

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

Rafael Nogueira Cavalcante

**CONVENÇÕES PROCESSUAIS:  
O DIREITO BRASILEIRO EM UMA PERSPECTIVA COMPARADA COM O  
DIREITO ESTADUNIDENSE**

Porto Alegre  
2019

RAFAEL NOGUEIRA CAVALCANTE

**CONVENÇÕES PROCESSUAIS:  
O DIREITO BRASILEIRO EM UMA PERSPECTIVA COMPARADA COM O  
DIREITO ESTADUNIDENSE**

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial à obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero

Porto Alegre  
2019

RAFAEL NOGUEIRA CAVALCANTE

**CONVENÇÕES PROCESSUAIS:  
O DIREITO BRASILEIRO EM UMA PERSPECTIVA COMPARADA COM O  
DIREITO ESTADUNIDENSE**

Trabalho de conclusão de curso de graduação apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial à obtenção do título de Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em 5 de julho de 2019

BANCA EXAMINADORA:

---

Professor Doutor Daniel Francisco Mitidiero  
Orientador

---

Professor Doutor Klaus Cohen Koplin

---

Professor Doutor Sérgio Luís Wetzel de Mattos

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro, agradeço aos meus pais, por tudo. Agradeço também ao meu irmão, por ter sido sempre um exemplo para mim. Agradeço à Bia, por tornar minha trajetória nesta Casa mais doce. Agradeço também ao professor Daniel Mitidiero, por me orientar com extrema habilidade e parceria. Por fim, agradeço à esta Casa, que me proporcionou, ao longo desses quatro anos, não só saber jurídico, mas vivências e amizades que levarei comigo para sempre.

*“Education is simply the soul of a society as it passes from one generation to another”*

**Gilbert K. Chesterton**

## RESUMO

As convenções processuais passaram a ter maior protagonismo dentro do ordenamento jurídico brasileiro desde o advento do Código de Processo Civil de 2015, que consolidou tendência privatista observada não só no Brasil como também em outros países com sistemas jurídicos de tradição romano-germânica. Em paralelo, países de *common law* e, portanto, de tradição privatista, têm rumado caminho em direção ao publicismo. Nesse sentido, este estudo objetiva comparar o instituto das convenções processuais no ordenamento jurídico brasileiro e estadunidense, em especial quanto às limitações que têm sido propostas ao instituto em cada país. Para isso, discorreu-se das convenções processuais tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos, abordado o tema por meio da sua história até os dias atuais, utilizando da doutrina, das leis, e da jurisprudência. Identificou-se que: (1) a despeito da tendência à convergência entre as tradições jurídicas, tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos é possível verificar que, ao menos quanto às convenções processuais, ambos os países estão trilhando caminho em direção ao privatismo; (2) os doutrinadores favoráveis ao instituto em ambos os países utilizam de argumentos de natureza distinta para defendê-lo, enquanto que os doutrinadores que veem com ceticismo a ampliação do instituto fazem uso de argumentos de natureza semelhante; e (3) é possível constatar propostas de limitação às convenções processuais semelhantes em autores de ambos os países.

**Palavras-chave:** Direito Processual Civil. Convenções processuais. Negócios processuais. Direito comparado. ~~Direito brasileiro~~. Direito estadunidense.

## ABSTRACT

Contract procedures have become more prominent within the Brazilian legal system since the advent of the Civil Procedure Code of 2015, which consolidated a privatist tendency observed not only in Brazil but also in other countries with legal systems of civil law tradition. In parallel, common law countries, therefore, of privatist tradition, have been heading towards publicism. In this regard, this study aims to compare contract procedures in the Brazilian and US legal systems, especially regarding the limitations that have been proposed to the institute in each country. In order to do so, we analyzed contract procedures in Brazil as well as in the United States, addressing the topic through its history to the present day, using commentators, legislation and case law. We identified that: (1) despite the tendency towards convergence between legal traditions, at least as far as procedural conventions are concerned, both countries are moving towards the privatism; (2) scholars favorable to contract procedures in both countries use arguments of distinct nature to support their theses, whereas scholars that view its expansion with skepticism make use of arguments of similar nature; (3) it is possible to find similar proposals to limit contract procedures in authors from both countries.

**Keywords:** Civil Procedure. Contract procedure. Procedure tailoring. Comparative law. Brazilian law. US law.

## LISTA DE SIGLAS

STF	Supremo Tribunal Federal
CRFB/1988	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CPC	Código de Processo Civil
CPC/1939	Código de Processo Civil de 1939
CPC/1973	Código de Processo Civil de 1973
CPC/2015	Código de Processo Civil de 2015
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
EUA	Estados Unidos da América
SCOTUS	Suprema Corte dos Estados Unidos da América
FRCP	Federal Rules of Civil Procedure



## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2 CONVENÇÕES PROCESSUAIS NO DIREITO BRASILEIRO .....</b>	<b>12</b>
2.1 CONVENÇÕES PROCESSUAIS: HISTÓRIA DOGMÁTICA DO CONCEITO ....	12
2.1.1 CONCEITO DE CONVENÇÃO PROCESSUAL .....	12
2.1.2 O APARECIMENTO DO CONCEITO NA HISTÓRIA DO DIREITO BRASILEIRO.....	15
2.1.3 CONVENÇÕES PROCESSUAIS E O DEBATE ENTRE PUBLICISMO E PRIVATISMO .....	19
2.1.4 AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS NA DOUTRINA BRASILEIRA.....	23
2.2 CONVENÇÕES PROCESSUAIS: DAS MANIFESTAÇÕES TÍPICAS À CLÁUSULA GERAL .....	25
<b>3 CONVENÇÕES PROCESSUAIS NO DIREITO ESTADUNIDENSE .....</b>	<b>32</b>
3.1 PROCESSO CIVIL ESTADUNIDENSE: APONTAMENTOS NECESSÁRIOS ....	32
3.2 CONVENÇÕES PROCESSUAIS NOS ESTADOS UNIDOS .....	33
3.2.1 DO DEBATE DOUTRINÁRIO DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS NOS ESTADOS UNIDOS .....	33
3.2.2 DAS FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE.....	37
3.2.3 DA REAÇÃO JURISPRUDENCIAL ÀS CONVENÇÕES PROCESSUAIS.....	38
<b>4 UMA COMPARAÇÃO ENTRE O DIREITO BRASILEIRO E O DIREITO DOS ESTADOS UNIDOS .....</b>	<b>41</b>
4.1 A TENDÊNCIA À CONVERGÊNCIA ENTRE AS TRADIÇÕES JURÍDICAS .....	41
4.2 AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS NO BRASIL E NOS EUA: UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA DOS SEUS LIMITES .....	44
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>54</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>57</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O advento do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) consolidou tendência do processo civil brasileiro em direção ao privatismo, dando destaque ao autorregramento da vontade no processo civil. Em especial, o novo Código ampliou as possibilidades de se convencionar a respeito do processo, prevendo mais formas típicas de negociações e criando uma cláusula geral de atipicidade em seu art. 190 do CPC/2015.

Essa mudança da forma de se encarar o processo civil, aliada à ascensão das convenções processuais no ordenamento jurídico brasileiro, fizeram com que o debate acerca dos seus limites viesse à tona. Com isso, parte da doutrina processualista brasileira passou a dedicar-se ao tema dos limites das convenções processuais.

Em paralelo, e de forma semelhante, as convenções processuais vêm ganhando espaço no debate jurídico estadunidense. Diferentemente do Brasil, em que tal debate foi impulsionado principalmente por mudança legislativa, nos Estados Unidos, a questão dos limites de se convencionar sobre o processo civil adveio de necessidade prática, haja visto que, nos últimos anos, contratos com cláusulas que alteram o procedimento do processo se tornaram cada vez mais frequentes.

Em vista desses fatores, o presente trabalho almeja comparar o instituto das convenções processuais no Brasil e nos Estados Unidos. Mais especificamente, parte-se da dúvida de como cada tradição jurídica tem tratado da questão das limitações às convenções processuais. Para saná-la, consideraram-se diferenças evidentes entre os dois países – como suas histórias, tradições e sistemas jurídicos.

Deste modo, estruturou-se a pesquisa da seguinte maneira: no próximo capítulo deste ensaio, que ostenta dois subcapítulos, analisam-se as convenções processuais no direito brasileiro. No primeiro subcapítulo, de olhar retrospectivo, discorrerá a respeito da história dogmática das convenções processuais; já no segundo subcapítulo, abordar-se-á as convenções processuais no direito brasileiro nos dias atuais.

Em seguida, no terceiro capítulo, será feito exame das convenções processuais nos Estados Unidos. Todavia, em um primeiro momento, será necessário tecer apontamentos referentes ao sistema jurídico e ao processo civil desse país, uma vez que são diferentes do já conhecido ordenamento brasileiro.

Assim, somente no segundo subcapítulo adentrar-se-á especificamente no tema das convenções processuais, utilizando-se, das leis, doutrina e decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos.

Chega-se, então, ao quarto capítulo, onde, em primeiro lugar, se comentará a respeito da tendência à convergência entre as tradições jurídicas do Brasil e dos Estados Unidos e, em segundo lugar, se comparará como cada ordenamento jurídico – e, em especial, a doutrina – tem tratado das limitações às convenções processuais. Por fim, no quinto e último capítulo, serão tecidas as considerações finais relativas ao estudo.

Logo, tem-se que a relevância desta pesquisa está em comparar e verificar as visões doutrinárias diferentes que ambos os países possuem quanto ao assunto das limitações de se convencionar acerca do processo civil.

## 2 CONVENÇÕES PROCESSUAIS NO DIREITO BRASILEIRO

A parte 2 do presente trabalho possui duas subdivisões. Na primeira, denominada de *Convenções processuais: histórica dogmática do conceito*, abordar-se-á o conceito de convenção processual, o aparecimento do instituto na história do direito brasileiro, as convenções processuais em meio ao debate entre publicismo e privatismo e, por fim, o instituto na doutrina brasileira.

Na segunda subdivisão, denominada de *Convenções processuais: das manifestações típicas à cláusula geral*, tratar-se-á das manifestações típicas de convenção processual presente no ordenamento brasileiro e da cláusula geral presente no art. 190 do CPC/2015.

### 2.1 CONVENÇÕES PROCESSUAIS: HISTÓRIA DOGMÁTICA DO CONCEITO

#### 2.1.1 Conceito de Convenção Processual

As convenções processuais são espécie do gênero negócios jurídicos processuais. Já o conceito de negócio jurídico processual entrelaça-se, evidentemente, com o conceito de negócio jurídico que, por sua vez, está intimamente ligado à teoria do fato jurídico. Portanto, para a devida compreensão do conceito de convenção processual, mostra-se imperioso desvendar, antes, o conceito de negócio jurídico e a teoria do fato jurídico.

Na Teoria Geral do Direito, os negócios jurídicos aparecem dentro de uma das subdivisões dos fatos jurídicos. A teoria dos fatos jurídicos diz que os fatos podem ser naturais, que é quando não incide norma jurídica sobre eles, ou jurídicos, que é justamente o contrário, isto é, quando o fato ocorre concretamente, consuma-se hipótese de incidência de determinada norma<sup>1</sup>. Para que esse fato jurídico se concretize, às vezes, é necessária uma ação humana; outras vezes, não.

Quando não há ação humana na composição do suporte fático do fato jurídico, se está diante de um fato jurídico em sentido estrito. Os fatos jurídicos em sentido estrito são, portanto, aqueles que adentram o mundo jurídico

---

<sup>1</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018, p. 45.

independentemente de ação humana. São também chamados de fatos da natureza, justamente por serem involuntários e sem participação humana<sup>2</sup>.

Por outro lado, quando a ação humana se faz necessária à concretização do fato jurídico, se está diante ou de atos-fatos, ou de atos jurídicos em sentido amplo. Os atos-fatos caracterizam-se por serem fatos jurídicos em que a vontade de praticá-los é irrelevante para o direito, ainda que produzidos por ação humana<sup>3</sup>. Complementarmente, compõem os atos jurídicos em sentido amplo os fatos jurídicos em que tanto a ação humana quanto a vontade de praticá-la são necessários<sup>4</sup>.

Quanto aos efeitos dos atos jurídicos em sentido amplo, tem-se que, em alguns casos, a vontade é elemento importante para a estrutura do ato; em outros não. Nas hipóteses em que não há relação entre a vontade e os efeitos decorrentes do ato, se está diante de atos jurídicos em sentido estrito<sup>5</sup>. Quando há essa relação, isto é, nas hipóteses em que o agente pode escolher o conteúdo eficaz, se está diante de negócios jurídicos<sup>6</sup>.

A sistemática da teoria dos fatos jurídicos pode ser, em grande parte, utilizada no campo do processo civil, ainda que se deva atentar às peculiaridades dessa área do direito<sup>7</sup>. Desse transplante, originam-se os: fatos jurídicos processuais *lato sensu*, fatos jurídicos processuais *stricto sensu*, atos-fatos processuais<sup>8</sup>, atos jurídicos

---

<sup>2</sup> MULLER, Julio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 27.

<sup>3</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Jurídicos Processuais. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017, p. 116; MITIDIERO, Daniel. Comentários ao Código de Processo Civil, II. São Paulo: Memória Jurídica, 2005, p. 14.

<sup>4</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Convenções Processuais. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018, p. 45.

<sup>5</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Jurídicos Processuais. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017, p. 120.

<sup>6</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. Teoria do fato jurídico: plano da existência. 18ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 188.

<sup>7</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Convenções Processuais. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018, p. 47.

<sup>8</sup> Existe debate na doutrina quanto à existência dos atos-fatos jurídicos. Antonio do Passo Cabral, por exemplo, mostra-se contrário, “trata-se de uma categoria doutrinária estranha, com nomenclatura confusa, e que parte de premissas, com a devida vênia, antiquadas. (...) O conceito de ato-fato confunde vontade e intenção”, em CABRAL, Antonio do Passo. Convenções Processuais. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018, p. 47-48. Pedro Henrique Nogueira, por outro lado, defende ser essencial a existência da categoria dos atos-fatos processuais, “certas figuras, como o recurso interposto pelo assistente simples na ausência de interposição de recurso pela parte, são satisfatoriamente explicadas a partir da noção de ato-fato jurídico processual”, em NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Jurídicos Processuais. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017, p. 117.

processuais *lato sensu*, atos jurídicos processuais *stricto sensu* e negócios jurídicos processuais.<sup>9</sup>

Portanto, negócio jurídico processual pode ser definido, em síntese, como *ato que produz ou pode produzir efeitos no processo escolhidos em função da vontade do sujeito que o pratica*<sup>10</sup>. Em outras palavras, são atos de vontade que têm o condão de constituir, modificar e extinguir situações processuais, ou alterar o procedimento<sup>11</sup>.

Fredie Didier Jr. define negócio processual como *fato jurídico voluntário, cujo suporte fático se confere ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento*<sup>12</sup>.

Mostra-se oportuno, aliás, neste momento, diferenciar, conforme o faz Antonio do Passo Cabral, os negócios jurídicos processuais das convenções processuais. Para o autor, compõem as convenções processuais somente os negócios jurídicos processuais plurilaterais<sup>13</sup>. Desse modo, tem-se que os negócios jurídicos unilaterais, tais como a desistência da execução ou de medidas executivas e a renúncia ao direito de recorrer, entre diversos outros negócios processuais unilaterais existentes no CPC/2015, não estariam abarcados no conceito de convenção processual.

O presente trabalho centra-se, portanto, na comparação das convenções processuais – entendidas, portanto, como negócios jurídicos processuais plurilaterais – nos ordenamentos jurídicos brasileiro e estadunidense, sem, contudo, ignorar os negócios processuais unilaterais, posto que são conceitos que andam juntos e são, inclusive, muitas vezes tratados pela doutrina e pela jurisprudência sem a devida distinção.

---

<sup>9</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018, p. 47.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 52.

<sup>11</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di Diritto Processuale*. Napoli: Jovene, 1965, p. 775; CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, vol. IV, 1930, p. 420 ss. In: CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018, p. 52.

<sup>12</sup> DIDIER JR., Fredie. *Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018, p. 25.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 54.

### 2.1.2 O Aparecimento do Conceito na História do Direito Brasileiro

Apesar de terem atraído a atenção de parte substancial da doutrina brasileira nos últimos anos, as figuras de caráter negocial que envolvem regras do processo civil não constituem inovação. A possibilidade de se convencionar a respeito do processo civil, segundo alguns doutrinadores, já estava presente no direito romano. Esses teóricos reconhecem o caráter negocial, por exemplo, da litiscontestação no direito romano<sup>14</sup>.

No que tange ao Brasil, tem-se que durante os séculos XVI e XIX, período em que o país era colônia de Portugal e que, portanto, vigoravam as Ordenações do reino português, não havia praticamente nenhum espaço para as partes estipularem livremente<sup>15</sup>.

Dentre esses espaços que havia, menciona-se, por exemplo, a possibilidade de as partes elegerem juiz – ou juízes – para julgar(em) a demanda, conforme prevê o Título XVI do Livro III das Ordenações Filipinas<sup>16</sup>. Outra hipótese era a de necessidade de se realizar prévia conciliação nos processos, prevista no Título XX do Livro III das Ordenações Filipinas.

Tal obrigação foi prevista também, posteriormente, na Constituição do Império do Brasil, de 1824, no seu art. 161, *verbis*: “*Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum.*”.

O Regulamento nº 737, promulgado ainda no Império, em 1850, considerado o primeiro Código Processual nacional<sup>17</sup>, previa diversos atos que, nos dias atuais, poderiam ser qualificados como negócios processuais, tais como: convenção para

---

<sup>14</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Jurídicos Processuais. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017. p. 139.

<sup>15</sup> Ibidem, p. 140.

<sup>16</sup> “TITULO XVI. Dos Juizes árbitros. Posto que as partes compromettam em algum Juiz, ou Juizes arbitros, e se obriguem no compromisso slar por sua determinação e sentença, e que della não possam apellar, nem agravar, e que o contrario fizer pague á outra parte certa pena, e ainda que no compromisso se diga, que paga a pena, ou não paga, fique sempre a sentença dos arbitros firme e valiosa; [...]”.

<sup>17</sup> SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. v. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

estipulação de foro, no art. 62<sup>18</sup>; e estipulação de escolha do procedimento sumário, no art. 245<sup>19</sup>.

Com o fim do Império e a instauração da República, em 1889, tem-se o surgimento da fase fragmentária do processo civil brasileiro, com Códigos estaduais<sup>20</sup>. Isso porque a Constituição Republicana de 1891, ao prestigiar a forma federativa e a dualidade da justiça, isto é, a da União e a dos Estados, criou também a dualidade de processos. Nesse sentido, foi atribuído tanto aos Estados federados quanto à União o poder de legislar sobre processo<sup>21</sup>.

A Bahia, em 1915, foi o primeiro Estado da federação a criar seu próprio código processual, o Código do Processo da Bahia<sup>22</sup>. Insta mencionar que o Código de Processo Civil e Commercial de São Paulo<sup>23</sup>, criado em 1930, previa os mesmos atos negociais já mencionados anteriormente, tal como a possibilidade de convenção para estipulação de foro, no art. 5º, caput e §§ 1º, 2º e 3º<sup>24</sup>.

A unificação do processo civil se deu somente em 1939, com a promulgação de um Código de Processo Civil nacional naquele mesmo ano<sup>25</sup>. O Código de Processo Civil de 1939 (CPC1939) previa figuras típicas negociais como:

<sup>18</sup> Artigo 62 do Regulamento nº 737 de 1850: “Art. 62. Todavia obrigando-se a parte expressamente no contrato a responder em logar certo, ahi será demandada, salvo si o autor preferir o fôro do domicilio.”

<sup>19</sup> Artigo 245 do Regulamento nº 737 de 1850: “Esta fórma de processo é extensiva a qualquer acção, si as partes assim convencionarem expressamente.”

<sup>20</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Jurídicos Processuais. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017. p. 141.

<sup>21</sup> DUTRA, Nancy. História da formação da Ciência do Direito Processual Civil no mundo e no Brasil. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1759, 25 abr. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11192>>. Acesso em: 19 maio 2019.

<sup>22</sup> Lei nº 1.121, de 21 de agosto de 1915. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/Ministros/47121\\_v2/pdf/47121\\_v2.pdf](http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/Ministros/47121_v2/pdf/47121_v2.pdf)

<sup>23</sup> Lei nº 2.421, de 14 de janeiro de 1930. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1930/lei-2421-14.01.1930.html>

<sup>24</sup> “Art. 5º - Nos contractos escriptos pôde-se especificar fôro onde sejam demandadas as respectivas obrigações. § 1º - O fôro designado no contracto, para se exercitarem e cumprirem os direitos e obrigações d'elle resultantes (Civil, art. 42), entende-se também eleito para as acções correspondentes. § 2º - A estipulação de fôro contractual obriga ao successor. § 3º - Todavia pôde o autor optar pelo fôro do domicilio do réu, salvo se, expressamente a beneficio deste, tiver sido estipulado o contractual.”

<sup>25</sup> Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939 (CPC/1939).



transação<sup>26</sup>, a desistência da demanda<sup>27</sup>, a revogação do recurso por substituição<sup>28</sup>, a suspensão da instância por convenção das partes<sup>29</sup>.

Outra interessante hipótese típica de negócio processual no CPC/1939 era o chamamento à autoria, em que qualquer uma das partes convocava um terceiro para substituí-lo em juízo<sup>30</sup>. A sucessão processual, nesse caso, dependeria tão somente da aceitação da provocação pelo terceiro, de forma que a outra parte era obrigada a aceitá-la<sup>31</sup>. Fredie Didier Jr. sintetiza o chamamento à autoria da seguinte forma:

O chamamento à autoria era espécie de intervenção de terceiro que existia à época. A parte chamava o terceiro que lhe havia transferido a coisa ou o direito real, que era objeto do processo; se esse terceiro-chamado aceitasse o chamamento, assumiria a causa, no lugar do chamante, para defender os interesses deste em juízo. O chamamento à autoria poderia redundar, então, em uma sucessão processual, com a troca de sujeitos do processo, transformando-se o terceiro em parte para a defesa dos interesses da parte que provocou a sua intervenção (art. 95, §1º, e art. 97, CPC/1939).<sup>32</sup>

O Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), em comparação ao CPC/1939 no que diz respeito às convenções processuais, ampliou as previsões de negócios típicos, sem, contudo, dispor quanto aos negócios processuais atípicos<sup>33</sup>.

Como exemplo de convenções típicas do CPC/1973, tem-se os acordos sobre o foro da demanda, o adiamento da audiência de instrução e julgamento, a fixação

<sup>26</sup> Art. 206 do CPC/1939: “Art. 206. A cessação da instância verificar-se-á por transação, ou desistência, homologada pelo juiz.”.

<sup>27</sup> Art. 206 do CPC/1939: “Art. 206. A cessação da instância verificar-se-á por transação, ou desistência, homologada pelo juiz.”.

<sup>28</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Jurídicos Processuais. Salvador Editora JusPODIVM, 2017. p. 141.

<sup>29</sup> Art. 197, inc. II, do CPC/1939: “Art. 197. Suspender-se-á a instância: I – por motivo de força maior; II – por convenção das partes; (...)”

<sup>30</sup> Art. 95 do CPC/1939: “Art. 95. Aquele que demandar ou contra quem se demandar acerca de coisa ou direito real, poderá chamar à autoria a pessoa de quem houve a coisa ou o direito real, afim de resguardar-se dos riscos da evicção.”.

<sup>31</sup> DIDIER JR., Fredie. Fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba, nº 2, 2015. p. 133.

<sup>32</sup> Ibidem, p.134.

<sup>33</sup> COUCEIRO, Julio Cesar da Silveira. Negócio jurídico processual: limites entre publicismo e privatismo. Revista Juris UniToledo, Araçatuba, SP, v. 02, n. 03, 2017. p. 110.

de prazos dilatatórios, a suspensão do processo, a distribuição do ônus da prova, a convenção de arbitragem, a transação judicial, entre outros<sup>34</sup>.

Não obstante as previsões expressas recém mencionadas, construiu-se entendimento, durante a vigência e à luz do CPC/1973, contrário a própria existência dos negócios processuais<sup>35</sup>. Cândido Rangel Dinamarco entendia que os atos processuais das partes, em razão da publicidade da relação jurídica processual, teriam o condão de estabelecer uma autorregulamentação formal<sup>36</sup>. Daniel Mitidiero, por sua vez, compreendia que a esfera de liberdade dos sujeitos processuais restringir-se-ia em exprimir a vontade em praticar, ou não, o ato, não havendo autonomia sobre a conformação dos efeitos. Alexandre Freitas Câmara também se manifestava de forma contrária à existência dos negócios jurídicos processuais.<sup>37</sup>

Por fim, é promulgado, em 2015, novo e atual Código de Processo Civil (CPC/2015)<sup>38</sup>. No que diz respeito às convenções processuais, o CPC/2015 distanciou-se do CPC/1973 de duas formas: primeiro, porque passou a prever maior gama de negócios processuais típicos<sup>39</sup>; segundo, porque incluiu, no art. 190<sup>40</sup>, dispositivo denominado pela doutrina de cláusula geral (negócios jurídicos processuais atípicos)<sup>41</sup>.

São exemplos de convenções processuais típicas que surgiram a partir da promulgação do CPC/2015: a fixação de calendário processual (art. 191); o

<sup>34</sup> Ibidem, p. 110; REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo: Dialética, n. 149, 2015, p. 3; PAULA, J. L. M. de; NEITZKE, H. C. Convenções sobre matéria processual: um novo tempo para o processo civil. Revista Ciências Jurídicas e Sociais UNIPAR, Umuarama, v. 19, n. 2, 2016. p. 209.

<sup>35</sup> REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo: Dialética, n. 149, 2015, p. 3.

<sup>36</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 2, p. 484-485

<sup>37</sup> CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 1, p. 274.

<sup>38</sup> Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, com *vacatio legis* de 1 ano.

<sup>39</sup> Os seguintes dispositivos do CPC/2015, dentre outros, contêm negócios jurídicos processuais: art. 63; art. 168; art. 191; art. 313, II; art. 357, § 2.º; art. 362, I; art. 373, §§ 3.º e 4.º; art. 471.

<sup>40</sup> Art. 190 do CPC/2015: "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."

<sup>41</sup> A doutrina adotou o termo cláusula geral, ao se referir ao art. 190 do CPC/2015. Exemplos: CABRAL, Antonio do Passo. Convenções Processuais. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018. p. 141; NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Jurídicos Processuais. Salvador Editora JusPODIVM, 2017. p. 226-227; VER MAIS GENTE

saneamento cooperativo, em que as partes convencionam delimitando as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória e de direito relevantes para decisão do mérito (art. 357, § 2º)<sup>42</sup>; a escolha conjunta de mediador ou conciliador (art. 168) e de perito (art. 447) e a distribuição consensual do ônus da prova (art. 373, §§ 3º e 4º).

Em suma, o CPC/2015 deu às partes maiores poderes para conduzir o processo e, com isso, o tema passou a atrair os olhares de significativa parte da doutrina, que passou a debruçar-se com maior afinco a respeito do tema, conforme se verá no ponto seguinte.

### **2.1.3 Convenções Processuais e o Debate entre Publicismo e Privatismo**

O debate que existe há séculos no processo civil entre publicismo e privatismo impacta a forma como se enxerga o direito e, conseqüentemente, como se encara o Processo Civil e os seus mais variados institutos. Um dos mais suscetíveis a esse debate é o dos negócios processuais, pois diz respeito autorregramento da vontade no processo civil. Segundo Antonio do Passo Cabral, “(...) o tema das convenções processuais coloca-se no centro do debate entre publicismo e privatismo porque reflete a tensão entre o processo e a vontade privada dos indivíduos”<sup>43</sup>.

O papel da autonomia da vontade das partes oscilou ao longo do tempo no processo<sup>44</sup>. A forma como as partes e o juiz se relacionam, assim como o grau de intervenção estatal no processo, são assuntos que estão intimamente conectados ao debate entre publicismo e privatismo no processo civil.

A presente monografia ater-se-á ao debate a partir de século XIX, momento em que ganha mais envergadura, em razão da cientificidade e autonomia que o direito processual passa então a ter, e ao contexto europeu e brasileiro.

Foi durante o século XIX que os ideias do liberalismo atingiram o seu ápice na Europa. Tal corrente influenciou o direito e, mais especificamente, o processo civil, impactando fortemente na maneira pela qual o processo era estruturado. Nessa

<sup>42</sup> Quanto a esse dispositivo, a doutrina debate se, de fato, poderia ser qualificado como negócio jurídico processual, já que o § 2º do art. 357 diz que a convenção deve ser homologada pelo juiz.

<sup>43</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018, p. 115-116.

<sup>44</sup> MULLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 45.

época, o procedimento e a instrução da lide eram encaradas como incumbência das partes<sup>45</sup>. Segundo Barbosa Moreira, o processo era visto como “coisa das partes”<sup>46</sup>.

Todavia, na segunda metade desse mesmo século, autores como Oskar von Bülow e Franz Klein passaram a desafiar o paradigma liberal e privatista do processo. Bülow enxergava o processo como uma relação jurídica de direito público, de forma que, em regra, não seria possível dispor sobre elas. Nas palavras de Julio Guilherme Muller:

A autonomia da vontade não poderia sobrepor-se às regras que regulavam uma relação de direito público. A normal tensão entre os interesses privados e interesses públicos no campo processual, portanto, acabou resultando no reconhecimento do caráter cogente e imperativo das regras processuais. Admitia-se convenção processual a respeito de situações processuais, nesse raciocínio, somente naqueles casos específicos em que a lei expressamente assim permitia. A natureza pública e cogente das normas processuais era a regra; a disponibilidade, a exceção. Assim, parte da base da ideologia publicista encontrou na obra de Bülow seu embrião.<sup>47</sup>

A tese de Bülow era de que a relação jurídica processual seria pública, vez que englobava o Estado-juiz, razão pela qual distinguia-se do direito material<sup>48</sup>. Suas ideias, com forte viés publicista do direito processual civil, espalharam-se rapidamente pela Europa. Aliado aos escritos de Bülow, viu-se, no decorrer do final do século XIX e todo o século XX, o declínio do liberalismo tanto em seu sentido econômico quanto político na Europa. No lugar da concepção do Estado não intervencionista, ganhou relevância o modelo socialista<sup>49</sup>, que pregava que o Estado deveria assegurar uma maior igualdade entre as pessoas.

Os ideais do socialismo influenciaram também o direito e o processo civil. Em 1895, surgiu o Código de Processo Civil da Áustria, que representou um marco na

---

<sup>45</sup> Ibidem, p. 51.

<sup>46</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. O processo, as partes e a sociedade. Temas de direito processual. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 33.

<sup>47</sup> MULLER, Julio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 52.

<sup>48</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Convenções Processuais. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018, p. 109.

<sup>49</sup> Posteriormente, o modelo fascista, que assim como o socialista, prevê um Estado intervencionista, também ganhou força na Europa, conforme aponta Leonardo Greco, em Publicismo e privatismo no processo civil. Revista de Processo, n. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 31.

guinada em direção ao publicismo no que se refere ao processo civil<sup>50</sup>. O Código foi elaborado pelo então Ministro da Justiça da Áustria, Franz Klein, inspirado nos ensinamentos de Anton Menger, jurista e teórico socialista. Nele, previa-se ampla intervenção do Estado-juiz na condução do processo, que deixou de ser “coisa das partes”<sup>51</sup>, para tornar-se instrumento de interesse público. O juiz passou a poder, a título de exemplo, requerer produção de provas de ofício<sup>52</sup>, algo totalmente contrário aos modelos privatistas e liberais.

Esse modelo publicista, com viés social, influenciou diversos juristas, principalmente da Europa Continental, como os italianos Chiovenda, Calamandrei e Carnelutti são alguns exemplos<sup>53</sup>. Esses juristas, por sua vez, influenciaram os processualistas brasileiros e, conseqüentemente, os Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973, de modo que ambos contêm viés publicista. Segundo Luiz Fux e Rodrigo Fux, *no Brasil, a evolução cultural e ideológica da teoria processual relacionou-se não só com a influência doutrinária europeia, bem como com a trajetória política do século XX, resultado em um processo de codificação reconhecidamente publicista do Código de Processo Civil de 1939*<sup>54</sup>.

Esse caráter publicista dos Códigos de Processo Civil brasileiros durante o século XX se traduziu em uma concentração de poderes nas mãos dos magistrados, que passaram a ter postura mais ativa e protagonista<sup>55</sup>. Isso é visível na Exposição de Motivos do CPC/1939, que diz:

O primeiro traço de relevo na reforma do processo haveria, pois, de ser a função que se atribue ao juiz. A direção do processo deve caber ao juiz; e este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira, que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. Daí a largueza com que lhe são

<sup>50</sup> GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. Revista de Processo, n. 164. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 31.

<sup>51</sup> Termo cunhado por José Carlos Barbosa Moreira, em BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O processo, as partes e a sociedade. Temas de direito processual. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 33.

<sup>52</sup> MULLER, Julio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 52.

<sup>53</sup> Ibidem, p. 53.

<sup>54</sup> FUX, Luiz; FUX, Rodrigo. O novo Código de Processo Civil à luz das lições de José Carlos Barbosa Moreira, um gênio para todos os tempos. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ, v. 20, n. 1, 2018, p. 24.

<sup>55</sup> CASTRO, Daniel Penteado de. Poderes instrutórios do juiz no processo civil. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 95.

conferidos poderes, que o processo antigo, cingido pelo rigor de princípios privatísticos, hesitava em lhe reconhecer. Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quanto for necessário ao conhecimento da verdade.<sup>56</sup>

Todavia, o publicismo do início do século XX não era imune a críticas. O doutrinador espanhol Juan Montero Aroca argumentava que a ideia de que o aumento dos poderes do juiz propiciaria melhores condições para que fosse feita justiça era autoritária e respaldava sistemas fascistas<sup>57</sup>. De acordo com Julio Guilherme Muller, após a 2ª Guerra Mundial, o publicismo *veio se reconfigurando e mudando a forma de se apresentar. Mais recentemente, o discurso da maior intervenção estatal dá lugar ao do constitucionalismo, dos direitos humanos (e a dignidade da pessoa humana), dos direitos fundamentais e do garantismo*<sup>58</sup>.

A respeito da mudança das ideias publicistas no Brasil, Cândido Rangel Dinamarco escreveu que *a publicização do direito processual é, pois, forte tendência metodológica da atualidade, alimentada pelo constitucionalismo que se implantou a fundo entre os processualistas contemporâneos*<sup>59</sup>. Antonio do Passo Cabral argumenta que o publicismo foi levado ao limite do exagero no Brasil, lançando mão do termo *hiperpublicismo*.

Por fim, após o privatismo acentuado até o século XIX e do viés publicista dominante até o final do século XX, alguns doutrinadores passaram a falar em um sistema processual mais balanceado, com a redução – e não eliminação – dos poderes do juiz em razão da atuação legítima das partes, sem que signifique um retorno ao privatismo<sup>60</sup>. O CPC/2015 parece beber dessa nova ideologia.

---

<sup>56</sup> Exposição de Motivos do CPC/1939, disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>

<sup>57</sup> Juan Montero Aroca apud Julio Guilherme Muller, em *El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria*. In: AROCA, Juan Montero (coord.). *Proceso civil e ideologia: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valência: Tirant Lo Blanch, 2006, p. 139.

<sup>58</sup> MULLER, Julio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 52.

<sup>59</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, p. 65.

<sup>60</sup> “A interpretação sistemática do Novo Código de Processo Civil parece conduzir à conclusão de que o legislador buscou sintonia fina entre “Privatismo” e “Publicismo”. FUX, Luiz; FUX, Rodrigo. *O novo Código de Processo Civil à luz das lições de José Carlos Barbosa Moreira, um gênio para todos os*

#### 2.1.4 As Convenções Processuais na Doutrina Brasileira

A temática das convenções processuais praticamente não foi objeto dos doutrinadores do processo civil brasileiro durante o século XX<sup>61</sup>, em que pese a existência de múltiplos negócios processuais típicos entalhados no CPC/1939 e no CPC/1973, consoante já exposto anteriormente. Ao comentarem a respeito dos referidos dispositivos, diversos comentaristas nada dissertaram quanto aos negócios processuais.

Todavia, ainda que não tenha sido objeto de grande debate entre a doutrina, ao longo do século XX, começaram a surgir visões distintas a respeito dos negócios processuais. Parte da doutrina posicionou-se de forma favorável à existência dos negócios processuais, enquanto outra parte posicionou-se contrariamente.

De forma contrária à existência dos negócios processuais, destacam-se Cândido Rangel Dinamarco e Alexandre Câmara. Ambos defendiam, em síntese, que os sujeitos processuais, em razão da publicidade da relação jurídica processual, não poderiam estabelecer autorregulamentação formal. Complementarmente, Pontes de Miranda trabalhava quase que exclusivamente com o conceito de ato jurídico em sentido estrito, negando a figura dos negócios, ainda que reconhecesse algumas figuras negociais, como o *pactum de non petendo* e a desistência da ação e do recurso.

De forma favorável aos negócios jurídicos, destacam-se Machado Guimarães, que, ao se referir ao CPC/1939, reconhecia como negócio processual os atos de vontade emitidos pelas partes que produzissem efeitos por elas almejados; e Lopes da Costa<sup>62</sup>, que possuía visão similar à de Machado Guimarães quanto à definição de negócio jurídico, isto é, qualificando-o como aquele em que as partes conseguem moldar os efeitos.

---

tempos. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ, v. 20, n. 1, 2018, p. 24.

<sup>61</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Convenções Processuais. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018. p. 141.

<sup>62</sup> COSTA, Lopes da. Manual Elementar de Direito Processual Civil. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 126.

Calmon de Passos possuía posição intermediária. Para ele, os negócios processuais seriam admissíveis, todavia, o autor impunha a necessidade de homologação do juiz para que o acordo produzisse efeitos<sup>63</sup>.

Antonio do Passo Cabral faz espécie de mapeamento, desde os anos 2000, do surgimento de um debate mais intenso e profundo a respeito do tema dos negócios processuais, concluindo que:

De fato, um divisor de águas nesta temática foi a renomada tese de Paula Costa e Silva sobre a vontade nos atos processuais, publicada em 2003 (...). Em 2007, Leonardo Greco apresentou importante estudo sobre atos de disposição, listando um rol não exaustivo com mais de cinquenta atos negociais das partes (...). Nessa mesma época, Fredie Didier Jr. instituiu grupo de pesquisa na Universidade Federal da Bahia sobre os negócios jurídicos processuais (...). Mas parece ter sido sobretudo pela divulgação, no Brasil, dos estudos de Loic Cadiet, que o tema voltou à ordem do dia com toda a força (...). E foi, de fato, a partir de meados da década passada, que começamos a visualizar uma clara tendência, na literatura brasileira, a favor da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais (...). Cresceram o número de teses e dissertações de mestrado defendidas especificamente a respeito do tema (...). Essa evolução teórica desenvolveu as bases científicas que impactaram a tramitação do CPC/2015.<sup>64</sup>

Com o advento do CPC/2015, o tema passou a atrair ainda mais os olhares de parcela significativa da doutrina brasileira, principalmente em razão dos arts. 190 e 200 do diploma legal. Novamente, se um lado da doutrina aclamou os novos dispositivos, como Antonio do Passo Cabral, Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Nogueira; do outro, houve críticas, a exemplo de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero.

Antonio do Passo Cabral enxerga com bons olhos a tendência da literatura brasileira, nas duas últimas décadas, de se posicionar a favor da admissibilidade dos negócios jurídicos processuais<sup>65</sup>. Fredie Didier Jr. defende que, com o CPC/2015, posicionar-se contrariamente à existência dos negócios processuais seria *contra*

---

<sup>63</sup> CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 69-70.

<sup>64</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Convenções Processuais. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018. p. 145-147.

<sup>65</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Convenções Processuais. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018. p. 146.



*legem*<sup>66</sup>. Pedro Henrique Nogueira entende que a cláusula geral e os novos negócios jurídicos típicos advindos do CPC/2015 representam *extraordinário avanço, no direito brasileiro, para a expansão das possibilidades de negociação sobre o processo*<sup>67</sup>.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arehart e Daniel Mitidiero, por outro lado, veem com preocupação o que chamam de contratualização do procedimento no CPC/2015. Entendem os autores que o CPC/2015 ampliou consideravelmente as hipóteses de acordos processuais, *autorizando às partes praticamente a dispor de todo o procedimento previsto em lei*<sup>68</sup>.

Tais dilemas não só serão abordados nos tópicos seguintes, como serão também objeto de comparação em relação ao direito estadunidense.

## 2.2 CONVENÇÕES PROCESSUAIS: DAS MANIFESTAÇÕES TÍPICAS À CLÁUSULA GERAL

No que tange aos negócios processuais, o CPC/2015 inovou de duas formas: a primeira diz respeito aos novos negócios processuais típicos que o legislador inseriu ao longo do código, ampliando as possibilidades autocomposição; a segunda é referente à cláusula geral de atipicidade dos negócios processuais, inserida no caput do art. 190 pelo legislador, permitindo com que, respeitados certos limites, as partes possam convencionar livremente.

Consoante já mencionado anteriormente, negócios processuais típicos existem no ordenamento jurídico brasileiro pelo menos desde as Ordenações Filipinas<sup>69</sup>, e não foi diferente com o CPC/1973, que possuía quantidade considerável de negócios jurídicos típicos, tais como: a desistência da ação antes da citação do réu (art. 267, VIII do CPC/1973), reconhecimento da procedência do pedido (art. 269, II do CPC/1973), renúncia à pretensão (art. 269, V do CPC/1973), escolha do juízo da execução (art. 475-P do CPC/1973), desistência do recurso (art. 501 do CPC/1973), renúncia ao direito de recorrer (art. 502 do CPC/1973),

<sup>66</sup> DIDIER JR., Fredie. Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018, p. 25.

<sup>67</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique. Negócios Jurídicos Processuais. Salvador Editora JusPODIVM, 2017. p. 141.

<sup>68</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil. v. 1. 2ª ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 527.

<sup>69</sup> Conforme demonstrado na p. 16 deste trabalho.

desistência da execução ou de medidas executivas (art. 569 do CPC/1973), opção do exequente pelas perdas e danos na execução de obrigação de fazer (art. 633 do CPC/1973), opção do exequente por substituir a arrematação pela alienação via internet (art. 689-A do CPC/1973), opção do executado pelo pagamento parcelado (art. 745-A do CPC/1973).

O CPC/2015, como dito, expandiu a lista de negócios processuais típicos. São exemplos de convenções processuais típicas que surgiram a partir da promulgação do CPC/2015: a fixação de calendário processual (art. 191); o saneamento cooperativo, em que as partes convencionam delimitando as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória e de direito relevantes para decisão do mérito (art. 357, § 2º)<sup>70</sup>; a escolha conjunta de mediador ou conciliador (art. 168) e de perito (art. 447) e a distribuição consensual do ônus da prova (art. 373, §§ 3º e 4º).

Dessas, a que ganhou maior notoriedade foi a convenção processual típica prevista no art. 191 do CPC/2015, que permitiu às partes fixarem calendário para a prática dos atos processuais. O dispositivo diz também, nos parágrafos primeiro e segundo, respectivamente, que o calendário vincula as partes e o juiz, e que no caso de calendário processual, dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido previstas no mencionado calendário<sup>71</sup>. A possibilidade da calendarização processual ganhou importância pois tem condão de auxiliar o combate à morosidade comum aos atos do Judiciário tais como intimação.

Todavia, a maior inovação do CPC/2015, e que deu ao sistema processual civil brasileiro característica bastante peculiar, é a da convivência entre negócios processuais típicos e atípicos.

A cláusula geral de convenção processual inserida pelo legislador no CPC/2015 encontra-se no art. 190 do diploma, do qual se extrai o princípio da atipicidade da negociação processual<sup>72</sup>, e tem a seguinte redação:

---

<sup>70</sup> Quanto a esse dispositivo, a doutrina debate se, de fato, poderia ser qualificado como negócio jurídico processual, já que o § 2º do art. 357 diz que a convenção deve ser homologada pelo juiz.

<sup>71</sup> Art. 191 do CPC/2015: “Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. § 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. § 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.”

<sup>72</sup> DIDIER JR., Fredie. Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018, p. 25.

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.

Embora o legislador tenha optado por usar o termo “convencionar”, a doutrina entende que a atipicidade não está só limitada às convenções processuais<sup>73</sup> – que, lembre-se, são negócios jurídicos processuais plurilaterais, abarcando quaisquer tipos de negócios jurídicos processuais, sejam unilaterais, sejam bilaterais.

Nesse sentido, a doutrina divide os negócios processuais em dois grupos, conforme o objeto do negócio. As convenções processuais – típicas ou não – podem como objeto: (1) as situações jurídicas processuais, como ônus, faculdades, deveres e poderes; ou (2) o ato processual, redefinindo-o<sup>74</sup>. De forma semelhante, a doutrina germânica classifica os acordos processuais em dois grupos: “acordos de obrigação” e “acordos de disposição”<sup>75</sup>.

As convenções processuais de obrigação seriam aquelas que têm como objeto as situações jurídicas processuais, isto é, não alteram o procedimento, mas criam uma obrigação – e daí vem seu nome – de fazer ou não fazer para uma das partes, ou para ambas. Nesses acordos, se cria, modifica, ou extingue obrigação de comportar-se de determinada forma no processo. São exemplos de acordos de obrigação o *pactum de non petendo* e a renúncia convencional ao processo.

Os negócios processuais de disposição, por sua vez, seriam aqueles que têm como objeto o ato processual, isto é, são negócios que modificam as regras procedimentais. Ou seja, havendo a convenção modificando procedimento, não incide o procedimento previsto na lei. São, portanto, convenções para a derrogação da norma. São exemplos de acordos de disposição a prorrogação da competência e os acordos sobre ônus da prova.

---

<sup>73</sup> Ibidem, p. 25.

<sup>74</sup> Ibidem, p. 30.

<sup>75</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018. p. 79.

Essa divisão dos negócios processuais em dois grupos é perceptível na definição de negócio jurídico processual de muitos autores. Fredie Didier Jr., por exemplo, define negócio processual como *fato jurídico voluntário, cujo suporte fático se confere ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento*<sup>76</sup>. É, também, o que diz o próprio caput do art. 190, ao estabelecer que as partes possam *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*.

Embora o caput do art. 190 mencione apenas “as partes”, parte da doutrina entende que as negociações processuais também podem envolver o juiz<sup>77</sup>. Fredie Didier Jr., defende que não há razões para que se impeça a participação do órgão jurisdicional em acordos processuais, e elenca alguns motivos: (1) a figura já existiria no ordenamento, (2) não haveria prejuízo e (3) o poder de negociar sem a participação do juiz seria maior do que o poder de negociar com a participação do juiz<sup>78</sup>. Outros, como Antonio do Passo Cabral, entende que o juiz não faria parte da relação jurídica. Para o autor, os acordos processuais são firmados por sujeitos que tomam parte a favor de interesse, e não pelo Estado-juiz, que deve atuar de forma imparcial<sup>79</sup>. Aliado a isso, Cabral diz que como não há liberdade para o juiz nos termos em que se observa para as partes, o magistrado não pode ser considerado parte nas convenções processuais<sup>80</sup>.

Evidente que, em decorrência da ampliação do escopo das convenções processuais, ascendeu, em concomitância, o debate a respeito dos seus limites.

Quanto ao objeto do negócio jurídico processual, tem-se, no direito privado, a licitude do objeto como um dos requisitos de validade do negócio jurídico<sup>81</sup>. Nesse sentido, costuma-se fazer um paralelo entre a licitude do objeto e sua

---

<sup>76</sup> DIDIER JR., Fredie. Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018, p. 25.

<sup>77</sup> YARSHELL, Flávio Luiz. “Convenções das partes podem em matéria processual: rumo a uma nova era?” In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA; Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Salvador: Editora JusPODIVUM, 2015, p. 67.

<sup>78</sup> DIDIER JR., Fredie. Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018, p. 32.

<sup>79</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Convenções Processuais. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018. p. 252.

<sup>80</sup> Ibidem, p. 254.

<sup>81</sup> Art. 104 do Código Civil brasileiro de 2002.

disponibilidade, isto é, se o objeto é disponível, seria também lícito<sup>82</sup>. O conceito de “disponibilidade” é, por si só, objeto de profundo debate na doutrina e na jurisprudência. Critérios como impossibilidade de limitação, alienabilidade, exclusividade de disposição pelo titular, interesse público e renunciabilidade emergiram na busca de se tentar definir o conceito de *disponibilidade*<sup>83</sup>.

Complementarmente, alguns autores têm a opinião de que a indisponibilidade do direito material implicaria inadmissão da convenção processual. Ou seja, se o litígio tivesse como objeto direito material indisponível, não haveria que se falar em convenção processual. Para Antonio do Passo Cabral, o debate em torno do conceito de disponibilidade seria irrelevante para o tema dos negócios processuais, pois o art. 190 do CPC/2015 não utiliza o termo “disponível”, mas sim “que admitam autocomposição”<sup>84</sup>. O autor também afirma que ordem pública, bons costumes, interesse público e espécie de norma não são parâmetros seguros para o controle de licitude do objeto dos acordos processuais<sup>85</sup>. No lugar desses, Cabral menciona reserva de lei<sup>86</sup>, boa fé e cooperação<sup>87</sup>, igualdade e equilíbrio de poder nas convenções<sup>88</sup> e vedação da transferência de externalidades<sup>89</sup> como critérios para o controle de licitude dos acordos processuais<sup>90</sup>.

Aliado a esses critérios gerais, Antonio do Passo Cabral propõe limites específicos para as convenções processuais atípicas, em razão das suas peculiaridades<sup>91</sup>. O autor sugere limitações internas e externas à autonomia da vontade, propondo método que se subdivide em três etapas: (1) identificação das

---

<sup>82</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018. p. 337.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 337.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 360.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 360.

<sup>86</sup> Nos termos do autor, *são hipóteses em que o ordenamento estabelece reserva de lei para a norma processual*, ex.: criar recurso não previsto em lei ou alterar o cabimento dos recursos. Cabral, todavia, defende que as partes possam estabelecer por convenção título executivo, isto é, inserir nos contratos cláusula executiva. *Ibidem*, p. 361.

<sup>87</sup> Acordos firmados com simulação, dolo, com intuito de ludibriar terceiros, com intuito de obter resultados não permitidos pela lei, com finalidade protelatória deveriam ser anulados. *Ibidem*, p. 360

<sup>88</sup> Em síntese, Cabral defende que a isonomia entre as partes da convenção deve um limite genérico para a validade das convenções processuais. *Ibidem*, p. 363.

<sup>89</sup> Não se pode permitir que as convenções gerem externalidades negativas, transferindo ao poder judiciário ou a terceiros prejuízos. *Ibidem*, p. 375.

<sup>90</sup> *Ibidem*, p. 361-378.

<sup>91</sup> Ainda que sejam controles específicos, Cabral defende que os controles gerais são aplicáveis aos negócios atípicos, e, da mesma forma, os controles específicos podem ser aplicados nos negócios típicos. *Ibidem*, p. 382.

garantias processuais afetadas pela convenção<sup>92</sup>, (2) parâmetros das convenções típicas e os “índices de tipos”<sup>93</sup> e (3) proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais processuais<sup>94</sup>.

Já Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero não diferem os critérios para controle de licitude do objeto a partir com a tipicidade ou atipicidade da convenção, mas os difere a partir dos efeitos que a convenção gera para a atividade jurisdicional. Os autores subdividem os acordos processuais em dois: aqueles que afetam preponderantemente os interesses das partes e aqueles que afetam a atividade jurisdicional, defendendo que os deveres da jurisdição e o espaço de convencionalidade são inversamente proporcionais, isto é, quanto mais deveres o acordo impõe à jurisdição, menor é o espaço de se convencionar<sup>95</sup>.

Fredie Didier Jr.<sup>96</sup>, ao falar a respeito dos requisitos de validade dos negócios processuais, afirma que para serem válidos, devem: (1) ser firmados por pessoas capazes<sup>97</sup>, (2) possuir objeto lícito<sup>98</sup> e (3) observar forma prevista ou não proibida em lei<sup>99</sup>.

Por fim, em relação à eficácia, tem-se que independe de homologação judicial, em virtude do art. 200 do CPC/2015<sup>100</sup>, salvo se assim exigir a lei. Quando a lei impuser tal necessidade, tal como no caso do saneamento cooperativo, em que

---

<sup>92</sup> Dever-se-ia, nesta etapa, identificar os direitos fundamentais envolvidos na convenção processual. *Ibidem*, p. 381.

<sup>93</sup> Consistiria na utilização dos parâmetros de convenções processuais típicas nos acordos atípicos. Se um negócio atípico puder ser enquadrado em um grupo convencional que inclua um negócio típico, atrairia os parâmetros do acordo previsto em lei. *Ibidem*, p. 382.

<sup>94</sup> Aqui, o juiz deveria constatar se a convenção atinge o núcleo essencial do direito fundamental identificado na etapa 1. *Ibidem*, p. 384.

<sup>95</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil. v. 1. 2ª ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 531.

<sup>96</sup> DIDIER JR., Fredie. Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018, p. 34.

<sup>97</sup> Para Didier, exige-se capacidade processual negocial. É uma espécie do gênero capacidade processual. A capacidade processual negocial pode ser violada sem que a capacidade processual seja. Por ex.: um consumidor é um capaz processual e possivelmente um incapaz processual negocial. *Ibidem*, p. 34.

<sup>98</sup> O autor elenca algumas diretrizes, que diz serem não exaustivas: *in dubio pro libertate*; negociação atípica somente pode ser realizada em litígios que admitam autocomposição; aplicação do que se sabe de licitude do negócio jurídico ao negócio processual; sempre que a lei regular expressamente um negócio processual delimitará também seus contornos; sempre que a matéria for de reserva legal, a negociação em torno dela é ilícita; não se admite negócio processual que tenha por objeto afastar regra processual que sirva à proteção de direito indisponível; em contratos de adesão o negócio processual não pode ser abusivo. *Ibidem*, p. 37.

<sup>99</sup> Em regra, a forma é livre, mas existe exceções, como cláusula de foro de eleição e convenção de arbitragem, que exigem forma escrita. *Ibidem*, p. 39.

<sup>100</sup> Art. 200 do CPC/2015: “Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.”

as partes convencionam delimitando as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória e de direito relevantes para decisão do mérito (art. 357, § 2º), a homologação incidirá no plano da eficácia, e não da validade<sup>101</sup>.

---

<sup>101</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018. p. 260.

### 3 CONVENÇÕES PROCESSUAIS NO DIREITO ESTADUNIDENSE

A parte 3 do presente trabalho possui duas subdivisões. Na primeira, denominada *Do processo civil estadunidense: apontamentos necessários*, discorrer-se-á a respeito de tópicos referentes ao direito processual civil estadunidense que julgo serem essenciais à análise das convenções processuais no sistema jurídico do país.

A segunda subdivisão, denominada de *Convenções processuais nos Estados Unidos*, analisar-se-á as convenções processuais nos Estados Unidos a partir de três enfoques: doutrina, leis e decisões da Suprema Corte.

#### 3.1 PROCESSO CIVIL ESTADUNIDENSE: APONTAMENTOS NECESSÁRIOS

Antes de discorrer acerca dos negócios processuais no ordenamento jurídico estadunidense em si, mostra-se imprescindível, para melhor compreensão do instituto, abordar certos aspectos do processo civil no país, ante sua diferença abismal em relação ao processo civil brasileiro.

Diferentemente do Brasil, onde desde antes mesmo da sua independência o país contou com leis que dispunham acerca do processo civil, o processo civil estadunidense, ao longo de sua história, se caracterizou por ser *ad hoc*, baseado na tradição *common law*<sup>102</sup>.

Esse cenário só mudou de forma significativa na década de 30 no século XX, quando a Suprema Corte criou um comitê que redigiu as Federal Rules of Civil Procedure (em tradução própria: Leis Federais de Processo Civil), aplicáveis somente às cortes federais estadunidenses<sup>103</sup>.

Nesse sentido, surge outra grande diferença entre os dois ordenamentos. No direito estadunidense, direito processual civil é *matter of state*, isto é, cada estado da federação tem autonomia para formular suas próprias regras processuais<sup>104</sup>. Naturalmente, as variações entre o direito processual civil de cada estado não

---

<sup>102</sup>

<sup>103</sup> Ver em “*historical note*” mais a respeito do momento em que as FRCP surgiram. Disponível em: [https://www.uscourts.gov/sites/default/files/civil-rules-procedure-dec2017\\_0.pdf](https://www.uscourts.gov/sites/default/files/civil-rules-procedure-dec2017_0.pdf)

<sup>104</sup> TOBIAS, Carl. The Past and the Future of the Federal Rules in State Courts. In: Nevada Law Journal, Las Vegas/Nevada, v. 3, 2003, p. 403.



agradavam os advogados, que passaram a pressionar os estados em uma de uma unificação<sup>105</sup>.

Por isso, no decorrer do séc. XX houve pressão para que os estados adotassem sistema semelhante ao federal. A ideia era evitar que cada estado tivesse um processo civil completamente diferente do outro. Até 1983, mais da metade dos estados americanos, através das supremas cortes estaduais – sim, por decisão do judiciário estadual, e não do legislativo estadual –, passaram a adotar, ao menos em parte, os procedimentos previstos no FRCP<sup>106</sup>.

A Califórnia, Nova Iorque e Illinois são exemplos de estados que optaram por não adotar as normas do FRCP<sup>107</sup>. Nesses estados, as leis de processo civil não advêm da suprema corte estadual, mas de códigos promulgados pelos legisladores do estado. Isso porque há um debate nos Estados Unidos a respeito da competência de normatizar o processo civil. Alguns defendem que os estados, por serem democracias representativas, deveriam incumbir aos legisladores esse papel. É o caso da Califórnia, Nova Iorque e Illinois. Outros defendem que o processo civil é função judicial reservada ao judiciário, e que a pretensão do legislativo de usurpar do judiciário essa tarefa representaria violação da separação entre os poderes.

Por essa razão, o presente trabalho analisará os negócios processuais no âmbito federal estadunidense, excluindo-se, portanto, a análise do instituto nas cortes estaduais dos EUA. Destarte, a jurisprudência da Suprema Corte, as Federal Rules of Civil Procedure e a doutrina serão as fontes desta monografia.

## 3.2 CONVENÇÕES PROCESSUAIS NOS ESTADOS UNIDOS

### 3.2.1 Do Debate Doutrinário das Convenções Processuais nos Estados Unidos

A doutrina estadunidense, por muito tempo, deixou de abordar o tema das convenções processuais em si<sup>108</sup>. Os comentaristas e a jurisprudência da Suprema

---

<sup>105</sup> OAKLEY, John B.; COON, Arthur. The Federal Rules in State Courts: A Survey of State Court Systems of Civil Procedure. In: Washington Law Review, v. 61, 1986, p. 1367-1368.

<sup>106</sup> Ibidem, p. 1368.

<sup>107</sup> Ibidem, p. 1370.

<sup>108</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Convenções Processuais. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018. p. 137; TAYLOR, David; CLIFFE, Sara. Civil Procedure by Contract: A Convolved Confluence of Private Contract and Public Procedure in Need of Congressional Control. In: University of Richmond Law Review, v. 35, 2002, p. 1107.

Corte limitavam-se a discorrer a respeito de negócios processuais específicos, como cláusula de arbitragem, de eleição de direito e de *jury waiver*<sup>109</sup>.

A ascensão do tema nos Estados Unidos não se deu através da própria doutrina, mas sim em decorrência de questões práticas, isto é, com o aumento da quantidade de contratos privados em que as partes convencionam a respeito do processo civil, que obrigou as cortes estadunidenses a darem respostas a essas demandas.

Lá, existem basicamente duas correntes que se contrapõem a respeito do tema (as quais não se restringem ao tema dos negócios processuais – são ideologias distintas, que entram em conflito nos mais diversos temas, não se restringindo ao direito). Os conservadores defendem e incentivam essas cláusulas; a justificção seria de que em um mercado competitivo, a economia com custos de litigância seria, em última instância, transferida ao consumidor, sob forma de preços mais acessíveis. Os liberais, por outro lado, defendem que os *contract procedures* poderiam abrir portas a violações de direitos materiais e de valores jurisdicionais e constitucionais<sup>110</sup>.

Quanto a isso, nota-se a diferença do pragmatismo americano (e da *common law*) em relação ao Brasil e à Europa continental (*civil law*). Diferentemente da doutrina brasileira e da Europa continental, os comentaristas americanos, ao teorizarem a respeito da possibilidade de convenções processuais, centram-se nas consequências práticas. Isto é, os teóricos americanos focam suas análises mais nos resultados que tais práticas trariam ao sistema de justiça estadunidense, e menos em questões como compatibilidade do instituto com o sistema processual americano em si.

Nesse sentido, um dos prismas sob os quais se pode analisar as convenções processuais ganha bastante destaque, que são os estudos de *Law & Economics*. Por exemplo, Larry E. Ribstein defende que negociar um procedimento claro, em situações em que seria dúbia qual norma processual se aplicaria, reduz os custos de litigância<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> HORTON, David. The shadow terms: contract procedure and unilateral amendments. In: UCLA Law Review, v. 57, 2010, p. 605.

<sup>110</sup> Ibidem, p. 604.

<sup>111</sup> RIBSTEIN, Larry. From Efficiency to Politics in Contractual Choice of Law. In: Georgia Law Review, v. 37, 2003, p. 366.

Michael L. Moffitt defende que a *customized litigation* traz três grandes benefícios, sendo o segundo deles a “eficiência”, que resultaria na redução de gastos desnecessários<sup>112</sup>.

Warren E. Burger, *Chief Justice*<sup>113</sup> da SCOTUS entre 1969 e 1986, ao se referir sobre as cláusulas de arbitragem, dizia que as empresas deveriam redirecionar os custos dos litígios consumeristas para os consumidores. Burger defendia a modificação do procedimento implicaria redução de custos, permitindo com que empresas diminuam os preços de seus produtos, fazendo com que, no final das contas, a convenção fosse benéfica para ambas as partes<sup>114</sup>.

Kevin E. Davis e Helen Hershkoff, por outro lado, apesar de também lançarem mão de análise sob viés de Law & Economics, chegam a conclusão distinta. Os autores dizem que transações privadas só tendem à eficiência se não geram externalidades negativas. Para Davis e Hershkoff, as convenções são aptas a gerarem efeitos para além das partes do contrato, podendo causar externalidades negativas, razão pela qual devem ser impostas limitações ao instituto<sup>115</sup>.

Stephen Subrin e Thomas Main dividem a história do processo civil nos Estados Unidos em três eras, defendendo que estamos vivenciando o início da quarta<sup>116</sup>. Na primeira e segunda era, o processo civil era tido como tão rígido e técnico que, por tecnicidades, demandas que poderiam ser legítimas restavam prejudicadas<sup>117</sup>. Em 1906, o professor Roscoe Pound, que futuramente viria a ser Reitor da Faculdade de Direito de Harvard, em discurso na *American Bar Association*, cunhou o termo “*sporting theory of justice*”<sup>118</sup>, para designar o exagero

---

<sup>112</sup> A título de curiosidade, oportuno mencionar os outros dois benefícios que, de acordo com Moffitt, os negócios processuais trariam: justiça (pois daria maior celeridade) e a salvação do *trial*. Ver em MOFFITT, Michael. Customized litigation: the case for making civil procedure negotiable. In: George Washington Law Review, v. 75, 2007, p. 5.

<sup>113</sup> *Chief Justice* é o mais alto cargo que existe no Judiciário americano. É quem preside a Suprema Corte dos EUA. No Brasil, o mandato de Presidente do STF tem a duração de 2 anos, enquanto que nos Estados Unidos, o cargo de *Chief Justice* é vitalício (aposentadoria ou morte). No Brasil, o Presidente do STF é eleito pelos colegas Ministros do mesmo Tribunal, em votação secreta. Nos Estados Unidos, o *Chief Justice* é indicado pelo Presidente do país, e deve ser confirmado pelo Senado; e para ser indicado pelo Presidente, não precisa ter sido antes membro da Suprema Corte como *Associate Justice* – aliás, dos 17 *Chief Justices* que já passaram pelo cargo, somente 5 tinham antes sido *Associate Justice*.

<sup>114</sup> HORTON, David. The shadow terms: contract procedure and unilateral amendments. In: UCLA Law Review, v. 57, 2010, p. 608.

<sup>115</sup> DAVIS, Kevin; HERSHKOFF, Helen. Contracting for Procedure. In: NYU Law Review, 2011, p. 5.

<sup>116</sup> SUBRIN, Stephen; MAIN, Thomas. The fourth era of American civil procedure. In: University of Pennsylvania Law Review, v. 162, 2014, p. 1843.

<sup>117</sup> Ibidem, p. 1843.

<sup>118</sup> Ibidem, p. 1843.

americano em leis procedimentais que existia à época. A relação com a palavra esporte se justifica porque, para Pound, o judiciário estadunidense enfatizava tanto na exatidão procedimental (regras) que se assemelhava a um jogo.

É por isso que, ao longo do século XX, surgiu, naturalmente, corrente de pensamento contrária ao que era tido como excesso de formalidade. David Horton aponta que, na época em que a Suprema Corte promulgou as FRCP, tinham-se dois objetivos em mente: o primeiro era o de unificar as leis processuais, e o segundo era o de reduzir o impacto do processo no direito material.<sup>119</sup> Em relação ao segundo objetivo, era realmente esse o intuito, os responsáveis por redigirem as FRCP queriam que as ações fossem “resolvidas pelo mérito”<sup>120</sup>. Isso foi uma reação natural ao período anterior ao das FRCP.

Nos dias atuais, a doutrina estadunidense aparenta permanecer dividida quanto ao assunto. De um lado, autores que, ao menos em maioria, baseiam-se em análises de *Law & Economics* para defender a possibilidade de se convencionar a respeito do processo civil, como já mencionado neste mesmo capítulo. De outro, autores que enxergam as convenções com certo ceticismo.

Segundo Jaime Dodge, a concepção tradicional de processo está sendo questionada por essa nova geração de negócios processuais<sup>121</sup>. Para a autora, as implicações dos negócios processuais transcendem o processo civil, vez que a relação intrínseca entre direito processual e o direito material faz com que as partes possam limitar parcial ou totalmente titular de direito material de defender seus direitos em juízo. As convenções processuais estariam sendo usadas para que as partes esquivem de obrigações legais irrenunciáveis, abrangendo desde o mercado de capitais até leis trabalhistas. Dodge traz um exemplo: de nada vale o direito de um trabalhador da Califórnia de receber o salário mínimo se para que possa fazer valer seus direitos, tenha que ingressar com ação no estado de Maine<sup>122</sup>.

David Taylor e Sara Cliffe também criticam a forma com que as convenções têm sido reconhecidas, defendendo que os Tribunais americanos têm deixado de

---

<sup>119</sup> HORTON, David. The shadow terms: contract procedure and unilateral amendments. In: *UCLA Law Review*, v. 57, 2010, p. 607.

<sup>120</sup> *Ibidem*, p. 607.

<sup>121</sup> DODGE, Jaime. The limits of procedural private ordering. In: *Virginia Law Review*, v. 97, 2011, p. 726-727.

<sup>122</sup> *Ibidem*, p. 727.

lado a preocupação fundamental com justiça, em favor da preservação da autonomia da vontade das partes<sup>123</sup>.

De qualquer forma, nos dias atuais, a doutrina americana, de forma majoritária, vê com bons olhos as convenções processuais. A justificação, como já dito, seria de que haveria incremento nos quesitos da segurança e da eficiência ao se permitir que partes possam moldar o processo<sup>124</sup>.

### 3.2.2 Das Federal Rules of Civil Procedure

Após analisar as convenções processuais nos Estados Unidos sob o prisma da doutrina do país, passa-se a examinar o instituto a partir das leis que o regem nos Estados Unidos.

Antes de adentrar no tema propriamente dito, faz-se necessário relembrar, conforme tratado no ponto 3.1 desta monografia, que nos EUA, os estados são competentes para legislar a respeito de processo civil. Lá, o judiciário divide-se em federal, com leis processuais civis promulgadas pela Suprema Corte, e estadual, com leis processuais civis promulgadas ora pelo legislativo estadual<sup>125</sup> do estado, ora pela Suprema Corte estadual<sup>126</sup>.

Feito o devido esclarecimento, adentra-se no tópico das *Federal Rules of Civil Procedure* propriamente dito.

As *Federal Rules of Civil Procedure*, segundo Antonio do Passo Cabral, *preveem diversas oportunidades nas quais as partes podem definir o procedimento por sua manifestação concertada de vontade*<sup>127</sup>. O autor aponta algumas hipóteses de convenção processual nas FRCP, como nas *Rules*: 4 e 5, que se referem à citação; 15, relativa a emendas à petição; 26, 29, 34, 35 e 36, atinentes às estipulações sobre objeto, momento e sequência do Discovery; 33, referente ao

<sup>123</sup> TAYLOR, David; CLIFFE, Sara. Civil Procedure by Contract: A Convuluted Confluence of Private Contract and Public Procedure in Need of Congressional Control. In: University of Richmond Law Review, v. 35, 2002, p. 1107.

<sup>124</sup> DODGE, Jaime. The limits of procedural private ordering. In: Virginia Law Review, v. 97, 2011, p. 731.

<sup>125</sup> Quanto ao legislativo estadual estadunidense, curioso apontar que todos os estados possuem sistema bicameral, isto é, com deputados e senadores estaduais.

<sup>126</sup> TOBIAS, Carl. The Past and the Future of the Federal Rules in State Courts. In: Nevada Law Journal, v. 3, 2003, p. 400.

<sup>127</sup> CABRAL, Antonio do Passo. Convenções Processuais. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018. p. 140.

número e momentos do interrogatório; e, por fim, 39 e 73, relativas ao deslocamento da competência do júri para o juiz togado singular<sup>128</sup>.

Conclui-se, disso, que, ao menos em relação às leis federais, as convenções processuais são, em regra, reconhecidas pelas Cortes americanas, a não ser que contradiga diretamente procedimento previsto de forma expressa no código, ou que exclua reivindicação ou defesa de forma integral<sup>129</sup>.

E é justamente essa amplitude, supostamente desmedida, que tem sido objeto de críticas por parte da doutrina. Dodge Jaime, como já mencionado, diz que, como resultado, “as convenções processuais que alteram substancialmente as obrigações substantivas das partes ou a probabilidade de responsabilidade são aplicáveis mesmo em relação a reivindicações não renunciáveis”<sup>130</sup>.

### 3.2.3 Da Reação Jurisprudencial às Convenções Processuais

A Suprema Corte estadunidense (SCOTUS), em algumas decisões paradigmáticas, tem favorecido a vontade das partes em desfavor do rito processual previsto em lei. Em *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.* (1972), a Corte decidiu que cláusulas de eleição de fórum são, a princípio, válidas, a não ser que pelas circunstâncias, imponham a uma das partes ônus irrazoável.

Em outro caso semelhante, *Carnival Cruise Lines v. Shute* (1991), a SCOTUS decidiu que as cláusulas de eleição de fórum são, em regra, válidas, desde que consideradas “justas”. No caso, um casal – Eulala e Russel Shute – que morava no estado de Washington, comprou tíquetes para um passeio de cruzeiro pela costa do México. O casal embarcou no navio em Los Angeles, no estado da Califórnia. Acontece que, durante o passeio, em águas internacionais, a senhora Shute machucou-se ao escorregar no piso da embarcação. O casal ingressou com uma ação na *Washington Federal District Court*. Na *Court of Appeals*, decidiu-se que a cláusula não era válida, e que diferentemente *The Bremen v. Zapata Off-Shore Co.*, não houve liberdade de negociação. A SCOTUS decidiu em sentido contrário ao da Corte de Apelações, arguindo que o fato de não ter havido negociação a respeito da

---

<sup>128</sup> Ibidem, p. 140.

<sup>129</sup> DODGE, Jaime. The limits of procedural private ordering. In: *Virginia Law Review*, v. 97, 2011, p. 726-727.

<sup>130</sup> Tradução própria de:

cláusula não implica sua invalidade. Assim, segundo Cabral, a Suprema Corte neste caso forjou uma presunção de validade dos acordos processuais.

Em *Shady Grove Orthopedic Associates v. Allstate Insurance Co.* (2009), caso mais recente, a Suprema Corte expandiu o poder das partes de negociarem acerca do processo. No caso, a SCOTUS reconheceu *class action*, nos termos da regra 23 das FRCP, ainda que o a lei processual do estado de Nova Iorque proibisse a *class action* prevista nas FRCP em hipótese de cobrança de multa, como era o caso<sup>131</sup>.

Já em *Stolt-Nielson S.A. v. Animal Feeds International Corp.*, a Suprema Corte consolidou o entendimento de que a negociação entre as partes a respeito do procedimento é válida. No caso, a SCOTUS entendeu que para que haja a possibilidade de *class action* em arbitragens, deve haver negociação entre as partes<sup>132</sup>.

Em caso mais recente ainda, o *AT&T Mobility v. Concepcion*, de 2011, a Suprema Corte dos EUA reafirmou sua predileção em relação às convenções processuais. No caso, se discutia se, por previsão contratual, o consumidor poderia renunciar do direito de ingressar com *class arbitration*, vez que no direito processual estadual da Califórnia existia a denominada *unconscionability doctrine* (em tradução própria: teoria da inconsciência), que veda previsões contratuais tidas como extremamente injustas ou exageradamente benéfica para somente uma das partes.

Segundo Antonio do Passo Cabral, as convenções processuais são aceitas na prática forense, sobre os mais diversos objetos:

Atualmente, acordos processuais são plenamente aceitos na prática forense dos EUA, desde renúncias ao julgamento pelo júri (lembrando que por lá existe direito ao júri em matéria cível), passando por cláusulas de eleição de foro, renúncias a alegações (como a prescrição e decadência) e sofisticadas regras convencionais em matéria probatória, tanto para reduzir a Discovery quanto para modificar os meios de prova e alterar a sua valoração. Permitem-se até mesmo, no caso de cognovit notes, disposições sobre o direito à citação e ao contraditório. Recentemente, observam-se também

---

<sup>131</sup> DODGE, Jaime. The limits of procedural private ordering. In: Virginia Law Review, v. 97, 2011, p. 724.

<sup>132</sup> Ibidem, p. 725.

acordos na fase recursal pelos quais as partes dispõem sobre seus direitos.<sup>133</sup>

No mesmo sentido, Taylor David e Sara Cliffe, ainda que críticos, admitem que as convenções processuais são aceitas e estão presentes na prática forense estadunidense<sup>134</sup>.

---

<sup>133</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018. p. 139.

<sup>134</sup> TAYLOR, David; CLIFFE, Sara. Civil Procedure by Contract: A Convolved Confluence of Private Contract and Public Procedure in Need of Congressional Control. In: *University of Richmond Law Review*, v. 35, 2002, p. 1087.



## 4 UMA COMPARAÇÃO ENTRE O DIREITO BRASILEIRO E O DIREITO DOS ESTADOS UNIDOS

No segundo capítulo abordou-se as convenções processuais no direito brasileiro e, no terceiro, as convenções processuais no direito estadunidense. Feito isso, passa-se a comparar o instituto nos dois sistemas jurídicos, dadas as suas diferenças. Tal comparação mostra-se oportuna para que se verifique como o instituto é integrado em cada sistema e como a doutrina o interpreta.

### 4.1 A TENDÊNCIA À CONVERGÊNCIA ENTRE AS TRADIÇÕES JURÍDICAS

A tendência à convergência entre as tradições jurídicas do Brasil e dos EUA – e entre os sistemas *civil law* e *common law* no geral – parece ser consenso entre os doutrinadores brasileiros que abordam a questão.

Barbosa Moreira, já em 2004, previa simbiose entre os sistemas privatistas e publicistas, fazendo alusão aos sistemas *common law* como privatistas e *civil law* como publicistas<sup>135</sup>. Luiz Fux argumenta que, mesmo antes do CPC/2015, o Brasil já havia importado institutos jurídicos típicos de países que adotam a *common law*, com vistas a buscar resolver problemas práticos que a Justiça do país enfrentava, como a falta de celeridade processual<sup>136</sup>.

Com o CPC/2015, o ordenamento jurídico brasileiro, em consonância com o estadunidense, passou a privilegiar e incentivar os meios alternativos de resolução de conflito, denominados nos EUA de *alternative dispute resolution*; em especial, a arbitragem ganhou notoriedade.

Essa convergência se refletiu também em outras áreas do direito. Uma delas, que ganhou bastante atenção desde a promulgação do CPC/2015, é a valorização dos precedentes<sup>137</sup>. Outra resultante dessa tendência à convergência é a

<sup>135</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correntes e Contracorrentes no Processo Civil. Revista de Processo, v. 116, 2004, p. 313.

<sup>136</sup> FUX, Luiz; FUX, Rodrigo. O novo Código de Processo Civil à luz das lições de José Carlos Barbosa Moreira, um gênio para todos os tempos. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ, v. 20, n. 1, 2018, p. 27; GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil introdução ao direito processual civil. 3ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2011, v. 1, p. 6.

<sup>137</sup> Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero defendem que o realce ao tema dos precedentes é a maior novidade do CPC/2015. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil. v. 1. 2ª ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 148.

privatização do processo civil<sup>138</sup>. E a privatização do processo civil, por sua vez, dentre outros impactos, faz com que se eleva a tutela dos interesses das partes como primordial, valorizando a autonomia da vontade<sup>139</sup>.

Tudo isso desemboca em uma visão mais favorável em relação às convenções processuais, que se consolidou no ordenamento jurídico brasileiro com o CPC/2015, em especial com a inserção da cláusula geral de atipicidade no art. 190 do diploma.

Enquanto isso, países de tradição adversarial, isto é, os de sistema *common law*, inclinam-se em direção ao publicismo, característico dos países de tradição romano-germânica<sup>140</sup>. Isto é, quanto os países com sistema civil law caminham em direção ao aumento dos poderes e da vontade das partes, as nações de common law traçam caminho contrário, adotando medidas para munir os juízes de maiores poderes<sup>141</sup>. A título de exemplo, as *Federal Rules of Evidence* – leis federais dos EUA, a respeito de provas – preveem poderes instrutórios ao juiz de forma mais intensa que muitos sistemas da *civil law*<sup>142</sup>.

Essa convergência entre os modelos tem diversas causas. Michele Taruffo apresenta algumas justificativas. Uma delas seria de que o fenômeno da circulação de modelos de sistema jurídico, muitas vezes entre países de *civil law* e *common law*, que acabaria por influenciar os modelos de todos os envolvidos. Outra justificativa estaria ligada à uniformização da cultura jurídica, decorrente da globalização<sup>143</sup>.

---

<sup>138</sup> Ibidem, p. 535.

<sup>139</sup> Ibidem, p. 535.

<sup>140</sup> GRECO, Leonardo. Instituições de processo civil introdução ao direito processual civil. 3ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2011, v. 1, p. 6; MULLER, Julio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 69.

<sup>141</sup> MULLER, Julio Guilherme. Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 65.

<sup>142</sup> TARUFFO, Michele. Icebergs de common law e civil law? Macro-comparação e micro-comparação processual e o problema da verificação da verdade. In: Temas atuais do direito: estudos em homenagem aos 80 anos do curso de direito da Universidade Federal do Espírito Santo. NETO, Francisco Vieira Lima; SILVESTRE, Gilberto Fachetti; LIMA, Marcellus Polastri; ZAGANELLI, Margareth Vetis (org.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 670.

<sup>143</sup> Quanto a essa globalização, Taruffo, em outro artigo, critica-a, dizendo que “*podemos perguntar – como muitos começam a se fazer – se globalização significa americanização do direito assim como de outros fenômenos, da economia à cultura e, portanto, o American exceptionalism (não no sentido descritivo, mas no sentido valorativo da expressão), não seja na realidade um slogan utilizado para dissimular o frequente espírito imperialista com o qual os americanos observam a si mesmos em conexão com o resto do mundo. Sinais claros nesta direção são – se é verdade, como parece comprovado – que os Estados Unidos subordinam a concessão de financiamentos do Fundo Monetário Internacional e do Banco Mundial aos países em via de desenvolvimento à condição de que estes adotem modelos processuais (em particular para o processo penal) derivados diretamente*

Alguns autores, como Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero e Michele Taruffo, criticam alguns aspectos dessa tendência à convergência. Em especial, esses autores criticam a privatização do processo civil. Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero, ao referirem-se especificamente ao sistema brasileiro, argumentam que essa privatização do processo civil brasileiro ignora *todos os outros compromissos da jurisdição com seus mais elevados fins*. Assim, ao eleger a tutela do interesse das partes como primordial, o Código [CPC/2015] menospreza todos os outros valores que conformam o Estado e atividade jurisdicional<sup>144</sup>.

Michele Taruffo, de forma similar, diz que no sistema estadunidense não há *nada que oriente o processo em direção à verificação da verdade dos fatos (...)*. Ao processo norte-americano, a descoberta da verdade dos fatos não interessa e, como consequência, aquele processo não é estruturado em modo a funcionar como instrumento de verificação da verdade<sup>145</sup>.

Por fim, importante distinguir que a convergência entre os sistemas não é total. Isto é, ainda que *common law*, em termos gerais, esteja se aproximando do *civil law* (e o contrário também), não significa dizer que, sob qualquer prisma, o processo civil – ou qualquer outra área do direito – nos dois sistemas encontravam-se em lados opostos, e que estariam caminhando a um centro.

Em outras palavras, ainda que haja uma tendência da *civil law* de, nos últimos tempos, adotar uma visão mais privatista, e uma tendência da *common law* de adotar uma visão um pouco mais publicista, não se pode concluir isso que aplica a todos os temas do processo civil estadunidense.

Um exemplo seria justamente o tema das convenções processuais. O instituto, nos EUA, assim como no Brasil, tem ganhado relevância e aceitação no

---

*do modelo americano*". TARUFFO, Michele. Icebergs de common law e civil law? Macro-comparação e micro-comparação processual e o problema da verificação da verdade. In: Temas atuais do direito: estudos em homenagem aos 80 anos do curso de direito da Universidade Federal do Espírito Santo. NETO, Francisco Vieira Lima; SILVESTRE, Gilberto Fachetti; LIMA, Marcellus Polastri; ZAGANELLI, Margareth Vetis (org.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 668-669.

<sup>144</sup> Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero defendem que o realce ao tema dos precedentes é a maior novidade do CPC/2015. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil. v. 1. 2ª ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 535.

<sup>145</sup> TARUFFO, Michele. Icebergs de common law e civil law? Macro-comparação e micro-comparação processual e o problema da verificação da verdade. In: Temas atuais do direito: estudos em homenagem aos 80 anos do curso de direito da Universidade Federal do Espírito Santo. NETO, Francisco Vieira Lima; SILVESTRE, Gilberto Fachetti; LIMA, Marcellus Polastri; ZAGANELLI, Margareth Vetis (org.). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 669-670.

decorrer do século XX<sup>146</sup> e, em ambos os casos, parcela da doutrina aparenta estar entusiasmada com o futuro do instituto, ante sua tendência à ampliação, enquanto outra parcela da doutrina enxerga com ceticismo o grande escopo que as convenções processuais adquiriram com o tempo<sup>147</sup>.

## 4.2 AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS NO BRASIL E NOS EUA: UMA ANÁLISE DOUTRINÁRIA DOS SEUS LIMITES

Examinadas as convenções processuais no Brasil e nos Estados Unidos separadamente nos capítulos II e III desta monografia, passa-se a analisá-las conjuntamente.

Como visto nos capítulos anteriores, com a promulgação do CPC/2015, passou a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da atipicidade do negócio processual, materializado no art. 190 do atual CPC<sup>148</sup>. Com isso, intensificou-se, de forma inevitável, o debate doutrinário acerca dos limites de se convencionar, em especial os limites existentes para os acordos processuais atípicos. E é justamente sobre esse tema que se pretende comparar o ordenamento jurídico brasileiro com estadunidense.

Todavia, antes de adentrar no tema propriamente dito, mostra-se oportuno estabelecer, de forma sucinta, quadro de como a doutrinas brasileira e estadunidense encaram as convenções processuais nos dias atuais.

No Brasil, diversos autores fizeram dos limites de se convencionar objeto de estudos, livros e artigos, razão pela qual se encontra, na doutrina brasileira, mais material quanto ao tema das limitações das convenções processuais. Há, no país, em síntese, duas correntes doutrinárias: aqueles que encaram de forma positiva as convenções processuais e defendem que seu escopo deva ser bastante amplo; e aqueles que veem com certo ceticismo a forma com que as convenções foram tratadas pelo CPC/2015, que ao criar a cláusula geral, expandiu de forma inédita as possibilidades de se convencionar. Alguns dos doutrinadores da primeira corrente

---

<sup>146</sup> Ainda que nos dois países as convenções processuais tenham caminhado para o mesmo destino, qual seja, em direção ao favorecimento e respeito à autonomia das partes, não significa que tenham tido a mesma trajetória. No Brasil, por exemplo, grande impulso ocorreu em 2015, com a promulgação do novo CPC. Nos EUA, o trajeto aparenta ter ocorrido de forma mais gradual.

<sup>147</sup> Quanto à doutrina brasileira, ver o ponto 2.1.4 desta monografia, pp. 21-23. No que se refere à doutrina estadunidense, ver ponto 3.2.1 deste trabalho de conclusão, pp. 30-33.

<sup>148</sup> DIDIER JR., Fredie. Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018, p. 25.

são: Pedro Henrique Nogueira, Antonio do Passo Cabral, Fredie Didier Jr., Muller. Já a segunda corrente é marcada por autores como: Luiz Guilherme Marinoni, Sergio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero.

Nos Estados Unidos, por outro lado, o tema ainda não foi objeto de tantos estudos, apesar de que, nos últimos anos, esse número tenha subido. Todavia, é possível verificar que também há divisão na doutrina americana acerca das convenções processuais. De um lado, tem-se autores que, fundados principalmente pela justificação da eficiência (Law & Economics), defendem o instituto, como forma de reduzir custos não só das pessoas naturais, como também de empresas, o que resultaria, segundo essa perspectiva, em produtos e serviços mais acessíveis à população. Alguns dos adeptos dessa corrente são Larry E. Ribstein<sup>149</sup>, Michael L. Moffitt<sup>150</sup> e Warren E. Burger<sup>151</sup>. Do outro lado, encontram-se autores que acreditam que o direito processual e o direito material são interligados, de modo que a livre estipulação do processo pode causar risco a garantias e direitos fundamentais. Alguns dos doutrinadores que seguem essa visão são Kevin E. Davis e Helen Hershkoff<sup>152</sup>, Jaime Dodge<sup>153</sup>, David Taylor e Sara Cliffe<sup>154</sup>.

Quanto às limitações aos acordos processuais propriamente ditos, percebe-se que em cada país os teóricos processualistas tendem a impor restrições distintas às convenções, até mesmo em virtude do diferente ordenamento e tradição jurídica que cerca o instituto em cada nação<sup>155</sup>.

---

<sup>149</sup> RIBSTEIN, Larry. From Efficiency to Politics in Contractual Choice of Law. In: Georgia Law Review, v. 37, 2003, p. 366.

<sup>150</sup> A título de curiosidade, oportuno mencionar os outros dois benefícios que, de acordo com Moffitt, os negócios processuais trariam: justiça (pois daria maior celeridade) e a salvação do *trial*. Ver em MOFFITT, Michael. Customized litigation: the case for making civil procedure negotiable. In: George Washington Law Review, v. 75, 2007, p. 5.

<sup>151</sup> HORTON, David. The shadow terms: contract procedure and unilateral amendments. In: UCLA Law Review, v. 57, 2010, p. 608.

<sup>152</sup> DAVIS, Kevin; HERSHKOFF, Helen. Contracting for Procedure. In: NYU Law Review, 2011, p. 5.

<sup>153</sup> DODGE, Jaime. The limits of procedural private ordering. In: Virginia Law Review, v. 97, 2011, p. 726-727.

<sup>154</sup> TAYLOR, David; CLIFFE, Sara. Civil Procedure by Contract: A Convoluting Confluence of Private Contract and Public Procedure in Need of Congressional Control. In: University of Richmond Law Review, v. 35, 2002, p. 1107.

<sup>155</sup> Ainda que não se trate de caso transplante jurídico, mostra-se oportuno relembrar os ensinamentos de Pierre Legrand, a respeito dos impactos que ordenamentos distintos exercem em um mesmo instituto. Segundo Legrand, "(...) sempre que uma ideia ou forma de palavras se desloca, sua configuração no ponto de chegada é obrigada a diferir da que existia no momento da partida, mesmo que apenas por conta da aculturação necessária que deve ocorrer no novo ambiente". LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de transplantar jurídicos. Revista Cadernos da Pós-Graduação em Direito PPDGIR./UFRGS., v. 9 n. 1, 2014, p. 7.

Antonio do Passo Cabral é um dos autores que mais se dedicou ao tema das limitações após a introdução no novo CPC. O autor entende há limites específicos e gerais para os acordos processuais, que dizem respeito à validade da convenção. Os limites específicos são aqueles que se restringem a somente uma convenção. Já os limites gerais são aplicáveis tanto às convenções típicas quanto às atípicas. Mais especificamente, o autor defende que há quadro limites gerais: (1) reserva de lei; (2) boa-fé e cooperação; (3) igualdade e equilíbrio no poder; e (4) custos e vedação de transferência de externalidades<sup>156</sup>.

O primeiro limite geral refere-se às hipóteses em que o próprio ordenamento impõe reserva de lei para norma processual. Por essa razão, seriam inválidas convenções para criar recurso não previsto na legislação ou alterar o cabimento dos mesmos, tendo em vista que para ambos há a necessidade de previsão em lei. Nessas situações, as partes não poderiam derogar norma legal<sup>157</sup>.

O segundo limite, referente à boa-fé e à cooperação, impõe às partes, por exemplo, o dever de prestar adequadas informações, com clareza e precisão, motivo pelo qual acordos celebrados com dolo ou fraude deveriam ser anulados<sup>158</sup>.

O terceiro limite, relativo ao conceito de igualdade, traz a ideia de publicização do contrato, e justifica-se à medida em que se busca evitar que a parte mais forte, economicamente ou culturalmente, oprima a mais fraca, de tal forma que a vontade emitida pela parte mais fraca seja viciada<sup>159</sup>.

Quanto ao quarto e último limite geral, propõe-se uma análise de custo-benefício entre eficiência e garantias. O autor defende que não se pode, ao derogar regras procedimentais (fala-se em regras procedimentais porque, em acordos obrigacionais, não há perigo de transferência de externalidade), transferir custos ou prejuízos do litígio a terceiros. Em outras palavras, não se pode admitir que as convenções gerem externalidades negativas que transferiam ao Judiciário ou a terceiros o peso econômico da litigância<sup>160</sup>.

No que se refere aos limites específicos relativos às convenções atípicas, Cabral defende que existem limitações internas e externas. As internas decorrem do próprio exercício da liberdade, haja visto que nenhum direito é ilimitado. Quanto às

---

<sup>156</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018. p. 361-378.

<sup>157</sup> *Ibidem*, p. 362.

<sup>158</sup> *Ibidem*, p. 363.

<sup>159</sup> *Ibidem*, p. 364.

<sup>160</sup> *Ibidem*, p. 375.

limitações externas, o autor sugere método que se desdobra em três fases: (1) identificação das garantias processuais afetadas pela convenção, (2) parâmetros das convenções típicas e os “índices de tipos” e (3) proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais processuais<sup>161</sup>.

A primeira fase consiste em identificar os direitos fundamentais envolvidos na convenção processual. Na segunda etapa, deve-se lançar mão dos parâmetros de convenções processuais típicas no acordo atípico em questão. A ideia é que se um negócio atípico puder ser enquadrado em um grupo convencional que contenha também negócio típico, ele passa a atrair os parâmetros do acordo previsto em lei. Por fim, no terceiro estágio, o magistrado deve examinar se a convenção atinge ou não o núcleo essencial do(s) direito(s) identificado(s) na primeira fase<sup>162</sup>.

Pedro Henrique Nogueira, ao dissertar a respeito do controle de validade dos negócios processuais, diz que, subjetivamente, é necessário que os sujeitos que o firmem observem: a) capacidade processual; b) competência e imparcialidade do juiz, quando este for sujeito do negócio<sup>163</sup>; c) ausência manifesta de situação de vulnerabilidade da parte que o celebra. Na dimensão objetiva, elenca como requisitos à validade da convenção: a) que a causa verse sobre direitos passíveis de autocomposição; b) não inserção em contrato de adesão<sup>164</sup>; c) respeito ao formalismo processual<sup>165</sup>.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, ao comentarem sobre o assunto, relatam não haver absoluta homogeneidade nas exigências para os acordos processuais. Todavia, defendem ser possível estabelecer linhas gerais que governam a validade de todos os acordos processuais, qual seja, *à medida que aumentam os deveres da jurisdição, diminui o espaço de convenção oferecido às partes*<sup>166</sup>.

---

<sup>161</sup> Ibidem, p. 380.

<sup>162</sup> Ibidem, p. 380-390.

<sup>163</sup> Pedro Henrique Nogueira, junto com Fredie Didier Jr., considera que os juízes podem ser partes de convenção processual. Antonio do Passo Cabral possui opinião distinta, conforme mencionado no capítulo 2.2, p. 27.

<sup>164</sup> Antonio do Passo Cabral, contrariamente a Pedro Henrique Nogueira, defende que a convenção processual em contrato de adesão não necessariamente implica invalidez. Para Cabral, não se pode presumir vulnerabilidade nos contratos de adesão, devendo haver análise das circunstâncias concretadas para tanto. Ver em: CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018. p. 368-369.

<sup>165</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017, p. 234.

<sup>166</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. v. 1. 2ª ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 537.

Nos Estados Unidos, a doutrina também buscou definir quais seriam os limites das convenções processuais.

Kevin Davis e Helen Hershkoff, em *Contracting for Procedure*, dedicam um capítulo inteiro do artigo para discorrer a respeito das limitações às convenções processuais<sup>167</sup>. Para os autores, a necessidade dos limites advém do fato de que as normas processuais que emergem das convenções refletem escolhas de mercado, que não necessariamente coadunam com os imperativos da Constituição.

Davis e Hershkoff sugerem, ao abordar as convenções processuais, reformas no sistema judiciário estadunidense, que ao cabo, acabam por limitá-las. A primeira relaciona-se com transparência. Para os autores, deveria ser obrigatório que as partes indiquem ao Judiciário, de início, se pretendem seguir o procedimento público ou privado próprio. Nessa toada, os doutrinadores sugerem que tal exigência esteja em outro documento, o *Form SJ 44*. Quando se ingressa com uma ação em uma Corte Federal estadunidense, deve-se anexar também o *Form SJ 44* perante o *clerk*<sup>168</sup>. O documento contém informações básicas do processo, como natureza da demanda e identificação das partes, entre outros dados<sup>169</sup>.

Para Davis e Hershkoff, as partes não só deveriam especificar no próprio *Form SJ 44* se querem que haja a alteração do procedimento previsto em lei, como também especificar quais institutos e artigos em específico da lei aspiram renunciar ou alterar. Para os autores, os custos financeiros e de tempo para divulgar tais informações seriam mínimos, e o benefício ao interesse público seria de grande relevância. A ideia é que os magistrados possam verificar se as alterações no direito processual impactam negativamente a habilidade a Corte de chegar às questões de fato e de direito<sup>170</sup>.

A segunda ideia de reforma de Davis e Hershkoff é de usar os *Form SJ 44* para criar uma base de dados a respeito do assunto das convenções processuais, para serem estudadas conjuntamente com o procedimento previsto em lei. De acordo com os autores, os estudos empíricos ajudariam a mostrar quais regras procedimentais têm importância pública e quais podem ser negociadas sem que haja riscos ao Judiciário. Se por um lado, as convenções processuais trazem ideias

---

<sup>167</sup> Capítulo IV do artigo, entre páginas 47-56. DAVIS, Kevin; HERSHKOFF, Helen. *Contracting for Procedure*. In: NYU Law Review, 2011, p. 47-56.

<sup>168</sup> Funcionário judicial que presta assessoria aos juízes.

<sup>169</sup> DAVIS, Kevin; HERSHKOFF, Helen. *Contracting for Procedure*. In: NYU Law Review, 2011, p. 48-49.

<sup>170</sup> *Ibidem*, p. 49-50.



importantes que não estão compreendidas na lei procedimental; por outro, podem desproteger grupos vulneráveis. Segundo Daniela Caruso, as convenções são uma expressão de metas regulatórias que o processo democrático tradicional falhou em identificar<sup>171</sup>. A ideia é que, com a base de dados e estudos empíricos, possa-se, junto com as autoridades competentes, chamar atenção a pedaços específicos do procedimento que necessitam reforma<sup>172</sup>.

Por fim, para Davis e Hershkoff, muitas características das convenções processuais vão além da simples “justiça para as partes individual”<sup>173</sup>, podendo atingir inclusive a legitimidade do sistema judiciário. Nessa toada, a terceira proposta reformista dos autores é no sentido de promover legitimidade. Isso porque ainda que se trate de um sistema adversarial, o juiz ainda tem o dever de zelar pela integridade do sistema judiciário, e não simplesmente endossar as preferências procedimentais das partes. O Judiciário não deve ser servente das partes, ele deve ser independente das partes e de seus interesses enquanto instituição que possui responsabilidades perante a população. Por essa razão, a presunção de validade, para os autores, não pode prevalecer caso haja interferência na habilidade do Judiciário de chegar a uma decisão justa e informada ou na impactar mais que incidentalmente em normas de caráter substancial<sup>174</sup>.

Mesmo Moffitt, apoiador de “radical expansão”<sup>175</sup> dos acordos processuais, argumenta que devem existir três critérios para separar o que seria verdadeiramente essencial ao litígio – e que, portanto, não estaria apto a ser negociado – daquilo que pode ser objeto de negociação. Quanto ao primeiro critério, deve o operador do direito se questionar se a alteração do procedimento viola a Constituição ou as leis (*statutes*) que eventualmente obriguem determinado Tribunal a processar o litígio em questão<sup>176</sup>. Por exemplo, não se pode convencionar para que a Corte de Apelações Penais do Texas julgue os recursos de caso de direito material de cunho civil.

---

<sup>171</sup> CARUSO, Daniela. Private Law and State-Making in the Age of Globalization. In: New York University Journal of International Law and Politics, v. 39, 2006, p. 24.

<sup>172</sup> DAVIS, Kevin; HERSHKOFF, Helen. Contracting for Procedure. In: NYU Law Review, 2011, p. 51-54.

<sup>173</sup> Ibidem, p. 54.

<sup>174</sup> DAVIS, Kevin; HERSHKOFF, Helen. Contracting for Procedure. In: NYU Law Review, 2011, p. 54-56.

<sup>175</sup> “This article argues for a radical expansion of litigants’ customization options”. Ver em: MOFFITT, Michael. Customized litigation: the case for making civil procedure negotiable. In: George Washington Law Review, v. 75, 2007, p. 5.

<sup>176</sup> MOFFITT, Michael. Customized litigation: the case for making civil procedure negotiable. In: George Washington Law Review, v. 75, 2007, p. 5.

O segundo critério é: a convenção processual afeta o interesse público? A ideia é que, como algumas das regras procedimentais existem justamente para dar eficiência ao processo, ao se convencionar ignorando-as, as partes privadas estariam, conseqüentemente, construindo procedimento menos eficiência e mais custoso. Em outras palavras, busca-se evitar que privados, através de convenção processual, desperdicem recursos públicos<sup>177</sup>.

O terceiro critério sugerido por Moffitt relaciona-se o impacto que o acordo processual pode exercer sobre terceiros. Seriam vedadas as convenções processuais que afetem ou criem obrigações a qualquer um que não concordou com o negócio processual<sup>178</sup>.

Já David Taylor e Sara Cliffe, defendem que, em determinadas situações, uma das partes convencionantes tem consigo poder de barganha muito superior se comparada à outra. Os autores mencionam contratos de trabalho, franquia e de consumo como exemplos em que uma das partes não só tem mais poder de barganha, como também tem mais informações disponíveis para analisar quando da negociação. Nesses casos, os autores defendem que a possibilidade de negociar o processo deixa de ser um mecanismo que torna a resolução de disputas mais eficiente para se transformar em uma ferramenta de que concede ao mais poderoso da relação jurídica vantagem estratégica<sup>179</sup>.

Ainda que sistemas jurídicos distintos, percebe-se que os doutrinadores, por certas vezes, compartilham de preocupações e ideias semelhantes. Um exemplo seria justamente a preocupação que Taylor e Cliffe compartilham com diversos processualistas brasileiros a respeito da possibilidade de se convencionar em situações em que exista uma disparidade de poder significativa entre as partes, como nos casos de direito de consumidor. Pedro Henrique Nogueira, assim como Taylor e Cliffe, encara com preocupação essas situações em que há considerável desnível de poder entre as partes negociantes, ainda que não aborde o tema de convenções processuais no direito do consumidor em si, como fizeram Taylor e Cliffe. O brasileiro, em *Negócios Jurídicos Processuais*, se restringe a abordar o

---

<sup>177</sup> Ibidem, p. 5.

<sup>178</sup> Ibidem, p. 5.

<sup>179</sup> TAYLOR, David; CLIFFE, Sara. Civil Procedure by Contract: A Convolved Confluence of Private Contract and Public Procedure in Need of Congressional Control. In: *University of Richmond Law Review*, v. 35, 2002, p. 1105.

tema dos acordos processuais nos contratos de adesão, sendo contrário à essa possibilidade<sup>180</sup>.

Outro momento em que é possível notar teóricos brasileiros e estadunidenses compartilhando de visões semelhantes quanto às convenções processuais é quando Antonio do Passo Cabral e Michael Moffitt<sup>181</sup> dissertam a respeito da limitação das convenções processuais quando se está diante de hipótese em que o acordo cria externalidades negativas. Cabral diz que não se pode permitir que *os acordos e contratos gerem externalidades, transferindo ao Judiciário ou a terceiros o impacto econômico da litigância*<sup>182</sup>. Michael Moffitt, de modo semelhante, argumenta – utilizando-se do conceito de interesse público – que as convenções processuais não podem servir de tal forma que partes privadas usufruam de procedimento privado próprio às custas do Judiciário, que é subsidiado com recursos públicos, desperdiçando-os<sup>183</sup>. Davis e Hershkoff compartilham de entendimento semelhante<sup>184</sup>.

Por fim, outra afinidade que é perceptível entre parte da doutrina brasileira e parte estadunidense é a preocupação com as convenções processuais como agentes que interferem na atividade do Judiciário, que não seria necessariamente de resolver conflitos entre as partes, mas sim de assegurar decisões justas. Compartilham dessa visão os brasileiros Marinoni, Arenhart e Mitidiero e os americanos Davis e Hershkoff. Os brasileiros, no volume 1 do Curso de Processo Civil tecem críticas à tendência de privatização do processo civil, pois essa *desconsidera todos os outros compromissos da jurisdição com seus mais elevados fins*<sup>185</sup>. Em outras palavras, para os autores nacionais, a expansão desmedida das convenções processuais, em nome do interesse das partes, menospreza demais valores caros à atividade jurisdicional prevista na Constituição, negando ao processo sua função de tutelar direitos. Na obra *Cortes Superiores e Cortes Supremas*,

---

<sup>180</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017, p. 234.

<sup>181</sup> Curiosamente, ambos os autores são defensores notáveis da expansão das convenções processuais.

<sup>182</sup> CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções Processuais*. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018. p. 376.

<sup>183</sup> MOFFITT, Michael. Customized litigation: the case for making civil procedure negotiable. In: *George Washington Law Review*, v. 75, 2007, p. 5.

<sup>184</sup> DAVIS, Kevin; HERSHKOFF, Helen. Contracting for Procedure. In: *NYU Law Review*, 2011, p. 54.

<sup>185</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. v. 1. 2ª ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 535.

Mitidiero afirma inclusive que a CRFB/1988 exige a colocação da tutela dos direitos como fim processo civil<sup>186</sup>.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero, ao desenvolverem a respeito do tema, argumentam que o processo civil brasileiro, diferentemente processo civil estadunidense, não é pautado pelo *adversary system*, no qual se valoriza grandemente a autonomia da vontade, e que por essa razão, não deve sacrificar seus valores em favor de tal autonomia<sup>187</sup>. Curioso é que até mesmo autores americanos, como Davis e Hershkoff – e que, portanto, convivem em um *adversary system* –, argumentam que tal característica do sistema jurídico estadunidense não isenta o Judiciário de atuar no sentido de garantir sua integridade. Para os autores americanos, o Judiciário é independente e deve zelar inclusive pela sua legitimidade. Como já mencionado, Davis e Hershkoff entendem que as convenções processuais vão além da simples justiça para as partes individual, e que decisões injustas, ainda que decorrentes de acordo processual entre as partes, podem inclusive minar a legitimidade e integridade do Judiciário, razão pela qual defendem que as convenções processuais não podem interferir na habilidade do Judiciário de chegar a uma decisão justa e informada ou impactar mais que incidentalmente em normas de caráter substancial<sup>188</sup>.

Da análise realizada, conclui-se que, se de um lado, os autores com visões mais favoráveis ao instituto das convenções processuais do Brasil e dos Estados Unidos se utilizam de motivos diferentes para justificar suas visões (os brasileiros, em geral, lançam mão de conceitos como liberdade, autonomia da vontade, autorregramento da vontade, entre outros; já os americanos focam em questões mais pragmáticas e atreladas à economia, utilizando principalmente do conceito de eficiência e alegando que a redução de custos de litigância, que decorreriam dos acordos processuais, seria benéfica ao mercado e aos consumidores, em última instância); por outro, os autores com visões contrárias ao instituto em ambos os países compartilham de preocupações semelhantes (interferência que o instituto é capaz de causar nas atividades e funções do processo e do Judiciário).

---

<sup>186</sup> MITIDIERO, Daniel Francisco. Cortes Superiores e Cortes Supremas. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 31.

<sup>187</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil. v. 1. 2ª ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 535.

<sup>188</sup> DAVIS, Kevin; HERSHKOFF, Helen. Contracting for Procedure. In: NYU Law Review, 2011, p. 54-56.

Além disso, constatou-se que, a despeito de serem os ordenamentos jurídicos brasileiro e estadunidense evidentemente muito diferentes, há certas propostas de limitações às convenções processuais significativamente semelhantes em ambos os países.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Viu-se, ao longo do segundo capítulo desta pesquisa, que a teoria do fato jurídico pode ser aplicada ao direito processual, o que resulta em conceitos como o de negócio jurídico processual. Quanto às convenções processuais, notou-se que são definidas por significativa parte da doutrina brasileira como negócios jurídicos processuais plurilaterais, excluindo-se, portanto, os negócios jurídicos processuais unilaterais.

No que tange ao aparecimento histórico do conceito de convenção processuais, constatou-se que o instituto não surgiu com a promulgação do CPC/2015. Pelo contrário, observou-se que a possibilidade de se negociar a respeito do procedimento ou de situação jurídica processual data desde Roma Antiga e, no caso do Brasil em específico, pelo menos desde as Ordenações Filipinas. Constatou-se, também, que as convenções processuais estiveram presentes ao longo do Processo Civil brasileiro, nas já mencionadas Ordenações Filipinas, na Constituição do Império de 1824, no Regulamento nº 737, de 1850, nos Códigos de Processo Civil estaduais do início do século XX, no CPC/1939, no CPC/1973 e, por fim, no atual CPC/2015.

Quanto à inserção das convenções processuais dentro do debate acerca do publicismo e privatismo no processo civil, constatou-se que tais visões influem a maneira pela qual as convenções processuais são encaradas. Sob as lentes de visão mais publicista do processo civil, há uma tendência a se rechaçar o instituto, enquanto que sob os olhos privatistas, há inclinação no sentido de se apoiar as convenções processuais. Verificou-se, ademais, que durante século XIX, tanto na Europa quanto no Brasil imperava visão privatista do processo civil, e que o autor austríaco Bülow, ao considerar o processo civil como relação jurídica de direito Público, foi responsável pela guinada ao publicismo. Tal visão em relação ao processo perdurou durante o século XX, sendo que no final do mesmo século, autores na Europa e, posteriormente, no Brasil, passaram a criticar o que seria visto como excesso de publicismo. Nesse debate, a ascensão das convenções processuais demonstra justamente movimento dos países de tradição Romano-Germânica em direção ao privatismo.

No que se refere à doutrina brasileira, verificou-se que o tema das convenções processuais nunca foi unânime, sendo que ao longo do século XX havia

autores favoráveis e contrários ao instituto, ainda que o mesmo não tivesse sido objeto de extensos estudos à época. Ademais, se antes do CPC/2015 havia debate em torno da mera existência das convenções processuais no ordenamento jurídico brasileiro, hoje, após a chegada do novo CPC, é pacífico o entendimento que o instituto existe, ainda que perdue debate a respeito dos seus limites.

Em relação às inovações do CPC/2015 a respeito do tema, verificou-se que ocorreu em duas frentes. A primeira, foi expandindo o número de negócios processuais típicos existentes, sendo a fixação de calendário processual um dos exemplos mais icônicos. A segunda, mais marcante, foi criar o princípio da atipicidade dos negócios processuais, por meio do art. 190, em cumulação com o art. 200, que conferiu às declarações de vontade das partes eficácia imediata, independentemente, portanto, de homologação do magistrado.

No terceiro capítulo, referente às convenções processuais nos Estados Unidos, viu-se, em primeiro lugar, que os estados têm autonomia para elaborar as próprias normas processuais, as quais regem os litígios que são processados nas cortes estaduais. Observou-se, ainda, que em paralelo às cortes estaduais, existem cortes federais, que por sua vez, possuem competência distinta das estaduais e, além disso, normas processuais diferentes, sendo essas originadas, em grande parte, das *Federal Rules of Civil Procedure*. Portanto, há múltiplos processos estaduais, enquanto existe um só processo federal, que se aplica em todas as cortes federais do país.

Em relação às convenções processuais propriamente ditas, viu-se que nos Estados Unidos, a doutrina, assim como no Brasil, divide-se quanto ao tema, havendo autores favoráveis e críticos ao instituto. Ademais, constatou-se que as *Federal Rules of Civil Procedure*, a lei responsável pelo processo civil no âmbito da justiça federal, permite em várias passagens a negociação de procedimentos e situações jurídicas processuais, ainda que não exista no país, de forma expressa, cláusula geral, como passou a existir no Brasil a partir da promulgação do CPC/2015. Quanto à jurisprudência estadunidense, verificou-se que a Suprema Corte do país, em repetidos casos – e de maneiras distintas em cada um –, tem referendado a possibilidade de se convencionar a respeito do procedimento ou de situações jurídicas processuais, inclusive em casos relativamente recentes, como *AT&T Mobility v. Concepcion*, de 2011.

Por fim, no quarto e último capítulo, concluiu-se que, embora exista tendência à convergência entre as tradições jurídicas, no sentido de países de *civil law* andarem em direção ao privatismo e países de *common law* caminharem em direção ao publicismo, como bem notaram diversos doutrinadores brasileiros e estrangeiros, as convenções processuais parecem estar rumando no sentido do privatismo tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos.

Ademais, observou-se que as doutrinas brasileira e estadunidense possuem visões diferentes acerca das convenções processuais. No Brasil, os autores que apoiam o instituto com entusiasmo lançam mão de conceitos como argumentos liberdade, autonomia da vontade e autorregramento da vontade, enquanto que, nos Estados Unidos, os autores entusiastas das convenções processuais usam de argumentos baseados em *Law e Economics* e, principalmente, na ideia de eficiência – isto é, de que redução de custos de litigância, ocasionadas pelas convenções processuais, seria benéfica ao mercado e, em última instância, aos consumidores, sob a forma de preços mais acessíveis. Todavia, os que têm visão cética em relação ao instituto compartilham de preocupações semelhantes, relativas à interferência que as convenções processuais são capazes de causar nas atividades e funções do processo e do Judiciário.

Por fim, constatou-se que, a despeito de os ordenamentos jurídicos brasileiro e estadunidense serem evidentemente distintos, há certas propostas de limitações às convenções processuais significativamente semelhantes em ambos os países.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 1.

CARUSO, Daniela. Private Law and State-Making in the Age of Globalization. In: **New York University Journal of International Law and Politics**, v. 39, 2006.

CASTRO, Daniel Penteadó de. **Poderes instrutórios do juiz no processo civil**. 1ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

COSTA, Lopes da. **Manual Elementar de Direito Processual Civil**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

COUCEIRO, Julio Cesar da Silveira. Negócio jurídico processual: limites entre publicismo e privatismo. **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba, SP, v. 02, n. 03, 2017.

DAVIS, Kevin; HERSHKOFF, Helen. Contracting for Procedure. In: **NYU Law Review**, 2011.

Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del1608.htm)

DIDIER JR., Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018.

DODGE, Jaime. The limits of procedural private ordering. In: **Virginia Law Review**, v. 97, 2011.

DUTRA, Nancy. História da formação da Ciência do Direito Processual Civil no mundo e no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 13, n. 1759, 25 abr. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11192>>. Acesso em: 19 maio 2019.

Exposição de Motivos do CPC/1939, disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>

Federal Rules of Civil Procedure. Disponível em: [https://www.uscourts.gov/sites/default/files/civil-rules-procedure-dec2017\\_0.pdf](https://www.uscourts.gov/sites/default/files/civil-rules-procedure-dec2017_0.pdf)

FUX, Luiz; FUX, Rodrigo. O novo Código de Processo Civil à luz das lições de José Carlos Barbosa Moreira, um gênio para todos os tempos. **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro/RJ, v. 20, n. 1, 2018.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil introdução ao direito processual civil**. 3ª ed. São Paulo: Editora Forense, v. 1, 2011.

\_\_\_\_\_. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, n. 164. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2008.

HORTON, David. The shadow terms: contract procedure and unilateral amendments. In: **UCLA Law Review**, v. 57, 2010.

LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de transplantes jurídicos. **Revista Cadernos da Pós-Graduação em Direito PPDGIR./UFRGS**, v. 9 n. 1, 2014.

Lei nº 1.121, de 21 de agosto de 1915. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/Ministros/47121\\_v2/pdf/47121\\_v2.pdf](http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/Ministros/47121_v2/pdf/47121_v2.pdf)

Lei nº 2.421, de 14 de janeiro de 1930. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1930/lei-2421-14.01.1930.html>

Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm)

Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. v. 1. 2ª ed. ver. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 18ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Cortes Superiores e Cortes Supremas**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Correntes e Contracorrentes no Processo Civil**. *Revista de Processo*, v. 116, 2004, p. 313.

\_\_\_\_\_. **O processo, as partes e a sociedade**. Temas de direito processual (oitava série). São Paulo: Saraiva, 2001.

MULLER, Julio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 2ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017.

OAKLEY, John B.; COON, Arthur. The Federal Rules in State Courts: A Survey of State Court Systems of Civil Procedure. In: **Washington Law Review**, v. 61, 1986, p. 1367-1368.

PAULA, J. L. M. de; NEITZKE, H. C. Convenções sobre matéria processual: um novo tempo para o processo civil. **Revista Ciências Jurídicas e Sociais UNIPAR**, Umuarama, v. 19, n. 2, 2016.

Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm)

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo: Dialética, n. 149, 2015.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

SUBRIN, Stephen; MAIN, Thomas. The Fourth Era of American Civil Procedure. In: **University of Pennsylvania Law Review**, v. 162, 2014.

TARUFFO, Michele. Icebergs de common law e civil law? Macro-comparação e micro-comparação processual e o problema da verificação da verdade. In: **Temas atuais do direito: estudos em homenagem aos 80 anos do curso de direito da Universidade Federal do Espírito Santo**. NETO, Francisco Vieira Lima; SILVESTRE, Gilberto Fachetti; LIMA, Marcellus Polastri; ZAGANELLI, Margareth Vetus. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

TAYLOR, David; CLIFFE, Sara. Civil Procedure by Contract: A Convuluted Confluence of Private Contract and Public Procedure in Need of Congressional Control. In: **University of Richmond Law Review**, v. 35, 2002.

TOBIAS, Carl. The Past and the Future of the Federal Rules in State Courts. In: **Nevada Law Journal**, v. 3, 2003.

YARSHELL, Flávio Luiz. “Convenções das partes podem em matéria processual: rumo a uma nova era?”. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA; Pedro Henrique (coord.). **Negócios processuais**. Salvador: Editora JusPODIVUM, 2015.