilizar de um ato simulado ou desobedeceram ao comando legal para obter benefícios próprios ou lesionar terceiros. O art. 142 do Código de Processo Civil disciplina a respeito do assunto, momento em que o juiz ainda deverá aplicar as penalidades da litigância

de má-fé. Neste sentido é o Enunciado 410 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Aplica-se o art. 142 do CPC ao controle de validade dos negócios jurídicos processuais”.

Os negócios processuais também sofrem limitação quando a matéria for de reserva legal. Qualquer negociação neste sentido, torna a convenção processual ilícita e, portanto, nula. O exemplo citado por vários doutrinadores é o rol taxativo dos recursos previstos no art. 994. As partes não podem convencionar para criar uma nova hipótese recursal.

Outra limitação, também citada por Fredie Didier Júnior (2016, p. 6), refere-se ao negócio processual que pretenda afastar regra processual que sirva à proteção de direito indisponível:

Trata-se de negócios processuais celebrados em ambiente propício, mas com objeto ilícito, porque relativo ao afastamento de alguma regra processual cogente, criada para a proteção de alguma finalidade pública. É ilícito, por exemplo, negócio processual para afastar a intimação obrigatória do Ministério Público nos casos em que a lei a reputa obrigatória (art. 178 do CPC/2015).

Neste sentido é também o Enunciado 254 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “É inválida a convenção para excluir a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica”.

De forma ampla, a limitação geral que cabe a todas as convenções processuais é que não se pode restringir deveres e sanções que a lei já previu às partes, em caso de descumprimento da convenção. Elas podem até mesmo ampliar ou negociar distintamente do rol de deveres e sanções processuais, mas nunca reduzir o que a lei já determinou. Em consonância a esta limitação o Fórum Permanente de Processualistas Civis aprovou o Enunciado 17 com o seguinte conteúdo: “As partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso de descumprimento da convenção”.

Nada impede ainda que as convenções processuais previstas no art. 190 sejam anuláveis, quando diante de vícios da vontade e vícios sociais. Neste sentido é o Enunciado 132 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios jurídicos atípicos do art. 190”.

Outras duas hipóteses de nulidade, previstas no parágrafo único do art. 190, que poderão ser verificadas em relação às convenções processuais é a inserção abusiva em contrato de adesão e a verificação de que uma das partes encontra-se em situação de vulnerabilidade.

O contrato de adesão é aquele que possuiu conteúdo pré-definido e inalterável pela vontade da parte, conforme disciplina o art. 54 do Código Civil. A parte se vê obrigada a concordar com o conteúdo do contrato, sob pena de ficar impedida de contratar.

Em que pese o fato de as partes poderem livremente propor negociação processual em contratos de adesão, se o fizerem, de forma abusiva, tais convenções processuais terão sua aplicação recusada pelo magistrado, responsável pelo controle e validade dos negócios processuais.

Assim, as partes podem livremente negociar no âmbito das convenções processuais, no entanto não podem fazê-lo de forma irrestrita, abusiva, colocando, a outra parte contratante em situação de absoluta dependência emergencial.

Diante da inserção abusiva em contrato de adesão, o magistrado não está vinculado à convenção processual realizada pelas partes, pelo contrário, deverá recusar-lhe aplicação conforme dispõe o parágrafo único do art. 190.

Já quanto a situação de vulnerabilidade, um dos campos fértil para se detectar esta vulnerabilidade, é, sem dúvidas, no âmbito do Direito do Consumidor, que além da presunção legal prevista no art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor, que todos os consumidores são vulneráveis, existem características pessoais, subjetivas, presentes em determinados consumidores, como é o caso dos idosos e crianças, que em razão da idade, possuem vulnerabilidade agravada.

Neste sentido Bruno Miragem esclarece a respeito, vejamos:

É reconhecido pela jurisprudência o conceito de hipossuficiência como critério de inversão do ônus da prova pelo juiz, em favor do consumidor. Todavia, examinando-se os casos concretos é possível identificar que a proteção dos interesses do consumidor em uma determinada relação específica seja mais ampla em razão da necessidade de tutelar adequadamente os interesses de um consumidor que apresente, além de sua vulnerabilidade inerente, a presença de condição pessoal que reforce a desigualdade entre as partes no contrato de consumo (MIRAGEM, 2013, p. 280.)

In casu, verificada a vulnerabilidade do consumidor, as convenções processuais celebradas serão consideradas nulas.

No entanto, não é somente no campo do Direito Consumerista que uma das partes pode se encontrar em situação de manifesta vulnerabilidade. Pode-se citar ainda a condição de ser mulher diante das disposições da Lei Maria da Penha; a condição de ser idoso, perante o Estatuto do Idoso; a condição de ser adolescente, diante do Estatuto da Criança e do

Adolescente; a condição de ser deficiente perante o Estatuto da Pessoa com Deficiência e assim por diante.

Com a previsão legal das convenções processuais no art. 190, a condição de vulnerabilidade estende-se para além das hipóteses mencionadas, ampliando a todos aqueles que se encontram diante de qualquer forma de vulnerabilidade, que o coloque em uma condição de *status* limitado. Tal situação será constatada pelo magistrado diante do caso *in concreto*.

Nos dizeres de Marco Paulo Denucci Di Spirito:

O Código de Processo Civil de 2015, ao prever no seu art. 190, parágrafo único, *in fine*, a proteção da parte em manifesta situação de vulnerabilidade, estabeleceu uma inédita abertura para tutela de qualquer espécie de debilidade estrutural que possa emergir da realidade. A previsão, contudo, fica restrita apenas ao negócio jurídico processual (SPIRITO, 2015, p. 8).

Os deveres de informação e transparência não podem ser relegados a um segundo plano diante de sujeitos tidos como vulneráveis, sob pena de qualquer convenção processual proposta entre as partes ter sua aplicação recusada diante da constatação de abuso à vontade negocial das partes.

Dessa forma, a vulnerabilidade ultrapassa a hipossuficiência processual ou fática, alcançando, assim, todas as formas de vulnerabilidade existentes de modo que se as partes negociarem a respeito de convenções processuais e os fizerem colocando uma das partes em condição de estrita vulnerabilidade, as convenções processuais serão nulas.

Assim, para que não fique caracterizado abuso na negociação processual e o juiz tenha que intervir recusando a convenção processual celebrada, importante que haja igualdade estrutural entre as partes envolvidas.

A última limitação quanto à validade das convenções processuais, tratada neste trabalho, diz respeito à renúncia aos direitos fundamentais. Qual a margem de negociabilidade no limite de atuação legítima do autorregramento da vontade das partes no âmbito processual no tocante aos direitos fundamentais?

Não é verdade afirmar que as partes não podem renunciar a certos direitos fundamentais assegurados pela Carta Magna. Elas podem fazê-lo, mas com reservas. As partes possuem o direito fundamental à liberdade, no entanto esta liberdade não é ilimitada, sofre restrições, a fim de que não haja abusos aos direitos assegurados constitucionalmente.

O cuidado à eventual violação dos direitos fundamentais é ainda maior quando se está diante de uma cláusula geral, uma norma aberta, pois as cláusulas gerais, no dizer de

Cabral (2016, p. 330), “exigem concretização (não apenas subsunção). Nessa atividade, o intérprete não se limita a declarar o conteúdo ou significado de uma norma; vai além, preenchendo-lhe o conteúdo em tarefa própria de criação do Direito”.

Ressalta-se que quando o caput do art. 190 fala em direitos que admitam autocomposição, não o faz somente em relação aos direitos disponíveis. É perfeitamente possível autocomposição diante de direitos indisponíveis, como já visto. Então, qual o limite?

Antonio do Passo Cabral (2016, p. 337) esclarece que: “É portanto, a intensidade com que os direitos fundamentais perdem efetividade que pode levar à invalidade ou inadmissibilidade de uma convenção processual”.

Por outro lado, Marco Paulo Denucci Di Spirito (2015, p. 3) afirma que: “É importante ter em mente que a atuação corretiva operada pelos direitos fundamentais deve ser aplicada com parcimônia, de modo a não tolher o exercício legítimo e constitucional do autorregramento da vontade”.

Assim, em que pese a possibilidade de as partes convencionarem renunciando a certos direitos fundamentais, elas não podem negociar de forma desproporcional, nem mesmo podem fazê-lo atingindo o núcleo mínimo da garantia processual, sob pena de as convenções processuais terem sua aplicação recusada pelo magistrado.

Neste sentido, convenções processuais que obriguem uma parte hipossuficiente a viajar longas distâncias para comparecer ao foro devem ser consideradas inválidas (CABRAL, 2016, p. 339), bem como acordos processuais que prorroguem excessivamente prazos processuais podem violar a duração razoável do processo (MARINONI et al., 2015, p. 530).

De qualquer forma, independente de qual for o motivo de recusa à convenção processual, esta é autônoma em relação ao negócio jurídico em que estiver inserta, não ensejando assim, no caso de invalidade da convenção processual a automática nulidade do negócio jurídico que lhe deu causa. Neste sentido é o Enunciado 409 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A convenção processual é autônoma em relação ao negócio em que estiver inserta, de tal sorte que a invalidade deste não implica necessariamente a invalidade da convenção processual”.

Nada impede ainda que a convenção processual seja invalidada parcialmente, somente no tocante à parte que não esteja em consonância com a legislação vigente ou com a vontade negociada, conforme Enunciado 134 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Negócio jurídico processual pode ser invalidado parcialmente”.

2.5. A eficácia

Há convenções processuais que dependem necessariamente de homologação judicial. É o caso do saneamento negociado, disposto no parágrafo segundo do art. 357. Em ambos os casos, sem a homologação judicial o negócio processual é isento de eficácia. Neste sentido é o Enunciado 260 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A homologação, pelo juiz, da convenção processual, quando prevista em lei, corresponde a uma condição de eficácia do negócio”.

Outros, porém e na sua maioria, não necessitam de homologação judicial. Diante da cláusula geral e aberta do art. 190, as convenções processuais, em regra, produzem efeitos imediatamente, em consonância ao estabelecido no *caput* do art. 200. O juiz fica vinculado à negociação processual havida, não podendo recusá-las, caso não apresente qualquer nulidade ou inserção abusiva em contrato de adesão ou a manifesta vulnerabilidade de uma das partes.

Assim, os limites de conteúdo da convenção processual, se não verificadas dentro das hipóteses previstas no parágrafo único do art. 190, produzem efeitos no momento em que as partes as negociarem. Neste sentido é a aprovação do Enunciado 133 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial”.

Enfim, se não houver qualquer nulidade na convenção processual negociada entre as partes, nulidades estas previstas *in fine* do parágrafo único do art. 190, a homologação judicial é dispensada, vinculando o magistrado imediatamente ao acordo processual realizado.

Ressalte-se que as convenções processuais realizadas para além das partes negociantes, demandam necessariamente a anuência de quem não fez parte da negociação, para a eficácia do acordo processual. Este é o conteúdo do Enunciado 402 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A eficácia dos negócios processuais para quem deles não fez parte depende de sua anuência, quando lhe puder causar prejuízo”.

E no caso de convenção processual realizada para mudança de procedimento das intervenções de terceiro, necessária também a anuência do terceiro quando lhe puder causar prejuízo, vejamos o Enunciado 491: “É possível negócio jurídico processual que estipule mudanças no procedimento das intervenções de terceiros, observada a necessidade de anuência do terceiro quando lhe puder causar prejuízo”.

Nada impede o distrato da convenção processual feita pelas partes (Enunciado 411). No entanto, se tratar de negociação processual que dependeu de homologação judicial para sua eficácia, necessária também a homologação para que o distrato possa se aperfeiçoar. Neste sentido é o Enunciado 495 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “O distrato do negócio processual homologado por exigência legal depende de homologação”.

Frise-se: Excetuada as três hipóteses expressas no parágrafo único do art. 190 - hipóteses de recusa pelo juiz da convenção processual, o magistrado fica vinculado à negociação havida e não poderá controlar sua validade.

José Miguel Garcia Medina (2016, p. 337) esclarece melhor:

O uso da expressão ‘somente’ daria a impressão de que a atuação do juiz, no controle de validade do negócio processual, deveria ser contida. Esse modo de compreender o texto do dispositivo parece-nos adequado, sobretudo se o negócio processual referir-se exclusivamente à posição jurídica das partes. O juiz, porém, deve respeitar o negócio processual celebrado entre as partes, desde que a convenção realizada limite-se àquilo que as partes podem dispor.

Por fim, vale ressaltar que qualquer decisão contrária às convenções processuais celebradas pelas partes, diante da verificação de uma das causas ensejadoras de recusa pelo juiz, deve ser assegurado o direito fundamental ao contraditório prévio às partes, em consonância ao novo entendimento exaurado no art. 10 do Código de Processo Civil. Neste sentido é também o Enunciado 259 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: “A decisão referida no parágrafo único do art. 190 depende de contraditório prévio”.

3. Conclusões

O atual diploma processual passou a tratar expressamente, em seu art. 190, a respeito das convenções processuais, dispositivo este que concede às partes a faculdade de alterar o procedimento, bem como convencionar acerca dos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, tanto previamente como durante o processo.

O caráter publicista do processo cede espaço ao princípio do autorregramento da vontade das partes no processo, inovando no ordenamento jurídico ao trazer uma norma de caráter aberto, uma cláusula geral sobre o tema.

Para que as convenções processuais sejam consideradas válidas, elas precisam observar determinados requisitos, como a questão da disponibilidade do direito; da capacidade das partes; da forma; do objeto e da eficácia.

Em sua maioria, os atos convencionais das partes produzem efeito imediatamente, conforme determina o art. 200, no entanto, fica a cargo do juiz controlar a validade de tais convenções, 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.

Assim, cabe ao magistrado controlar eventuais abusos cometidos pelas partes quando do momento da realização da convenção processual, sob pena de infringir à lei e aos direitos fundamentais.

Dessa forma, a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015, as partes possuem maior autonomia para convencionarem sobre o processo, de forma que possam traçar o caminho que entendam mais apropriado, ajustando o procedimento às especificidades da causa, bem como convencionar a respeito dos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

4. Referências

ALMEIDA, D. A. R. **Das convenções processuais no processo civil**. 2014, 238 f. Tese (Doutorado) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Sociais, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2014.

BRASIL. **Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CABRAL, A. P. **Convenções Processuais**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

CAMBI, E.; NEVES, A. R. Flexibilização procedimental no Novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito Privado**, vol. 64/2015, p. 219-259, out - dez/2015.

DIDIER JÚNIOR, F. Negócios Jurídicos Processuais Atípicos no Código de Processo Civil de 2015. **Revista Brasileira da Advocacia**. Vol. 1/2016, p. 59-84, abr. – jun. 2016.

GAJARDONI, F. F. **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.

MARINONI, L. G.; ARENHART, S. C.; MITIDIERO, D. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 1, 2015.

MARTINS-COSTA, J. Cláusulas gerais: um ensaio de qualificação. In COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Org.) **Direito: teoria e experiência. Estudos em homenagem a Eros Grau**. São Paulo: Malheiros, 2013, vol. 1.

MEDINA, J. M. G. **Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MIRAGEM, B. **Curso de Direito do Consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SPIRITO, M. P. D. D. Controle de formação e controle de conteúdo do negócio jurídico processual – parte III. **Revista de Processo**, vol. 249/2015, p. 141-172, nov./2015.