

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

GUILHERME LÉDO MOREIRA
(Nº USP 10340030)

**NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E PROCESSO DIGITAL:
ESTUDO SOBRE UMA POSSÍVEL ATIPICIDADE**

SÃO PAULO
2021

GUILHERME LÉDO MOREIRA

**NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E PROCESSO DIGITAL:
ESTUDO SOBRE UMA POSSÍVEL ATIPICIDADE**

Tese de Láurea (Trabalho de Conclusão de Curso), apresentada como condição para a obtenção do título de bacharel em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, sob a orientação do professor Ricardo de Barros Leonel.

São Paulo, 2021

Nome: MOREIRA, Guilherme Léo.

Título: Negócios jurídicos processuais e processo digital: estudo sobre uma possível atipicidade

Tese de Láurea apresentada ao Departamento de Direito Processual da Universidade de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Associado Ricardo de Barros Leonel.

Aprovado em: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

Orientador: Prof. Ricardo de Barros Leonel.

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a). _____

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Assinatura: _____

“There are places I'll remember
All my life though some have changed”

(“In my life”, Lennon-McCartney)

Às Arcadas, que muito além de conhecimento
jurídico, trouxe-me Amor, amigos, inspirações
e muitos momentos felizes.

AGRADECIMENTOS

A Deus, força vital que tudo move, tudo concretiza e tudo provê. Esta é mais uma prova de sua onipotência.

Aos meus pais, Gerfran e Lucilene, que sempre de tudo fizeram para ver meus sonhos realizados e que, certamente, há 23 anos, jamais pensaram em ter um filho bacharel pelas Arcadas do Largo de São Francisco.

À Maria Eduarda Gomes Schettini, eterna companheira nos sorrisos e nas lágrimas e a quem devo todos os incontáveis agradecimentos pelo amor, pelo carinho e pelo suporte em todos os momentos. Gratidão.

Ao Cláudio e à Ceixa, pessoas muito generosas e que foram essenciais para essa conquista.

Ao professor e orientador Ricardo de Barros Leonel, que, além de excelente docente, é sobretudo grande inspiração profissional e acadêmica. Devo-lhe todo o gosto pelo direito processual.

Aos mentores nos três estágios que tive oportunidade de vivenciar durante esse processo e que foram fundamentais para minha formação: Dra. Renata Mota Maciel, Dr. Marcos Angelo Grimone e Dr. Eduardo Melo de Mesquita, que além de tudo é um grande amigo.

Aos queridos amigos com os quais as Arcadas me presentearam: Arthur Macedo, Luis Alberto Poti e Julio Brandão. Foi um prazer viver essa experiência com vocês. E que venham muitas outras.

Aos docentes que muito contribuíram com tudo (do pouco) que sei de direito e de cujas aulas sentirei eternas saudades: André de Carvalho Ramos, Antonio Carlos Morato, Antonio Rodrigues Freitas Júnior, Ari Marcelo Solon, Balmes Veja Garcia, Bernardo Bissoto Queiroz de Moraes, Carlos Alberto de Salles, Celso Fernandes Campilongo, Dárcio Rodrigues, Diogo Coutinho, Eduardo Marchi, Eduardo Tomasevicius Filho, Erasmo Valladão, Eunice Prudente, Fernando Dias Menezes, Flávio Luiz Yarshell, Flávio Roberto Batista, Francisco Paulo de Crescenzo Marino, Francisco Satiro, Geraldo Miniuci, Gustavo Justino de Oliveira, Gustavo Henrique Bararó. Hécio Maciel França Madeira, Helena Regina Lobo da Costa, Humberto Ávila, José augusto Fontoura Costa, José Carlos Baptista Puoli, José Levi Mello do Amaral Júnior, José Luiz Gavião de Almeida, José Raul Gavião de Almeida, José Marcelo Martins

Proença, José Maria Arruda de Andrade, José Roberto dos Santos Bedaque, Juliana Krueger Pela, Luciano Anderson de Souza, Luis Fernando Massoneto, Manoel de Queiroz Pereira Calças, Mara Regina de Oliveira, Marta Saad, Orlando Villas Bôas, Paulo Ayres Barreto, Paulo Fernando Campos Salles de Toledo, Pierpaolo Cruz Bottini, Renato de Mello Jorge Silveira, Roberto Pfeiffer, Rodrigo Pagani de Souza, Sheila Christina Neder Cerezetti, Susana Henriques da Costa, Vinicius Marques de Carvalho e Vitor Rhein Schirato. Espero um dia poder reiterar esses agradecimentos nos corredores da Velha Sempre Nova Academia.

Por fim, a todos os funcionários da Faculdade. Mas seria pecado deixar de nominar três pessoas incríveis: Tereza, da Biblioteca; Jaílson, sempre muito atencioso com os alunos; e Toninho, uma figura!

RESUMO

MOREIRA, Guilherme Léo. **Negócios jurídicos processuais e processo digital: estudo sobre uma possível atipicidade.** Trabalho de Conclusão de Curso (Tese de Láurea). Bacharelado em Direito. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2021.

O presente trabalho pretende analisar a possibilidade jurídica da realização de convenções processuais em matéria de digitalização do processo, demonstrando as suas bases teóricas e seus fundamentos legais. Ao longo do trabalho, desenvolvem-se a verificação dos planos do negócio jurídico no campo das convenções processuais, especificando os elementos de existência, os requisitos de validade e os fatores de eficácia necessários para tais acordos. Superada essa análise, explana-se sobre a relação da tecnologia com o processo judicial, passando-se pelos estatutos legais e pelos fatores sociais que fomentam essa integração. Verificado o estímulo do sistema jurídico ao uso da tecnologia do processo, estuda-se o uso das novas tecnologias como objeto das convenções processuais.

Palavras-chave: convenções processuais; tecnologia; justiça digital; processo eletrônico; juízo 100% digital.

ABSTRACT

MOREIRA, Guilherme Léo. **Procedural agreements and digital procedure: study about a possible atypical arrangement.** Undergraduate working paper (Tese de Láurea). Law undergraduation. Law School, University of São Paulo. São Paulo, 2021.

This paper aims to analyze the legal authorization to settle procedural agreements relating to digital procedure, by illustrating its theoretical basis and its legal background. Throughout this paper, it is developed the verification of the legal agreement's degrees, such as the existence elements, the validity requirements and the effectiveness factors. After that point, the connection between technology and legal procedure is explained by studying the rules and the social factors boosting that integration. Once it is verified that the legal system pushes the technology application in the legal procedure, it is analyzed how the new techs can be the issue of procedural agreements.

Keywords: procedural agreements; technology; virtual courts; digital procedure; full digital courts.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – FUNDAMENTOS TEÓRICOS	13
1. A TEORIA DOS SISTEMAS COMO MECANISMO DE ANÁLISE DO PROBLEMA	14
1.1. A noção de complexidade social	15
2. OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E O EMBATE ENTRE PRIVATISMO E PUBLICISMO NO DIREITO PROCESSUAL	17
CAPÍTULO II – O PANORAMA ATUAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS	20
3. BREVE EXPLICAÇÃO HISTÓRICA	20
3.1. O negócio processual (ou “processo negocial”) como figura central do processo romano	20
3.2. A abordagem dos negócios jurídicos processuais na fase cientificista do direito processual	22
4. OS ELEMENTOS DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS	25
5. ANÁLISE DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS PELO CRITÉRIO DA ESCADA PONTIANA	27
5.1. Elementos de existência	27
5.1.1. Hipótese de incidência normativa	27
5.1.2. Manifestação de vontade e declaração	28
5.1.3. Momento de conclusão	30
5.1.4. Elemento categorial inderrogável: objeto	31
5.2. Requisitos de validade	32
5.2.1. Requisitos intrínsecos	33
5.2.1.1 Capacidade	34
5.2.1.2. Objeto	35
5.2.1.3. Forma	36
5.2.2. Requisitos extrínsecos	37
5.2.2.1. Direitos que admitam autocomposição	37
5.2.2.2. Capacidade postulatória	39
5.2.2.3. Ausência de caráter abusivo e de vulnerabilidade entre os convenientes	40
5.3. Fatores de eficácia	41

5.3.1. <i>Os fatores de atribuição da eficácia em geral</i>	42
5.3.2. <i>Os fatores de atribuição da eficácia diretamente visada</i>	42
5.3.3. <i>Os fatores de atribuição mais extensa</i>	43
CAPÍTULO III – O PAPEL DA TECNOLOGIA NO PROCESSO	44
6. O INGRESSO DAS NOVAS TECNOLOGIAS NO PROCESSO	44
7. O PARADIGMA DA LEI N. 11.419/06	45
8. O FATOR CATALISADOR DA REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA NO PROCESSO	46
9. O “JUÍZO 100% DIGITAL”	47
CAPÍTULO IV – O PROCESSO DIGITAL COMO OBJETO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS	49
10. FUNDAMENTOS LEGAIS	49
11. LIMITES ÀS CONVENÇÕES PROCESSUAIS SOBRE PROCESSO DIGITAL	51
11.1. <i>Modificação exclusiva da estrutura eletrônica do Tribunal</i>	51
11.2. <i>Dificuldade de acesso a provas</i>	51
CONCLUSÃO	53
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como temática a tendência de digitalização do processo e do sistema de justiça brasileiro, algo que nos últimos tempos já vinha se desenhando, e sua relação com o moderno instituto do negócio jurídico processual. O primeiro aspecto do tema (o processo digital) não apresenta em si mesmo uma novidade, visto que o auxílio de mecanismos informáticos já tem sido presente no nosso direito processual há algum tempo. Contudo, a fusão disto com aquilo é a novidade temática buscada em nosso trabalho, sobretudo em razão de toda a repercussão do uso intenso da tecnologia desde o ano passado.

À medida que as relações humanas com a tecnologia seguem evoluindo e que a necessidade de tutela jurisdicional menos custosa, mais célere e mais efetiva passa a estar cada vez mais vinculada à agilidade conferida pelas ferramentas eletrônicas, a utilização destas passa a ser uma constante e aos poucos a expressividade dos usos desse arcabouço cresce. Se das prateleiras empilhadas passamos para as nuvens, se dos autos amassados e amarelados fomos para os autos em ecrã, se da caneta rapidamente chegamos ao *token*, constata-se sem exagero que há um caminho tecnológico-evolutivo por meio do qual os profissionais do direito e as instituições frequentemente passam e do qual não podem se esquivar: já que o “novo mundo” das atuais tecnologias informacionais está entre nós e já que em certos aspectos ele beneficia o sistema de justiça, por que não ser explorado pelos usuários deste sempre que isso se mostrar interessante para uma maior efetividade do processo¹?

Tal movimento de incorporação dos fatores digitais foi inegavelmente rápido. Fato notório que pode ser evidenciado por meio de uma simples comparação do existia nos tribunais ao longo dos anos 2000 para o que há hodiernamente, modificação essa talvez tão veloz quanto àquela pela qual passou – e segue passando – toda a sociedade, fruto da tal quarta revolução industrial. Em razão de tamanha rapidez com que as mudanças tecnológicas ocorrem no judiciário, não raras vezes até os mais habituados praticantes do direito “lutam” para acompanhar o desenrolar da *justiça virtual*.

¹ Já alertava J. C. BARBOSA MOREIRA que um dos aspectos que interferem na noção de *efetividade do processo* é o quanto se despende “tempo e energias”, aspecto este que, segundo ele, por vezes remete a fatores alheios ao direito (“Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo”, in *Temas de direito processual*: terceira série, São Paulo, Saraiva, 1984, pp. 28 *et seq.*). Concordando com essa premissa do processualista carioca, nada mais pertinente compreender que o aparato tecnológico desenvolvido e existente na sociedade pode ser estudado (e por que não colocado em uso?) como caminho para uma maior efetividade processual, de sorte a nos ocuparmos dessa questão em nosso trabalho.

Contudo, como se apenas essa introdução planejada e gradual de novos instrumentos tecnológicos já não trouxesse percalços no dia-a-dia forense, o momento atual vivenciado pela sociedade representa um catalisador desse processo de digitalização da justiça²: a pandemia do COVID-19 tem sido a causa de uma série de alterações na configuração do processo judicial, que não pôde de modo nenhum passar ileso diante da nova circunstância global. Para que o sistema de justiça nacional não ficasse paralisado e, conseqüentemente, a função pacificadora do processo não se tornasse inócua, com bastante ligeireza foi necessário encontrar remédios para o enfrentamento dessa crise da Justiça, tal como ocorreu em outros setores de nossa sociedade.

Assim, a solução inarredável foi a utilização tão ampla quanto possível das ferramentas tecnológicas e informacionais à disposição nesse momento. Notoriamente se sobressaíram os mecanismos de vídeo-comunicação, tornando possíveis as – agora corriqueiras – *sessões e audiências virtuais*, além das demais utilidades já existentes, cuja aplicação imperiosamente se recrudesceram.

É no desafio dessa incorporação de tecnologias informacionais ao processo que reside a justificativa de nosso trabalho. Se isso será (se já não é) a realidade de toda a justiça nacional – ao menos é essa a tendência que já vinha se construindo e que foi acelerada pela atual pandemia – é fundamental que, num primeiro passo, compreenda-se o estado da arte de tal relação processo-tecnologia, para em seguida se analisar as características e os elementos inerentes à justiça digital, de sorte a otimizar essas intenções de efetiva e permanente aplicação de ferramentas tecnológicas às estruturas processuais. Ademais, se a perspectiva crescente no âmbito judicial é a de que a integração tecnológica, em especial aquela que todos estão vivenciando durante o momento vigente de pandemia, veio para ficar³, será mais ainda primordial que os praticantes do direito saibam como lidar com isso e assim o façam caso queiram.

² Do mesmo modo que o pensamento e as projeções do passado forçosamente se modificaram em outras ciências e setores sociais. Para citarmos alguns exemplos, o rito científico para a elaboração de uma vacina nunca foi tão célere como agora, de sorte que a atual necessidade mais que urgente sumarizou o procedimento de tal fabrico; o mesmo se diga no setor aéreo, em que a necessidade de se eliminar os mega-aviões (como o Jumbo 747) teve de ser maximizada pelas suas operadoras, levando-as a os retirar das frotas bem antes do previsto, para redução de custos; na medicina, lembremos da *telemedicina*, que virou o “trunfo” das operadoras de saúde.

³ Ao menos é nesse sentido que se tem noticiado, como já se observa: “Serviços por videoconferência serão mantidos no Judiciário após epidemia”, matéria disponibiliza na plataforma ConJur. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-27/judiciario-mantera-servicos-videoconferencia-epidemia?fbclid=IwAR3tYKNRW-BvGgJwA9SI6s4CroZH-2EonBWJuxFdT7qA8xNwS1PTHViBi4>>.

Nisso se inserem os negócios processuais, visto que, partindo da abertura conferida pelo Código de Processo Civil atual para a realização de convenções atípicas, às partes poderá eventualmente ser factível estipular acerca do uso ou não de tecnologia no processo, em que grau e em que termos. Prova disso é a recente orientação do Conselho Nacional de Justiça, promovendo o que denomina de “Juízo 100% digital”, de facultar ao demandante, com posterior anuência do demandado, a escolha para que todo o procedimento se dê por meio de plataformas virtuais (artigo 3º da Resolução n. 345 do CNJ).

Observa-se, portanto, um terreno fértil para os negócios processuais, uma vez que o ambiente do procedimento, se presencial ou virtual, pode se inserir na esfera dispositiva dos litigantes. E por tal motivo entendemos ser essa temática de grandes possibilidades para a pesquisa aqui projetada. Se hipoteticamente dizemos que isso é possível, assaz interessante também será buscar delinear o modo como isso seria feito, quando estaria autorizado e em que termos, como isso seria acolhido pelos usuários do sistema de justiça, como isso poderia ser controlado.

Esse trabalho volta-se a essas questões, que consideramos ser não apenas de interesse teórico, mas também de interesse prático. Acreditamos que o resultado dessa pesquisa possa render bons frutos, seja para a academia, seja para a praxe forense.

Por fim, impõe um breve apontamento de cunho terminológico. Neste trabalho, utilizaremos as expressões “convenções processuais”, “acordos processuais” e “negócios jurídicos processuais” como equivalentes, uma vez que elas remetem ao mesmo objeto, sem qualquer irritação no conteúdo da mensagem que se deseja transmitir. Ainda que se possa admitir a noção de gênero para a terceira expressão, da quais as duas primeiras seriam espécies, as três nomenclaturas têm sido aplicadas reiteradamente na literatura processual para indicar a mesma coisa, prevalecendo a metonímia para o termo “negócio”⁴.

⁴ Sobre esse aspecto, cf. A. A. de A. MAGALHÃES JÚNIOR, *Convenção processual na tutela coletiva*, Salvador, JusPodivm, 2020, pp. 70-72.

CAPÍTULO I

PREMISSAS E FUNDAMENTOS TEÓRICOS

Os fatos observados e analisados no interior da sociedade não podem ser compreendidos como esvaziados de uma justificação teórico-abstrata. Os eventos fenomenológicos, as condutas, o agir humano pressupõem um elemento justificador, ainda que considerado *in abstracto*, para que possam acontecer. A dedutibilidade da explicação dos fenômenos (concretos) a partir de um aporte metodológico e teórico é de severa relevância para a compreensão da realidade factual, bem como para as projeções e o trato com as contingências a porvir.

A tarefa de buscar a compreensão e a justificação das estruturas do Direito não pode estar não imune à operacionalização de marcos teóricos suficientemente capazes de conferir meios mínimos para satisfazer tal objetivo. Entende-se que à reflexão sobre problemas jurídicos importa levar em consideração premissas idôneas, de tal sorte a enlaçar os aspectos concretos a partir de fundamentos abstratos que os expliquem e que lhes confirmem sentido. Em outras palavras, trazem-se antecedentes teórico-abstratos que fornecem razão de existência e metodologia justificadora para os consequentes prático-concretos que integram o objeto de análise.

É nessa perspectiva que se revela assaz importante gizar o arcabouço teórico que auxilia na explicação dos fenômenos jurídicos sobre que aqui se debruça. Numa etapa antecedente, almeja-se a incursão nos fundamentos dessas inventividades que têm surgido no sistema jurídico.

Partindo de tal delineamento teórico, primeiro será feita uma abordagem sobre a Teoria dos Sistemas, buscando, a partir dos seus pilares conceituais, tecer uma análise sobre o fenômeno da digitalização do processo e da justiça. A ideia é trazer uma compreensão do fenômeno a partir desse marco teórico, que pode mostrar bastante útil para tal propósito.

Em seguida, vai-se ensaiar a análise dos negócios processuais à luz da reflexão entre *processo e ideologia*, de modo a enquadrar o nosso objeto na relação entre essas duas entidades abstratas. Como será visto, reputa-se relevante estudar o instituto não apenas como um tópico estático na normatividade processual, mas também a partir das considerações axiológicas que inspiram o legislador ao criar novos institutos e que orientam os seus

aplicadores. Disso decorre a necessidade de inserir o negócio processual nas tensões entre publicismo e privatismo e entre liberalismo e autoritarismo processual.

1. A TEORIA DOS SISTEMAS COMO MECANISMO DE ANÁLISE DO PROBLEMA

No campo propedêutico da sociologia do direito, há uma variedade de componentes teóricos que podem servir de arcabouço para o estudo de elementos práticos do direito, autêntica ciência social aplicada. A Teoria dos Sistemas, cujo primeiro grande desenvolvedor foi Talcott PARSONS⁵, ganhou corpo no último quartel do século XX, sobretudo sob a pena do jurista e sociólogo Niklas LUHMANN.

A aplicabilidade dessa teoria ao estudo do fenômeno da digitalização do processo justifica-se em razão daquela ter em suas bases o propósito de explicar os eventos avançados da complexa sociedade pós-moderna. Na essência, os próprios pressupostos epistemológicos da Teoria dos Sistemas são inovadores, rompendo com paradigmas conceituais ultrapassados e que se tornaram insuficientes para explicar a fenomenologia da sociedade atual⁶.

Pode-se afirmar que a *proxy* teórica e metodológica da Teoria dos Sistemas, voltada para a compreensão de uma sociedade complexa, unívoca⁷, comunicativa e conectada por *setores* (subsistemas) em constante interação, estabelece conexão com a atualidade social e

⁵ Vide a obra paradigmática *The social system*, Nova Iorque, The Free Press, 1951.

⁶ Como delineia LUHMANN, à moderna sociologia, calcada no ideal sistêmico, caberia desconstruir o fundo epistemológico do passado, este fundado, resumidamente, em quatro pilares: (1) a sociedade consiste em pessoas e nas relações entre elas; (2) a sociedade é constituída ou ao menos integrada pelo consenso entre humanos, mediante opiniões concordantes e propósitos complementariedade de seus desígnios; (3) as sociedades são regionais, territorialmente definidas, (Luhmann dá exemplos: o Brasil seria diferente da Tailândia, os Estados Unidos, diferentes da Rússia, e o Uruguai, diferente do Paraguai); (4) as sociedades, como se fosse grupo de pessoas ou territórios, poderia ser observada externamente, sem influências do objeto observado no observador. Nesse sentido, cf. LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Vol. 1. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997, pp. 24-25 [trad. em inglês: *Theory of Society*. Vol. 1. Stanford: Stanford University Press, 2012, p. 6; trad. em espanhol: *La sociedad de la sociedad*. Barcelona: Herder Editorial, 2006, pp. 11-12].

⁷ Um dos pontos marcantes da quadro teórico de LUHMANN é a percepção de uma sociedade mundial (“Weltgesellschaft”), de modo que os caracteres regionais se tornam insignificantes para diferenciar a sociedade em vários polos nacionais; pelo contrário, haveria uma única sociedade, integrada pela comunicação simultânea e ultrafronteiras. Nas suas próprias palavras, “Desde a segunda metade do século XIX, tem havido um *tempo* mundial uniforme. Significa dizer que, em qualquer lugar da Terra, independente do fuso horário local, é possível se estabelecer simultaneidade com todos os lugares e se comunicar por todo o mundo sem desperdício de tempo. Tal qual a constância da velocidade da luz na física, o *tempo mundial* na sociedade garante a conversão de todas as perspectivas temporais: o que é cedo ou tarde em um lugar é também cedo ou tarde em outro lugar. A similaridade da sociedade se adaptou à diferenciação em sistemas funcionais. Isso eliminou a possibilidade de se definir a unidade do sistema social a partir das fronteiras territoriais ou da oposição membros/não-membros (e.g. Cristãos em oposição a pagãos). Para sistemas funcionais, como a economia, a ciência, a política, a educação, a medicina, o direito, cada um tem suas próprias exigências em delimitar seus limites (fronteira, *Grenze*), que não mais podem estar concretamente integrados a um dado espaço [físico] ou em relação a um grupo de pessoas.” (*Theory of society*. Vol. 1, Stanford: Stanford University Press, 2012, pp. 85-86 [tradução nossa]; no original, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Vol 1, pp. 148-149).

informacional. Uma sociedade em rede, entrelaçada pelos modernos aparatos tecnológicos, propícios para o incremento cada vez maior da comunicação, é cenário de estímulo para a intersecção de estruturas sociais outrora em cisão. Sob o prisma da Teoria dos Sistemas, o direito, como subsistema social, não fica alheio e enclausurado nele mesmo, mas passa a se intercambiar com outros subsistemas, como o científico (tecnologia). E não é por acaso que, por serem ambos subsistemas sociais, portanto, compostos pelo vetor da comunicação, o intercâmbio entre esses subsistemas tende a resultar no aumento do potencial comunicativo.

1.1. A noção de complexidade social

Um dos aspectos centrais da teoria sociológica luhmanniana é a sociedade como um sistema complexo, cujos estágios de complexidade avançam e, na mesma velocidade, a própria sociedade cuida de se às novas realidades mais complexas, reduzindo-as. Trata-se sabidamente de um paradoxo do sistema, suficientemente capaz de fomentar a sua evolução⁸.

Afirmar que um sistema é complexo, de acordo com os pilares da Teoria dos Sistemas, significa dizer há desequilíbrio na relação entre os elementos do sistema, o que amplia os arranjos possíveis entre eles⁹. De forma menos abstrata, a complexidade revela-se na medida em que, para a ocorrência de um evento, há um número de possibilidades maior do que o número de fenômenos comunicativos factualmente realizáveis¹⁰.

Contudo, o mesmo sistema que promove a ampliação de possibilidades utiliza-se de mecanismos que controlam o desequilíbrio por ele produzido. Nisso reside a outra face do processo de complexidade social, qual seja, o carácter seletivo que o sistema possui de filtrar as melhores possibilidades e adequá-las às estruturas sistêmicas¹¹. Ao realizar as seleções possibilidades viáveis de conexão entre os elementos, o sistema, que havia criado o estado mais complexo, reduz a complexidade. A eliminação de complexidade ou a sua redução “a

⁸ A ideia de um sistema alimentado por paradoxos não pode ensejar a repulsa ao observador e levar ao entendimento de que isso é problemático. Pelo contrário, muitas vezes as estruturas de paradoxos não a chave de um sistema. A concepção de sistema como sinônimo de ordem remete aos princípios do pensamento científico, mas tem sido superada pela noção segundo a qual um sistema deve voltar para a sua função a ser desempenhada mediante um feixe de critérios, que podem envolver paradoxos para sua estabilização (cf. N. LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. esp., Buenos Aires, Olejnik, 2018, pp. 14-15). Vale apontar que o sistema jurídico, como subsistema social, é permeado por seus paradoxos, que integram a cadeia operativa dos juristas (sobre o tema, cf. George P. FLETCHER, “Paradoxes in legal thought”, in *Columbia Law Review*, n. 85, 1985, pp. 1268-1280).

⁹ Cf. G. CORSI – E. ESPOSITO – C. BARALDI, *GLU: glosario sobre La teoria social de Niklas Luhmann*, trad. esp., Cidade do México, Universidad Iberoamericana, 1996, p. 43. Vide N. LUHMANN, *Social systems*, trad. ing., Stanford, Stanford University Press, 1995, p. 24.

¹⁰ N. LUHMANN, *Sociologia do direito*, trad. port., Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1983, p. 45.

¹¹ Cf. N. LUHMANN, *Social systems*, trad. ing., Standford, Stanford University, 1995, p. 25.

um nível suportável”¹² por meio operações seletivas consiste sobretudo uma necessidade do sistema para preservar as suas estruturas e funções, mantendo-se assim diferenciado em relação ao seu ambiente.¹³

Concretamente, verifica-se esse processo de complexidade e redução (seleção) em vários eventos nas mais variadas searas da sociedade. O avanço tecnológico (fenômeno inserido no sistema científico) é um exemplo, como se pode observar nos constantes, rápidos e múltiplos descobrimentos que novas ferramentas e programas. Muitas inovações surgem, porém nem todas são introduzidas na sociedade e passam a operar no sistema.

No sistema jurídico, também se constata o dinamismo da complexidade. Tome-se como exemplo o ato de citação. Na Roma antiga, o procedimento para a citação do devia se dar oralmente e em local público¹⁴, vedada a notificação do réu em sua casa¹⁵. Com a evolução e a complexificação da sociedade e do direito, foram surgindo novos mecanismos para o ingresso do réu no processo, como a citação postal. Nesse fluxo evolutivo, chegou-se ao momento em que se têm ofertado variadas possibilidades de citação pela via eletrônica, a tal ponto que o ordenamento absorveu algumas¹⁶.

Outra ilustração pode ser encontrada no sistema recursal. O mesmo direito que ampliou as oportunidades recursais após a Constituição de 1988 (aumentando as possibilidades de interposição aos Tribunais Superiores em decorrência do amplo acesso à jurisdição) também foi levado criar filtros seletivos para mitigar a sobrecarga e erosão desse sistema. É esse fenômeno que, sociologicamente, explica a invenção do instituto da repercussão geral no Supremo Tribunal Federal, da transcendência no Tribunal Superior do Trabalho e da súmula 7 no Superior Tribunal de Justiça.

Verifica-se que o sistema social e o subssistema jurídico reproduzem a todo tempo esse processo de complexificação, produzindo e selecionando novas possibilidades. As novas tecnologias não são senão uma consequência do constante fluxo de evolução social e criação de novos elementos para o sistema. Cabe, portanto, à sociedade filtrar o que é feito com as inovações que são desenvolvidas e fomentadas pelo próprio sistema.

¹² Valemos da expressão, muito elucidativa, utilizada por Orlando VILLAS BÔAS FILHO (*O direito na sociedade complexa*, São Paulo, Max Limonad, 2006, p. 184).

¹³ Cf. N. LUHMANN, *Social systems* cit., p. 25.

¹⁴ Cf. J. R. CRUZ E TUCCI – L. C. AZEVEDO, *Lições de história do processo civil romano*, São Paulo, RT, 2001, pp. 56-57.

¹⁵ GAIO 33 *ad legem*, D. 2, 4, 18.

¹⁶ Vide a nova redação do art. 246 do Código de Processo Civil.

Especificamente, tem-se que foi o próprio sistema do direito que promoveu uma complexidade interna ao prescrever a introdução da tecnologia ao processo judicial¹⁷. Dessa forma, coube ao mesmo sistema selecionar as alternativas viáveis e equilibrar o novo estado de coisas que ele mesmo produziu, regulamentando posteriormente o trâmite a ser aplicado pelos sujeitos processuais. É nesse ciclo que se justifica a aplicação Teoria dos Sistemas e sua noção de complexidade para a compreensão do fenômeno da digitalização do processo.

2. OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS E O EMBATE ENTRE PRIVATISMO E PUBLICISMO NO DIREITO PROCESSUAL

O direito positivo e os ramos específicos que o subdividem tematicamente são reflexos inexoráveis dos valores sociopolíticos contemporâneos à sua edificação. São as ideologias que orientam o processo de produção normativa, na medida em que os legisladores e aplicadores do direito colhem e reproduzem os valores que identificam adequados, construindo assim uma estrutura simbólica¹⁸, modelando um plexo de princípios a serem seguidos.

O direito processual não está alheio aos ventos político-ideológicos que se sucedem na história da civilização. O processo judicial, embora historicamente tenha sido visto quase que unicamente pela sua perspectiva técnica, não deixa de ser dotado de substratos ideológicos e sócio-políticos¹⁹. Basta lembrar o processo inquisitivo medieval, claro reflexo da corrente de pensamento repressiva e violenta que vigorava na época.

O espírito do tempo (*Zeitgeist*) de uma civilização – e aqui nos referimos à ocidental – repercute inevitavelmente em todos os setores da sociedade. Com o direito não pode ser diferente, de tal sorte que as formas e correntes de pensamento de determinado período histórico compõem as reflexões dos juristas e dos legisladores que vivem no respectivo tempo. Não é mera coincidência que visão liberal e garantista nos primeiros códigos de processo do século XIX tenha emergido contemporaneamente à florescência do pensamento liberal-revolucionário europeu²⁰. Pairava, nessa época, a ideia de que o processo seria

¹⁷ Vide Lei n. 11.419/06 e arts. 193 e ss. do CPC.

¹⁸ Cf. N. LUHMANN, “Positive Law and Ideology”, in *The differentiation of society*, trad. ing., New York, Columbia University Press, 1982, pp. 98-99.

¹⁹ Nesse sentido, M. CAPPELLETTI, “Social and Political Aspects of Civil Procedure: Reforms and Trends in Western and Eastern Europe”, in *Michigan Law Review*, vol. 69, n. 5, abr. 1971, pp. 881-882.

²⁰ Cf. J. MONTERO AROUCA, “El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritária”, in J. MONTEIRO AROUCA (coord.), *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, pp. 141-142.

majoritariamente “coisa das partes”, limitando-se o Estado a atuar de modo negativo, apenas para simplesmente aplicar “a vontade da lei”²¹.

Com as mudanças sociais e políticas na transição entre os séculos XIX e XX, o Estado passou a ter um papel central, o que permaneceu durante quase todo o século passado²². E inexoravelmente as legislações processuais e os agentes da jurisdição estatal absorveram o modo de pensar que passou a vigorar.

Certamente, a correlação entre o modelo de Estado e as características processo é uma premissa inevitável. E os ventos ideológicos que predominam no Estado e na sociedade, uma vez refletidos no processo, repercutem na relação entre os sujeitos processuais. Partindo de dois polos, em um modelo de Estado autoritário, “o juiz pode tudo, e as partes são tratadas como coisas”²³, ao passo que no modelo de Estado liberal e democrático, há “um processo que reproduz, na sua estrutura, como a gota de água reflete o céu, a dialética do liberalismo e da democracia”²⁴.

O ponto médio entre esses dois campos resultou a afirmação do Estado-providência a partir do período entre guerras e em decorrência do choque da bolsa de Nova Iorque em 1929. Mesclaram-se, portanto, o ideal da democracia liberal com o fortalecimento do papel do Estado. O direito e o processo judicial, por óbvio, não ficaram imunes a esse processo, de tal sorte que o caráter público do direito processual se assentou²⁵.

Conquanto a tônica publicista do processo tenha ficado como herança e marca indelével do modelo político predominante no ocidente durante boa parte do século passado, uma nova onda liberal – como é notório – tem emergido, capaz de introduzir no direito processual aspectos que ressaltam a atuação das partes e diminuem a sobreatividade do Estado-juiz. É nessa perspectiva que se fomenta a arbitragem e os demais meios alternativos de solução de

²¹ Pode-se nomear esse tipo-ideal de juiz como “juiz-executor”. Nos dizeres de C. F. CAMPILONGO, “é evidente que este tipo-ideal incide nym pecado grave: é pouco realista. Não é crível, mesmo em sociedades mais estáveis, com um direito menos mutável e uma representação de interesses bem mais homogênea (como é o caso do século XIX), que em algum momento o ato de aplicação do direito tenha sido tão mecânico e simples. É certo que, para um número razoável de situações, o juiz pode, efetivamente, atuar como um mero executor da vontade dos códigos. Mas isso não deve nem ser generalizado nem assumido como uma descrição da atividade judicial” (*Política, sistema jurídico e decisão judicial*, São Paulo, Max Limonad, 2002, p. 50).

²² Cabe salientar que a expansão do Estado se deu nos dois blocos dominantes do mundo, isto é, tanto no Estado socialista do leste europeu, quanto o Estado social ocidental.

²³ P. CALAMANDREI, *Processo e democracia*, trad. port., 2ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2018, p. 86.

²⁴ *Idem, ibidem, loc. cit.*

²⁵ Cf. L. GRECO, “Publicismo e privatismo no processo civil”, ora in *Doutrinas essenciais de processo civil*, vol. I, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p. 1229.

controvérsias²⁶, que se amplia o direito à prova e que se possibilita a realização de negócios jurídicos processuais, fenômeno bastante expressivo do poder de atuação independente dos particulares na regulação da relação processual e do procedimento.

Não significa que o paradigma do caráter público do direito processual desapareceu²⁷. A essência desse ramo do direito mantém-se, mas o fato de predominar o publicismo não confere uma barreira absoluta às oportunidades e alternativas dos particulares de participar da escolha das regras e procedimentos que eventualmente serão aplicados, desde que respeitado o limite do disponível, como será visto adiante. Por esse motivo, tem-se que as convenções processuais são plenamente compatíveis com a atual ordem processual.

²⁶ Não é à toa que esses mecanismos resolutivos apenas passam a ser regulamentados durante ou após os anos 1990, quando os novos ares liberais desembarcam no Brasil.

²⁷ Sobre esse aspecto, cf. A. DO PASSO CABRAL, *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*, 3ª ed., Salvador, JusPodivm, 2020, pp. 169 *et seq.*

CAPÍTULO II

O PANORAMA ATUAL DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

3. BREVE EXPLICAÇÃO HISTÓRICA

Antes de se adentrar nos aspectos que hodiernamente caracterizam os negócios jurídicos processuais, é importante tecer uma breve explanação acerca do que já se considerou, no pretérito, como negócio processual. A evolução desse instituto não foi linear, visto que se observa uma grande ruptura teórico-científica na determinação do que seriam o objeto e o conteúdo de uma convenção processual.

Por mais que os estudiosos do passado já tivessem utilizado a rubrica *negócio processual*, compreende-se, à luz da nova roupagem que o instituto vem recebendo, que tal nomenclatura servia para designar outros fenômenos, distintos daqueles que hoje são chamados por essa mesma designação.

Ademais, vale até mesmo apontar que, inversamente do que é hoje a realidade, em tempos mais remotos (entenda-se, na época do período clássico do direito romano), era o caráter contratual que predominava no processo, de modo que a publicização do processo é que foi o evento disruptivo. Se hoje são os meios privatistas que pouco a pouco ganham espaço num processo que é majoritariamente publicista, àquele tempo ocorria o oposto, tanto que o processo em si era tido ontologicamente como um contrato entre os sujeitos do processo.

3.1. *O negócio processual (ou “processo negocial”) como figura central do processo romano*

Costuma ser consenso entre os estudiosos do processo o fato de que o direito processual, como ciência autônoma e destacada de outros ramos do direito, apenas surgiu em meados do século XIX. Contudo, não é porque a obra Oskar Von Bülow inaugura a cientificidade processual que não se pode constatar, em momentos anteriores da humanidade, relações intersubjetivas voltadas para, a partir de uma sequência de atos, resolver conflitos.

O mundo romano conheceu algo semelhante ao que hoje se denomina processo²⁸. A evolução civilizatória dos romanos permitiu substituir o modo radical, característico de outros povos da antiguidade e até mesmo da Roma primitiva²⁹, de fazer justiça com as próprias forças individuais. No curso da história romana, foi-se restringindo a ampla defesa dos interesses subjetivos pelos próprios sujeitos³⁰, de tal sorte a transferir a solução das controvérsias para um terceiro imparcial.

Dessa transição da predominância da autotutela para mecanismo heterocompositivos, sobrevêm situações relacionais entre os sujeitos em conflito. Deixa de haver a imposição de força de um sujeito, passando-se à pacificação a partir da resolução por um terceiro neutro, que, durante o período da *ordo iudiciorum privatorum*, era escolhido pelas partes³¹.

Não era apenas a escolha do julgador revelava a feição negocial do processo civil romano. A natureza do processo era típica de um negócio, uma vez que o ato mais importante do processo romano servia para extinguir as relações jurídicas materiais anteriores. A *litiscontestatio* tinha como um de seus efeitos a novação da relação jurídica antes existente, de modo que, na prática, ela instituía às partes do processo a obrigação consensual (negócio) de respeitar e adimplir não mais o que era devido na relação jurídica original, mais sim o comando que emergia da sentença³²⁻³³.

Por isso se afirmar que a *litiscontestatio* era um autêntico “contrato judicial”³⁴⁻³⁵, por meio do qual as partes novavam a relação jurídica anterior e definiam prospectivamente os seus deveres e direitos a partir da fixação do objeto litigioso, após a contestação da lide

²⁸ Importante asseverar que não se tratava, à época dos romanos, da relação processual como hodiernamente se conceitua. Contudo, a rubrica *processo civil romano* é bastante consagrada, sendo utilizada amplamente pelos romanistas e estudiosos do tema.

²⁹ Sobre a evolução dos mecanismos de solução de conflitos em Roma, cf. J. C. MOREIRA ALVES, *Direito romano*, 18ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2018, pp. 191-192.

³⁰ J. C. MOREIRA ALVES, *Direito romano*, p. 190.

³¹ V. ARANGIO-RUIZ, *Cours de droit romain (les actions)*, Nápoles, Dott. Eugenio Jovene, 1935, p. 2.

³² A. CORREIA – G. SCIASCIA, *Manual de direito romano*, vol I, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1957, p. 103.

³³ Como exemplo, cita-se: “Ocorria uma autêntica novação, de modo que o credor, se o fosse, passaria a ser credor em razão da *litis contestatio* e não mais pela anterior relação jurídica, já extinta pelo fenômeno da *consumptio*” (C. R. DINAMARCO, “Coisas julgadas conflitantes”, in *Memórias de um processualista*, São Paulo, Malheiros, 2021, p. 99).

³⁴ Cf. J. C. MOREIRA ALVES, *Direito romano*, 2018, p. 232.

³⁵ Segundo CORREIA e SCIASCIA, “dado a sua natureza de acordo entre as partes, a *litis contestatio* se assemelha a um contrato; ou melhor, aparece como um modo de extinção das obrigações, pois a relação jurídica, objeto da lide, após a *litis contestatio* cessa e se transforma em outra relação de caráter processual, dando lugar a uma *novatio necessaria*” (*Manual de direito romano*, 1957, p. 104).

trazida pelo autor. Esse contrato formal entre as partes do processo permitia-lhes inclusive adequar o curso do procedimento, como a realização ou não da oitiva de testemunhas³⁶.

Pode-se considerar que o processo civil romano, essencialmente, consista em processo negocial, visto que o elemento central do *iter* processual, a *litisconstestatio*, em que o objeto litigioso era fixado, era um ato autenticamente contratual, cujo conteúdo era convencionado entre os litigantes e cujo efeito precípua e novar a obrigação original. Portanto, há sentido em se afirmar que o processo, na sua origem romana, tinha vestes negociais, e que pouco a pouco ele perdeu essa característica e passou ser farto em aspecto de ordem pública.

Exemplo relevante é a delimitação do objeto litigioso do processo, que, ao contrário do contratualismo romano, sob os regramentos publicistas do século XX é estabelecido a partir de atos unilaterais das partes (propositura da demanda, contestação e reconvenção), sobre os quais recaem regras preclusivas. Assim, ao contrário do que ocorria com a *litisconstestatio*, hoje há pouca ou nenhuma margem negocial para a fixação do objeto da lide, que é formado tão somente pelo cotejo entre as primeiras alegações de fato do autor e do réu.

Nota-se, por conseguinte, que já o processo civil era moldado a partir da estipulação negocial entre as partes litigantes. Contudo, as noções publicistas do processo prevaleceram no curso da evolução do direito processual e a ciência do processo já nasce com essa característica, de tal sorte que a margem de convenção sobre processo ficou por décadas bastante reduzida, a tal ponto de os teóricos do processo darem pouca atenção para o tema, e, quando o abordavam, não traziam uma delimitação precisa do que seriam os negócios processuais.

3.2. A abordagem dos negócios jurídicos processuais na fase cientificista do direito processual

A fase cientificista do direito processual, iniciada no último quartel do século XIX e predominante em boa parte do século passado, foi muito profícua em desenvolver conceitos e em instituir as regras do jogo. Essa depuração científica estava concentrada nos pilares sociopolíticos que vigoravam à época, isto é, os teóricos centravam-se nos aspectos relacionados à ordem pública processual.

³⁶ Nesse sentido, cf. L. WENGER, *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*, trad. ing., New York, The Liberal Arts Press, 1955, p. 139.

Por tal razão, nesse período consagraram-se conceitos como o de jurisdição, ação, sentença, coisa julgada, temas que foram bastante desenvolvidos na literatura processual. Contudo, outros tópicos, não tiveram tanta atenção e passaram por poucos avanços teóricos, o que apenas veio a acontecer posteriormente, já em decorrência da modificação de certos paradigmas na ciência processual³⁷.

Um dos temas pouco destacados nessa fase foi justamente o negócio processual. As explicações conceituais eram diminutas e vagas, subsistindo inclusive confusão entre o negócio jurídico de direito material e aquele de direito processual, uma vez que os processualistas da época não distinguiam com precisão esses objetos.

Exemplificativamente, na *Magnum opus* de James GOLDSCHMIDT, há poucas passagens acerca das convenções processuais. Para ele, estas estariam inseridas na classe dos atos constitutivos, e cita como exemplos a prorrogação de competência e a transação³⁸. No entanto, nem mesmo sua filosofia processual marcadamente liberal³⁹ permitiu-o se evadir de veras do espírito de seu tempo, conservando, inevitavelmente, traços da concepção publicista do processo. Assim, inadmitia acordos entre as partes para modificar os prazos⁴⁰ e para suspender o processo⁴¹.

O renomado CHIOVENDA, por exemplo, limitou-se a singelos parágrafos sobre o tema, afirmando que os negócios jurídicos processuais seriam “as declarações de vontade unilaterais, admitidas pela lei no processo com o fim de constituir, modificar, extinguir direitos processuais”⁴², como a renúncia e a aceitação de sentença⁴³. A menção quase que insignificante ao assunto pode se justificar por uma afirmação do próprio processualista italiano, para quem, no processo, não se devia dar a mesma importância à vontade da parte

³⁷ Como exemplo, pode-se mencionar o acesso à justiça, que, de praticamente ignorado por boa parte dos teóricos clássicos da primeira metade do século XX, passou a ser bastante debatido e desenvolvido nas últimas décadas, sobretudo em razão do *status* constitucional que o direito processual alcançou e do fortalecimento da corrente instrumentalista.

³⁸ J. GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, trad. esp., Barcelona, Editorial Labor, 1936, p. 227.

³⁹ Cf. P. CALAMANDREI, “*Un maestro di liberalismo processuale*”, in *Rivista di diritto processuale*, Padova, CEDAM, 1951, pp. 1 *et seq*; v. também, do mesmo autor, “*Processo e democrazia*”, ora in *Opere Giuridiche*, vol. I, Roma, Roma Ter Press, 2019, p. 68.

⁴⁰ J. GOLDSCHMIDT, *Derecho* cit., p. 205.

⁴¹ *Idem*, *ibidem*, p. 374.

⁴² G. CHIOVENDA, *Instituições de direito processual civil*, trad. port., vol. III, São Paulo, Saraiva, 1945, p. 34.

⁴³ Vale ressaltar que tais fenômenos, à luz da noção hodierna de negócio jurídico processual, não se encaixam como tal. A aquiescência à sentença, sem a interposição de qualquer recurso, não é propriamente um negócio, mas tão somente uma inação espontânea da parte vencida, independente de qualquer trato com a parte vencedora. De modo semelhante operam-se as renúncias, que não necessariamente decorrem de acordos entre as partes.

como se dá no âmbito do direito material, uma vez que o Estado seria onipresente na atividade processual⁴⁴.

Outro processualista de igual escol, CARNELUTTI abordou o tema com maior precisão, anotando observações distintas de seu compatriota. Trata-se do seu olhar sobre o papel das partes e os pactos por elas praticados. Observa-se uma concepção *avant-garde* para sua geração, na medida em que refutava, parcimoniosamente, a concepção até então vigente segundo a qual o processo não poderia se servir da colaboração das partes⁴⁵. Para ele, opondo-se àquela corrente, seria preciso se admitir as convenções processuais, conservando-se o papel gerencial estatal e conformando-as com a finalidade pública do processo⁴⁶.

Friedrich LENT, por sua vez, avançou mais no debate e aprimorou as indagações sobre distinção objetiva entre negócios materiais e negócios processuais. Para o processualista alemão, era preciso decompor-se uma única declaração em dois efeitos, já que dotada de dois conteúdos, um substancial e outro processual, este tendo revelado para o processo. LENT, analisando melhor a matéria, identificou, ainda que de maneira incipiente, a figura dos negócios processuais como categoria autônoma, distinta do negócio de direito material⁴⁷, explicitando, diferentemente dos outros processualistas mencionados, que a competência por eleição poderia ser anterior à propositura da demanda, inclusive estipulada no mesmo documento do contrato (negócio jurídico material)⁴⁸.

⁴⁴ Consta passagem nesse sentido nas suas *Instituições*, demonstrando claramente o publicismo impregnado nas correntes processuais do período. Confira-se: “designando a um ato processual o caráter de negócio jurídico, nem por isso se afirmou, que o direito reconheça à *vontade* da parte a mesma importância que lhe pode reconhecer no direito privado. Pois, no processo, há sempre um elemento especial a considerar, e é a presença do órgão do Estado sobre a atividade do qual, se bem que estranho ao negócio, pode ele exercer influência mais ou menos direta; ora, é do interesse público, dominante em todo o processo, que a atividade do órgão do Estado seja certa e determinada em seus resultados, e tal interesse poderia estar comprometido se, em qualquer caso, se admitisse que um defeito de vontade no negócio, ou o desaparecimento da causa deste, pudesse influir nos resultados da atividade pública a que o negócio deu origem” (G. CHIOVENDA, *Instituições* cit., pp. 34-35).

⁴⁵ Reproduz-se aqui trecho do autor a respeito: “Como o art. 1.123 do Código Civil contém indiscutivelmente uma norma de Direito privado, acreditou-se que o contrato e, mais amplamente, a convenção eram fenômenos exclusivos do Direito privado; por sua vez, na medida em que se reconheceu o caráter público do Direito processual, pareceu que a convenção carecia de lugar entre os atos processuais. Mas, pouco a pouco, a indagação, ao se aprofundar, levou a mudar as ideias sobre o tema” (F. CARNELUTTI, *Sistema de direito processual civil*, trad. port., vol. III, São Paulo, Classic Book, 2000, p. 162, § 435).

⁴⁶ Segundo CARNELUTTI, nas convenções, o interesse comum das partes deveria coincidir com o interesse público processual. Cf., F. CARNELUTTI, *Sistema* cit., p. 166.

⁴⁷ F. LENT, *Diritto processuale civile tedesco*, trad. it., Napoli, Morano, 1962, pp. 122-123.

⁴⁸ *Idem*, *ibidem*, pp. 51-52.

4. OS ELEMENTOS DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS

Os negócios jurídicos ou convenções processuais configuram-se uma relação jurídica, se veiculados individualmente, ou, no mínimo, integram um contexto de uma relação jurídica. Seja como parte ou como um todo singular, o fato é que tais eventos têm natureza relacional.

Como é sabido, uma relação jurídica é caracterizada por ao menos dois sujeitos, por um vínculo (jurídico) que cria um liame entre eles e por um objeto⁴⁹. À vista disso, tais elementos compõem, com as especificidades que lhe são próprias, as convenções processuais, de tal sorte que nelas se identificam os sujeitos, o objeto e o vínculo jurídico que incide nessa relação.

Quanto ao elemento subjetivo, há pouco a se apontar, uma vez que quem pratica tais atos são, como é de costume, pessoas, sejam naturais ou jurídicas. Já no que se refere ao elemento objetivo, cabem observações mais profundas, pois nisso reside o aspecto distintivo dessa relação para as demais existentes no sistema jurídico, exigindo maior esforço dogmático.

O perfil característico de um objeto ou de uma relação jurídica pode ser extraído conotativamente, isto é, a partir da consideração dos caracteres comuns presentes nos elementos semelhantes. Porém, também é possível fazê-lo denotativamente, ou seja, por meio da enunciação dos caracteres que formam o objeto. Nosso ordenamento vale-se de ambas as técnicas para definir os conceitos nele presentes. À guisa de exemplo, a noção de contrato, em nosso direito objetivo, ao contrário do que ocorre alhures, é puramente conotativa, visto que não há uma enunciação do que é o um contrato e de qual seu objeto. Dessa forma, a partir da percepção dos elementos comuns aos contratos, pode-se depreender uma definição clara desse conceito, qual seja, “acordo de duas ou mais pessoas para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial”⁵⁰.

Outros objetos são definidos simplesmente por meio do critério denotativo, sem que se possa estabelecer uma característica unificadora que se permita entrelaçá-los, por essência, na mesma categoria jurídica, o que é feito por critérios pragmáticos. Um deles é o conceito de

⁴⁹ Nesse sentido, cf. G. LUMIA, *Elementos de teoria e ideologia do direito*, trad. port., São Paulo, Martins Fontes, 2003, pp. 101 *et seq.*; v., também, M. REALE, *Lições preliminares de direito*, 27ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 217-222; M. H. DINIZ, *Compêndio de introdução à ciência do direito*, 25ª ed., São Paulo, Saraiva, 2014, pp. 534-536.

⁵⁰ D. BESSONE, *Do contrato: teoria geral*, São Paulo, Saraiva, 1998, p. 17.

título executivo judicial, cujos objetos integram essa categoria ostentam características assaz diversas, mas que estão reunidos apenas em razão de um propósito estabelecido pelo legislador. Basta observar que, no rol do art. 784 do Código de Processo Civil, constam elementos que, nas suas características essenciais diferem abissalmente⁵¹, de tal sorte que estão reunidos nessa mesma categoria apenas por uma motivação finalística do legislador⁵².

Há outras categorias jurídicas no ordenamento que, por redundância, são definidos pelas duas maneiras, tanto conotativa quanto denotativamente. Exemplo tradicional são os tributos, que recebem primeiro a definição denotativa presente no texto constitucional, no qual constam cinco espécies tributárias, e, supletivamente, a definição conotativa do art. 3º do Código Tributário Nacional, coincidente com a primeira⁵³.

Os negócios processuais, assim como os tributos, recebem do ordenamento dupla definição. Antes do Código de Processo Civil de 2015, havia somente uma definição denotativa de convenção processuais, extraída a partir das várias convenções típicas existentes no estatuto processual e nas leis esparsas. Contudo, o atual código, ao trazer o art. 190, inovou ao conferir definição conotativa para aqueles negócios, estabelecendo os elementos característicos desses atos.

Observa-se, por conseguinte, que por meio de tal dispositivo, é possível apreender-se com facilidade o que antes seria preciso reunir e sintetizar o que havia de comum no âmago de todas as convenções processuais. Tal tarefa já foi feita pelo legislador, na medida em que o enunciado normativo do art. 190 coincide com que essencialmente está presente nas convenções típicas. Em outras palavras, essa previsão legal, para além de permitir a atipicidade, serve também como tópico definidor da categoria jurídica denominada

⁵¹ Nessa linha, basta comparar os títulos de crédito, um contrato assinado por suas e a certidão de dívida ativa. Os primeiros são declarações unilaterais de vontade, o segundo, negócio jurídico bilateral obrigacional, e o terceiro, documento que prova ato da administração tributária (inscrição na dívida ativa). Perceba-se que não há como se traçar um denominador ontologicamente comum a esses objetos, mas tão somente um denominador teleológico.

⁵² Nesse sentido, escreve C. R. DINAMARCO: “*Conceitualmente*, título executivo extrajudicial é sempre um ato jurídico estranho a qualquer processo jurisdicional, que a lei do processo toma como mero fato jurídico ao agregar-lhe, ela própria, uma eficácia executiva não negociada pelas partes, não incluída no negócio e que, ainda quando ali houvesse alguma disposição nesse sentido, teria sempre apoio na lei e não na vontade das partes (*Instituições de direito processual civil*, vol. IV, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2019, p. 253).

⁵³ Sobre o tema, cf. P. AYRES BARRETO, “Tributos”, in *Enciclopédia Jurídica da PUC*, Tomo: Direito Tributário, São Paulo, PUC-SP, 2017, disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/276/edicao-1/tributos>>.

convenções processuais e como parâmetro para interpretação e aplicação para os negócios processuais em geral⁵⁴.

A partir dessa definição, pode-se extrair que o objeto das convenções processuais está sintetizado nas hipóteses genéricas contidas no art. 190, quais sejam, a modificação do procedimento e a estipulação de ônus, poderes, faculdades e deveres. Em suma, tais convenções têm por objeto normas de conduta⁵⁵ a serem aplicadas numa relação processual mais coordenada e menos subordinada⁵⁶.

5. ANÁLISE DAS CONVENÇÕES PROCESSUAIS PELO CRITÉRIO DA “ESCADA PONTIANA”

Tradicionalmente, o estudo dos negócios jurídicos passa pela averiguação de três planos sucessivos por meio dos quais eles devem percorrer para ter plenos efeitos no mundo jurídico. Tal modo de análise atribui-se a Pontes de Miranda, para quem primeiro algo precisa existir, para depois ser válido ou inválido, e, por fim, desde que válido, ter eficácia jurídica⁵⁷. Portanto, o negócio jurídico precisa de elementos para existir, necessita atender a requisitos para ser válido, e deve ostentar fatores de eficácia para ser eficaz⁵⁸. Com os negócios jurídicos processuais, também se deve seguir essa sequência de etapas a fim de que se possa aferir a viabilidade de eles poderem produzir seus efeitos no mundo jurídico⁵⁹.

5.1. Elementos de existência

5.1.1. Hipótese de incidência normativa

Para que determinado fato entre no mundo jurídico, requer-se que esse fenômeno concreto esteja previsto em uma hipótese de incidência da norma jurídica (*fattispecie* ou

⁵⁴ Nesse sentido, cf. A. DO PASSO CABRAL, *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*, 3ª ed., Salvador, JusPodivm, 2020, p. 407.

⁵⁵ Cf. A. ROSS, *Direito e justiça*, trad. port., São Paulo, EdiPRO, 2000, pp. 192-198; v., também, G. LUMIA, *Elementos de teoria e ideologia do direito* cit., pp. 104-115.

⁵⁶ Sobre a distinção entre esses dois conceitos, cf. T. SAMPAIO FERRAZ JR., *Introdução ao estudo do direito*, 4ª ed., São Paulo, Atlas, 2003, pp. 167-170.

⁵⁷ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, tomo IV, São Paulo, RT, 2012, pp. 66-67; M. Reale, *Lições preliminares de direito*, 2002, pp. 200-201.

⁵⁸ A. JUNQUEIRA. DE AZEVEDO, *Negócio jurídico: existência, validade de eficácia*, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 27.

⁵⁹ Tal critério, por ser extraído da teoria geral do direito, é plenamente aplicável aos atos jurídicos em geral, inclusive às convenções processuais e aos atos processuais. Nesse sentido, R. DE BARROS LEONEL, “Fatos e atos jurídicos. Planos da existência, validade e eficácia, e a questão da ‘querela nullitatis’”, in *Justitia*, n. 65 (199), São Paulo, MP-SP, jul./dez. 2008, p. 126.

Tatbestand)⁶⁰. Havendo um suporte fático previamente estabelecido no direito objetivo, a realização do fato previsto pela norma torna-o juridicamente relevante, o que não ocorre com fatos quaisquer do mundo real sobre o qual não incide nenhuma hipótese normativa⁶¹.

Os atos jurídicos *lato sensu*, como espécie de fato jurídico, também necessita de hipótese de incidência normativa para ingressar no mundo jurídico. Não é toda conduta de uma pessoa que torna um ato jurídico, é essencial que essa conduta esteja prevista no ordenamento para que possa ser considerada como jurídica. Exemplificativamente, o ato de se levantar ao nascer do sol, praticado em função da vontade de uma pessoa, ainda que seja um ato do mundo real e até mesmo socialmente desejado, não é um ato jurídico, uma vez que não há um suporte fático sistema jurídico descrevendo tal conduta. Diferente da emissão de uma nota promissória, também um ato de vontade, tão simples quanto acordar, mas que está antecedido de uma *fattispecie* descrita no direito objetivo⁶².

Sendo um negócio jurídico uma subespécie dos atos jurídicos, a ela também deve incidir uma hipótese normativa para que ele exista juridicamente. Tratando-se das convenções processuais, havendo suporte fático no ordenamento prevendo sua realização, elas podem existir não apenas factualmente, mas também juridicamente. Assim, as proposições normativas descrevendo tais convenções, sejam elas típicas ou atípicas, permitem o autorregramento pelos sujeitos do processo.

5.1.2. Manifestação de vontade e declaração

Os negócios processuais, visto que submetido à categoria jurídica dos negócios jurídicos em geral, pressupõem as vontades convergentes dos convenientes para que eles existam. Não de estar presentes, para que existe convenção processual, as vontades dos dois ou mais sujeitos que a pactuam e que, por meio dela, buscam efeitos práticos específicos por elas desejados.

⁶⁰ Nas palavras de PONTES DE MIRANDA, “Para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que regras jurídicas – isto é, normas abstratas - *incidam* sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os jurídicos. Algo como a prancha da máquina de impressão, incidindo sobre fatos que se passam no mundo, posto que aí os classifique segundo discriminações conceptuais.” (*Tratado de direito privado*, tomo I, São Paulo, RT, 2012, p. 65).

⁶¹ Leciona K. LARENZ que faz parte do raciocínio do operador do direito cotejar as “situações de fato” concretas com aquelas enunciadas pelo ordenamento, a fim de que se selecione, para a análise de um evento do mundo fenomênico, o que é fato jurídico e o que é fato não-jurídico (*Metodologia da ciência do direito*, trad. port., 8ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2019, pp. 391 *et seq.*).

⁶² Nesse sentido, cf. C. M. DA SILVA PEREIRA, *Instituições de direito civil*, vol. I, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, pp. 290-291.

As vontades que compõem o negócio jurídico devem ser manifestadas expressa ou tacitamente. Em ambas as possibilidades, há vontade de manifestar, seja direta ou indiretamente, a vontade de praticar o negócio⁶³, resultando, inexoravelmente, na sua formação, tornando-o existente. O que importa é a exteriorização das vontades dos agentes, uma vez que o negócio jurídico, como evento dos mundos jurídico e fenomênico, é aquilo que reconhecido pela face externa à consciência dos agentes, isto é, a sociedade⁶⁴.

No que concerne à manifestação expressa da vontade, pouco se pode conjecturar sobre seus percalços. Em geral, a pessoa, para manifestar sua vontade, vale-se de comportamentos positivos, como a aposição de sua firma num instrumento, a elocução de termos afirmativos ou até mesmo gestos revelem seu desígnio de pactuar, por exemplo o aperto de mãos. A maneira frequente de manifestação de vontade de realizar convenções processuais costuma ser a firma em contrato contendo cláusulas disciplinando condutas ou procedimento de processo futuro e eventual⁶⁵.

Contudo, não se nega a possibilidade de que a vontade para a realização de convenção processual seja manifestada tacitamente, tendo em vista que a modalidade expressa não é uma exigência (art. 111 do Código Civil). Se for possível deduzir do comportamento do conveniente sua intenção de celebrar o acordo⁶⁶, não há motivo para se refutar a existência de negócio jurídico. Basta pensarmos na seguinte situação: numa hipótese de convenção sobre ônus probatório, uma parte, durante o processo, propõe à outra a redistribuição desse ônus; esta, ao juntar, já em sua primeira manifestação imediatamente posterior à proposta, as provas que lhe caberiam somente em razão da convenção, revela sua vontade em confirmar esse pacto, concordando com ele tacitamente, por meio de condutas indiretas.

Sejam elas expressas ou tácitas, para haver negócio jurídico processual, a vontade dos agentes deve ser manifestada. Sendo tal negócio bilateral ou plurilateral, haverá duas ou mais manifestações, que convergem e se sintetizam em uma única declaração, que juridicamente é

⁶³ A respeito, transcrevemos: “Em outros termos e referindo-nos, apenas, ao ato jurídico (Código Civil, art. 81), verificamos que a vontade de obter, segundo o ordenamento jurídico, os resultados práticos do ato, determina a vontade de emitir a declaração, vontade que passa do estado potencial ao atual realizando-se mediante o fato ou comportamento externo que na própria declaração consiste; mas, preciso é, ainda, que o agente *queira* o conteúdo da declaração já reproduzida, ou melhor, preciso é que *queira* o conteúdo do próprio ato formado por sua declaração unilateral, ou pelas declarações conjugadas das partes” (Vicente RÁO, *Ato jurídico*, 4ª ed., São Paulo, RT, 1999, p. 118).

⁶⁴ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio jurídico* cit., p. 21.

⁶⁵ ARRUDA ALVIM, *Manual de direito processual civil*, 18ª ed., São Paulo, Thomson Reuters, 2019, p. 620.

⁶⁶ Enzo ROPPO denomina esse tipo de comportamento como *concludente*, isto é, “silencioso, mas de modo a denunciar de forma inequívoca, no quadro das circunstâncias existentes, a vontade de concluir o contrato” (*O contrato*, trad. port., Coimbra, Almedina, 2009, p. 94).

o próprio negócio⁶⁷, independentemente da quantidade de agentes que a formalizaram e que ou a conceberam ou a ela aderiram. A declaração negocial, que é, essencialmente, o próprio negócio jurídico, é uma só, podendo ser, para o caso das convenções processuais, bilaterais ou plurilaterais⁶⁸. Portanto, para a aferição do que é o negócio jurídico processual, é fundamental conhecer-se a declaração resultante da formação dessa convenção, instante a partir do qual se reputa existente.

5.1.3. *Momento de conclusão*

Não há restrição legal quanto ao tempo em que as convenções processuais devem ser pactuadas. Se, por óbvio, não há como realizá-las após o processo, nada impede que elas sejam feitas antes ou durante, como bem a hipótese genérica do art. 190 do CPC e a proposição do art. 373, § 4º, do CPC, referente à convenção sobre ônus probatório.

Há, porém, convenções específicas que, por motivos lógicos, apenas podem ser pactuadas em momento anterior à instauração de processo, e outras que apenas podem ocorrer durante o processo. Em relação ao primeiro caso, podem-se mencionar a eleição de foro e o *pactum de non petendo*. Já em relação ao segundo, cita-se a suspensão convencional do processo.

A escolha do foro competente para apreciar eventual demanda, para configurar um negócio jurídico processual, ou seja, um negócio consubstanciado a partir da vontade de duas ou mais pessoas, deve necessariamente anteceder a propositura da demanda. Se assim não ocorrer, isto é, se não tiver sido pactuado por duas ou mais pessoas o foro que melhor lhes pudesse aprouver, e se alguém propõe demanda em foro diverso daquele que a lei processual indica, há duas possibilidades: ou a parte demandada rechaça o foro escolhido apenas pelo

⁶⁷ Nessa ótica, seguimos a doutrina de JUNQUEIRA DE AZEVEDO, para quem “ao falarmos, portanto, em declaração de vontade, estamos utilizando esta expressão como uma espécie de manifestação de vontade que socialmente é vista como destinada a produzir efeitos jurídicos. A declaração é, do ponto de vista social, o que o negócio é, do ponto de vista jurídico, ou seja, *a declaração tende a coincidir com o negócio na medida em que a visão jurídica corresponde à visão social*. O ordenamento jurídico procura tomar a declaração de vontade como hipótese normativa (hipótese legal) dessa espécie de fato jurídico, que é o negócio jurídico. Por isso mesmo, num contrato, por exemplo, não há, como às vezes se diz, duas ou mais declarações de vontade; há, nele, mais de uma vontade, mas essas manifestações unificam-se a visão social de *uma só declaração*, que juridicamente será um só fato jurídico” (*Negócio jurídico* cit., p. 18)

⁶⁸ Mostra-se curioso como ficou bastante difundida rubrica “declaração unilateral de vontade” para indicar os negócios jurídicos unilaterais, ao passo que, para indicar os negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais, não é muito usada a expressão “declaração bi ou plurilateral de vontade”, o que tende a levar a ilusão de que negócio jurídico bilateral não seria declaração e que declaração unilateral não seria propriamente negócio jurídico. Ao fim e ao cabo, negócio jurídico é uma declaração, que pode decorrer uma ou várias manifestações de vontade.

demandante e argui a incompetência, ou ela aquiesce, renunciando ao seu direito de remeter a causa para o juízo competente, o que configura um ato unilateral e não uma convenção.

A possibilidade de se realizar pactos de natureza processual anteriores ao processo permite que as manifestações de vontade das partes sejam simultâneas ou sucessivas⁶⁹. Nessa última hipótese, estão as situações de adesão à proposta anteriormente veiculada (como ocorre nos contratos de adesão) e de concordância à uma convenção já estabelecida (como acontece nas ocasiões de cessão de posição jurídica). Nota-se que, nesses casos, não há propriamente nova ou mais uma declaração, mas sim novas manifestações de vontade no sentido de aceitar a declaração (o negócio em si) que já está posta.

Outrossim, em se tratando de convenções processuais possíveis de serem celebradas antes do processo, não há óbice para que sejam pactuadas convenções preliminares à uma convenção processual propriamente dita. Contudo, dependendo da profundidade do conteúdo do pacto preliminar, ele poderá ter eficácia *forte*⁷⁰ e ficará suscetível à eventual pronunciamento judicial com eficácia substitutiva, que passa a ter o mesmo efeito jurídico da declaração de vontade (negócio jurídico não realizado)⁷¹.

5.1.4. *Elemento categorial inderrogável: objeto*

Na teoria geral do negócio jurídico, identificam-se determinados elementos essenciais que definem a categoria de negócio a ser realizado. Trata-se dos *elementos categoriais*, que podem ser *inderrogáveis* ou *derrogáveis*, ou seja, respectivamente, devem estar presentes pois são impostos pela ordem jurídica ou, ainda que caracterizadores no negócio, podem ser afastados⁷². A análise do negócio jurídico a partir desse aspecto permite compreender que a subtração ou modificação de algum elemento negocial pode torná-lo inexistente ou pode levar à existência de outro negócio diverso daquele pretendido.

⁶⁹ Cf. A. DO PASSO CABRAL, *Convenções processuais* cit., pp. 322-324.

⁷⁰ Para A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, é preciso aferir, no caso concreto, a vontade das partes e o “grau de predeterminação” da convenção principal que havia na preliminar. Caso a vontade das partes e o conteúdo do pacto preliminar se mostrarem suficientemente desenvolvidos, haverá o que ele denomina de eficácia forte, autorizando a tutela jurisdicional supletiva à vontade (“Contrato preliminar. Distinção entre eficácia forte e fraca para fins de execução específica da obrigação de celebrar o contrato definitivo”, in *Novos estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 259).

⁷¹ Nesse sentido, cf. L. E DE BUENO VIDIGAL, *Direito processual civil*, São Paulo, Saraiva, 1965, pp. 177 et seq.; A. DO PASSO CABRAL, *Convenções processuais* cit., pp. 328-330.

⁷² Cf. A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio jurídico* cit., p. 34.

O elemento categorial inderrogável pode estar na forma ou no objeto⁷³⁻⁷⁴. As convenções processuais, por serem causais⁷⁵, não se caracterizam pela forma⁷⁶, mas sim pelo seu objeto, de tal sorte este elemento é essencial para a sua existência. Um negócio jurídico pretensamente formulado para ser sobre processo, mas que, por alguma razão factual, não tem esse objeto ou, ainda que tenha, foge às espécies de objeto dessa categoria de negócio e se subverte em objeto de outras, torna o negócio *per se* inexistente (primeira situação), ou torna a convenção processual inexistente como tal, subsistindo outra modalidade de negócio jurídico (segunda situação).

Se a convenção processual tem (deve ter) como objeto “a regulação, ainda que parcial, da relação jurídica processual ou ao menos de seu procedimento”⁷⁷, seja nas hipóteses legalmente típicas ou nas atípicas, a colocação de objeto diverso no negócio jurídico transmuta a essencialidade desse negócio praticado, passando a existir, portanto, não uma convenção processual, mas sim um negócio jurídico diverso, de natureza material. Tomando um exemplo, na hipótese de as partes, sob pretexto de manifestarem a vontade de praticar um pacto processual, declarando-a documentalmente, negociam sobre a questão material em si, compondo seus interesses e direitos, em vez de estipularem sobre relação processual ou procedimento, há, na verdade, o afastamento do objeto (elemento categorial inderrogável) essencial a uma convenção processual. Nessa situação, o objeto diz respeito não a um negócio jurídico processual, mas a um negócio material (transação), de tal sorte que, embora exista negócio jurídico, este não é processual, mas sim material, uma vez que não está presente o objeto necessário para haver aquele.

5.2. *Requisitos de validade*

Ultrapassada a análise do plano da existência do negócio jurídico a partir dos seus elementos, parte-se para a aferição dos requisitos de validade. Uma vez existente o negócio, isto é, sendo ele inserido no mundo jurídico, impõe verificar se ele é dotado da validade exigida pelo ordenamento.

⁷³ Cf. *Idem, ibidem*, p. 138.

⁷⁴ É o que Sílvia RODRIGUES denomina de *idoneidade de objeto* (*Direito civil: parte geral*, 37ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003, p. 171).

⁷⁵ Sobre a distinção, cf. R. DE RUGGIERO, *Instituições de direito civil*, trad. port., vol. I, São Paulo, Saraiva, 1971, pp. 248-252.

⁷⁶ Não se pode confundir o fato de não ser a forma o elemento caracterizador dos negócios causais com ausência de forma. Todo negócio jurídico tem forma, porém, para os negócios causais, a forma não influencia na a sua existência, mas na sua validade.

⁷⁷ F. L. YARSHELL, “Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?”, in A. DO PASSO CABRAL – P. H. NOGUEIRA (orgs.), *Negócios processuais*, Salvador, JusPodivm, 2015, p. 66.

Há determinados requisitos que todo e qualquer negócio jurídico deve preencher, independente da categoria ou da natureza. São os denominados *requisitos intrínsecos*, previstos no artigo 104 do Código Civil. Por outro lado, há um conjunto de requisitos que são próprios de uma categoria de negócio jurídico, que devem ser observados em concomitância com os requisitos dos negócios em geral. Trata-se dos *requisitos extrínsecos*⁷⁸, previstos na norma reguladora específica, ou seja, no caso das convenções processuais, nas leis que regulamentam esses atos.

Aos negócios jurídicos processuais, como se extrai do direito positivo, impõem-se, para sua validade, não apenas os pressupostos intrínsecos, aplicados a todos os negócios, mas também aqueles extrínsecos, decorrentes das normas processuais que disciplinam a matéria. Por isso, para melhor proveito da análise da validade dessas convenções, utiliza-se esse método.

5.2.1. *Requisitos intrínsecos*

5.2.1.1. Capacidade

A lei civil preceitua que o negócio jurídico, para ser reputado válido, precisa ser praticado por *agente capaz*. A rigor, tal capacidade refere-se à modalidade capacidade de agir, por meio da qual as pessoas, desde que legitimadas⁷⁹, estão aptas a visar atos negociais. A capacidade de agir é imprescindível para que o negócio jurídico praticado alcance o plano da validade.

Também para as convenções processuais o pressuposto da capacidade deve ser observado para se alcançar o plano da validade. Ocorre que esse filtro, ao contrário do que se dá com os negócios em geral, é verificado por critérios distintos a depender das circunstâncias em que são realizados tais pactos.

⁷⁸ Clássico exemplo de análise a partir dessa dicotomia são as cambiais, que, por serem negócios jurídicos, devem observar os requisitos gerais e também aqueles especificados na lei de regência, sob pena de nulidade do título. Sobre o tema, cf. L. E. DA ROSA JR, *Títulos de crédito*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2014, pp. 119-120.

⁷⁹ Na teoria do negócio jurídico, em paralelo à noção de capacidade, desenvolveu-se também a de legitimidade, de maneira a se explicar fenômenos em que, embora a pessoa fosse plenamente capaz, ainda assim não estaria apta a realizar o negócio. Assim, modernamente, entende-se que a *capacidade* é a aptidão genérica e intrínseca para realizar negócios jurídicos, ao passo que a *legitimidade* é a aptidão para praticar determinados negócios jurídicos cujo objeto está circunscrito em uma outra relação jurídica afeta ao negociante (Sobre o tema, cf. E. BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, trad. esp., Granada, Comares, 2000, p. 193, § 25). O exemplo dado por C. BEVILÁQUA é muito ilustrativo e ainda válido: “Assim o maior casado é plenamente capaz; porém, no direito pátrio, não tem capacidade para alienar imóveis senão mediante autorização uxoriana ou suprimento desta pelo juiz” (*Teoria geral do direito civil*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Rio, 1980, p. 215, § 49)

Como já foi exposto, o negócio jurídico processual pode ser realizado antes ou durante o processo (prévio ou incidental), importando, para caracterizá-lo como tal, o seu objeto, qual seja, a relação processual ou o procedimento. Dessa dupla possibilidade temporal para a conclusão das convenções processuais, resultam implicações na qualificação dos agentes como capazes para praticá-los.

Outrossim, necessário consignar que a acepção de capacidade para o direito processual é mais ampla que aquela própria do direito civil. Há sujeitos de direito que, a rigor, não podem praticar atos negociais de direito material, tendo em vista que, para a lei civil, aplica-se o critério da personalidade⁸⁰. Contudo, embora exista tal limitação no âmbito material, a noção de capacidade processual (hoje prevista no art. 70 do Código de Processo Civil) permite que essas sujeitos possam ser parte nas demandas judiciais. Dessa forma, sujeitos de direito (ou pessoas em sentido amplo⁸¹) podem integrar uma relação processual, mesmo que não autorizadas a praticar atos da vida civil. À guisa de exemplo, vale lembrar do condomínio edilícia, da massa falida e do espólio.

Nessa ótica, se os negócios jurídicos processuais podem ser realizados prévia ou incidentalmente e se a noção de capacidade é diferente para o direito material e para o direito processual, há, portanto, um duplo regime de capacidade⁸². Caso a convenção seja pactuada antes do processo, a esta se aplica a regra sobre capacidade da lei civil, a mesma subjacente a qualquer outro negócio jurídico cujo objeto é material, sobretudo se a estipulação sobre o processo for feita por meio de mera cláusula. Por outro lado, caso a convenção seja endoprocessual, a regra sobre capacidade a ser aplicada é a processual, permitindo que sujeitos (e não apenas pessoas, na acepção do direito civil) possam firmar tais pactos sobre o processo.

⁸⁰ Cf. A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio jurídico* cit., p. 33.

⁸¹ Explanando sobre o assunto, R. L. TUCCI, além das categorias tradicionais das pessoas natural e jurídica, reportava a ideia de *pessoas formais*, que seriam “verdadeiras massas patrimoniais às quais a legislação processual civil codificada concede *capacidade de ser parte em senso processual*” (*Temas e problemas de direito processual*, São Paulo, Saraiva, 1983, p. 13).

⁸² Segue esse entendimento, dentre outros, J. C. BARBOSA MOREIRA, “Convenções das partes sobre matéria processual”, in *Temas de direito processual*: terceira série, São Paulo, Saraiva, 1984, p. 94, n. 6. Essa é a posição também de C. R. DINAMARCO, para quem “não sendo eficazes sequer os próprios contratos celebrados por incapazes, essa incapacidade vicia automaticamente a cláusula eletiva de foro que eles eventualmente contenham” (*Instituições de direito processual*, vol. I, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p. 789). Em sentido diverso, sustentando que o critério é sempre a capacidade processual, cf. A. A. de A. MAGALHÃES JÚNIOR, *Convenção processual na tutela coletiva*, Salvador, JusPodivm, 2021, pp. 91-92; v., também, A. do Passo Cabral, *Convenções processuais* cit., pp. 337-344.

Em resumo, se a convenção (sobre processo) for realizada previamente ao processo, tal qual um negócio jurídico sobre direito material, ela será válida desde que praticada por *pessoa* dotada de capacidade civil para praticar atos. Se for realizada incidentalmente em um processo judicial, será válida caso praticada por sujeitos admissíveis processualmente (critério mais amplo que *pessoa*), dotados de capacidade processual, inclusive os incapazes devidamente representados. Isso porque não é o objeto que determina a norma de regência, mas sim a qualificação jurídica ampla do ato.

5.2.1.2. Objeto

Os negócios jurídicos processuais têm por objeto a regulação da relação jurídica processual (instituição de deveres, ônus, poderes e faculdades) ou do procedimento. A simples mutação dessa categoria jurídica de objeto para uma diversa (por exemplo, objeto de direito material), envolve questão de existência das convenções processuais como tal.

Contudo, se a convenção processual, embora regulando a relação processual ou o procedimento, versar sobre ponto que não está expressamente autorizado ou que não é abrangido pela cláusula geral de atipicidade, há de se questionar sua validade. Na falta de regramento específico na lei processual sobre critérios de validade do objeto, incide a disciplina geral, segundo a qual aquele deve ser lícito, possível e determinado ou determinável, como prescrito pelo artigo 104, inciso II, do Código Civil.

A determinação do objeto, quando se tratar de convenção típica, é de fácil assimilação, bastando o simples cotejo entre a hipótese normativa e o pacto em concreto. Maior dificuldade há nas convenções atípicas⁸³, fundamentadas no art. 190 do Código de Processo Civil. Nessa situação, não podem as partes estipular genericamente, ou seja, atribuir deveres, poderes, ônus ou faculdades sem qualquer especificação sobre quais estariam convencionando. A necessidade de estar determinado o objeto extravasa a relação inter subjetiva, pois aos terceiros que eventualmente tiverem contato com o negócio firmado (por exemplo um cessionário ou mesmo um juiz) é primordial que eles possam extrair da norma convencional o objeto de que se está a tratar.

A possibilidade do objeto também é aspecto importante para a aferição da validade das convenções. Estas não podem prever condutas ou procedimentos de difícil performance pelas

⁸³ Nesses casos, deve-se recorrer aos padrões extraídos das convenções típicas, que funcionam como vetores para verificação de licitude das atípicas. Cf. A DO PASSO CABRAL, *Convenções processuais* cit., pp. 410-413.

partes. Exemplificando, não é válida uma convenção que incumba uma parte o ônus produzir prova extremamente difícil de obter (*probatio diabolica*). Incide aqui a máxima *ad impossibilia nemo tenetur*, de modo que uma convenção cujo objeto a torna de difícil ou impossível cumprimento deve ser reputada nula pelo ordenamento.

Por último, mas não menos importante, a questão da licitude do objeto dos negócios processuais não pode deixar de ser analisada. A ilicitude consiste na contrariedade do ordenamento⁸⁴, razão pela qual o sistema jurídico, embora o reconheça o negócio (existência), tão logo o expurga pela sanção de nulidade.

Nesse sentido, a estipulação sobre o processo cujo conteúdo ofenda norma do ordenamento impede o seu alcance ao plano da validade. Há um plexo normativo essencial do sistema constitucional e processual que não pode ser abalado. Em outras palavras, a *ratio* para se aferir a licitude do objeto da convenção processual está na compatibilidade com os pilares do ordenamento jurídico. Especificamente, deve-se atentar para que as convenções processuais não restrinjam o núcleo dos direitos e das garantias fundamentais⁸⁵, bem como não afastem preceitos imperativos⁸⁶.

Assim, uma convenção prevendo a admissão de provas imorais e que atentem contra a intimidade revelaria severa ilicitude (violação ao art. 5º, inciso X, da Constituição Federal). Da mesma forma, seria ilícita uma estipulação que, sob pretexto de eleger o foro, fixasse que eventual litígio processar-se-ia no “foro central”, ferindo a regra que disciplina a matéria (art. 63 do CPC)⁸⁷. Da mesma forma, não seria possível pactuar que, em substituição ao calendário gregoriano, em determinado processo seria aplicado o calendário chinês ou o judaico, como também não seria lícito estipular que o idioma do processo seria outro senão o português (art. 192 do CPC).

5.2.1.3. Forma

Todo ato jurídico é revestido de forma. Ocorre que, para determinados atos, o direito objetivo impõe a observância de uma forma solene, sem a qual não a sua validade fica

⁸⁴ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, tomo IV, São Paulo, RT, 2012, p. 231.

⁸⁵ H. THEODORO JÚNIOR, *Curso de direito processual civil*, vol. I, 59ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2018, p. 504.

⁸⁶ F. L. YARSHELL, “Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?”, *ob. cit.*, pp. 71-72.

⁸⁷ Sobre a questão, interessante encartar: “Quanto à competência do foro central e dos foros regionais (comarca de São Paulo), como afirma Milton de Paulo de Carvalho, trata-se de competência de juízo e não de competência territorial, tendo sido ela determinada em razão do interesse público da boa administração da justiça e não no interesse e comodidade das partes” (P. M. PIZZOL, “Art. 63”, in C. SCARPINELLA BUENO (coord.), *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, São Paulo, Saraiva, 2017, p. 387).

maculada⁸⁸, ao passo que, inexistindo tal exigência, prevalece o princípio da liberdade da forma, podendo o ato ser praticado por qualquer meio idôneo a veicular a manifestação da vontade⁸⁹.

Da dupla regência das convenções processuais, resultante da possibilidade de serem praticadas antes ou durante o processo, depreendem-se dois parâmetros para se atribuir a forma a revestir tais atos. Na hipótese de convenção prévia, portanto regulada preponderantemente pela norma de direito material, prevalece a liberdade de forma, podendo ser pactuado o acordo por escrito ou oralmente – exceto quando não for imposta forma solene escrita. A problemática do pacto oral não reside na validade na convenção previamente realizada, mas sim em momento *a posteriori*, quando não será possível (ou ao menos será muito mais difícil) provar a existência do acordo sobre o processo⁹⁰. Antecipando tal empecilho, a norma contida no art. 63, § 1º, do CPC, reputa sem eficácia (e não sem validade) a eleição de foro que não conste em instrumento escrito e não aluda expressamente ao negócio jurídico.

O cenário não é o mesmo quando se tratar de convenção incidental, à qual incide sobretudo a lei processual. É que o processo (brasileiro) é quase que integralmente escrito, e ainda que determinados atos podem (alguns até devem, como é a produção da prova testemunhal) ser orais, tão logo estes são passados a termo⁹¹. Por conseguinte, um negócio jurídico processual praticado durante o processo deve impreterivelmente ser passado na forma escrita, pois, do contrário, será tido por inválido.

5.2.2. *Requisitos extrínsecos*

5.2.2.1. Direitos que admitam autocomposição

A cláusula geral prevendo a realização de convenções processuais encarta como um dos requisitos a necessidade de o direito material subjacente à estipulação processual (prévia ou

⁸⁸ Cf. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado cit.*, tomo IV, p. 265.

⁸⁹ Na lição de C. M. DA SILVA PEREIRA, “dentro do princípio da liberdade de forma, admite-se que a vontade se manifeste por todos os meios, seja pela linguagem falada ou escrita, seja pela linguagem mímica, gestos, acenos, atitudes, seja ainda pela utilização de caracteres convencionais gráficos. Sempre que não for exigida forma especial, o ato perfaz-se através de um meio qualquer, por que se apure e emissão volitiva.” (*Instituições de direito civil*, vol. I, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 378).

⁹⁰ Nessa linha, A. DO PASSO CABRAL, lembrando bem a distinção entre forma *ad solemnitatem* e *ad probationem*, assinala que “não se deve confundir a forma compreendida como elemento essencial para a validade do acordo processual com a *comprovação* da convenção já celebrada. É claro que a documentação do acordo por escrito facilita a *prova* de sua celebração; mas isso não torna a a escritura necessária para avaliar-se-lhe a validade. De regra, a forma escrita é apenas *ad probationem tantum*” (*Convenções processuais cit.*, p. 357).

⁹¹ C. R. DINAMARCO, *Instituições de direito processual civil*, vol. II, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p. 640.

incidental) possa ser objeto de autocomposição. De antemão, importa salientar que não são os *direitos que admitam autocomposição* o objeto das convenções processuais, pois, se assim fosse, não se estaria por falar de tais convenções, mas sim de transação. Trata-se de um requisito objetivo, que não se confunde com o elemento *objeto* e seus atributos indispensáveis para a validade do negócio (licitude, possibilidade e determinação)⁹².

Importa apontar que a rubrica inserida no art. 190 do CPC (*“direitos que admitam autocomposição”*) é mais ampla se comparada com outra mais usual no ordenamento, qual seja, *direitos (patrimoniais) disponíveis*. É que já não há mais correlação entre essas duas categorias⁹³, pois os conflitos, à luz da instrumentalidade e do estímulo à cooperação, ainda que envolvam direitos *a priori* indisponíveis, devem ser alvo do estímulo às soluções amistosas⁹⁴.

É nessa ótica que se franqueia a autocomposição de litígios envolvendo tais direitos⁹⁵⁻⁹⁶. Veja-se, por exemplo, expresse estímulo legal para a solução consensual e autocompositiva nas ações de família⁹⁷. Em outros casos, há, posto que indisponíveis, autorização legal para a autocomposição, como ocorre com os direitos metaindividuais⁹⁸, para os quais é admissível mecanismo autocompositivo⁹⁹.

Dessa forma, em razão da maior amplitude da conferida pelo dispositivo do art. 190, é vasto o plexo de situações em que se mostram viáveis convenções processuais válidas,

⁹² Nesse sentido, cf. P. OSTERNAK AMARAL, *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*, 2ª ed., São Paulo, RT, 2017, p. 155.

⁹³ Tal correlação era apontada na literatura processual, como se pode observar em A. C. A. CINTRA – A. P. GRINOVER – C. R. DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, 20ª ed., São Paulo, Malheiros, 2004, p. 29.

⁹⁴ Como bem observa ARRUDA ALVIM, “a própria noção de indisponibilidade comporta gradações, na medida em que a autonomia da vontade, associada a outros valores, como a celeridade na concretização dos direitos, podem determinar a necessidade de disposição, em alguma medida, de direitos materiais e processuais” (*Manual de direito processual civil*, São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 618).

⁹⁵ Cf. A. A. de A. MAGALHÃES JÚNIOR, *Convenção processual na tutela coletiva* cit., p. 103.

⁹⁶ Sobre esse aspecto, interessante trazer o enunciado 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”.

⁹⁷ Cf. A. C. MARCATO, *Procedimentos especiais*, 16ª ed., São Paulo, Atlas, 2016, pp. 254-255.

⁹⁸ É o que está no permissivo do art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.374/85, prevendo o compromisso de ajustamento de conduta.

⁹⁹ No que concerne à natureza autocompositiva do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), há considerável consenso. Entretanto, dentre as modalidades de autocomposição, R. de BARROS LEONEL defende tratar-se de submissão (*Manual do processo coletivo*, 4ª ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p. 420), ao passo que H. SICA (“art. 190”, in C. SCARPINELLA BUENO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, São Paulo, Saraiva, 2017, p. 750, nota 1538) e A. P. GRINOVER (“O termo de ajustamento de conduta no âmbito da defesa da concorrência”, in *O processo II série: estudos e pareceres de processo civil*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2013, pp. 48-50) sustentam que o TAC consistiria em transação.

incluindo também litígios envolvendo direitos afetos à administração pública¹⁰⁰. Assim, haveria poucos contextos fáticos em que se poderia cogitar da nulidade de convenções processuais por motivo da qualificação dos direitos subjacentes como indisponíveis.

5.2.2.2. Capacidade postulatória

Também importa tecer considerações sobre a capacidade postulatória como requisito de validade das convenções processuais. Novamente, partindo da distinção entre convenções prévias e incidentais, fundamental consignar que, para as primeiras, prescinde-se da presença de advogado para a prática do negócio processual, ao passo que, para as segundas, em regra, é impreterível que haja causídico representando as partes convenientes¹⁰¹.

A estipulação anterior sobre eventual processo é ato jurídico da esfera civil, e, tendo tal natureza, não se pode exigir, que deva ser subscrito por advogado, o que levaria à distinção desarrazoada dos demais negócios jurídicos em geral. Se, por exemplo, para praticar atos de disposição patrimonial, como firmar um contrato de doação ou para passar um testamento (negócios jurídicos muitas vezes mais impactantes que qualquer convenção processual), não é exigido a subscrição de um advogado, não assiste motivo para que isso houvesse quando se tratasse de negócio jurídico processual, como uma eleição de foro, já que *in eo quod plus est semper inest et minus*.

Já quando for caso de convenção processual incidental, para sua validade requer-se a presença de patrono legalmente habilitado e detentor dos poderes do mandato judicial. Se o patrocínio de advogado é pressuposto de existência para o processo¹⁰², sem o qual não é possível praticar atos no curso do processo, logo não se pode cogitar que seria válida uma convenção realizada por uma parte sem o suporte técnico de um advogado. Isso porque a defesa técnica é indispensável¹⁰³⁻¹⁰⁴, de modo que sua falta pode levar à nulidade insanável do

¹⁰⁰ H. SICA, “art. 190”, in C. SCARPINELLA BUENO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, São Paulo, Saraiva, 2017, pp. 750-751.

¹⁰¹ Nesse sentido, cf. A DO PASSO CABRAL, *Convenções processuais* cit., pp. 343-344.

¹⁰² T. ARRUDA ALVIM, *Nulidades do processo e da sentença*, 10ª ed., São Paulo, Thomson Reuters, 2019, pp. 41-44.

¹⁰³ É o que se depreende da interpretação do art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, bem como do art. 2º, da Lei n. 8.906/94. Para ilustrar, pode-se lembrar da exigência expressa de defesa técnica para se firmar a suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/95.

¹⁰⁴ Lembra C. R. DINAMARCO que tal indispensabilidade se justifica pela “*conveniência técnica* de confiar a defesa a pessoas com capacitação profissional adequada e sujeitas a um regime organizacional e disciplinar imposto por entidade de categoria estruturada para tanto” e pela “*conveniência psíquica* de evitar as atitudes passionais da parte em defesa própria” (*Instituições de direito processual civil*, vol. II, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p. 339). À vista disso, a presença dos advogados tende a levar a convenções mais racionais e equilibradas para as partes.

ato realizado¹⁰⁵ - ressalvadas as hipóteses excepcionais em que, para se promover outro direito constitucional, autoriza-se o *ius postulandi*. Ademais, não se exigir o acompanhamento de advogado na realização de negócios jurídicos processuais facilitaria ao locupletamento excessivo de uma parte em detrimento de outra, algo que, no âmbito do processo judicial, mostra-se fortemente reprovável.

Nesse sentido, a capacidade postulatória surge como um requisito extrínseco apenas nos casos de negócios jurídicos processuais incidentais, ou seja, aqueles praticados no curso de um processo judicial.

5.2.2.3. Ausência de caráter abusivo e de vulnerabilidade entre os convenientes

As convenções processuais, para se reputarem válidas, precisam da manifestação de vontade livre e consciente, tal qual todo e qualquer negócio jurídico. Há situações em que, embora um sujeito manifeste claramente sua vontade em relação ao objeto principal de uma avença, essa mesma qualidade da manifestação não alcança outras declarações inseridas o instrumento negocial.

É o que se dá nas relações contratuais por adesão, em que a bilateralidade negocial é diminuta ou, quase sempre, inexistente. Nesses contratos, uma das partes não veicula à outra apenas a concepção de um contrato, mas o instrumento já finalizado para que a contraparte apenas o aceite ou não, sem qualquer poder de barganha ou oportunidade para intervir na edição das normas contratuais.

Há, portanto, uma parte que propõe e outra que, caso aceite, limita-se a *aderir* ao que lhe é posto, ainda que, visando ao benefício principal do contrato, eventualmente não esteja totalmente concorde com algum aspecto secundário ou que não tenha percepção ou compressão global do contrato¹⁰⁶. A evolução do sistema jurídico passou a reconhecer esse modo de formação do contrato, superando o paradigma segundo o qual a igualdade contratual era pressuposto¹⁰⁷ e o contrato resultaria da livre discussão entre as partes¹⁰⁸. Dessa forma, o

¹⁰⁵ A. P. GRINOVER, *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2018, p. 22.

¹⁰⁶ Nesse sentido, cf. M. J. DE ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 12ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, p. 246.

¹⁰⁷ P. FORGIONI, *Contratos empresariais*, 4ª ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 66.

¹⁰⁸ F. TERRÉ *et al.* explicam que essa era a concepção única de contrato vigente à época do Código Civil francês de 1804, pensamento que predominou por um século, até que o direito reconheceu que isso havia se tornado um cenário idealizado: “Iguais no direito, as pessoas não são iguais no plano dos fatos. Poderosos e humildes, ricos e pobres, habilidosos e desajeitados, sábios e ignorantes coexistem em toda sociedade. A liberdade contratual se

ordenamento entende que a adesão ao contrato moldado integralmente pelo ofertante basta para a se reconhecer o assentimento necessário à sua formação¹⁰⁹.

Dessa mitigação da convencionalidade conferida pelos contratos de adesão, impõe indagar até que ponto e segundo quais critérios uma convenção processual inserida em uma avença do tipo pode ser considerada válida. Não pode a liberdade de contratar perturbar o núcleo essencial dos direitos, sobretudo da parte mais fraca e vulnerável.

Não se nega que é possível a presença de convenção processual em contrato de adesão, não significando, pois, inserção abusiva *per se*. O caráter abusivo consistirá na constrição de direitos, garantias ou faculdade processuais alheia à vontade do aderente, prejudicando a sua atuação plena em eventual processo judicial. Basta imaginar no caso de um contrato de adesão prever que toda e qualquer conflito deverá ser dirimido no foro da sede do proponente, afastando, portanto, a regra geral *actor sequitur forum rei*. Haveria claro prejuízo processual para o aderente, que talvez não estivesse de acordo com essa cláusula específica, mas que a tolerou unicamente por almejar o objeto principal do contrato.

Situações como essa passariam pelo crivo discricionário do órgão judicial, como prevê o art. 190, parágrafo único do CPC. Sem embargo, entendemos prudente a aplicação da regra contida no art. 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/96, já que *ubi eadem ratio ibi idem jus*. Havendo a concordância “por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula”, pode-se depreender o pleno consentimento acerca da convenção processual¹¹⁰. No entanto, sabe-se que nem sempre isso é possível, tendo em vista a massificação contemporânea dos contratos eletrônicos e a vulnerabilidade técnica de alguns consumidores.

5.3. Fatores de eficácia

Não basta que as convenções processuais existam e tenham validade. Também é preciso que elas produzam efeitos, o que pode depender de alguns fatores incidentes no acordo entabulado.

A análise aqui feita das convenções processuais no plano da eficácia tem como base a classificação trinar proposta por A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. Para ele, para se aferir a

torna, pois, o meio para os primeiros imporem aos segundos as condições draconianas” (*Droit civil: les obligations*, 12ª ed., Paris, Dalloz, 2019, p. 128, tradução livre nossa).

¹⁰⁹ F. TERRÉ *et al.*, *Droit civil: les obligations* cit., p. 129.

¹¹⁰ De acordo com esse entendimento, cf. A. DO PASSO CABRAL, *Convenções processuais* cit., pp. 401-402.

eficácia do negócio jurídico, há três aspectos a serem observados: “*os fatores de atribuição da eficácia em geral*, que são aqueles sem os quais o ato praticamente nenhum efeito produz”; “*os fatores de atribuição da eficácia diretamente visada*, que são aqueles indispensáveis para que um negócio, que já é de algum modo eficaz entre as partes, venha a produzir exatamente os efeitos por ele visados”; e “*os fatores de atribuição de eficácia mais extensa*, que são aqueles indispensáveis para que um negócio, já com plena eficácia, inclusive produzindo exatamente os efeitos visados, dilate seu campo de atuação, tornando-se oponível a terceiros ou, até mesmo, *erga omnes*”¹¹¹.

5.3.1. *Os fatores de atribuição da eficácia em geral*

As convenções processuais em geral, considerando apenas seus elementos constitutivos intrínsecos, não dependem se fatores para produzir efeitos. Estando presentes todos os elementos previstos no suporte fático, há, em tese, a eficácia do negócio jurídico processual.

Há a possibilidade de as partes convencionarem tais fatores de eficácia, por exemplo pela adição de condição suspensiva ou de termo inicial, desde que não afetem a certeza e a segurança do processo¹¹². Dessa forma, a convenção processual apenas produz efeitos após o advento de evento futuro, certo ou incerto.

Como regra geral, tem-se que não é necessária homologação judicial para que os negócios processuais tenham eficácia, como se pode depreender do art. 200 do CPC. Contudo, há espécies de convenções processuais para as quais deve haver homologação judicial, sem a qual não são aptas a produzir efeitos. É o que deve ocorrer na calendarização processual (art. 191 do CPC), na desistência da ação (art. 200, parágrafo único, do CPC), no saneamento consensual do processo (art. 357, § 2º, do CPC) e na autocomposição quanto ao objeto litigioso (art. 487, inciso III, alínea c, do CPC).

5.3.2. *Os fatores de atribuição da eficácia diretamente visada*

Em relação a essa modalidade de fator de eficácia do negócio jurídico, pode-se afirmar que os negócios jurídicos processuais este quase sempre não exigem, já que, em regra, têm eficácia imediata e, portanto, prescindem de decorrências para a produção de efeitos.

¹¹¹ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio jurídico* cit., p. 55.

¹¹² Tal entendimento parece se pacífico na literatura processual. Por todos, cf. A. A. de A. MAGALHÃES JÚNIOR, *Convenção processual na tutela coletiva* cit., p. 120; ARRUDA ALVIM, *Manual de direito processual civil* cit., p. 622; H. SICA, “art. 190”, in C. SCARPINELLA BUENO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, São Paulo, Saraiva, 2017, p. 752.

Contudo, nem por isso não é possível que esse fator influencie na plena eficácia da convenção processual, especialmente se esta for prévia.

Tome-se como exemplo a seguinte situação: um mandatário, tendo poderes específicos que não incluem firmar uma convenção processual, acaba por praticar esse tipo de avença, extrapolando os limites de seu mandato. Assim, num primeiro momento, a eficácia desse negócio atém-se ao mandatário e ao terceiro conveniente, sem ter eficácia em relação ao mandante, parte na convenção. Nesse caso, a eficácia do negócio jurídico processual, em relação ao mandante, apenas ocorrerá com a sua ulterior ratificação (art. 662, *caput* e parágrafo único, do Código Civil).

5.3.3. *Os fatores de atribuição de eficácia mais extensa*

A incidência de fatores dessa espécie faz com que os negócios jurídicos, já com eficácia plena, ampliem-se subjetivamente e passem a ser oponíveis a terceiros. A respeito das convenções processuais, tais fatores são de pouco interesse, visto que tais convenções tem sua eficácia adstrita à esfera jurídica dos sujeitos que as entabulam, tendo em vista a premissa segundo a qual os litisconsortes são considerados litigantes distintos (artigo 117 do Código de Processo Civil).

CAPÍTULO III

O PAPEL DA TECNOLOGIA NO PROCESSO

6. O INGRESSO DAS NOVAS TECNOLOGIAS NO PROCESSO

O direito processual tem-se revelado historicamente um dos ramos jurídicos mais abertos ao recebimento de ferramentas tecnológicas visando ao aprimoramento do sistema de justiça. E não poderia ser diferente, porquanto o escopo do processo deve ser sempre a resolução mais justa dos conflitos no menor tempo possível. Se as novas tecnologias se prestam a aprimorar essa missão da função jurisdicional, evidente que são interessantes de serem aplicadas no cotidiano forense.

Tomando amplamente a noção de tecnologia, pode-se afirmar que sua relação com o processo judicial, por certo, não é uma novidade tão recente. Como exemplo, basta lembrarmos da introdução do mecanismo da interceptação telefônica no âmbito processual penal pela Lei n. 9.296/96, ferramenta esta que proporcionou avanços na obtenção de prova e, por conseguinte, na justiça das decisões, desde que observado o critério da cautelaridade¹¹³ (art. 2º, incisos I e II, da Lei n. 9.296/96).

É preciso, contudo, saber identificar a diferença entre as maneiras de repercussão do uso da tecnologia no processo. Como ensina SUSSKIND, há duas formas de aplicação das ferramentas tecnológicas no sistema de justiça: de um lado, elas servem como meio para a mera automação, o que resulta em aprimoramentos e otimizações no modo de trabalho que já está em voga, sem modificá-lo substancialmente; de outro lado, as novas tecnologias revolucionam o cenário até então existente, alterando os hábitos dos operadores do processo e transformando profundamente o modo de trabalho¹¹⁴.

O direito processual brasileiro passou, num primeiro momento, pela primeira forma de introdução da tecnologia. É o que se deu sobretudo com a edição da Lei n. 11.419/06, em que se promoveu a automação do processo judicial, instalando-se gradualmente sistemas de autos eletrônicos nos diversos tribunais do país e mecanismos de comunicação eletrônica dos atos judiciais. Não obstante tais avanços, ainda havia (ou há) um grande distanciamento para que a revolução tecnológica de fato aconteça no processo, trazendo o que alguns tendem a

¹¹³ Cf. A. P. GRINOVER, *As nulidades no processo penal*, 9ª ed., São Paulo, RT, 2006, p. 208.

¹¹⁴ R. SUSSKIND, *Online courts and the future of justice*, Oxford, Oxford University, 2019, p. 34.

denominar de “Justiça 4.0”. Nesse rumo, a introdução do chamado “Juízo 100% digital” pode desempenhar um papel relevante.

7. O PARADIGMA DA LEI N. 11.419/06

Pode-se afirmar que a Lei n. 11.419/06 foi o primeiro instrumento legislativo com o expresso objetivo de trazer as novidades da emergente tecnologia informacional que à época se disseminava na sociedade. Importante ressaltar que a referida lei, embora promulgada no ano de 2006, origina-se de projeto de 2001, portanto ainda em momento em que as ferramentas se mostravam ainda muito incipientes em comparação com os dias atuais – basta ressaltar que até então o mecanismo mais comum de armazenamento externo eram os disquetes, hoje notoriamente desconhecidos por boa parte dos usuários.

A justificativa central do projeto que deu origem à lei era promover não apenas a substituição da datilografia por modernos computadores, mas sobretudo integrar os usuários do sistema de justiça nesse processo de modernização¹¹⁵. Conquanto inegável o propósito inovador, tendo em vista o estado da arte então existente, em termos de impacto nas estruturas do processo judicial, ainda não se podia vislumbrar verdadeira revolução, mas tão somente introdução de mecanismos de automação processual.

Não por acaso o relatório do projeto é claro ao afirmar que a regulamentação visava a proporcionar “o recebimento, o intercâmbio e o envio de documentos por meio exclusivamente eletrônico (...) por meio de um programa de computador específico”¹¹⁶. Claramente, isso ainda era muito pouco para de fato causar uma transformação no modo de operar o cotidiano forense. Contudo, essa foi a noção de digitalização que perdurou durante vários anos, que meritoriamente trouxe inegáveis avanços.

Dentre as novidades da Lei n. 11.419/06, mencionam-se o envio eletrônico de petições, a assinatura eletrônica, a criação do Diário de Justiça eletrônico (DJe) e sobretudo o

¹¹⁵ Na justificativa do projeto, destaca-se a seguinte passagem: “a informatização aqui não se refere somente à aquisição de computadores para utilização de substitutos mais eficientes das velhas máquinas de datilografia. Aliás, este processo de substituição já se encontra concluído na maioria das unidades jurisdicionais existentes no país. É necessário agora – simultaneamente ao término desta fase de aquisição de equipamentos nas unidades restantes – avançar em direção à integração de todos os atores que intervêm em um processo judicial (Varas, Ministério Público, Advocacia, Pública, escritórios de advocacia), de modo a que crescentemente os procedimentos judiciais utilizem ao máximo os avanços tecnológicos”. Cf. CÂMARA DOS DEPUTADOS, *Diário da Câmara dos Deputados*, ed. 29 de dez. de 2001, p. 217, disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD29DEZ2001.pdf#page=216>>, acesso em 20.10.2021.

¹¹⁶ *Idem, ibidem*.

desenvolvimento de sistemas de processamento das ações judiciais. Evidentemente, tais inovações vieram para ficar, de tal modo que o Código de Processo Civil, em seu art. 193, confere prioridade para a prática de atos processuais pela via eletrônica. Têm buscado, portanto, ao menos no plano do dever-ser, assentar as ferramentas digitais no sistema de justiça, incluído nisso também a “justiça multiportas”, na medida em que os meios alternativos (ou adequados) de solução de controvérsias também têm aplicado as novas tecnologias para realizar sua missão pacificadora¹¹⁷.

Entretanto, a espinha dorsal do processo judicial permaneceu intocada. A necessidade de deslocamento dos usuários permaneceu, as diligências presenciais continuaram e os atos realizáveis nas instalações físicas dos fóruns não foram afetados. São aspectos que começaram a se transformar apenas muito recentemente, a fórceps e de repente, duas características típicas de um movimento revolucionário, decorrente da pesarosa crise pela qual o mundo passou em 2020.

8. O FATOR CATALISADOR DA REVOLUÇÃO TECNOLÓGICA NO PROCESSO

Notoriamente, o desenvolvimento das ferramentas digitais e sua aplicação ao processo judicial já vinham tomando curso, como se percebeu no ponto anterior. Tal transição, contudo, caminhava a passos moderados, de sorte que as mudanças aconteciam gradualmente – basta atentar para o fato de que a transição para os autos digitais tem sido paulatina¹¹⁸.

Nesse movimento, emergiu evento de repercussão mundial, suficiente para transformar praticamente todos os setores sociais: a pandemia de COVID-19. Conquanto os efeitos deveras maléficos e causadores de intensa comoção social, não se pode negar que houve repercussões inevitáveis em decorrência dessa insuperável calamidade pública.

A pandemia foi um autêntico fator de catalisação do fluxo de transformação digital que já estava ocorrendo na sociedade¹¹⁹, na qual o sistema jurídico está inserido. A transição para um mundo interligado por meio de plataformas digitais foi acelerada, forçando os indivíduos a se integrarem na sociedade em rede pela necessidade de sobrevivência social.

¹¹⁷ Cf. L. R. WAMBIER, , “Inteligência artificial e sistema multiportas: uma nova perspectiva do acesso à justiça”, in *Revista dos Tribunais*, vol. 1.000, São Paulo: RT, 2019, pp. 301-307.

¹¹⁸ Sobre o tema, cf. “Tribunais devem reforçar iniciativas para digitalização de acervo físico”, em <<https://www.cnj.jus.br/tribunais-devem-reforcar-iniciativas-para-digitalizacao-de-acervo-fisico/>>. Acesso em 20.10.2021.

¹¹⁹ Nesse sentido, cf. SCHWAB, Klaus – MALLERET, Thierry, *COVID-19: the great reset*, Genebra, Fórum Econômico Mundial, 2020, § 1.6.1 (e-book).

É nesse cenário que as relações interpessoais migram para as ferramentas virtuais de telecomunicação, uma vez que as necessárias medidas sanitárias de isolamento social fizeram cessar por longo período o contato físico usual entre as pessoas, como se de repente praticamente tudo precisasse ser realizado por meio do *Zoom* ou do *Google Meet*. O processo judicial, como fenômeno social que requer a interação entre seres humanos, não ficou alheio às transformações impostas pela pandemia. Foi preciso, por conseguinte, que o sistema de justiça se adaptasse o mais rápido possível, a fim de que o jurisdicionado não ficasse desguarnecido do acesso ao judiciário e que os feitos tivessem seguimento para que os direitos não perecessem¹²⁰.

9. O “JUÍZO 100% DIGITAL”

A necessidade de não se interromper a prestação jurisdicional num contexto em que o contato físico precisou ser extremamente reduzido conduziu à introdução de meios inovadores para a prática de uma série de atos e procedimentos típicos do processo judicial. Orientado por essa ótica, o Conselho Nacional de Justiça, na sua função de ente regulamentador (art. 103-B, § 4º, inciso I, da CF), instituiu o denominado “Juízo 100% Digital”, visando a avançar na aplicação da tecnologia no processo judicial.

Segundo as diretrizes dessa implementação, “todos os atos processuais serão exclusivamente praticados por meio eletrônico e remoto por intermédio da rede mundial de computadores”¹²¹. Desde logo, constata-se evidente intuito transformador da estrutura do processo judicial. Se antes os propósitos, mais contidos, voltavam-se essencialmente para a circulação eletrônica dos autos e dos documentos, agora, por força das circunstâncias mas também por interesse dos órgãos da administração da justiça, o desígnio é reformular o sistema para possibilitar que todo e qualquer ato processual possa ser realizado digitalmente, sem necessidade de relacionamento presencial entre os atores processuais.

Tal possibilidade, em outros termos, permite que uma série de fenômenos possa acontecer remotamente, malgrado a existência anterior da tecnologia disponível. À guisa de

¹²⁰ No que concerne a situações como essa, pode-se trazer uma bem característica do momento vivido, revelando o caráter fundamental que a transformação tecnológica no processo fomentou: o descendente de um empregado, falecido durante a pandemia, precisava sacar o FGTS de seu pai; se o serviço judiciário estivesse colapsado pela falta da implementação urgente de ferramentas digitais para que fosse possível ingressar em juízo, realizar audiência e deferir o pedido, o usuário, nesse caso e em vários outros análogos, estaria severamente prejudicado pela inaptidão do sistema, o que não se coadunaria com a essencialidade e com o escopo do processo. Vê-se nisso como mostrou-se importante a célere adequação dos tribunais ao cenário vigente.

¹²¹ Art. 1º, parágrafo único, da Resolução n. 345 do CNJ, de 9 de outubro de 2020.

exemplos, enumera-se alguns eventos “transladados” para o “mundo cibernético”: audiências de instrução, oitiva de testemunhas, audiências públicas, intervenção de *amici curiae*, despachos e consultas a cartórios.

Há, ademais, outro elemento de relevo na abordagem do dito “Juízo 100% Digital”. A sua aplicação, nos termos do art. 3º da Resolução n. 345 do CNJ, é facultativa e, para ser implementado no caso concreto, requer o consenso entre as partes. Em outras palavras, não deixa de uma espécie de negócio jurídico processual.

Nessa linha, e a partir dessa abertura normativa, pode-se versar sobre as possibilidades de se praticar, com respaldo na previsão do artigo 190 do Código de Processo Civil, convenções processuais sobre a utilização do cabedal tecnológico que avança em direção às estruturas do processo judicial.

CAPÍTULO IV

O PROCESSO DIGITAL COMO OBJETO DE NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

10. FUNDAMENTOS LEGAIS

Na linha do que foi alinhavado no ponto 5.1.4, as convenções processuais têm por objeto a regulação da relação processual (instituição de deveres, poderes, faculdades e ônus) ou a estipulação de mudanças no procedimento, como de extrai do enunciado contido no art. 190 do Código de Processo Civil. É esta segunda modalidade que se relaciona com a utilização das ferramentas digitais no processo.

Se é certo que procedimento tradicionalmente compreende-se como “a marcha dos atos do juízo, coordenados sob formas e ritos, para que se atinjam os fins compositivos do processo”¹²², dando exterioridade ao processo¹²³, e sendo certo que tais atos devem revestir-se da forma mais adequada ao caso concreto¹²⁴, deve-se interpretar o termo *procedimento* não apenas como o encadeamento de atos processuais, mas também como a forma por meio da qual tais atos serão praticados. Nesse sentido, entende-se que o disposto no art. 190 do CPC concede às partes a possibilidade de ajustes tanto em relação à sequência ordinária dos atos quanto à forma que os revestirá.

Por óbvio, a estipulação, pelas partes, de forma nova ou diversa não pode contrariar preceito imperativo que imponha o uso de uma determinada¹²⁵. Em outros termos, se a norma processual impõe que determinado ato seja praticado por escrito, não podem as partes acordar que ele será praticado oralmente, e vice-versa.

No entanto, a dualidade de forma a que nos direcionamos na presente análise não é aquele do físico-eletrônico. Indaga-se, num primeiro momento, se o preceito do art. 190 do CPC autorizaria as partes a convencionarem que determinados atos processuais, não obstante em tese realizáveis fisicamente, sejam realizados eletronicamente, isto é, por meio de

¹²² J. FREDERICO MARQUES, *Instituições de direito processual civil*, vol. I, São Paulo, Saraiva, 1958, p. 15.

¹²³ H. THEODORO JR., *Curso de direito processual civil*, vol. I, 59ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2018, p. 136.

¹²⁴ Cf. P. CALAMANDREI, “Istituzioni di diritto processuale civile”, ora in *Opere Giuridiche*, vol. IV, Roma, Roma Tre Press, 2019, p. 167.

¹²⁵ Sobre a ordem pública e sua relação com o processo, cf. R. APRIGLIANO, *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*, São Paulo, Atlas, 2011, p. 15.

plataformas e ferramentas digitais de comunicação. Em seguida, se os convenientes poderiam modificar os meios para se praticar atos que já são eletrônicos¹²⁶.

Em relação ao primeiro questionamento, a resposta certamente é afirmativa. A permuta, por iniciativa das partes, para que os atos sejam praticados por mecanismo digitais está plenamente albergada na hipótese de incidência do art. 190, configurando uma maneira de adequação do procedimento. A justificativa para tal está no próprio sistema processual. O legislador, entusiasmado com o ingresso da tecnologia no processo, deu amplo aval a essa prática, de tal sorte que a previsão contida no art. 193 é indutora da realização dos eventos do processo pela via eletrônica, integrando-a com a prescrição do art. 190¹²⁷⁻¹²⁸.

Com efeito, se o próprio sistema promove a digitalização do processo, ao autorizar que “os atos processuais podem ser *total* ou parcialmente digitais”¹²⁹, logo a atividade supletiva dos sujeitos processuais concretizando tal proposição legal tem respaldo no ordenamento, sobretudo se idônea a realizar os princípios da duração razoável do processo¹³⁰⁻¹³¹ e do processo cooperativo. Ressalta-se que mesmo atos mais sensíveis, como a citação¹³²⁻¹³³, cujos

¹²⁶ Vide n. 11.

¹²⁷ Valemo-nos, para tanto, da noção segundo a qual “interpretar uma norma é interpretar o sistema inteiro, pois qualquer exegese comete, direta ou obliquamente, uma aplicação da totalidade do Direito, para além de sua dimensão textual” (J. FREITAS, *A interpretação sistemática do direito*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2010, p. 76).

¹²⁸ Tal orientação foi considerada pelo Conselho Nacional de Justiça, ao editar a Resolução n. 345/2020. Ao instituir o “Juízo 100% Digital” como opção das partes, só poderia fazê-lo se, e somente se, tomasse esse acordo como adequação do procedimento (art. 190 do CPC), pois, do contrário, estaria inovando na ordem jurídica ao criar nova hipótese normativa de negócio processual, o que é matéria exclusiva de lei e extravazaria a competência regulamentar do CNJ.

¹²⁹ Art. 193 do CPC.

¹³⁰ Como expressa M. J. MAGALHÃES BONÍCIO, “de nada adianta o belo discurso que se faz em torno da garantia constitucional de um processo com duração razoável se, na prática, sequer há instrumentos efetivos para permitir a concretização desse direito” (*Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*, São Paulo, Saraiva, 2016, p. 173). À primeira vista, o processo integralmente eletrônico pode otimizar o curso temporal dos casos, na medida em que, de imediato, o dispêndio de tempo com deslocamentos, translados, malotes e com atos meramente ordinatórios é eliminado do cotidiano forense.

¹³¹ Interessante ressaltar que a sociedade atual, acostumadas com a velocidade com que os eventos ocorrem nos dias de hoje (por exemplo, o fluxo informacional), tende a transpor essa exigência de rapidez para todos os campos da vida contemporânea, o que inclui o sistema de justiça. Dessa forma, o descompasso do processo com o movimento de transformação tecnológica da sociedade pode produzir insatisfações com o tempo do processo, razão pela qual a utilização pelas partes de ferramentas digitais céleres é fator a mitigar as queixas de lentidão pelos próprios usuários, desde que de fato tragam rapidez. Sobre o tema, cf. J. C. Barbosa Moreira, “O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria”, in *Temas de direito processual*: nova série, São Paulo, Saraiva, 2007, pp. 369-370.

¹³² Art. 246 do CPC, na nova redação dada pela Lei n. 14.195/21.

¹³³ Interessante acrescentar que, no direito processual italiano, em que a tecnologia tem integrado bastante o processo judicial, o ato de citação (*notificazione*) pode ser feito eletronicamente desde 2008, o que revela a demora que levamos para adotar tal permissivo legal. Sobre o tema, cf. F. NOVARIO, *Processo civile telematico: lineamenti pratici*, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 41-43.

eventuais vícios podem repercutir em nulidade absoluta¹³⁴, têm recebido permissão para a realização por meio eletrônico.

Verifica-se, por conseguinte, que o direito positivo autoriza a estipulação de convenções processuais envolvendo a digitalização do processo. Em sintonia com o que foi exposto no ponto 5.1.1, há, no ordenamento, hipótese de incidência normativa prevendo a possibilidade de negócio jurídico versando sobre processo digital.

11. LIMITES ÀS CONVENÇÕES SOBRE PROCESSO DIGITAL

Certamente, o potencial criativo dos fatores das convenções processuais deve encontrar limitações em determinados aspectos. Convém traçar alguns parâmetros para orientar a delimitação da fronteira em o que é bem-vindo e o que deve ser rechaçado¹³⁵.

11.1. Modificação exclusiva da estrutura eletrônica do Tribunal

As convenções processuais versando sobre digitalização do processo, ao serem feitas, devem observar a estrutura habitual empregada no foro onde seria ajuizada eventual demanda. É importante que as partes não pactuem o procedimento a ser adotado utilizando-se ferramentas eletrônicas tão diversas daquelas que o juízo já esteja adaptado, tendo em vista que a padronização de sistema é interessante para a agilidade e a fluidez do serviço de justiça.

Dessa forma, não é possível se pactuar, por exemplo, que o sistema de processo eletrônico será o *eproc* quando o que é habitualmente utilizado em determinado foro é o *e-saj*, apenas porque aquele seria de preferência dos convenientes. Também não seria admitido que se acordasse a utilização de uma plataforma de videoconferência diferente da que já é corriqueiramente aplicada. Nota-se claramente que convenções dessa espécie trariam transtornos para o fluxo normal de trabalhos de determinada jurisdição e prejudicaria reflexamente toda a prestação jurisdicional, já que haveria dispêndio de tempo para se adaptar todo o sistema para uma causa exclusiva.

11.2. Dificuldade de acesso a provas

¹³⁴ Cf. T. ARRUDA ALVIM, *Nulidades do processo e da sentença*, 10ª ed., São Paulo, Thomson Reuters, 2019, p. 307.

¹³⁵ Trazemos apenas algumas hipóteses que possam ilustrar a situação, sem pretensões exaustivas.

O modelo constitucional de processo que tem se delineado nas últimas décadas impõe que os sujeitos do processo observem o conteúdo mínimo de direito e garantias processuais contidos na Constituição¹³⁶. Tal dever de respeito à Lei Maior, por óbvio, inclui não apenas o Estado-juiz em relação às partes (eficácia vertical), mas também a relação bifronte entre os sujeitos parciais (eficácia horizontal).

Ademais, sabe-se que o direito à prova consiste em garantia processual derivada do direito de ação, bem como a sua concretização é via instrumental de assegurar o devido processo legal¹³⁷. Portanto, a criação de obstáculos à obtenção de provas e à sua apreciação pelo órgão julgador atinge gravemente o núcleo das garantias constitucionais à ação e ao devido processo

Salienta-se também que um dos aspectos restritivos das convenções processuais é justamente a constrição do núcleo essencial de uma garantia processual¹³⁸. Logo, convenções processuais que, direta ou reflexamente, afetem o acesso de uma parte à prova ou o ingresso desta nos autos devem se reputar inválidas – salvo se não houver prejuízo – ou serem flexibilizados judicialmente para adequar o caso aos valores constitucionais.

No primeiro caso, é o que pode se suceder com acordos prevendo “a escolha de um meio tecnológico caríssimo para comprovar a autoria, integridade ou confidencialidade de documentos eletrônicos”¹³⁹. No segundo caso, pensa-se, exemplificativamente, em convenção estipulando o processo integralmente digital, mas cuja oitiva de testemunhas ou de perito não possa ser realizada virtualmente; nessa situação, ou se afasta o pacto para se promover as garantias processuais, ou estas ficam comprimidas.

¹³⁶ Cf. R. DE BARROS LEONEL, “Considerações introdutórias sobre o direito processual constitucional”, in J. C. BAPTISTA PUOLI – M. J. MAGALHÃES BONÍCIO – R. DE BARROS LEONEL (coords.), *Direito processual constitucional*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2016, pp. 199-200.

¹³⁷ Cf. C. R. Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, vol. III, , 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2017, p. 51.

¹³⁸ A. DO PASSO CABRAL, *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*, 3ª ed., Salvador, JusPodivm, 2020, p. 414 *et seq.*

¹³⁹ Exemplo extraído de PASSO CABRAL, *ob. cit.*, p. 418.

CONCLUSÃO

O trabalho apresentado teve como ponto de partida analisar a possibilidade de reunião de dois pontos abstratos: as convenções processuais e o fenômeno da digitalização do processo. Ambos, individualmente considerados, já são inovações no sistema jurídico. Com efeito, a conjunção desses dois elementos foi objeto da análise aqui realizada.

O estágio atual de aplicação massificada, no processo judicial, das tecnologias da informação é resultado da estrutura sistêmica da sociedade. Nesta, ocorre ciclicamente o processo de complexificação, do qual resultam excesso de possibilidades em relação ao que se pode escolher, razão pela qual o próprio sistema seleciona as melhores possibilidades. Assim ocorre com as novas tecnologias, das quais apenas uma parte são selecionadas para efetivamente serem utilizadas no cotidiano das pessoas e no mundo jurídico.

O direito processual está vinculado ao ideário político do contexto que é desenvolvido. As transições entre os diversos momentos ideológicos da sociedade repercutem no processo, ora prestigiando mais a ótica das partes (perspectiva privatista e mais liberal), ora inserindo mais funções para o Estado-juiz (perspectiva publicista do processo). O negócio jurídico processual revela o ponto de atrito entre essas duas vertentes principiológicas, na medida em que consiste na manifestação do poder de autorregramento das partes, mas sem corromper o caráter nuclear do processo como direito público.

O processo, em tempos remotos, tinha natureza predominantemente negocial. No entanto, o movimento científico e a elaboração do direito processual pela vertente publicista removeu a oportunidade autorregramento das partes, o que apenas tem sido retomado nas últimas décadas.

A convenção processual, sendo uma modalidade de negócio jurídico, deve ser analisada a partir de três planos: existência, validade e eficácia.

No plano da existência, para além dos elementos gerais, depreende-se que o objeto das convenções processuais configura elemento categorial inderogável, tendo em vista que a transmutação do objeto pode levar à conclusão de negócio de natureza diversa.

No plano da validade, conclui-se que o negócio jurídico processual deve portar não apenas aqueles requisitos gerais do artigo 104 do Código Civil, mas também outras específicos, sem os quais o pacto não é válido.

No plano da eficácia, tem-se que as convenções processuais, em regra, produzem efeitos desde logo, independente de homologação judicial. Entretanto, há exceções, que podem decorrer tanto de previsão legal em determinadas convenções típicas quanto da estipulação de condição suspensiva em convenções atípicas.

No tocante à relação entre tecnologia e processo judicial, depreende-se que o utilização de ferramentas digitais na justiça já vinha acontecendo. Contudo, na esteira das primeiras manifestações legislativas sobre a matéria, tratava-se tão somente de automação dos eventos, sem necessariamente o acontecimento de uma revolução tecnológica no processo.

O elemento catalisador dessa revolução tem sido a pandemia de COVID-19, que forçou todo o sistema de justiça a implementar estruturas digitais com o fito de manter a prestação jurisdicional em plena atividade, sob risco de perecimento dos direitos subjetivos. Há de se concluir que é dessa pressão que se concebe o chamado “Juízo 100% Digital”, formulado inicialmente pelo Conselho Nacional de Justiça.

A medida regulamentar, respaldada nas previsões legais autorizando e fomentando a digitalização da justiça, enalteceu a permissão que já poderia ser depreendida do ordenamento processual: podem as partes realizar acordos visando à implementação e adaptação de ferramentas eletrônicas nas suas contendas judiciais. Inferiu-se, no entanto, que, como se pode extrair das regras e dos princípios do sistema jurídico, há limitações para a liberdade de autorregramento do procedimento digital, tais como: a proibição de que a tecnologia combinada pelas partes impeça a produção de provas; e a vedação ao acordo que obstrua o funcionamento dos órgãos judiciais e do fluxo das demais causas.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 12ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 18ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.
- ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 10ª ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.
- AMARAL, Paulo Osternak. *Provas: atipicidade, liberdade e instrumentalidade*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- APRIGLIANO, Ricardo. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Cours de droit romain (les actions)*. Nápoles: Dott. Eugenio Jovene, 1935.
- AYRES BARRETO, Paulo. “Tributos”. In: *Enciclopédia Jurídica da PUC*. Tomo: Direito Tributário. São Paulo: PUC-SP, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/276/edicao-1/tributos>>. Acesso em 26.09.2021.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. “Convenções das partes sobre matéria processual”. In: *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- _____. “Notas sobre o problema da ‘efetividade’ do processo”. In: *Temas de direito processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- _____. “O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria”. In: *Temas de direito processual: nova série*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BESSONE, Darcy. *Do contrato: teoria geral*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- BETTI, Emilio. *Teoría general del negocio jurídico*. Trad. em espanhol de A. Martín Pérez. Granada: Comares, 2000.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980 (fac-símile).

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. *Princípios do processo no novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais*. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

CALAMANDREI, Piero. “*Un maestro di liberalismo processuale*”. In: *Rivista di diritto processuale*. Padova: CEDAM, 1951.

_____. “*Processo e democrazia*”. In: *Opere Giuridiche*. Vol. I. Roma: Roma Tre Press, 2019 [trad. em italiano de Mauro Fonseca Andrade: *Processo e democracia*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2018].

_____. “*Istituzioni di diritto processuale civile*”. In: *Opere Giuridiche* vol. Vol. IV. Roma: Roma Tre Press, 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Diário da Câmara dos Deputados*. Ed. 29 de dez. de 2001, p. 217. Acesso em 20.10.2021. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD29DEZ2001.pdf#page=216>>.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. “Social and Political Aspects of Civil Procedure: Reforms and Trends in Western and Eastern Europe”. In: *Michigan Law Review*, vol. 69, n. 5, abr. 1971.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Trad. port. de Hiltomar Martins de Oliveira. Vol. III. São Paulo: Classic Book, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. em português de J. Guimarães Menegale. Vol. III. São Paulo: Saraiva, 1945.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. “Tribunais devem reforçar iniciativas para digitalização de acervo físico”. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/tribunais-devem-reforçar-iniciativas-para-digitalizacao-de-acervo-fisico/>>. Acesso em 20.10.2021.

CONSULTOR JURÍDICO (Conjur). “Serviços por videoconferência serão mantidos no Judiciário após epidemia”. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-27/judiciario-mantera-servicos-videoconferencia-epidemia?fbclid=IwAR3ttYKNRW-BvGgJwA9SI6s4CroZH-2EonBWJuxFdT7qA8xNwS1PTHViBi4>>. Acesso em 20.11.2020.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*, vol. I, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1957.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. *GLU: glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann*. Trad. em espanhol de Miguel Romero Pérez e Carlos Villalobos. Cidade do México: Universidad Iberoamericana, 1996.

CRUZ E TUCCI, José Rogério; AZEVEDO, Luiz Carlos. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. “Coisas julgadas conflitantes”. In: *Memórias de um processualista*, São Paulo, Malheiros, 2021.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Vol. IV. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FLETCHER, George P. “Paradoxes in legal thought”. In: *Columbia Law Review*, n. 85, 1985.

FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais*. 4ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

FREDERICO MARQUES, José. *Instituições de direito processual civil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1958.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Trad. em espanhol de Leonardo Pietro Castro. Barcelona: Editorial Labor, 1936.

GRECO, Leonardo. “Publicismo e privatismo no processo civil”. In: *Doutrinas essenciais de processo civil*. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *As nulidades no processo penal*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2018.

_____. “O termo de ajustamento de conduta no âmbito da defesa da concorrência”. In: *O processo II série: estudos e pareceres de processo civil*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade de eficácia*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. “Contrato preliminar. Distinção entre eficácia forte e fraca para fins de execução específica da obrigação de celebrar o contrato definitivo”. In: *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. em português de José Lamago. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2019.

LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco*. Trad. em italiano de Edoardo Ricci. Napolês: Morano, 1962.

LEONEL, Ricardo de Barros. “Considerações introdutórias sobre o direito processual constitucional”. In: PUOLI, José Carlos BAPTISTA; BONÍCIO, Marcelo José Magalhães; LEONEL, Ricardo de Barros (coords.), *Direito processual constitucional*, Brasília, Gazeta Jurídica, 2016.

_____. “Fatos e atos jurídicos. Planos da existência, validade e eficácia, e a questão da ‘querela nullitatis’”. In: *Justitia*, n. 65 (199), São Paulo, MP-SP, jul./dez. 2008.

LUHMANN, Niklas. *Die Gesellschaft der Gesellschaft*. Vol. 1. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1997 [trad. em inglês de Rhodes Barrett: *Theory of Society*. Vol. 1. Stanford: Stanford University Press, 2012; trad. em espanhol de Javier Torres Nafarrate: *La sociedad de la sociedad*. Barcelona: Herder Editorial, 2006].

_____. “Positive Law and Ideology”. In: _____. *The differentiation of society*. Trad. em inglês de Stephen Holmes e Charles Larmore. New York: Columbia University Press, 1982.

_____. *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*. Stuttgart: Kohlhammer, 1974 [trad. em espanhol de Luis E. Marcano Salazar et al: *Sistema jurídico y dogmática jurídica*. Buenos Aires, Olejnik, 2018].

_____. *Social systems*. Trad. em inglês de John Bednarz Jr. e Dirk Baecker. Standford: Standford University Press, 1995.

_____. *Sociologia do direito I*. Trad. em português de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. Trad. em português de Denise Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MAGALHÃES JÚNIOR, Alexandre Alberto de Azevedo. *Convenção processual na tutela coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2020.

MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MONTERO AROUCA, Juan. “El proceso civil llamado ‘social’ como instrumento de ‘justicia’ autoritária”. In: MONTERO AROUCA, Juan (coord.). *Proceso civil e ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2006.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NOVARIO, Filippo. *Processo civile telematico: lineamenti pratici*. Torino: Giappichelli, 2014.

PARSONS, Talcott. *The social system*. Nova Iorque: The Free Press, 1951.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Vol. I. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

PIZZOL, Patrícia Miranda. “Art. 63”. In: BUENO, Cássio Scarpinella (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2017.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomos I e IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: parte geral*. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. em português de Ana Coimbra w M. Januário Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSA JR, Luiz Emygdio da. *Títulos de crédito*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Trad. em português de Edson Bini. São Paulo: EdiPRO, 2000.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Trad. em português de Ary dos Santos. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 1971.

SCHWAB, Klaus; MALLERET, Thierry. *COVID-19: the great reset*. Genebra: Fórum Econômico Mundial, 2020.

SICA, Heitor. “Art. 190”. In: BUENO, Cássio Scarpinella (coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. São Paulo: Saraiva, 2017.

SUSSKIND, Richard. *Online courts and the future of justice*. Oxford: Oxford University, 2019.

TERRÉ, François *et al.* *Droit civil: les obligations*. 12ª ed. Paris: Dalloz, 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Vol. I. 59ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

TUCCI, Rogério Lauria. *Temas e problemas de direito processual*. São Paulo: Saraiva, 1983.

VASCONCELLOS, Manoel da Cunha Lopes *et al.* *Digesto ou Pandectas do Imperador Justiniano*. Vol. I. São Paulo: YK Editora, 2017.

VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. *Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. *O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. São Paulo: Max Limonad, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, “Inteligência artificial e sistema multiportas: uma nova perspectiva do acesso à justiça”. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 1.000, São Paulo: RT, 2019.

WENGER, Leopold. *Institutes of the Roman Law of Civil Procedure*. Trad. em ingles de Otis Harrison Fisk. New York: The Liberal Arts Press, 1955.

YARSHELL, Flavio Luiz. “Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?”. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Paulo Henrique (orgs.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.