



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS  
FACULDADE DE DIREITO DE ALAGOAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
MESTRADO EM DIREITO**

**ANDRÉ LUIS PARIZIO MAIA PAIVA**

**NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL AO  
CONTRADITÓRIO**

Maceió

2021

ANDRÉ LUIS PARIZIO MAIA PAIVA

**NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL AO  
CONTRADITÓRIO**

Dissertação de mestrado, apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – FDA/UFAL, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira.

Maceió

2021

## **Folha de Aprovação**

ANDRÉ LUIS PARIZIO MAIA PAIVA

### **NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS SOBRE O DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTRADITÓRIO**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito de Alagoas – FDA/UFAL, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

---

Prof. Dr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira (Orientador)

**Banca Examinadora**

---

---

---

Ao meu avô, Jandir Tourinho de Paiva *in memoriam*  
Pela inspiração constante para meus estudos. Por ter me fornecido os alicerces,  
vigas, pilares e colunas para que eu possa tentar ser alguém melhor a cada dia.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente, a Deus e a Ciência. Por mais paradoxal que seja, foram ambos que mantiveram nossa sanidade e esperança em tempos pandêmicos. Concluir uma especialização em meio a tantas incertezas e em um cenário de tristeza mundial, é motivo de contentamento.

A minha esposa Marcela, por estar sempre ao meu lado, em todos os momentos. Por me fornecer tudo que preciso, em todas as horas, pelo companheirismo e paciência com minhas ausências. Quase metade da minha vida foi ao seu lado. Foi (está sendo), a melhor metade.

Aos meus filhos Alice e Felipe, que preenchem nossas vidas, nos dão motivos para sorrir diariamente e, com isso, escapar das mazelas da vida adulta. Tudo que faço e tudo que tento ser, é por vocês.

A minha família, pela fé na minha caminhada e por todo apoio.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, pelas observações pertinentes, pelo apoio, cordialidade e, principalmente, pela paciência e compreensão. Orgulho-me de ser orientando daquele que já era meu professor virtual, por meio de obras e palestras, há anos e, posteriormente, tornou-se meu professor em diversos cursos, culminando na orientação deste trabalho.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação da UFAL-FDA, nas pessoas dos membros da Banca de Qualificação, Profs. Drs. Beclaute Oliveira Silva e Frederico Wildson Dantas, pela atenção dispensada na análise preliminar da pesquisa, com observações, críticas e sugestões que melhoraram, e muito, o trabalho.

Ao mestre Denarcy Souza e Silva Jr., um dos culpados do meu ingresso no mestrado. Acreditou em mim até mesmo quando nem eu acreditava. Fonte constante de inspiração e sempre desafiando seus discípulos a tornarem-se melhores. Mestre, na essência da palavra.

Aos meus amigos, na pessoa do amigo-irmão Bruno Massoud, com quem sempre posso contar e que já me atribuía, imerecidamente, o título de mestre, antes mesmo do ingresso na especialização. Ter junto a mim pessoas que acreditam que sou o que, na verdade,

busco ser, é o que me mantém firme naquilo que acredito ser o “caminho certo”.

Aos amigos da Turma 14 do Mestrado em Direito Pública da UFAL, nas pessoas de Ewerton Protázio e Maria Eugênia, companheiros de angústias para finalização das atividades.

A todos os amigos e amigas de labuta diária no Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas, que me permitem debater e aplicar o Direito com os olhos sempre voltados ao jurisdicionados e à pacificação social.

*Lembre-se: seu foco determina a sua realidade.*

Qui-Gon Jinn

*Faça. Ou não faça. Não existe a tentativa.*

Mestre Yoda

*Viajar pelo hiperespaço  
não é igual passear pelo parquinho não, garoto.*

Han Solo

## RESUMO

A Constituição da República de 1988 estabelece as garantias fundamentais do processo, as quais compõem o chamado devido processo constitucional, que é uma condição de legitimidade de todo exercício da função jurisdicional do Estado. Por outro lado, o Código de Processo Civil, em seu art. 190, traz a possibilidade de as partes negociarem acerca das normas do processo, disciplinando modelos de procedimento ou dispendo de seus ônus, poderes, deveres e faculdades processuais. Há, com o vigente CPC/2015, uma cláusula geral de negociação atípica no processo. Nesse contexto, é importante investigar se e em que medida as garantias fundamentais estabelecidas na Constituição podem ser objeto de negociação entre as partes, notadamente em face da teoria da irrenunciabilidade dos direitos fundamentais. É certo, porém, que não haverá resposta uniforme para todo e qualquer direito fundamental processual, sendo necessário o aprofundamento individual deles. Nessa perspectiva, esta pesquisa investiga a possibilidade de negociação do direito fundamental ao contraditório, estabelecendo o suporte fático da norma respectiva, com identificação dos preceitos que dela emanam para, ao final, identificar quais deles podem ou não ser objeto de disposição pelas partes no processo. Estabelecida a possibilidade de negociação processual do direito fundamental ao contraditório, estabelecer-se-á limites objetivos para a negociação e, por fim, explicita-se qual é o regime jurídico aplicável ao negócio processual quando firmado pelas partes e invocado em um caso concreto.

**Palavras-Chave:** Direito fundamental ao contraditório. Negócios jurídicos processuais. Cláusula de negociação atípica. Possibilidade de negociação de direitos fundamentais. Limites e Regime Jurídico.



## **ABSTRACT**

The Brazilian Constitution of 1988 sets a group of fundamental rights regarding judicial procedures, all of which are part of a framework known as “due process of law.” These norms represent the basis of legitimacy for the State to exercise its jurisdictional powers. As a result of the current Code of Civil Proceedings (as amended in 2015), an innovative rule granting leeway to negotiation of certain procedural matters has been enacted; with that, parties can now agree on some of their procedural onus, powers and duties. Since the ability to negotiate certain procedural rights and duties represents new grounds within our legal system, we must examine whether the fundamental rights regarding judicial proceedings set forth by the Constitution can be subject of transactions by parties, especially in light of the theory of non-renounceable rights. There is no uniform answer as to whether all the fundamental procedural rights can be renounced or not, calling, therefore, for an individual analysis of each one of them. The goal of this master’s thesis is to investigate which fundamental rights can be subject of withdrawal, by analyzing the precepts underlying each norm. We also aim at establishing boundaries to the procedural agreements based on the fundamental procedural rights, while also indicating which legal regime is applicable when parties decide to transact on procedural matters.

**Keywords:** Due process of Law. Fundamental procedural rights and effective enforcement. Procedural Agreements. Atypical procedural trading clause. Limits of fundamental rights. Boundaries of negotiation. Legal regime.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>8</b>
<b>1 CONCEITOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>10</b>
1.1 Generalidades .....	11
1.2 Suporte fático, incidência e fato jurídico.....	13
1.3 Mundo jurídico e os planos da existência, validade e eficácia.....	16
1.3.1 Suporte fático e preceito .....	18
1.4 Processo como conceito primário. Explicitação do marco teórico adotado .....	20
1.4.1 Os demais institutos da trilogia estrutural do processo. Noções sobre ação e jurisdição	24
1.5 Síntese e importância dos conceitos expostos para a pesquisa.....	26
<b>2 DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTRADITÓRIO .....</b>	<b>28</b>
2.1. Direitos Fundamentais sob uma Perspectiva Formal .....	28
2.1.2 Direitos fundamentais como direitos subjetivos e a correlação com os deveres fundamentais.....	30
2.2 O Direito Fundamental ao Contraditório.....	31
2.2.1 Noções gerais sobre o contraditório e seu paralelismo com o direito de ação .....	31
2.2.2 Nomenclatura: contraditório <i>versus</i> ampla defesa.....	34
2.2.3 Previsão em textos normativos: Constituição da República, Tratados Internacionais e Código de Processo Civil. ....	37
2.3 Fixação do Suporte Fático da Norma do Contraditório no Processo Judicial .....	39
2.3.1. Antecedente da norma do contraditório.....	40
2.3.1.1 Existência de um processo.....	40
2.3.1.2 Possibilidade de afetação da esfera jurídica .....	41
2.3.2 Preceito da norma do contraditório .....	42

2.3.2.1 Direito à informação com possibilidade de reação.....	42
2.3.2.2 Poder de influência e vedação da decisão surpresa .....	43
2.3.2.3 Igualdade material (paridade de armas).....	45
2.3.2.4 Contraditório como base do processo participativo (Dierle Nunes).....	47
2.3.2.5 Redimensionamento do contraditório e o princípio da cooperação (Daniel Mitidiero).....	48
2.4 Conclusão: a norma do contraditório no Direito Processual Civil brasileiro e a problematização acerca de sua limitação ou restrição.....	49
<b>3 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS.....</b>	<b>52</b>
3.1 A Teoria do Fato Jurídico e os Fatos Jurídicos Processuais.....	52
3.1.1 A tipologia dos fatos jurídicos processuais .....	56
3.1.2 Os negócios jurídicos processuais .....	62
3.2 Tratamento Normativo dos Negócios Jurídicos Processuais no CPC/2015 .....	64
3.2.1 Negócios jurídicos típicos e a cláusula geral de negociação atípica .....	64
3.2.2 O microsistema de autocomposição e o princípio do respeito ao autorregramento da vontade das partes no processo.....	67
3.3. Requisitos de Validade dos Negócios Jurídicos Processuais .....	70
3.3.1 O problema dos limites ao objeto dos negócios processuais atípicos .....	73
3.4. A Negociação sobre Direitos Fundamentais Processuais: Problematização .....	75
<b>4 NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL SOBRE O CONTRADITÓRIO .....</b>	<b>80</b>
4.1 Possibilidade de Negociação Processual sobre o Contraditório.....	80
4.1.1 Limitação, restrição, renúncia e não exercício de direitos fundamentais.....	81
4.1.2 Possibilidade de renúncia ao exercício do contraditório .....	84
4.1.3 Delimitação do “efetivo contraditório” previsto no CPC/2015.....	90
4.2. Limites da Negociação Processual sobre o Contraditório.....	94
4.2.1 Impossibilidade de renúncia geral .....	94

4.2.2	Previsão objetiva do pedido e causa de pedir .....	95
4.2.3	Conteúdo específico do negócio jurídico .....	98
4.2.3.1	Renúncia parcial aos ônus. O contraditório originário e o contraditório corrente .....	98
4.2.3.2	Momentos do processo e demais eficácias da norma do contraditório. O ciclo direito-ônus-direito e a identificação do núcleo essencial do contraditório .....	102
4.3.	Regime Jurídico Aplicável ao Negócio Processual sobre o Contraditório.....	109
4.3.1	Classificação das omissões processuais .....	111
4.3.2	O tratamento dado pelo CPC/2015 para as omissões processuais das partes e o enquadramento dos negócios jurídicos processuais sobre o contraditório .....	113
4.3.3	Regime especial aplicável ao negócio jurídico que pré-exclui o contraditório.....	116
	<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>118</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>120</b>

## INTRODUÇÃO

O contraditório pode ser objeto de negociação pelas partes? Aliás, os direitos fundamentais processuais em geral podem ser negociados? A resposta para os dois questionamentos feitos, geralmente é negativa. Levantam-se as teses de irrenunciabilidade dos direitos fundamentais e a importância do contraditório, inclusive como pressuposto de existência do próprio processo ou como fator de legitimação democrática da jurisdição.

Mas como fica o caso da revelia? Um processo no qual o demandado não apresentou defesa, é inexistente ou possui *deficit* democrático? A parte pode, então, ignorar a citação e ficar alheia ao processo (ser revel), mas não poderia, de antemão, declarar que não pretende exercer seu direito de defesa por meio de um negócio jurídico sobre o processo?

Poder-se-ia cogitar como solução aos questionamentos acima, o argumento de que o exercício da defesa é facultativo (ônus), mas a citação (comunicação) é essencial. Todavia, como ficaria o caso da improcedência liminar do pedido, em que se tem um julgamento de mérito sem que sequer haja citação do demandado? A resposta imediata poderia ser no sentido que, nesse caso, o demandado não é citado porque não lhe advém nenhum prejuízo, não há afetação de sua esfera jurídica.

Se assim o é, então poder-se-ia concluir que o interesse do demandado é determinante. Retorna-se, então, a um dos primeiros questionamentos: porque o demandado não pode declarar, até mesmo antes da existência do processo, que não pretende exercer sua defesa, e que concorda com eventual afetação de sua esfera jurídica e, com isso, evitar a prática de atos processuais potencialmente inúteis?

O problema parece não ter fim, e fica-se com questionamentos cíclicos. As premissas, então, devem ser revisitadas e algumas questões esclarecidas. Afinal, o que pode e o que não se pode negociar no processo? Quais são os efeitos que a norma fundamental que consagra o contraditório produz no processo? Quais desses efeitos podem ser objeto de negociação? O contraditório é só em favor do demandado, ou também visa a parte autora? São esses pontos, e alguns correlatos, que se aborda na pesquisa, com o intuito de contribuir com a solução desses intrincados temas.

Nesse prisma, importante destacar que o Código de Processo Civil de 2015

(CPC/2015) ampliou sobremaneira as possibilidades de as partes negociarem acerca de seus ônus, poderes, deveres e faculdades processuais, bem como de ajustarem, de forma negociada, o procedimento, para atender as peculiaridades do caso concreto.

O artigo 190 do CPC/2015 é uma cláusula geral de negociação atípica. Dispõe o referido enunciado normativo que, versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Acrescenta o parágrafo único que o juiz, de ofício ou a requerimento, controlará a validade das convenções, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Como se observa, o texto legal traz alguns requisitos para a celebração de negócios processuais atípicos, mas não explicita os limites impostos ao seu conteúdo, deixando uma ampla margem de atuação criativa aos sujeitos processuais. Em outras palavras, o CPC/2015 permite a negociação processual fora dos casos previstos expressamente em lei, estabelecendo requisitos a serem observados, mas, em relação ao que pode ser objeto de negociação, não dispõe de limitações taxativas.

Cabe à doutrina e à jurisprudência, portanto, traçar tais limites, com vistas a facilitar o manejo dos negócios jurídicos processuais pelas partes. Nesse passo, ganha relevo a investigação se as garantias fundamentais do processo, previstas na Constituição Federal de 1988 (CF/88), podem ser objeto de limitação frente ao autorregramento da vontade das partes.

Sobre isso, o que se observa é que geralmente a doutrina afirma que as garantias constitucionais do processo seriam limite objetivo à negociação processual. Não há, porém, uma delimitação dessa vedação: esse limite seria absoluto? Ou haveria espaço para negociação de alguns aspectos relacionados às garantias fundamentais do processo previstas na Constituição? Isso seria renúncia a direito fundamental?

Estas, talvez, sejam as questões mais tormentosas envolvendo a negociação processual. É certo, porém, que não haverá uma resposta unitária para todo e qualquer direito fundamental processual, sendo necessário o estudo individualizado de cada um deles, com vistas a identificar a respectiva abrangência, núcleo essencial e demais elementos necessários para se concluir pela possibilidade ou não de sua restrição voluntária.

Nesse aspecto, o direito fundamental ao contraditório, positivado no texto do inciso LV do artigo 5º da CF/88, é tido por muitos como absoluto, em virtude de ele compor, para alguns, o conceito estrutural de processo e ser fator de legitimação democrática da atividade jurisdicional. Necessário se faz, portanto, um enfrentamento do tema para ratificar ou negar algumas premissas e conclusões que são comumente propagadas acerca deste instituto.

Deve-se ressaltar, ainda, que a problemática envolvendo a negociação processual e o contraditório é extremamente rica, possuindo diversas nuances. Para além dos questionamentos propostos no início, poder-se-ia indagar, por exemplo, se é lícito às partes convencionarem sobre a limitação do número de páginas da contestação, a pré-exclusão de matérias a serem alegadas na contestação, a redução ou a ampliação de prazos, a criação de formas diferenciadas de citação ou até o afastamento total ou parcial dos efeitos da revelia fora das hipóteses legais.

Por meio do presente estudo, portanto, analisa-se todas as nuances relacionadas ao contraditório, partindo de seu enquadramento jurídico como direito fundamental até a identificação de todas as possíveis situações jurídicas decorrentes da incidência da norma. Na sequência, trata-se dos negócios jurídicos processuais, expondo o arcabouço doutrinário e legal necessário para a compreensão dos contornos normativos para o exercício do autorregramento da vontade das partes no processo.

Estabelecidas as premissas tanto no tocante ao contraditório, quanto aos negócios jurídicos processuais, passa-se a traçar os contornos para eventual admissão da negociação sobre o contraditório, com a identificação das possibilidades, limites e os efeitos gerados no processo. demonstra-se, assim, o percurso trilhado na pesquisa.

# 1 CONCEITOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS

## 1.1 Generalidades

De início, é essencial expor as premissas teóricas adotadas na realização deste trabalho. O objetivo, aqui, é expor a caixa de ferramentas que será utilizada ao longo da pesquisa, ou seja, explicar os conceitos utilizados para as análises críticas que serão empreendidas.

Afinal, toda ciência depende, em seu ponto de partida, de certas afirmações que se aceitam como condição de validade de determinado sistema ou ordem de conhecimentos<sup>1</sup>. Os pontos de partida são os chamados conceitos jurídicos fundamentais (ou conceitos lógico-jurídicos) os quais “são imprescindíveis para o desenvolvimento de uma ciência jurídica que se proponha a fornecer diretrizes para uma aplicação racional, coerente e justa do Direito”<sup>2</sup>. Com efeito, de acordo com Lourival Vilanova<sup>3</sup>, os conceitos fundamentais são aqueles que representam a condição de possibilidade do direito positivo e da Ciência Jurídica, de modo que somente é possível o conhecimento do ordenamento jurídico por meio deles.

Os conceitos jurídicos fundamentais, portanto, são pressupostos indispensáveis de qualquer contato científico com o Direito, pois são construídos com a pretensão de auxiliar a compreensão do fenômeno jurídico onde e quando ele ocorra (pretensão de universalidade), bem como acudir na tarefa de interpretar e aplicar o ordenamento jurídico<sup>4</sup>. Por esse motivo, Pontes de Miranda já ressaltava a importância da exatidão e da precisão dos conceitos, bem como da boa escolha e nitidez deles para que se cumprisse a função “esclarecedora, discriminativa, crítica e retocadora da pesquisa jurídica”<sup>5</sup>.

Fazendo-se um paralelo com a tese de Fredie Didier Jr.<sup>6</sup> – a qual se adota nesta

---

<sup>1</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 11.

<sup>2</sup> DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p.67.

<sup>3</sup> VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.238.

<sup>4</sup> DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 56 e 64.

<sup>5</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. XI.

<sup>6</sup> DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.



pesquisa – pode-se afirmar que este capítulo é dedicado à epistemologia do processo (Teoria Geral do Processo), com a explicitação dos conceitos adotados na formação do repertório conceitual indispensável ao exame do Direito Positivo brasileiro. Já os demais capítulos deste trabalho serão dedicados à Ciência do Direito Processual, com uso da dogmática analítica, ou seja, com a articulação dos conceitos jurídicos fundamentais fornecidos, propondo as soluções reputadas adequadas para a problemática pesquisada.

Isso é fundamental pois, como alertado por Fredie Didier Jr.<sup>7</sup>, o repertório fornecido pela Teoria Geral do Processo é instrumento indispensável ao êxito da Ciência Dogmática do Processo, sendo que a separação entre as linguagens da Teoria Geral do Processo e da Ciência do Processo é imprescindível para a boa qualidade da produção doutrinária.

Para demonstrar a importância do estabelecimento de premissas teóricas fundamentais (conceitos lógicos-jurídicos ou jurídicos fundamentais), destaca-se que o título desta dissertação foi redigido com vistas a facilitar sua imediata compreensão. Todavia, esmiuçando-o de forma científica, pode-se dizer que tratar-se-á sobre os negócios jurídicos processuais e negócios jurídicos sobre o processo que tenham como objeto situações jurídicas geradas pelo fato jurídico decorrente da incidência, sobre o suporte fático, da norma fundamental prescritiva do contraditório no processo judicial.

Vê-se que, para a correta e completa compreensão do tema da pesquisa é necessário, primeiro, situar alguns conceitos jurídicos fundamentais, como norma jurídica, incidência, fato jurídico, situação jurídica e processo. Esses conceitos são verdadeiros pilares sobre os quais o estudo está alicerçado e ajudam a descortinar alguns problemas da pesquisa.

Deve-se destacar que a noção sobre direitos fundamentais, defesa, contraditório, negócios jurídicos e negócios jurídicos processuais também se enquadram na categoria de conceitos jurídicos fundamentais (e igualmente essenciais para a pesquisa), mas serão abordados em momentos oportunos (Capítulos 2 e 3), agregando-se em suas análises conceitos jurídicos-positivos<sup>8</sup>. Nesse aspecto, será feita uma teoria individual do contraditório

---

<sup>7</sup> DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 95 e 133.

<sup>8</sup> Entendidos estes como conceitos construídos “a partir da observação de uma determinada realidade normativa e fazendo uso do repertório dos conceitos jurídicos fundamentais. Assim, esses conceitos são uma noção que somente poderá ser apreendida após o conhecimento de um determinado e específico Direito Positivo” (DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p.53). Os conceitos de contestação e reconvenção, por exemplo, são jurídico-positivos, posto que dependem da análise da legislação processual respectiva. Já os conceitos de demanda e defesa são lógico-jurídicos, já que não dependem da observância do direito positivo e auxiliam na compreensão dos conceitos jurídicos-positivos.

e do negócio jurídico processual, para que se possa, ao final, enfrentar com segurança os problemas da pesquisa (Capítulo 4).

Por fim, destaque-se que, além da necessidade metodológica deste capítulo preliminar, com ele o texto científico fica mais fluído, pois não será preciso fazer recortes ou desvirtuar a exposição de cada tema para explicar os conceitos fundamentais utilizados, vez que o leitor saberá, desde já, quais premissas teóricas adotadas.

## 1.2 Suporte fático, incidência e fato jurídico

Como premissa principal para compreensão do fenômeno jurídico, adota-se como marco teórico os conceitos jurídicos fundamentais formulados por Pontes de Miranda<sup>9</sup> – batizados por Marcos Bernardes de Mello como Teoria do Fato Jurídico<sup>10</sup> – por considerar que eles conseguem explicar tal fenômeno de forma satisfatória, desde o seu nascedouro, com a incidência da norma jurídica sobre seu suporte fático concretizado no mundo dos fatos e transformando-o em fato jurídico (plano da existência), até a produção final dos efeitos jurídicos (plano da eficácia), passando previamente os atos volitivos pela verificação da presença ou não de defeitos (plano da validade).

Importante destacar, por oportuno, que Pontes de Miranda elaborou conceitos e categorias que não ficam adstritas ao Direito Civil, ao revés, pertencem à Teoria Geral do Direito, sendo “de indiscutível utilidade para solução de situações conflituosas que não se limitam ao Direito Privado, podendo ser aplicáveis ao Direito Tributário, Processual Civil, Penal, dentre outros<sup>11</sup>”. No mesmo sentido, Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira<sup>12</sup> chamam atenção para o fato de que “quando Pontes de Miranda sistematizou sua teoria do fato jurídico, fê-lo em face e a partir do Direito Privado, especialmente do Direito

<sup>9</sup> Nas seguintes obras, dentre outras: MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983; No particular: MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado das Ações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; e MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Sistema de Ciência Positiva do Direito**. São Paulo: Bookseller, 2005.

<sup>10</sup> Em suas três obras clássicas, cujas edições mais recentes são: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2019; MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2019; e MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

<sup>11</sup> EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Apontamentos sobre a Teoria do fato Jurídico. In: BESERRA, Karoline Mafra Sarmento; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; SILVA, Jéssica Aline Caparica da (Org.). **Estudos sobre a Teoria do Fato Jurídico na contemporaneidade: Homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. Aracaju: Edunit, 2016, p.12.

<sup>12</sup> DIDIER JR. Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2011, p.19.

Civil. O momento histórico era propício para tal enfoque”, mas advertem que “a contribuição de Pontes de Miranda, ao contrário do que se poderia supor, nunca esteve adstrita aos confins do Direito Privado”<sup>13</sup>.

Os três elementos descritos no título do presente subtópico (suporte fático, incidência e fato jurídico) estão na ordem gradativa de ocorrência para que se dê o fenômeno da juridicização dos fatos tidos como relevantes para a sociedade pela norma jurídica e, conseqüentemente, seja dado início à análise de qualquer tema dentro do Direito, sob o ponto de vista dogmático.

Com efeito, para que se possa cogitar de qualquer discussão no âmbito jurídico, é necessário, em primeiro lugar, um fato jurídico. Este, por sua vez, é resultado da incidência da norma jurídica sobre seu suporte fático. É preciso ter noção de que o fenômeno jurídico, em toda sua complexidade, envolve diversos momentos interdependentes, sendo o primeiro a definição, pela norma jurídica, da hipótese fática, seguido da concreção dessa hipótese no mundo dos fatos e a sua conseqüente juridicização, por força da incidência da norma e, finalmente, sua entrada como fato jurídico no mundo jurídico, gerando os efeitos previstos abstratamente<sup>14</sup>.

Não por outra razão, Pontes de Miranda afirmou que “a noção fundamental do direito é a de fato jurídico<sup>15</sup>” e que não é de admitir-se, em ciência, que se comece a exposição, a falar-se dos efeitos, da eficácia (direitos, deveres ou dívidas; pretensões, obrigações; ações e exceções), antes de descrever como os elementos do mundo fático penetram no mundo jurídico<sup>16</sup>. Pela relevância, calha transcrever as lições do jurista:

É essencial a todo estudo sério do direito considerar-se, em ordem, a) a elaboração da regra jurídica (fato político), b) a regra jurídica (fato criador do mundo jurídico), c) o suporte fático (abstrato), a que ela se refere, d) a incidência quando o suporte fático (concreto) ocorre, e) o fato jurídico, que

---

<sup>13</sup> É preciso registrar, porém, que essa visão é contestada por Andreas Krell, que entende ser a Teoria do Fato Jurídico aplicável apenas ao Direito Privado, sendo duvidosa sua aplicação no âmbito do Direito Constitucional, em função da existência conceitos legais abertos e plurissignificativos no texto constitucional, notadamente na seara dos direitos fundamentais. (KRELL, Andreas J. A relevância da teoria do fato jurídico no âmbito do moderno direito constitucional e administrativo. In DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos (Org.). **Revisitando a Teoria do fato Jurídico**: Homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2020, p.75-95).

<sup>14</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 11.

<sup>15</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. XVI.

<sup>16</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. XVII.

daí resulta, f) a eficácia do fato jurídico, isto é, as relações jurídicas e mais efeitos dos fatos jurídicos<sup>17</sup>.

No mesmo sentido, Marcos Bernardes de Mello adverte que nada acontece no mundo jurídico senão como produto de um fato jurídico, de modo que “o fato jurídico (= norma + fato) representa elemento fundamental de toda juridicidade, pois se constitui na fonte imediata do mundo jurídico<sup>18</sup>”.

Uma das noções elementares para a correta compreensão da teoria defendida por Pontes de Miranda é a separação entre o mundo dos fatos e o mundo jurídico, sendo aquele o mundo em que vemos acontecer os fatos, “a soma de todos os fatos que ocorreram e o campo em que os fatos futuros vão se dar<sup>19</sup>”; já o mundo jurídico é formado apenas pelos fatos jurídicos, ou seja, pelos fatos que receberam a incidência da norma jurídica posto que estavam previstos em seu suporte fático. Desse modo, a incidência da norma marca o que é jurídico e, por exclusão, o que não é jurídico, que permanece no mundo dos fatos, sem relevância para o Direito.

Suporte fático possui, então, duas acepções, vez que são os fatos previstos na norma (suporte fático abstrato) e sobre o qual ela incide quando ocorre no mundo dos fatos (suporte fático concreto). Fato jurídico, assim, “é o que entra, do suporte fático, no mundo jurídico, mediante a incidência da regra jurídica sobre o suporte<sup>20</sup>”. De tal modo, fato e suporte fático são conceitos pré-jurídicos (mundo dos fatos), enquanto fato jurídico (fato que recebeu a incidência da norma) é conceito do mundo do direito, portanto jurídico<sup>21</sup>.

Percebe-se que a incidência desempenha papel essencial no fenômeno jurídico, já que é por meio dela que os fatos relevantes entram no mundo jurídico e, por conseguinte, passam a ter aptidão para gerar eficácia jurídica. Segundo Pontes de Miranda “para que os fatos sejam jurídicos, é preciso que as regras jurídicas – isto é, normas abstratas – incidam sobre eles, desçam e encontrem os fatos, colorindo-os, fazendo-os jurídicos<sup>22</sup>”. Composto o suporte fático, a norma jurídica incide e juridiciza o fato.

---

<sup>17</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 4.

<sup>18</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. XXV.

<sup>19</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 3.

<sup>20</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 4.

<sup>21</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 69.

<sup>22</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 6.

A incidência é, então, “o efeito da norma jurídica de transformar em fato jurídico a parte de seu suporte fático que o direito considerou relevante para ingressar no mundo jurídico<sup>23</sup>”. O fenômeno da incidência se passa no mundo dos pensamentos, sendo, porém, perceptível em suas consequências<sup>24</sup>. Ocorridos os fatos que constituem o seu suporte fático, a norma jurídica incide, incondicionalmente, infalivelmente, isto é, independentemente do querer das pessoas<sup>25</sup>.

Com a incidência da norma e a consequente existência do fato jurídico, pode-se ingressar na análise do que ocorre no mundo jurídico e os planos pelos quais os fatos jurídicos passam (ou não), de modo a compreender o fenômeno jurídico em sua integralidade.

### **1.3 Mundo jurídico e os planos da existência, validade e eficácia**

Enquanto o mundo compõe-se de fatos em geral, o mundo jurídico compõe-se apenas de fatos jurídicos, entendidos estes com o produto da incidência da norma jurídica sobre seu suporte fático. Desse modo, a norma jurídica “adjetiva os fatos do mundo, conferindo-lhes uma característica que os torna espécie distinta dentre os demais fatos – o ser fato jurídico<sup>26</sup>”.

Dentro do mundo jurídico, por sua vez, há um escalonamento. Primeiro, com a incidência da norma sobre seu suporte fático suficientemente preenchido, o fato jurídico entra no plano da existência, ou seja, passa a existir no mundo jurídico.

Uma vez existente o fato jurídico, há dois outros planos de análise: o da validade e o da eficácia. Somente passa-se para estes se, primeiro, o fato jurídico existir. De acordo com Pontes de Miranda “para que algo valha é preciso que exista. Não tem sentido falar-se de validade ou invalidade de algo que não existe. A questão da existência é questão prévia<sup>27</sup>”. De igual modo, sendo a eficácia jurídica irradiação do fato jurídico é necessário que, primeiro, tenha havido a incidência da norma sobre o suporte fático suficiente, ou seja que o fato

---

<sup>23</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 74.

<sup>24</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 7.

<sup>25</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 75.

<sup>26</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 08.

<sup>27</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 6.

jurídico, de igual modo, exista.

Importante destacar que o plano de validade é exclusivo para análise dos atos jurídicos que possuem a vontade como elemento nuclear do suporte fático. É nesse plano que será verificado se o suporte fático suficiente foi preenchido sem defeitos, ou seja, se ele foi eficiente. Os demais fatos jurídicos<sup>28</sup>, após o plano da existência, são analisados diretamente no plano da eficácia. Por tal razão, Marcos Bernardes de Mello afirma que “o plano da eficácia, como o da validade, pressupõe a passagem do fato jurídico pelo plano da existência, não, todavia, essencialmente, pelo plano da validade<sup>29-30</sup>”.

De outro norte, eficácia jurídica é o que se produz no mundo jurídico como decorrência dos fatos jurídicos, de modo que “só de fatos jurídicos provém eficácia jurídica<sup>31</sup>”. Ou seja, somente após a incidência da norma é que os suportes fáticos concretos entram no mundo jurídico e, após, com a existência do fato jurídico, é que se pode cogitar de eficácia jurídica.

A eficácia, portanto, não decorre da lei, mas sim do fato jurídico (é irradiação deste) que, por sua vez, origina-se da incidência da lei sobre o suporte fático concreto suficiente. A incidência é “*prius*, supõe a regra jurídica e o suporte fático, sobre o qual ela incide. A eficácia é, pois, logicamente, *posterius*<sup>32</sup>”. É o que Marcos Bernardes de Melo chama de “princípio da causalidade jurídica”, o qual define a relação de determinação entre o fato jurídico e sua eficácia.

Existe um *nexo causal* entre a eficácia jurídica, fato jurídico e norma jurídica, uma vez que, com caráter de necessidade, não pode haver eficácia jurídica sem fato jurídico de que provenha, nem existir fato jurídico sem que decorra da incidência da norma jurídica. Assim, nessa ordem, pode-se dizer que (a) a norma jurídica é *causa* do fato jurídico e (b) este o é da eficácia jurídica<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> Por razões metodológicas e didáticas, a classificação dos fatos jurídicos conforme os elementos que compõe o cerne do suporte fático será analisada no Capítulo 3 da pesquisa, quando houver o aprofundamento do instituto do negócio jurídico processual, já que, para sua correta análise, é preciso situá-lo dentro da classificação geral dos fatos jurídicos.

<sup>29</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 102.

<sup>30</sup> De igual modo, o plano da validade será investigado com mais vagar no Capítulo 3 deste trabalho, quando for analisado os requisitos de validade dos negócios jurídicos processuais.

<sup>31</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 4.

<sup>32</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p.3

<sup>33</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia**. 10. ed. São Paulo: Saraiva,

Por conseguinte, direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções passam-se no plano da eficácia, não são decorrência direta da norma. Entre o suporte fático e a eficácia está a regra jurídica, a incidência dessa regra e o fato jurídico, que irradia a eficácia<sup>34</sup>.

Esse esclarecimento é importante para esta pesquisa, pois deve-se deixar claro que a investigação se concentra na possibilidade de o autorregramento da vontade das partes dispor sobre a eficácia (ou eficácias) decorrentes do fato jurídico que se origina após a incidência da norma jurídica do contraditório no processo judicial. Assim sendo, como o processo é (também) uma sequência de atos (fatos jurídicos), a cada incidência da norma processual é gerado um fato jurídico e, portanto, são irradiadas eficácias jurídicas próprias. Identificar e individualizar cada uma delas é passo essencial para o exame sobre a possibilidade ou não de sua disposição pelas partes.

Para uma melhor compreensão disso, é salutar fixar, ainda, os conceitos de suporte fático e preceito.

### 1.3.1 Suporte fático e preceito

Como salienta Marcos Bernardes de Mello, norma jurídica é que define o fato jurídico e, por força de sua incidência, gera o mundo jurídico. Assim, norma jurídica é uma proposição através da qual se estabelece que, “ocorrendo determinado fato ou conjunto de fatos (= suporte fático) a ele devem ser atribuídas certas consequências no plano do relacionamento intersubjetivo (= efeitos jurídicos)<sup>35</sup>”. Segundo esclarece Pontes de Miranda “à lei é essencial colorir fatos, tornando-os fatos do mundo jurídico e determinando-lhes os efeitos (eficácia deles)<sup>36</sup>”.

Vê-se que há dois elementos essenciais na norma jurídica, um antecedente (suporte fático) e outro consequente (preceito), o que poderia ser representado pela fórmula Se *F* então *P*, no qual *F* é o suporte fático sobre o qual a norma vai incidir e gerar a eficácia jurídica, e *P* o preceito da norma, a previsão abstrata das categoriais eficácias. Como leciona Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, as normas jurídicas sempre apresentam em sua estrutura lógica

---

2015, p.35.

<sup>34</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 11.

<sup>35</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 20.

<sup>36</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 6.

“a descrição hipotética de um fato, ou conjunto de fatos (suporte fático) e a imputação de consequências (preceito), para quando vier(em) a se concretizar aquele(s) fato(s) abstratamente contemplado(s)<sup>37</sup>”.

Assim, a norma jurídica é uma proposição completa quando contém esses dois elementos, de modo que “a incompletude da norma reside, apenas, na falta de menção ao suporte fático ou ao preceito<sup>38-39</sup>”. Logo, como toda consequência atribuída a um fato jurídico constitui eficácia jurídica, esta será objeto de um preceito. Preceito é, então, “a parte da norma jurídica em que são prescritos os efeitos atribuídos aos fatos jurídicos. Representa, assim, a disposição normativa sobre a eficácia jurídica<sup>40</sup>”.

Quanto à eficácia, cumpre destacar sua relação com o termo “situação jurídica”. Sobre isso, Marcos Bernardes de Mello<sup>41</sup> leciona que situação jurídica é expressão que pode ser utilizada em duas acepções: i) em sentido amplo, para designar toda e qualquer consequência que surge no mundo jurídico em decorrência da existência de um fato jurídico; ii) em sentido mais restrito, para designar os casos de eficácia jurídica em que não se concretiza uma relação jurídica. Há, ainda, a situação jurídica básica, que se constitui no efeito mínimo decorrente de todo fato jurídico pelo simples fato de sua existência, tendo em vista não ser possível um fato jurídico plenamente ineficaz<sup>42</sup>.

Todas essas categoriais eficaciais decorrem da juridicização do fato jurídico, após a incidência da norma. Nesse prisma, de acordo com Pontes de Miranda<sup>43</sup> “os direitos, as pretensões, as ações, as exceções, como os deveres, as obrigações, as posições passivas nas ações e nas exceções são eficácia dos fatos jurídicos”, ou seja, estão abrangidos no preceito da

<sup>37</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. 4. Ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 37.

<sup>38</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 36.

<sup>39</sup> Diversamente, para os chamados “sancionistas”, como Hans Kelsen, a norma jurídica completa teria uma estrutura dúplice, “constituída por uma *norma primária* e uma *norma secundária*, e configuraria um juízo hipotético cuja expressão em linguagem lógico-formal seria: se *F* então deve ser *P* (norma secundária), se *não-P* então deve ser *S* (norma primária). (MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. São Paulo: Saraiva, 14. ed., p. 33).

<sup>40</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 69.

<sup>41</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 78-79.

<sup>42</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 84.

<sup>43</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 10.



norma jurídica. Como se vê, a eficácia pressupõe a existência de um fato jurídico. Porém, como adverte Pedro Henrique Nogueira<sup>44</sup>, “antes do fato jurídico ocorrer elas já estavam previstas, em abstrato, no consequente, ou no preceito da norma jurídica”.

É preciso, então, identificar na norma, para além do seu suporte fático, quais são as eficácias jurídicas possíveis de ocorrer após a sua incidência sobre o suporte fático concretizado. Nesse mister, “não pode, nem deve, o intérprete limitar-se a ler e conhecer um certo dispositivo legal, mas precisa conhecer tudo o que no sistema se refira ao fato considerado em sua classe, inclusive os princípios que o regem, se houver<sup>45</sup>”.

Para se determinar o suporte fático e o preceito de determinada norma jurídica, portanto, deve-se lembrar que tal tarefa não pode ignorar a circunstância de que eles podem estar previstos em dispositivos legais separados, razão pela qual precisarão ser analisados conjuntamente.

Identificar as situações jurídicas geradas pela incidência da norma do contraditório é, nessa perspectiva, fundamental. Isso é feito no último capítulo desta pesquisa dedicado ao contraditório, pois, para tal mister, será preciso recorrer a conceitos jurídicos-positivos e à observância do direito positivo, mas a noção preliminar do que é eficácia jurídica e sua relação de causalidade com o fato jurídico é premissa inevitável.

#### **1.4 Processo como conceito primário. Explicitação do marco teórico adotado**

Como pontua Fredie Didier Jr.<sup>46</sup>, em todo sistema de conceitos há um conceito primário, que é fundamento de todos os outros, delimita o campo de atuação da ciência e articula os demais conceitos fundamentais. O conceito primário da Ciência do Processo é justamente o de processo.

Desse modo, o conceito de processo “acha-se supraordenado em relação aos demais conceitos lógico-jurídicos processuais. Como conceito fundamental primário, está pressuposto em todos os outros conceitos jurídicos processuais<sup>47</sup>”. Assim, saber o que é e qual a natureza

---

<sup>44</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações Jurídicas Processuais. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Teoria do Processo: panorama mundial**. Volume 2. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 753.

<sup>45</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 73.

<sup>46</sup> DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p.82.

<sup>47</sup> DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2018,

jurídica do processo é pressuposto para que se possa analisar qualquer assunto a ele relacionado.

Nesta pesquisa, não se iniciou com a exposição do conceito de processo pela necessidade de se expor os conceitos fundamentais da Teoria do Direito antes de ingressar na Ciência Processual, já que aquela auxilia na compreensão desta. Com efeito, não haveria como falar sobre processo, sem, antes, ter-se a exata noção do que é norma jurídica, suporte fático, incidência e eficácia jurídica, todos conceitos tratados anteriormente e que, agora, serão articulados para a construção do conceito de processo.

Sob a perspectiva da Teoria do Fato Jurídico, o processo pode ser examinado tanto sob o enfoque do plano da existência, quanto da eficácia.

Examinando-o a partir do plano da existência, processo é um ato jurídico complexo de formação sucessiva, ordenados e destinados a um certo fim<sup>48</sup>. Nessa espécie de ato jurídico, há um ato final, que o caracteriza, define a sua natureza e lhe dá denominação; e há o ato ou atos condicionantes do ato final, os quais, condicionantes e final, se relacionam entre si, ordenadamente no tempo<sup>49</sup>. Nesse sentido, processo seria sinônimo de procedimento.

Há, então, o ato-complexo procedimento, que reúne os atos jurídicos praticados; e cada um dos atos praticados (petição inicial, citação, contestação, etc), podendo o estudo focar tanto no coletivo, como no individual.

Ainda sobre o plano da existência, processo pode ser suporte fático ou preceito, a depender da norma. É que processo pode ser consequência da prática de um ato jurídico (ajuizamento da demanda), gerando diversas cargas eficaciais, como será demonstrado na sequência; bem como pode ser utilizado como suporte fático de outros fatos jurídicos, como o direito de defesa, que decorre, dentre outros fatores, da existência do processo. Nessa última hipótese, o fato jurídico processo entra na composição de outro suporte fático tomado como fato jurídico, tal qual o é, vez que “a distinção entre mundo dos fatos (geral) e mundo do direito é puramente lógica, nunca fática<sup>50</sup>”.

---

p.82.

<sup>48</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.142.

<sup>49</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 160.

<sup>50</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 47. Na obra, o professor Marcos Mello traz exemplo elucidativo: “o suporte fático dos contratos tem como elementos dois fatos jurídicos (negócios jurídicos unilaterais), a proposta (oferta) e a aceitação” (*op.cit.*,

Continuando sob a lente da Teoria do Fato Jurídico, mas agora sob a perspectiva do plano da eficácia, o processo pode ser encarado como um conjunto de situações jurídicas (direitos, deveres, competências, capacidades, ônus etc.) de que são titulares todos os sujeitos do processo; “Assim, talvez fosse mais adequado considerar o processo, sob esse prisma, um conjunto (feixe) de relações jurídicas<sup>51</sup>”.

Desse modo, o termo processo pode ser utilizado tanto para definir o procedimento (ato jurídico), quanto os feixes de relações jurídicas (efeitos dos fatos jurídicos). Este é o marco teórico adotado na pesquisa.

Não obstante, em virtude da relevância e da aproximação com o tema da pesquisa, passa-se a expor as ideias lançadas pelo jurista italiano Elio Fazzalari, justificando-se a não adoção integral de sua teoria como marco teórico da noção de processo.

Fazzalari, na década de cinquenta do século XX, colocou o processo e o contraditório no centro da análise da ciência processual, partindo igualmente da constatação da necessidade de participação de todos os virtualmente atingidos pela futura decisão judicial. Como pontuam Beclate Oliveira Silva e Welton Roberto<sup>52</sup>, seu escólio configurou, à sua época, importante passo para firmar o contraditório dentro de um mecanismo central para a existência do processo, bem como para chamar atenção que a participação a ser contemplada não é apenas a do autor, mas do destinatário dos efeitos daquela relação, daí a exigência da estruturação do procedimento sob a égide do contraditório.

Segundo as lições de Elio Fazzalari, há distinção entre processo e procedimento, sendo aquele “um procedimento do qual participam (estão habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar suas atividades<sup>53</sup>”. Assim, para separar procedimento de processo “é necessária alguma coisa a mais e diversa; uma coisa que os arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o

---

p.47).

<sup>51</sup> DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p.89.

<sup>52</sup> SILVA, Beclate Oliveira; ROBERTO, Welton. O Contraditório e suas Feições no Novo CPC. In: DIDIER Jr., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). **Normas Fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2016, p.244.

<sup>53</sup> FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. São Paulo: Bookseller, 2006, p.118-119.

contraditório<sup>54</sup>”. Processo, portanto, nada mais seria do que um procedimento que se desenvolve em contraditório.

Como observa Dierle Nunes, “o autor [Fazzalari] articula sua teoria em nítido contraste com o ideal pandectístico da relação jurídica processual estruturado por Büllow, em 1968, buscando uma forma de legitimação decisória pelo debate (e procedimento)<sup>55</sup>”. Em arremate, cumpre citar novamente o jurista italiano

Existe, em resumo, o “processo”, quando uma ou mais fases do *inter* de formação do ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver suas atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados ele pode desatender, mas não ignorar<sup>56</sup>.

Como se vê, para além do realce da importância do contraditório na concepção do que seja o processo, deve-se destacar que as ideias de Fazzalari não ficaram restritas ao processo judicial, tanto que em sua obra há destaques para os processos legislativo e administrativo. Por tal motivo, Fredie Didier Jr., assevera que a proposta do jurista “é desenvolver uma teoria das atividades de Direito Público e de Direito Privado que se realizam mediante processo<sup>57</sup>”.

Do mesmo modo, Dierle Nunes pontua que Fazzalari parte da observação de que haveria uma difusão de módulos processuais em várias atividades, tanto jurisdicionais quanto não jurisdicionais, de modo que um contraditório anterior à decisão é inerente tanto aos procedimentos administrativos quanto aos jurisdicionais<sup>58</sup>.

Esta pesquisa, todavia, centra-se na investigação em torno do contraditório no processo que se desenvolve perante um órgão investido de jurisdição, e não em todo e qualquer tipo de processo. Assim, não se aborda, por exemplo, o contraditório nos processos legislativo, administrativo ou nas relações privadas. Tais aspectos são relevantes, mas exigem um estudo aprofundado e exclusivo.

Ademais, a noção de contraditório inserido no próprio conceito de processo, como fez Elio Fazzalari, contraria as demais premissas expostas nesta pesquisa acerca da separação

---

<sup>54</sup> FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. São Paulo: Bookseller, 2006, p.119.

<sup>55</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2012, p.207.

<sup>56</sup> FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. São Paulo: Bookseller, 2006, p.120.

<sup>57</sup> DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p.110.

<sup>58</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2012, p.204.

entre Teoria Geral do Processo, que expõe os conceitos jurídicos fundamentais; e Ciência Processual, que articula os conceitos fornecidos pela Teoria Geral para fins de análise do Direito Positivo. Falar que processo é procedimento que se desenvolve em contraditório é, portanto, misturar as linguagens da Teoria Geral do Processo e da Ciência do Processo.

Como afirma Fredie Didier Jr, apesar de ser possível estabelecer o conceito de processo a partir da noção de relação jurídica (processo no plano da eficácia):

Não se pode, no entanto, definir teoricamente o conteúdo dessa relação jurídica, que deverá observar o modelo de processo estabelecido na Constituição. Não há como saber, sem examinar o direito positivo, o perfil e o conteúdo das situações jurídicas que compõem o processo<sup>59</sup>.

Desse modo, a exigência do contraditório no processo é um requisito de validade deste, mas não é indispensável para a sua configuração. Como adverte Fredie Didier Jr., “processo sem contraditório não é processo inexistente, mas, sim, processo inválido<sup>60</sup>”.

Registre-se que adotar a noção de contraditório como elemento que compõe a existência do processo diminuiria o campo de investigação desta pesquisa, já que não se poderia cogitar do seu afastamento pela vontade das partes, mas tão somente a reconfiguração de aspectos secundários relacionados ao seu exercício.

Todavia, a exigência de observância do contraditório está inserida no Direito Positivo, tal qual a possibilidade de serem firmados negócios jurídicos processuais, de modo que ambos (contraditório e negócio jurídico processual) devem ser analisados no mesmo plano, que é o da Ciência Processual, e não em nível epistemológico.

#### 1.4.1 Os demais institutos da trilogia estrutural do processo. Noções sobre ação e jurisdição

Para além do conceito de processo – que é o primário, como exposto -, há outros dois conceitos que precisam estar interligados na Ciência Processual, que são os de ação e de jurisdição. Esses três conceitos, juntos, formam a chamada Trilogia Estrutural do Processo, entendida esta como “os três institutos básicos que estruturam o fenômeno processual e que interagem entre si com tal força e vigor, que não se pode examinar nenhum deles, isoladamente, sem o auxílio dos demais<sup>61</sup>”.

<sup>59</sup> DIDIER JR., Fredie. **Sobre a teoria geral do processo, essa desconhecida**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p.90.

<sup>60</sup> DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p.114.

<sup>61</sup> DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Teoria Geral do Processo: jurisdição, ação (defesa) e processo**. 2. ed. São Paulo: Método, 2007, p. 75.

Desse modo, na esteira do pensamento do autor argentino J. Ramiro Podetti, Francisco Wildo Dantas afirma que os três conceitos angulares jurisdição, ação e processo devem servir de base metodológica e científica da teoria e da prática do processo, numa consideração unitária (porque nenhum pode ter existência independente) e subordinada (a ideia de um implica na noção dos demais), concluindo que

o processo serve de elemento para a interação da jurisdição com a ação, espécie de centelha que dá partida ao circuito jurisdição/ação, atuando como verdadeira rede elétrica por onde se desenvolve a energia que dá vida ao fenômeno<sup>62</sup>.

Registre-se, por oportuno, que Francisco Wildo Dantas, após indicar a tendência da inclusão da defesa como componente estrutural do processo, considera que ela constitui importante elemento que integra o fenômeno processual, mas longe de ser um elemento autônomo dentro da trilogia estrutural do processo, “há de ser analisada no próprio estudo da ação, em virtude do profundo paralelismo existente entre ambos<sup>63</sup>”. A defesa é, então, o direito de ação, visto do ângulo do réu, posição que se adota nesta pesquisa, como será detalhado no Capítulo dedicado à análise do contraditório.

Nessa perspectiva, e mantendo-se a coerência da pesquisa, passa-se a expor as noções de jurisdição e de ação, segundo a Teoria do Fato Jurídico.

Como ensina Pontes de Miranda, “jurisdição é a atividade do Estado para aplicar as leis, como função específica. O Poder Legislativo, o Poder Executivo e os próprios particulares aplicam a lei, porém falta a todos a especificidade da função<sup>64</sup>”. Por meio da jurisdição, portanto, o Estado aplica o direito objetivo, diz “qual a regra jurídica, o *ius*, que incidiu<sup>65</sup>”.

Há correntes doutrinárias que trazem conceitos mais amplos de jurisdição, inclusive atribuindo a ela a possibilidade de criação de normas jurídicas<sup>66</sup>. Desvia-se, porém, dos escopos desta pesquisa sua análise pormenorizada, sendo suficiente a noção acerca de ela ser

---

<sup>62</sup> DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Teoria Geral do Processo: jurisdição, ação (defesa) e processo**. 2. ed. São Paulo: Método, 2007, p. 76/77.

<sup>63</sup> DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Teoria Geral do Processo: jurisdição, ação (defesa) e processo**. São Paulo: Método, 2007, p.78-79.

<sup>64</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado das Ações**. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1998, p. 249.

<sup>65</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.103.

<sup>66</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V.1. Salvador: Juspodivm, 2020. Para um aprofundamento crítico acerca da jurisdição na contemporaneidade: GONÇALVES, Marcelo Barbi. **Teoria Geral da Jurisdição**. Salvador: Juspodivm, 2020.

o exercício da função pública atribuída ao Poder Judiciário, para que diga, em definitivo, qual regra incidirá no caso concreto. O processo é, então, instrumento posto a disposição do Estado para desempenho desta atividade.

De outro norte, na classificação segundo a Teoria do Fato Jurídico, pode-se afirmar que a ação é um ato jurídico. É o ato que deflagra o ato-complexo processo, define o objeto litigioso e fixa os limites da atividade jurisdicional<sup>67</sup>. Nítida, portanto, sua articulação com os demais conceitos apresentados.

Identifica-se a noção de ação com a de ação processual ou remédio jurídico processual trazida por Pontes de Miranda. Isso porque, o jurista, ao se referir às ações de direito processual, utiliza a mesma palavra só que entre aspas (“ação”), para evitar a confusão com a outra categoria, a ação de direito material. Para Pontes de Miranda, “a ação exerce-se principalmente por meio da ‘ação’ (remédio jurídico processual), isto é, exercendo-se a pretensão à tutela jurídica que o Estado criou<sup>68</sup>”.

No mesmo sentido, sustenta Francisco Wildo Dantas que a ação processual “surge com a provocação da jurisdição para a realização do direito, para afastar um obstáculo, por meio de um processo, contencioso ou voluntário<sup>69</sup>”.

Registre-se que a noção da ação é igualmente essencial para esta pesquisa, posto que se fará, no momento oportuno, sua correlação com o direito de defesa, com vistas a extrair as eficácias delas decorrentes.

### **1.5 Síntese e importância dos conceitos expostos para a pesquisa**

Fixadas as premissas fundamentais, expõe-se o percurso a ser trilhado nesta pesquisa, vez que os conceitos fundamentais expostos (com destaque para norma jurídica, suporte fático, incidência, fato jurídico, eficácia e processo) serão as ferramentas utilizadas para descortinar o objeto investigado.

Com efeito, quanto ao direito fundamental do contraditório (Capítulo 2), investigar-se-

---

<sup>67</sup> DIDIER JR., Fredie. O direito de ação como um complexo de situações jurídicas. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 210, ago/2012.

<sup>68</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado das Ações**. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1998, p. 124.

<sup>69</sup> DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Teoria Geral do Processo: jurisdição, ação (defesa) e processo**. São Paulo: Método, 2007, p.263/264.

á a norma respectiva, por meio da identificação do(s) enunciados(s) normativo(s) correspondente(s); o suporte fático e o preceito da norma, com especificação das categoriais eficaciais produzidas após a incidência da norma sobre o suporte fático; demonstrando-se, ao final, os elementos essenciais da norma do contraditório no Direito Processual Civil brasileiro, e problematizando acerca da possibilidade de sua renúncia.

Cumpridos tais misteres, é importante estudar o instituto dos negócios jurídicos processuais, o que inclui seu enquadramento na teoria do fato jurídico; a identificação do suporte fático e do preceito da norma correspondente; seus requisitos de validade; e as possibilidades abertas pelo sistema jurídico no tocante ao autorregramento da vontade das partes, fazendo-se o devido paralelo com a possibilidade de negociação sobre direitos fundamentais (Capítulo 3).

Por fim, far-se-á, no Capítulo 4, a junção dos alicerces formados nos Capítulos 2 e 3 para enfrentar a problemática específica da negociação processual sobre o contraditório, estabelecendo sua possibilidade, limites e regime jurídico aplicável ao negócio, mais uma vez valendo-se do repertório teórico da Teoria do Fato Jurídico, notadamente a concepção do processo como ato jurídico complexo e como feixe de situações jurídicas.



## 2 DIREITO FUNDAMENTAL AO CONTRADITÓRIO

### 2.1. Direitos Fundamentais sob uma Perspectiva Formal

É possível formular teorias das mais variadas sobre os direitos fundamentais, adotando-se, de igual modo, diversas formas de classificação destes. Pode-se partir de uma classificação histórica, com a divisão dos direitos fundamentais em “gerações<sup>70</sup>” ou “dimensões<sup>71</sup>”; ou explicá-los sob o ponto de vista do conteúdo ético-normativo, lastreado principalmente no princípio da dignidade da pessoa humana<sup>72</sup>.

Na doutrina de Pontes de Miranda, ganha relevo a supraestatalidade dos direitos fundamentais, com fundamento no Direito Internacional, chamado por ele de “direito das gentes”. Para o jurista, como uma das técnicas para proteger os direitos fundamentais na ordem constitucional, a supraestatalidade é fundamento de validade para o direito interno e acaba por ser um meio de estabilizar as Constituições. Desse modo, “direitos fundamentais valem perante o Estado, e não pelo acidente da regra constitucional. São concepções estatais dentro das raias que aos Estados permite o direito das gentes<sup>73</sup>”.

Sobre isso, adota-se nesta pesquisa uma postura de análise dogmática e jurídica, por meio de uma dimensão essencialmente analítica dos direitos fundamentais, nos moldes como desenvolvido por Robert Alexy<sup>74</sup>. Como exposto pelo autor “se há algo que pode livrar ao menos um pouco a ciência dos direitos fundamentais da retórica política e das idas e vindas das lutas ideológicas é o trabalho da dimensão analítica<sup>75</sup>”. Ademais, como pontua o jurista, se a discussão sobre os direitos fundamentais “não pudesse ter outra sustentação além do texto constitucional e do vacilante solo de seu surgimento, seria de se esperar uma luta de ideias sem fim e quase sem limites<sup>76</sup>”.

---

<sup>70</sup> Na teoria clássica de Paulo Bonavides, que identifica a existência de cinco gerações de direitos fundamentais, in BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Malheiro, 2018, p.574 e ss.

<sup>71</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 13. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 55.

<sup>72</sup> MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

<sup>73</sup> MIRANDA, Pontes. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. I, de 1969**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, p.615.

<sup>74</sup> Dentre outras obras, em: ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2017.

<sup>75</sup> **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2017, p.49.

<sup>76</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2017, p.27.

Não obstante, é bom frisar que não se despreza a importância dos outros aspectos ou dimensões relacionadas aos direitos fundamentais, mas para fins de elaboração desta pesquisa, eles não foram adotados como parâmetros centrais, sem prejuízo de suas considerações como reforço de eventuais pontos de vista demonstrados.

Ainda sobre o exame dos direitos fundamentais, faz-se uso da dimensão empírica na sua análise, especificamente no tocante ao estudo do Direito Positivo, com destaque para o direito nacional.

É importante estudar, ainda, os direitos fundamentais em uma perspectiva subjetiva, vez que o propósito do trabalho é investigar os aspectos que permeiam a negociação pelas partes acerca do direito ao contraditório, ou seja, o direito fundamental projetado em uma relação jurídica. Assim, não interessa à pesquisa maiores aprofundamentos sobre a supraestatalidade dos direitos fundamentais ou a chamada dimensão objetiva destes ou, nas lições de Pontes de Miranda, os direitos fundamentais classificados como insubjetivados, absolutos, relativos, negativos, positivos ou institucionais<sup>77</sup>.

Compatibilizando-se as premissas adotadas nesta pesquisa, pode-se afirmar que direito fundamental decorre de uma norma de direito fundamental. Isso porque, sendo direito uma situação jurídica que emana de um fato jurídico, o qual, por sua vez, é produto da incidência de uma norma sobre seu suporte fático concretizado, ele se situa no plano da eficácia.

Portanto, para saber se determinado direito é ou não fundamental, deve-se investigar a natureza da própria norma jurídica que o prevê abstratamente. Nesse mister, há dois critérios comumente adotados pela doutrina: o formal e o material<sup>78</sup>.

Interessa à pesquisa, em virtude do objeto de investigação, o critério formal. Por esse critério, são enunciados de direito fundamental todas as disposições da Constituição da República de 1988 contidas do Título II “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” (arts. 5º ao 17), independente daquilo que seja estabelecido nelas. Konrad Hesse define direitos

---

<sup>77</sup> Segundo sistematização feita em: SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais. In **Revista do Mestrado da Universidade Federal de Alagoas**. Ano I, Maceió: Nossa Livraria, jan/dez 2005.

<sup>78</sup> Classificação que leva em consideração a previsão expressa ou não do direito em texto normativo, de modo que direitos fundamentais formais encontram previsão expressa na Constituição, enquanto direitos fundamentais materiais o são em virtude de seu conteúdo, independentemente de sua rotulação formal. Para maior aprofundamento: SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018. Em sentido semelhante, mas com outras nomenclaturas: LEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

fundamentais formais como “aqueles direitos que o direito vigente qualifica de direitos fundamentais<sup>79</sup>”. Na lição de Jorge Miranda, os direitos fundamentais formais são as posições jurídicas subjetivas protegidas pela Constituição Formal por estarem nela inscritas<sup>80</sup>.

Tem-se, assim, uma concepção formal de direitos fundamentais sob uma perspectiva dogmático-jurídica. O contraditório insere-se nesta classificação. Isso porque está positivado expressamente na Constituição da República, no inciso LV do art. 5º, que será objeto de análise adiante.

### 2.1.2 Direitos fundamentais como direitos subjetivos e a correlação com os deveres fundamentais.

Quando se fala em “direito fundamental” estar-se, por óbvio, falando de um direito que, conforme as premissas já estabelecidas na pesquisa, é uma espécie de categoria eficaz, a qual surge somente após a incidência de uma norma jurídica (no caso, uma norma de direito fundamental) sobre o suporte fático concretizado. Conforme George Sarmento “os direitos fundamentais subjetivos são efeitos de fatos jurídicos. Portanto, pressupõem a incidência da norma constitucional sobre o suporte fático<sup>81</sup>”.

Se há um direito fundamental, deverá haver, também, um correspondente dever fundamental. Como leciona Pontes de Miranda “a todo direito corresponde sujeito passivo, - total, nos direitos absolutos, ou determinado, nos direitos relativos<sup>82</sup>”. É o princípio da correspectividade (ou correlatividade) dos direitos e deveres. Pela precisão, convém transcrever as palavras do autor:

O dever é *posterius*; o que importa é o direito, *prius*: daí poder terceiro entregar a coisa devida. Outras vezes, o dever é *prius*; o direito, *posterius*: é o que se passa com os deveres paternos. O dever jurídico é correlativo de todo direito. Se não é o caso de dever de determinada pessoa, dá-se dever de todas as pessoas de não desatender ao direito. O titular do direito tem sempre, diante de si, alguém, desde que a correlatividade é inelimitável<sup>83</sup>.

<sup>79</sup> HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução de Luíz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p.225

<sup>80</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 9.

<sup>81</sup> SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais. In **Revista do Mestrado da Universidade Federal de Alagoas**. Ano I, Maceió: Nossa Livraria, jan/dez 2005, p.35.

<sup>82</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p.245.

<sup>83</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p.422.

No mesmo sentido, Marcos Bernardes de Mello, ao se referir às situações jurídicas complexas, afirma que “o direito que integra uma esfera jurídica corresponde a um dever em outra esfera jurídica e vice-versa. Essa correspectividade de direitos e deveres caracteriza uma relação jurídica entre os titulares (sujeitos) das duas esferas jurídicas<sup>84</sup>”. De igual modo, defende George Sarmiento que “a todo direito fundamental subjetivo corresponde um dever a ser suportado pelo Estado, sociedade, pessoas físicas ou jurídicas (princípio da correlatividade dos direitos e deveres)<sup>85</sup>”.

No caso dos direitos fundamentais, sua construção e visão tradicional foi no sentido de o Estado ocupar o polo passivo da relação jurídica, de modo que o dever é a ele imposto, vez que os direitos fundamentais se ligam à concepção de defesa dos indivíduos frente ao Estado. Atualmente, é assente a ideia de que os direitos fundamentais possuem também eficácia entre os particulares, o que se denomina de eficácia externa ou horizontal<sup>86</sup>.

Essencial, portanto, delimitar os direitos e deveres que decorrem da incidência da norma prescritiva do contraditório no caso concreto, para que sejam identificados seus titulares e as possibilidades de negociação.

## 2.2 O Direito Fundamental ao Contraditório

### 2.2.1 Noções gerais sobre o contraditório e seu paralelismo com o direito de ação

Para que se possa aprofundar os aspectos normativos do contraditório, deve-se, antes, fixar algumas premissas sobre ele, destacando-se seu paralelismo com o direito de ação e o princípio da incolumidade das esferas jurídicas alheias, que implicará na conclusão de que o contraditório deve assegurar tanto ao demandado, quanto ao demandante.

Acerca da conexão da defesa com o direito de ação, Pontes de Miranda leciona que “assim como há a ação de direito material e a ‘ação’ (direito processual), há a exceção de direito material e a ‘exceção’ de direito processual<sup>87</sup>”, explicando didaticamente que

<sup>84</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.176.

<sup>85</sup> SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais. In **Revista do Mestrado da Universidade Federal de Alagoas**. Ano I, Maceió: Nossa Livraria, jan/dez 2005, p.38.

<sup>86</sup> Sobre esse tema, destaca-se: SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: DIDIER JR., Fredie (org.). **Leituras Complementares de Processo Civil**. 7. Ed. Salvador: Juspodvim, 2009; BRAGA, Paula Sarno. **Aplicação do Devido Processo Legal nas Relações Privadas**. Salvador: Juspodvim, 2008.

<sup>87</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo VI. São Paulo: Revista dos

Quem se defende (*de-fendere*) vai contra o que golpeia, o empuxa (*of-fendere; fendere-golpear*). Ataque e contra ataque: alguém disse, postulou; outrem, que defende, nega. A defesa, dita, também, *objeção*, contraria a projeção do direito, da pretensão, ou da ação, ou da própria exceção. Um afirma que o direito *é*, ou *foi*, ou *vai ser*; outro, que *não é*, ou *não foi*, ou *não vai ser*<sup>88</sup>.

A respeito do paralelismo entre ação e defesa, Francisco Wildo Dantas afirma que esta corresponde ao mesmo direito daquela, com a diferença fundamental de que enquanto a ação é proposta pelo autor, a defesa é exercida pelo réu. “Uma – a defesa – é consequência da outra – a ação, mas têm a mesma natureza de direito cívico reconhecido a todos de exigir do Estado a prestação jurisdicional<sup>89</sup>”.

Do mesmo modo, fazendo também o paralelo entre os institutos, Cândido Rangel Dinamarco aduz que “defesa é o *contraposto negativo* do poder de ação, ou uma visão especular desta – ou seja, ela é o conjunto de poderes e faculdades que permitem ao demandado opor-se à pretensão ao autor, pleiteando a sua rejeição<sup>90</sup>”.

No mesmo passo, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero afirmam que “a ação é exercida contra o Estado – que tem o dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva – e diante do réu – que pode ser atingido pelos efeitos jurídicos da eventual tutela do direito solicitado pelo autor<sup>91</sup>”.

Há, portanto, nítido paralelismo entre ação e defesa, o que se relaciona diretamente com o chamado princípio da incolumidade da esfera jurídica alheia, segundo o qual, nas palavras de Marcos Bernardes de Mello “a ninguém é dado interferir na esfera jurídica de outrem sem o seu consentimento ou autorização de lei<sup>92</sup>”.

Sobre isso, Pontes de Miranda já lecionava que “quando se diz que algo ofende direitos, pretensões, ações ou exceções de terceiros, nada mais se faz do que se aludir à

---

Tribunais, 1983, p.05.

<sup>88</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p.18.

<sup>89</sup> DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Teoria Geral do Processo: jurisdição, ação (defesa) e processo**. 2. ed. São Paulo: Método, 2007, p.295/296.

<sup>90</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 8. ed. São Paulo: Maleiros, 2016, p.443-444 (grifo no original).

<sup>91</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.353.

<sup>92</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.96.

inoponibilidade de efeitos a eles, à não-produção de efeitos contra eles<sup>93</sup>”.

É justamente por meio do exercício da pretensão da tutela jurídica (“ação”, na Teoria Ponteano) que se abre caminho para a parte autora interferir na esfera jurídica do réu, o qual poderá exercer, então, sua defesa.

Cândido Rangel Dinamarco, Gustavo Badaró e Bruno Lopes lecionam que a ação tem no polo passivo o Estado, mas uma vez acolhida a demanda, a sentença proferida produzirá efeitos (favoráveis ou desfavoráveis) na esfera jurídica de outra pessoa, que é o réu. Assim, a demanda inicial apresenta-se como o pedido que uma pessoa dirige ao órgão jurisdicional com vista a um provimento destinado a atuar sobre a esfera jurídica de outra, de modo que

O réu também tem uma pretensão em face dos órgãos jurisdicionais (a pretensão a que o pedido do autor seja rejeitado), a qual assume uma forma antitética à pretensão do autor. É nisso que reside o fundamento lógico do contraditório, entendido como ciência bilateral dos atos e termos do processo, com a possibilidade de contrariá-los – e seu fundamento constitucional é a ampla garantia do direito ao processo e do acesso à justiça<sup>94</sup>.

Do mesmo modo Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero afirmam que o poder estatal, para ser exercido de forma legítima, depende da necessária participação de todos sujeitos que podem ser atingidos pelos efeitos da decisão, de modo que “a necessidade de defesa está relacionada aos efeitos da decisão sobre a esfera jurídica do réu – isto é, sobre sua liberdade ou sobre o seu patrimônio. Não há sentido em se impor uma decisão definitiva ao réu sem dar a ele o direito de se defender<sup>95</sup>”.

É preciso que fique clara uma premissa essencial. É que, se o demandado exerce – ou pode exercer – o contraditório contra eventual interferência em sua esfera jurídica, por provocação do demandante e acatamento do Estado-Juiz; o autor, que provocou o Poder Judiciário, também possui direito ao exercício do contraditório. Aqui, também deve haver o paralelismo. De fato, o autor também pode ter sua esfera jurídica atingida, caso sua demanda não seja admitida ou caso seja proferida sentença de improcedência, já que lhe estará sendo negado o direito de acesso ao Poder Judiciário<sup>96</sup>.

<sup>93</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.72.

<sup>94</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p.331.

<sup>95</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.353.

<sup>96</sup> Sobre a eficácia da sentença de improcedência, inclusive a possibilidade de sua execução pelo réu:

Como leciona Pontes de Miranda:

Desde que a natureza do Estado obrigou, se não à extinção, pelo menos à grande diminuição da possível justiça de mão própria, impôs-se-lhe prover à distribuição dos julgamentos onde quer que se faça preciso restaurar o direito ferido [...]. Existe, pois, direito público a que o Estado, por seus órgãos, preste justiça. É o direito à prestação jurisdicional. Ou, melhor: a pretensão à tutela jurídica, de que é espécie a pretensão à resolução judicial<sup>97</sup>.

Nessa perspectiva, advertem Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero que o contraditório é expressão técnico-jurídica do princípio da participação, isto é, do princípio que afirma que todo poder, para ser legítimo, deve estar aberto à participação. Assim, a parte autora também possui o direito de participar, “pois do contrário o processo será tão ilegítimo quanto se negada for a participação do réu<sup>98</sup>”.

O contraditório, portanto, apesar da sua intuitiva ligação com a parte demandada, pode ser exercido pelo autor. Basta lembrar da réplica; das contrarrazões em face de recurso interposto pelo réu; da possibilidade de impugnação de documentos novos juntados aos autos; dentre outros atos processuais que serão tratados ao longo deste trabalho. O contraditório, desse modo, deve ser visto de forma despolarizada.

### 2.2.2 Nomenclatura: contraditório *versus* ampla defesa

Voltando os olhos para o Direito Positivo brasileiro, destaca-se, mais uma vez, que o direito fundamental ao contraditório está previsto expressamente em uma disposição da Constituição da República de 1988, qual seja o inciso LV do art. 5º da CF/1988, segundo o qual “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

De início, chama atenção o fato de que o texto constitucional garante o direito fundamental ao “contraditório” e, logo após, acrescenta a “ampla defesa” e, com relação a esta, os meios e recursos a ela inerentes.

A despeito da utilização de dois signos distintos, há quem entenda que contraditório e ampla defesa seriam expressões das quais poderiam se extrair o mesmo significado. Nesse sentido, Fredie Didier Jr. afirma que o contraditório é decomposto de duas garantias: a

---

MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Beclaute Oliveira; Marinho, Rodrigo Saraiva (Coord.). **Improcedência**. Grandes Temas do Novo CPC, volume 4. Salvador: Juspodivm, 2015.

<sup>97</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.104 e 107.

<sup>98</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.361.

participação na dimensão formal (ciência e possibilidade de reação); e a dimensão substancial (poder de influência, que impede a prolação de decisão surpresa). Desse modo, para o autor, haveria uma fusão entre o contraditório e a ampla defesa, pois “a ampla defesa corresponde ao aspecto substancial do contraditório<sup>99</sup>”.

De igual modo, Leonardo Carneiro da Cunha também aduz que “o direito à ampla defesa do réu integra o contraditório em seu aspecto substancial. Em outras palavras, o direito de defesa é conteúdo do contraditório, sendo apenas um de seus aspectos<sup>100</sup>”. O mesmo raciocínio é desenvolvido por Beclaute Oliveira Silva e Welton Roberto, ao asseverarem que “a defesa é corolário do contraditório<sup>101</sup>”.

Opta-se, porém, em diferenciar contraditório e ampla defesa. Isso porque, sem embargo da sua proximidade e interdependência, são conceitos distintos. A ampla defesa complementa e amplifica o contraditório, fornecendo os instrumentos necessários para sua plena efetivação, mas com ele não coincide. Ademais, a diferença entre contraditório formal e substancial não se confunde com o contraditório e a ampla defesa, ao revés reflete a evolução das perspectivas da eficácia do contraditório, partindo-se da bilateralidade da audiência (aspecto formal), chegando-se ao poder de influência e vedação da decisão surpresa (aspecto substancial), como será detalhado adiante.

Há, ainda, a possível confusão, ao se equiparar contraditório e ampla defesa, de se restringir o contraditório à esfera do demandado, quando ele é também assegurado à parte autora.

Concorda-se, nesse ponto, com Helena de Toledo Gonçalves quando afirma que a distinção entre contraditório e ampla defesa é semântica pois “ampla defesa tem por referencial o direito de alguém defender-se por todos os meios permitidos na lei, em igualdade de condições, e contraditório significa o direito de apresentar razões e contrarrazões<sup>102</sup>”.

No tocante à defesa, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel

<sup>99</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V.1. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 113 e 119.

<sup>100</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Atendibilidade dos Fatos Supervenientes no Processo Civil**. Coimbra: Almedina, 2012, p.59.

<sup>101</sup> SILVA, Beclaute Oliveira; ROBERTO, Welton. O Contraditório e suas Feições no Novo CPC. In: DIDIER Jr., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). **Normas Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p.253.

<sup>102</sup> GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. **Contraditório e Ampla Defesa**. Curitiba: Juruá, 2012, p.43. Discorda-se, porém, da conclusão a que chega a autora, no sentido que a ampla defesa teria natureza principiológica, sendo o contraditório o meio de sua efetividade, posto que, para nós, tanto o contraditório quanto a ampla defesa estão no mesmo nível sendo, ambos, espécies normativas.



Mitidiero observam que, assim como o direito de ação exige técnicas processuais adequadas à tutela do direito, o direito de defesa também exige a ordenação de meios adequados ao seu exercício, que não se exaure apenas com a apresentação da contestação, constituindo-se na possibilidade de o réu efetivamente agir e reagir em juízo para que seja negada a tutela do direito e para que a sua esfera jurídica não seja invadida sem que, antes, ele tenha a oportunidade de contra ela se manifestar e se insurgir<sup>103</sup>. Justamente as técnicas referidas pelos autores constituem-se a ampla defesa.

Nesta pesquisa, portanto, considera-se que o contraditório se manifesta na possibilidade assegurada a ambas as partes de contradizer, de contra-argumentar durante o *inter* processual. A produção de provas para ratificar as alegações de fato ou a apresentação de recursos para devolver ao Poder Judiciário pontos já decididos, amplificam ou reacendem o contraditório, encaixando-se, porém, na noção de ampla defesa e nos “meios e recursos a ela inerentes”, como previsto no texto da Constituição.

É certo, porém, que há contraditório dentro da prova, no procedimento de sua produção (a exemplo da inquirição das testemunhas ou impugnação do laudo pericial), bem como no interior dos recursos (bastando lembrar das contrarrazões), mas a diferenciação posta acima é importante pois o objeto central deste trabalho é a possibilidade de negociação processual sobre o contraditório, apenas.

Serão abordados possíveis reflexos de eventual negócio jurídico processual sobre provas e recursos, mas tão somente nos aspectos decorrentes da negociação sobre o contraditório em si, pois, se assim não fosse, fugir-se-ia em demasia dos propósitos da pesquisa, transbordando para a análise de outros negócios jurídicos processuais - os probatórios e os que tem por objeto o direito fundamental ao duplo grau de jurisdição - que, por suas importâncias e nuances, merecem um estudo próprio e aprofundado.

Aproxima-se, portanto, do conceito de contraditório trazido por José Souto Maior Borges, como um diálogo regrado no processo ou a dialética processual:

“Diálogo” é gênero de discurso, mais que isso, sua forma inaugural; diálogo que inclui como espécie a “dialética”. A relação entre diálogo e dialética dá-se entre continente (o diálogo) e conteúdo (a dialética). [...] A dialética é, também ela, diálogo. Não diálogo desregrado do cotidiano, mas o diálogo submisso a regras que demarcam seu campo de atuação e, dentre essas, a da pertinência. Não qualquer diálogo, portanto: dialética, diálogo regrado. [...] Em Direito, a dialética se manifesta no processo, ela se instaura no campo

<sup>103</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.355.

normativo (CF de 1988, art. 5º, LV [...] o processo governa o seu movimento dialético pela audiência das partes (*audiatur et altera pars*), princípio modernamente denominado do “contraditório”<sup>104</sup>.

Contraditório, destarte, é sinônimo de dialética, entendida esta como um diálogo regrado. Passa-se, então, a analisar os dispositivos normativos que regem o diálogo no processo civil (contraditório).

### 2.2.3 Previsão em textos normativos: Constituição da República, Tratados Internacionais e Código de Processo Civil.

Para que se possa extrair a norma do contraditório e construir seu suporte fático – tarefa essencial para o desenvolvimento da pesquisa – é preciso delimitar os enunciados normativos que serão objeto de investigação. Passa-se, então, a inventariar os principais dispositivos legais que tratam do contraditório.

Nessa tarefa, apresentar-se-á os enunciados contidos no plano internacional, na Constituição da República e no Código de Processo Civil vigente. Não serão tratadas as disposições contidas nas leis processuais extravagantes, porquanto suas disciplinas cuidam apenas de aspectos laterais do contraditório, como prazo, forma ou algum outro aspecto procedimental para seu exercício. O conteúdo essencial da norma, portanto, pode ser extraído dos diplomas normativos citados.

No plano internacional, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, que, no Brasil, tem *status* de norma supralegal<sup>105</sup>, prevê em seu artigo 8º que:

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:  
[...]  
b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;  
c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

<sup>104</sup> BORGES, José Souto Maior. **O Contraditório no Processo Judicial**. São Paulo: Malheiros, 2013, p.83-84.

<sup>105</sup> Conforme decidido no julgamento do RE 466343, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/2008, cuja orientação posteriormente deu ensejo a edição do enunciado contido na súmula vinculante nº 25 da Suprema Corte, *verbis* “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

- d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
- e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presente no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos. (grifos acrescentados)

No plano constitucional brasileiro, há previsão ampla e expressa do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos, conforme se pode ver nos arts. 41, incisos II e III; 55, §§2º e 3º; 93, incisos II, *d* e VIII; 103-B, §4º, III; e 128, I, *b*. Porém, como já mencionado, esta pesquisa investiga o contraditório no processo que se desenvolve perante um órgão investido de jurisdição, e não em todo e qualquer tipo de processo. Assim, não se abordará, por exemplo, o contraditório nos processos legislativo, administrativo ou nas relações privadas. Tais aspectos são relevantes, mas exigem um estudo aprofundado e exclusivo.

No âmbito jurisdicional, foca-se na jurisdição civil, ou seja, no processo civil. Nesse aspecto, o contraditório se encontra positivado no catálogo expresso dos direitos fundamentais, especificamente no inciso LV do art. 5º, mencionado alhures.

No âmbito da legislação infraconstitucional, o contraditório no processo civil é regrado pelo CPC/2015 que traz, no capítulo dedicado às normas fundamentais (arts. 1º ao 12), três dispositivos essenciais à sua compreensão. Confira-se:

Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

Esses três artigos serão objeto de análise cuidadosa na sequência da pesquisa. Há, ainda, outros dispositivos que consagram o contraditório no processo civil, espalhados ao

longo do CPC/2015 e que serão objeto de análise posterior. Com a junção desses dispositivos normativos pode-se extrair a norma do contraditório. Passa-se, então, a fixar o antecedente e o preceito desta, com foco, como já alertado, no processo jurisdicional.

### 2.3 Fixação do Suporte Fático da Norma do Contraditório no Processo Judicial

Na definição do fato jurídico estima-se a relevância deste para o convívio social e imputa-se consequências jurídicas decorrentes da incidência da norma sobre ele. Desse modo, a definição do fato jurídico e sua eficácia sofrem influência dos valores determinantes do momento histórico, do tempo e do espaço social correspondente<sup>106</sup>.

Assim, a concepção que se tinha sobre o contraditório antigamente não é a que se tem nos dias de hoje; ela foi cada vez mais fortalecida e acrescida de novas perspectivas, como será visto adiante.

Nesse ponto, merece destaque o alerta feito por Beclaute Oliveira Silva e Welton Roberto, no que diz respeito ao contraditório, no sentido que a cognição – ciência; a participação – oportunidade; a isonomia – paridade; e o poder de influenciar são seus elementos essenciais, de modo que “a ausência de qualquer um desses elementos desnatura o contraditório, transformando-o em qualquer outra coisa<sup>107</sup>”.

De forma mais ampla, abarcando eficácias decorrentes da ampla defesa, sustenta Dierle Nunes que

Em relação às partes, o contraditório aglomera um feixe de direitos dele decorrentes, entre eles: (a) direito a uma cientificação regular durante todo o procedimento, ou seja, uma citação adequada do ato introdutivo da demanda e a intimação de cada evento processual posterior que lhe permita o exercício efetivo da defesa no curso do procedimento; (b) o direito à prova, possibilitando-lhe sua obtenção toda vez que esta for relevante; (c) em decorrência do anterior, o direito de assistir pessoalmente a assunção da prova e de se contrapor às alegações de fato ou às atividades probatórias da parte contrária ou, mesmo, oficiosas do julgador; (d) o direito de ser ouvido e julgado por um juiz imune à ciência privada (*private informazioni*), que decida a causa unicamente com base em provas e elementos adquiridos no debate contraditório; e (e) direito a uma decisão fundamentada, em que se aprecie e solucione racionalmente todas as questões e defesas adequadas e tempestivamente propostas pelas partes (fundamentação racional das

<sup>106</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. São Paulo: Saraiva, 14. ed., p. 69.

<sup>107</sup> SILVA, Beclaute Oliveira; ROBERTO, Welton. O Contraditório e suas Feições no Novo CPC. In: DIDIER Jr., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). **Normas Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p.248.

decisões)<sup>108</sup>.

Deve-se analisar, então, os elementos que compõem, atualmente, o suporte fático da norma do contraditório, examinando-se separadamente o antecedente e o preceito.

### 2.3.1. Antecedente da norma do contraditório

#### 2.3.1.1 Existência de um processo.

Para que se possa cogitar do direito ao contraditório, é preciso que, antes, exista o fato jurídico processo. A existência do processo, destarte, é o ponto de partida para a análise das demais consequências no mundo jurídico, vez que ele, a despeito de ser fato jurídico, é tomado como elemento do suporte fático de outra norma (a do contraditório).

Como leciona Marcos Bernardes de Mello “se a norma jurídica tem como pressuposto de sua incidência (= suporte fático) fato já juridicizado por outra norma jurídica (= fato jurídico), somente se comporá seu suporte fático se aquele fato já existir juridicizado<sup>109</sup>”.

Acerca do início do processo, Pontes de Miranda afirma que ele começa pela apresentação da petição inicial ao juiz, sendo que “o réu, compareça ou não, está na outra linha do ângulo da relação jurídica processual. A comparência pertence ao desenvolvimento, à vida do processo, não à sua constituição<sup>110</sup>”.

Na mesma direção, José Joaquim Calmon de Passos afiança que “a postulação é essencial ao processo jurisdicional. Sem ela, o processo é inexistente<sup>111</sup>”. De igual modo, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart prescrevem que “o processo é formado no exato momento em que a demanda é exercida em juízo: a partir daí o processo existe<sup>112</sup>”.

Essa foi a opção do Direito Positivo brasileiro, ao prever, no art. 2º do CPC/2015, que o processo começa por iniciativa da parte e, no art. 312, ao dispor que “considera-se proposta a ação quando a petição inicial for protocolada, todavia, a propositura da ação só produz quanto ao réu os efeitos mencionados no art. 240 depois que for validamente citado”.

<sup>108</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2012, p.230.

<sup>109</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.48/49.

<sup>110</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado. Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV. 2. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.43.

<sup>111</sup> PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Volume III. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.181.

<sup>112</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Volume V. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p.76.

Apresentada a demanda, portanto, tem-se o primeiro elemento do suporte fático da norma do contraditório no processo judicial. Mas ainda não se pode cogitar da incidência da norma do contraditório. É necessária a presença de um segundo elemento, que apesar de ser decorrência lógica do primeiro, por razões didáticas e metodológicas, merece estudo separado.

### 2.3.1.2 Possibilidade de afetação da esfera jurídica

A mera propositura da demanda já potencializa um prejuízo a esfera jurídica de alguém. Com efeito, mesmo se a demanda não for admitida, com o indeferimento da petição inicial (CPC/2015, art. 485, I), a pretensão à tutela jurídica do autor já lhe foi negada. Nessa linha, Fredie Didier Jr. elucida que, dentre o complexo de situações jurídicas que compõem o direito de ação, está o direito de provocar a atividade jurisdicional, que é um direito potestativo à criação de um complexo de relações jurídicas<sup>113</sup>. Se esse direito for obstado, há, então, prejuízo a esfera jurídica do autor, daí a necessidade do contraditório.

Ao autor, portanto, já lhe é garantido, no mínimo, o direito de ser comunicado acerca da decisão do Estado-Juiz e, em face dos fundamentos invocados, contradizer, contra-argumentar o que foi dito na sentença. O diálogo regrado, aqui, é entre o autor e o juiz, podendo levar, inclusive, à retratação da sentença (CPC/2015, art. 331, *caput*).

Deve-se destacar que o contraditório, na perspectiva exposta, não se confunde com o duplo grau de jurisdição. Isso porque, o recurso é o meio pelo qual o contraditório (que é seu conteúdo) será reaberto. O recurso, assim, é o veículo que contém o contraditório, nesse caso exercido pelo autor em face da decisão judicial.

Observa-se que o contraditório não foi dispensado, foi tão somente diferido para ser exercido posteriormente pelo autor, mas ele já existe em potência desde o ajuizamento da demanda. A norma, porém, não incide ainda porque, para que o autor exercite o contraditório, precisa conhecer os fundamentos da decisão, para lhe contradizer.

Até aqui, não foi necessário ouvir o réu, possibilitando-se o diálogo de sua parte. Isso porque, ainda não há potencialidade de prejuízo a sua esfera jurídica. Todavia, havendo recurso da decisão que indefere a petição inicial, já se pode cogitar de prejuízo ao réu, seja pela retratação do magistrado (caso em que o procedimento seguirá, com sua citação), seja pela reforma da sentença pelo Tribunal, hipótese em que o réu será previamente citado para

---

<sup>113</sup> DIDIER Jr., Fredie. O direito de ação como um complexo de situações jurídicas. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 210, ago/2012.

contra-argumentar sobre o que foi dito pelo autor em seu recurso (CPC/2015, art. 331, §1º).

Vê-se, então, que a mera propositura da demanda e a conseqüente existência do processo, por si só, não atrai a incidência da norma prescritiva do contraditório no processo judicial em relação ao demandado. Isso porque, se o processo for extinto no seu nascedouro e não houver resistência do autor, não há, por óbvio, necessidade de se observar o contraditório em relação ao réu. Não haverá o que ele contra-argumentar. A norma, portanto, não incidirá para ele.

Apenas quando admitida a demanda que se faz necessário o chamamento do demandado para a relação jurídica processual. Como esclarece Pontes de Miranda

Uma vez admitida a prestação da tutela jurídica que o Estado prometeu, constituída a relação jurídica processual, não se compreenderia, salvo em espécies excepcionais, que a pessoa ou as pessoas que a prestação prometida pelo Estado atingiria não fossem chamadas à relação jurídica processual que, no começo, era entre autor e Estado e passou a ser entre autor e Estado, bem como entre o Estado e o réu<sup>114</sup>.

No Direito Positivo brasileiro, o antecedente normativo em estudo pode ser construído a partir da conjugação dos textos presentes nos artigos 321, parágrafo único (indeferimento da petição inicial por não atender aos requisitos mínimos exigidos em lei); 332 (improcedência liminar do pedido); 334 (admissão do processo e determinação de citação do réu) e 239, todos do CPC/2015.

Percebe-se, inclusive, que o art. 239 do CPC/2015 expressamente dispensa a citação - entendida esta como o chamamento do demandado para integralizar a demanda (art. 238) e, se for o caso, apresentar contestação -, nos casos de indeferimento da petição inicial ou de improcedência liminar do pedido. Em ambas as hipóteses, o estabelecimento do contraditório em favor do réu mostra-se desnecessário exatamente em virtude da ausência de interferência na sua esfera jurídica.

### 2.3.2 Preceito da norma do contraditório

#### 2.3.2.1 Direito à informação com possibilidade de reação.

A consequência imediata (preceito) decorrente da incidência da norma do contraditório (ou seja, após a instauração de um processo apto a interferir na esfera jurídica de alguém) é a cientificação da parte interessada (intimação do autor ou, no caso de admissão do processo, citação do réu). É o que Pontes de Miranda chama de princípio da audiência jurídica:

<sup>114</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.148.

Chama-se de *princípio da audiência jurídica* àquele que exige que ninguém se haja como parte sem ter sido ouvido. É o princípio da ouvida necessária ou de direito [...]. Qualquer processo civil, ainda arbitral, submete-se à tautologia de que só se pode prosseguir com a ouvida da outra parte; e o próprio autor no que lhe interesse após a petição, tem de ser ouvido. Quando se pratica o ato processual, sem se ter ouvido a parte, que teria prazo para falar, ou algo determinar, infringe-se o princípio da audiência jurídica<sup>115</sup>.

Sobre isso, clássica a lição de Nelson Nery Jr. segundo a qual por contraditório no processo judicial “deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis<sup>116</sup>”.

Também sobre a vertente tradicional, Rogério Ives Braghittoni<sup>117</sup> assevera que o contraditório, em função da bilateralidade que lhe é imanente, bem como da necessidade de facultar-se às partes livre manifestação, é também chamado de princípio da audiência bilateral: ambas as partes devem ser ouvidas antes de ser proferida qualquer decisão.

Tem-se, aqui, a eficácia do contraditório consistente no binômio informação – possibilidade de reação, sendo uma aplicação do denominado direito de ser ouvido pelo juiz, garantindo-se o dizer e o contradizer das partes, bem como a possibilidade de ambas produzirem provas<sup>118</sup>.

O contraditório, porém, não deve ficar subordinado apenas a esta acepção. O fato jurídico decorrente da incidência da norma do contraditório gera outros efeitos. Isso porque, a mecânica contraposição de argumentos tão somente como um direito de bilateralidade da audiência, sem que isso encontre ressonância das decisões do juiz, acaba por relegar o direito fundamental a um aspecto meramente formal.

Surge, então, a necessidade de construção de outro preceito para a norma do contraditório.

### 2.3.2.2 Poder de influência e vedação da decisão surpresa

A acepção tradicional, estática e formal do contraditório (bilateralidade da audiência),

<sup>115</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.84.

<sup>116</sup> NERY JR., Nelson Nery. **Princípios do Processo Civil na Constituição**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.129-130.

<sup>117</sup> BRAGHITTONI, Rogério Ives. **O Princípio do Contraditório no Processo: Doutrina e Prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.09.

<sup>118</sup> NUNES, Dierle et al. Contraditório como Garantia de Influência e Não Surpresa no CPC-2015. In: DIDIER Jr., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). **Normas Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p.224.



é insuficiente. Junto com ela, deve ser posta em evidência a dimensão substancial e dinâmica do contraditório, consistente na oportunidade efetiva do interessado influir na decisão judicial, tendo seus argumentos levados em consideração pelo órgão julgador na formação do seu convencimento (art. 489, §1º do CPC/2015).

Nesse aspecto, Humberto Theodoro Jr., Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedron, chamam atenção para o fato que, desde a redação original do anteprojeto do CPC/2015, ficou evidente uma preocupação normativa em levar o princípio do contraditório a outro nível de compreensão<sup>119</sup>.

Com efeito, o CPC/2015 realizou modificações nas estruturas do Direito Processual Civil brasileiro, dentre elas a consagração de um contraditório mais amplo, em diversos textos normativos (arts. 9º; 10º; 489, §1º; 487, §4º; 493; 921, §5º; 933; dentre outros). Nesse contexto, adverte Ravi Peixoto que é bastante nítida a preocupação da nova legislação com o “estabelecimento de um efetivo diálogo entre o juiz e as partes, evitando que o contraditório possa se limitar a um mero direito de informação e reação, sem que essa reação provoque efeitos no momento da decisão<sup>120</sup>”.

Nessa perspectiva, Dierle Nunes leciona que o contraditório não pode mais ser analisado tão-somente como mera garantia formal de bilateralidade da audiência, “mas sim, como uma possibilidade de influência sobre o conteúdo das decisões e sobre o desenvolvimento do processo, com inexistentes ou reduzidas possibilidades de surpresa<sup>121</sup>”, surgindo daí um dever de consulta do juiz, impondo um incentivo ao debate entre as partes.

Vê-se, inclusive, que mesmo nas matérias em que o juiz pode conhecer de ofício, o CPC/2015 impõe-lhe o dever de dialogar com as partes antes da formação de seu convencimento, por força dos arts. 9º e 10. Como salienta Fredie Didier Jr. “poder agir de ofício é poder agir sem provocação; não é o mesmo que agir sem ouvir as partes, que não lhe é permitido<sup>122</sup>”.

Na mesma toada, deve-se destacar que o juiz pode basear-se em fato que não foi alegado pelas partes (art. 493 do CPC/2015), todavia deve, igualmente, observar o

---

<sup>119</sup> THEODORO JR., Humberto et al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.111.

<sup>120</sup> PEIXOTO, Ravi. Os caminhos e descaminhos do princípio do contraditório: a evolução histórica e a situação atual. **Revista de Processo**. Vol. 294, Ago/2019.

<sup>121</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2012, p.226.

<sup>122</sup> DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V.1. Salvador: Juspodivm, 2020, p.114.

contraditório, vez que deverá, antes de decidir, ouvir as partes sobre este (parágrafo único do art. 493). Impõe-se, portanto, o dever de diálogo ao magistrado.

Aqui, como se vê, tem-se o contraditório encarado sob outro ponto de vista e fazendo-se referência a outro momento do *inter* procedimental. Com efeito, o poder (direito) de influência nasce após a apresentação da manifestação pelas partes, e não após a admissão do processo (como o direito de informação). O direito de influência foca, inclusive, no dever correspectivo do Estado-Juiz de levar a sério e dialogar com os argumentos apresentados pelas partes.

Além disso, diferencia-se a vedação da decisão surpresa da eficácia inicial do contraditório também pelo fato de seu momento ser mais fluído, pois pode ocorrer a todo instante no desenrolar da cadeia de feixes de situações jurídicas que vão se entrelaçando durante o procedimento, tendo lugar sempre que algo novo for alegado por qualquer das partes ou antevisto de ofício pelo magistrado.

Dessa feita, o foco é o dever do magistrado de ouvir as partes, dialogar com elas, antes de proferir qualquer pronunciamento. Em sentido semelhante, Leonardo Carneiro da Cunha leciona que o contraditório deve estar presente durante toda a marcha processual, impondo ao magistrado o constante diálogo com as partes<sup>123</sup>.

Há, então, um círculo virtuoso, o qual será detalhado no último capítulo desta pesquisa. Provocado o diálogo pelo juiz, na sequência, e caso algumas das partes se pronuncie, o dever retorna ao magistrado, para que ele enfrente os argumentos postos pelos interessados. Poder de influência e vedação da decisão surpresa, são, a nosso ver, duas faces de uma mesma moeda.

Há, ainda, um terceiro preceito que decorre do contraditório, previsto expressamente no vigente CPC, que garante a isonomia entre as partes. Passa-se a sua análise.

### 2.3.2.3 Igualdade material (paridade de armas)

Prevê o art. 7º do CPC/2015 que

É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

---

<sup>123</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Atendibilidade dos Fatos Supervenientes no Processo Civil**. Coimbra: Almedina, 2012, p.58.

Fredie Didier Jr.<sup>124</sup> ensina que o art. 7º do CPC/2015 é, ao mesmo tempo, a concretização dos princípios constitucionais da igualdade e do contraditório, não sendo por acaso que a norma que impõe ao órgão jurisdicional o dever de protegê-los decorrem do mesmo artigo de lei.

De igual modo, Beclaute Oliveira Silva e Welton Roberto observam que a paridade de armas

Implica condições necessárias para que o contraditório seja material e não meramente formal, concluindo que a paridade é elemento condicional fundamental do contraditório, despontando como elemento cerne para a concreção do princípio/garantia, sem o qual não haveria a sua realização e, por conseguinte, a afetação imediata ao direito de defesa, inquinando o processo de um desequilíbrio funcional inaceitável ao que propõe o que se denomina justo processo<sup>125</sup>.

Ainda sobre o tema, segundo Leonardo Carneiro da Cunha<sup>126</sup>, às partes deve-se conferir oportunidade de, em igualdade de condições, participar do convencimento do juiz, pois o contraditório guarda estreita relação com o princípio da isonomia, exatamente porque as partes devem participar do processo com igualdade de oportunidades.

Não há como, portanto, desprezar a necessária relação feita pelo CPC/2015 entre o contraditório e o princípio da isonomia, que se traduz na chamada paridade de armas no processo. Em observância a este dispositivo, poderia o magistrado, por exemplo, dilatar o prazo de defesa do réu, possibilidade prevista expressamente no art. 139, inciso VI do CPC/2015<sup>127</sup>.

Ainda no tocante à eficácia do contraditório, mostra-se relevante destacar as teorias de Dierle Nunes (processo participativo) e Daniel Mitidiero (processo cooperativo), posto que ambas tomam o contraditório dinâmico como premissa essencial e contribuem para sua compreensão.

---

<sup>124</sup> DIDIER JR., Fredie. Princípio da Cooperação. In: DIDIER Jr., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). **Normas Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p.357.

<sup>125</sup> SILVA, Beclaute Oliveira; ROBERTO, Welton. O Contraditório e suas Feições no Novo CPC. In: DIDIER Jr., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). **Normas Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 243 e 250.

<sup>126</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Atendibilidade dos Fatos Supervenientes no Processo Civil**. Coimbra: Almedina, 2012, p.58.

<sup>127</sup> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito.

#### 2.3.2.4 Contraditório como base do processo participativo (Dierle Nunes)

Dierle Nunes avança na análise do contraditório, colocando-o sob o ponto de vista do Estado Democrático de Direito para elevá-lo em outra dimensão. Assim, sem perder de vista a evolução da concepção de contraditório acima exposta, confere a ele um papel legitimador da atividade jurisdicional e fator de mudança na forma de condução do processo. Nessa perspectiva, o contraditório é reflexo do princípio democrático na estruturação do processo, devendo ser visto como exigência para o exercício democrático de um poder<sup>128</sup>.

O próprio Dierle Nunes indica que sua teoria avança em relação às bases lançadas por Elio Fazzalari, pois, segundo ele, na perspectiva democrática, seria possível enxergar o processo não somente em sua dimensão técnica e de eficiência, de estrutura formal de construção dos provimentos, “mas também como estrutura de legitimação e formação dos provimentos, balizada por princípios processuais constitucionais dinâmicos, o que permitirá um controle formal e material das decisões<sup>129</sup>”.

O autor propõe, então, “um afastamento completo da ideia de privilégio cognitivo do julgador (decisionismo) e a implantação de um espaço discursivo participativo de formatação das decisões<sup>130</sup>”.

Deve-se notar que a tese em análise, a despeito de defender a existência de uma comunidade de trabalho – a qual tem origem sob uma perspectiva social do processo e, portanto, que sustentou um modelo de protagonismo judicial -, propõe revisitar suas bases sob uma perspectiva democrática, policêntrica e participativa, afastando qualquer prevalência do juiz em relação às partes.

Torna-se imperiosa a aplicação da teoria normativa da participação entre juiz e partes (e seus advogados), que, levada a sério, conduzirá a uma nova forma de implementação da atividade cognitiva processual ao se perceber que um debate bem feito conduz à redução do tempo processual e à formação de decisões melhor construídas, com a decorrente diminuição da utilização de recursos e das taxas de reforma. [...] A ideia de participação, embasada no princípio do contraditório dinâmico (como garantia de influência, debates e não surpresa) e na necessária participação de sujeitos interdependentes no ambiente processual, durante todo o procedimento forjado por princípios processuais constitucionais. Se trata de uma proposta que leva a sério o policentrismo processual<sup>131</sup>.

<sup>128</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V.1. Salvador: Juspodivm, 2020, p.111.

<sup>129</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2012, p.196.

<sup>130</sup> NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2012, p.196.

<sup>131</sup> NUNES, Dierle et al. Contraditório como Garantia de Influência e Não Surpresa no CPC-2015. In: DIDIER Jr., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). **Normas Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016,

Desse modo, o contraditório efetivo, na acepção do poder de influência e vedação da decisão surpresa, tem o condão de mudar a estrutura do processo e a importância de cada sujeito processual na condução do procedimento, criando-se um modelo participativo, no qual a garantia do diálogo é respeitada e levada a sério, refletindo na decisão do magistrado.

Nesse ponto, Dierle Nunes cita que sua tese possui várias aproximações e concordâncias com a visão cooperativa de processo exposta por Daniel Mitidiero, mas defende que a teoria deste é uma vertente axiológica e estatista, posto que manteria o discurso socializador de assimetria dos poderes do juiz e, com isso, não conseguiria blindar o discurso processual de possíveis decisionismos<sup>132</sup>.

### 2.3.2.5 Redimensionamento do contraditório e o princípio da cooperação (Daniel Mitidiero)

Daniel Mitidiero, em obra dedicada ao estudo da cooperação, conjuga os pressupostos sociais, lógicos e éticos do processo para traçar três perfis de organização do processo civil: processo isonômico, assimétrico e cooperativo.

No processo assimétrico, há uma forte ruptura entre o indivíduo, a sociedade civil e o Estado, de modo que este passa a ser compreendido como um sujeito que está acima de seu povo, sendo o contraditório encarado como mera bilateralidade da instância, garantindo-se, inclusive, o direito de mentir, vez que o papel de descobrimento da verdade é imputado apenas ao Estado<sup>133</sup>.

Já no processo isonômico, “ao contraditório é reconhecida a função de tornar possível o diálogo judicial. A conduta das partes é apreciada a partir da boa-fé subjetiva. A busca pela verdade no processo é uma constante<sup>134</sup>”, entendida esta última, porém, como uma atividade exclusiva das partes.

Por fim, o modelo cooperativo de processo

Parte da ideia que o Estado tem como dever primordial propiciar condições para organização de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I da CF/1988), fundado que está na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/1988). Indivíduo, sociedade civil e Estado acabam por ocupar assim posições coordenadas. [...] O contraditório recupera um papel de destaque na construção da organização do processo, gravando todos os seus participantes

---

p.219.

<sup>132</sup> NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo**. Salvador: Juspodivm, 2020, p.300.

<sup>133</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: RT, 2019, p.101.

<sup>134</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: RT, 2019, p.101.

(arts. 7º, 9º, 10, 489, §1º, IV, do CPC/2015)<sup>135</sup>.

Como se vê, Daniel Mitidiero utiliza como uma das chaves para a compreensão do modelo cooperativo de processo o papel dinâmico do contraditório. Na exposição de suas ideias, conclui, todavia (e aqui reside a crítica de Dierle Nunes) que com o redimensionamento do papel do juiz e das partes a partir da necessidade de equilibrada participação, “o juiz tem seu papel redesenhado, assumindo uma dupla posição: paritário no diálogo e assimétrico na decisão<sup>136</sup>”.

Posicionando-se acerca da divergência apontadas, entende-se que assiste razão a Daniel Mitidiero, posto que, apesar da necessidade de construção de um ambiente cooperativo ou participativo, o fato é que o diálogo regrado no processo deve, em certo momento, findar-se, com a solução apresentada pelo Estado (caso as partes não cheguem a uma autocomposição, que é o desiderato principal, segundo o vigente CPC), sendo este arremate feito justamente pelo magistrado, mas, por óbvio, levando em consideração tudo que foi debatido e construído junto com as partes.

Vê-se que, nas propostas de Dierle Nunes (processo participativo) e Daniel Mitidiero (processo cooperativo), há visões axiológicas do contraditório, ressaltando sua importância para o atual estágio do desenvolvimento da ciência do direito, notadamente em face da constitucionalização do processo civil, repercutindo no modelo de condução deste.

Do ponto de vista analítico, porém, não há incremento de cargas eficazes ao contraditório, pondo-se em evidência, por outro lado, a eficácia consistente no direito de influência e no dever de não prolação de decisão surpresa pelo magistrado.

#### **2.4 Conclusão: a norma do contraditório no Direito Processual Civil brasileiro e a problematização acerca de sua limitação ou restrição**

Como exposto no primeiro capítulo desta pesquisa, há dois elementos essenciais na norma jurídica, um antecedente (suporte fático) e outro consequente (preceito), o que pode ser representado pela fórmula Se *F* então *P*, no qual *F* é o suporte fático sobre o qual a norma vai incidir e gerar o eficácia jurídica, e *P* o preceito da norma, a previsão abstrata das categoriais eficazes.

Com base no que foi exposto acima acerca do contraditório, pode-se construir a norma

<sup>135</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: RT, 2019, p.102-103.

<sup>136</sup> MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: RT, 2019, p.102.

da seguinte forma: *Se* ajuizada demanda perante órgão jurisdicional (*F*); *então* as partes que sofrerão as consequências da decisão judicial deverão ser ouvidas (*P1*), garantindo-lhes a oportunidade de reação e poder de influência, com seus argumentos sendo levados em consideração na decisão (*P2*), observando-se, ainda, a paridade de armas (*P3*).

Há, destarte, três preceitos básicos na norma do contraditório: o dever de informação com possibilidade de reação (*P1*), o poder de influência e vedação da decisão surpresa (*P2*), e a paridade de armas (*P3*).

Com vistas ao desenvolvimento desta pesquisa, é preciso enquadrar exatamente em qual categoria eficaz (direito, poder, faculdade, dever, ônus, etc) estaria cada preceito, fazendo-se a relação com o momento do procedimento respectivo, já que este não é uma relação jurídica estática e sim um feixe de situações. Essa tarefa será cumprida no último capítulo desta pesquisa, posto que é necessário, antes, fixar as bases sobre o que é negócio jurídico processual.

De igual modo, fixada a exata noção do que é e qual a importância do contraditório para o sistema processual civil, indaga-se: é possível que ele seja limitado ou restringido? Esse é outro ponto nevrálgico desta pesquisa.

De antemão, devido a importância do contraditório como fator de legitimação do próprio exercício do poder jurisdicional e por ser reflexo do Estado Democrático no processo, seria intuitivo rechaçar qualquer possibilidade de sua limitação, máxime quando o texto constitucional, como já demonstrado, para além de garantir o contraditório, agrega-o à “ampla defesa”.

Não obstante, Marinoni, Arenhart e Mitidiero alertam que o texto constitucional teve a intenção de evitar que a lei ou o juiz limitem a defesa, restringindo a possibilidade de o réu alegar, provar, recorrer, etc., “mas isso é verdade no sentido de que a defesa não pode ser limitada irracionalmente. Há situações em que a limitação da defesa é necessária para permitir a efetividade da tutela do direito<sup>137</sup>”.

Há diversas situações em que a própria lei traz, por meio de regras, limitações ao princípio do contraditório, como resultado do sopesamento feito pelo legislador entre esse direito fundamental e outros princípios colidentes, notadamente a efetividade da tutela dos direitos. Assim ocorre, por exemplo, na limitação da alegação de determinadas matérias nas

---

<sup>137</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.360.

ações possessórias (art. 557 do CPC/2015); ou quando há o diferimento do momento do exercício do contraditório para momento posterior, como se verifica no caso das tutelas provisórias, em que se posterga o dever de comunicação (art. 9º, parágrafo único, II do CPC/2015).

Sobre isso, lecionam Marinoni, Arenhart e Mitidiero que

A eventual restrição do direito de defesa, caso justificada racionalmente, não fere o direito constitucional de defesa. O que importa é evitar que a restrição da defesa, nessa ocasião, redunde em “prejuízo definitivo”, retirando do réu a oportunidade de exercer a defesa em fase posterior à decisão proferida no curso do processo ou mesmo através do exercício de ação autônoma<sup>138</sup>.

Quando há restrições trazidas por regras, não há muitas discussões a serem travadas, salvo eventual inconstitucionalidade de alguma disposição, o que foge aos fins deste trabalho. Todavia, há um aspecto que interessa de perto: para além da lei, a vontade das partes poderia restringir o contraditório? E se fosse para reforçá-lo? Quais as possibilidades e limites trazidos por nosso sistema jurídico?

Para que se possa responder aos questionamentos expostos, é necessário fincar a bases teóricas em relação aos negócios jurídicos processuais. É o que se passa a fazer no próximo capítulo.

---

<sup>138</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil**. Volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.361.



### 3 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

#### 3.1 A Teoria do Fato Jurídico e os Fatos Jurídicos Processuais

Para que se possa tratar dos negócios jurídicos processuais, é preciso retornar à Teoria Geral do Direito. Isso porque, negócio jurídico, no que se inclui o negócio processual, é conceito jurídico fundamental, sendo espécie de fato jurídico. Regressa-se, assim, ao plano epistemológico, antes de se analisar a Ciência Processual e o Direito Positivo.

Como já visto no primeiro capítulo desta pesquisa, segundo a concepção de Pontes de Miranda, fato jurídico é o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica. A construção da Teoria do Fato Jurídico parte da premissa de que a regra jurídica, enquanto proposição, contém previsão abstrata de fatos ou conjunto de fatos de possível ocorrência (que formam o suporte fático), sendo que, quando o que está previsto na norma acontece no plano da experiência, há incidência desta, fazendo com que o fato passe a ser considerado jurídico<sup>139</sup>.

Essa concepção do fenômeno jurídico pode ser aplicada aos diversos ramos do Direito, inclusive o Direito Processual. Conforme ensina Marcos Bernardes de Mello, antes do fato jurídico “somente há normas e fatos: um *nihil* jurídico. Portanto, o conceito é universal, essencial em qualquer área da Ciência Jurídica<sup>140</sup>”, já que os diversos fatos jurídicos possuem a mesma origem na incidência da norma jurídica.

De igual modo, pontua Paula Sarno Braga que a classificação dos fatos jurídicos, retirada das obras de Marcos Bernardes de Mello e de Pontes de Miranda, pode ser incorporada pela Teoria Geral do Processo, definindo fato jurídico processual como:

O fato ou complexo de fatos que, juridicizado pela incidência de norma processual, é apto a produzir efeitos dentro do processo. Frise-se, o fato pode ser intraprocessual – ocorrendo no curso do procedimento - ou extraprocessual - ocorrendo fora do procedimento, tanto faz. O que importa é que recaia sobre ele hipótese normativa processual, juridicizando-o, e potencializando a produção de consequência jurídica no bojo de um processo<sup>141-142</sup>.

<sup>139</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p.16.

<sup>140</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. Breves Anotações sobre a Teoria do fato Jurídico no Âmbito do Direito Processual. In: **Pontes de Miranda e o Processo**. DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique; GOUVEIA FILHO, Roberto. Salvador: Juspodivm, 2021, p.479.

<sup>141</sup> BRAGA, Paulo Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de

O próprio Marcos Bernardes de Mello<sup>143</sup>, em artigo recentemente publicado, esclarece que se há norma jurídica e seu suporte fático ocorreu no mundo dos fatos, a norma incide e cria o fato jurídico correspondente, sendo indiferente se a norma é de Direito Privado, Público, Interno ou Internacional, não sendo, porém, uma atitude acientífica qualificar-se o fato jurídico indicando-se o ramo do Direito em que é gerado.

Antônio do Passo Cabral, por sua vez, conceitua fato jurídico processual como “todo evento que assume caráter jurídico pela incidência de uma norma processual, e que produz ou pode produzir efeitos em um processo<sup>144</sup>”. Além disso, chama atenção o autor para a inadequação de se utilizar o sujeito e o local da prática do ato como seus elementos caracterizadores, sendo suficiente sua capacidade de produzir efeitos jurídicos processuais<sup>145</sup>.

<sup>146</sup>.

Observa-se que, nas definições acima, para além da irrelevância da sede de prática do ato ou do sujeito que o pratica, e a importância do efeito gerado pelo fato no processo para que ele seja considerado processual, há um ponto de aproximação comum entre elas, qual seja a previsão abstrata do suporte fático em uma norma de Direito Processual.

Transpondo a noção de fato jurídico para o campo processual, Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Nogueira, em obra dedicada ao tema, definem fatos jurídicos processuais

---

Existência. In: **Revista de Processo**. nº 148, São Paulo: RT, Jun/2007.

<sup>142</sup> Contra a possibilidade de um fato praticado fora do procedimento possa ser classificado como processual: PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 43; MITIDIERO, Daniel Francisco. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Memória Jurídica, 2005. t. II, p.14. Pedro Henrique Pedrosa Nogueira traz um inventário relevante acerca das concepções de fato jurídicos, sob diversas perspectivas em: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p.47-56.

<sup>143</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. Breves Anotações sobre a Teoria do fato Jurídico no Âmbito do Direito Processual. In: **Pontes de Miranda e o Processo**. DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique; GOUVEIA FILHO, Roberto. Salvador: Juspodivm, 2021, p.479.

<sup>144</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais**. 3. ed.. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 60.

<sup>145</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais**. 3. ed.. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 61-62.

<sup>146</sup> Destaque-se, assim como fez Marília Siqueira da Costa, que a despeito de a advertência feita por Antônio Cabral ser seguida nesta pesquisa, há divergência no conceito final acolhido pelo autor, pois para ele seria impossível haver convenção processual no ato que depende de decisão judicial para se concretizar (COSTA, Marília Siqueira da. **Acordos sobre Situações Jurídicas Processuais. Anotações sobre a Teoria do fato Jurídico no Âmbito do Direito Processual**. In: **Pontes de Miranda e o Processo**. DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique; GOUVEIA FILHO, Roberto. Salvador: Juspodivm, 2021, p.577, n.58). Acresceba-se, ainda, a divergência no que diz respeito a existência de atos-fatos jurídicos processuais, que é rechaçada pelo autor, como será demonstrado adiante.

como “eventos, abrangendo manifestações de vontade, condutas e fenômenos da natureza, contemporâneos a um procedimento a que se refiram, descritos em normas jurídicas processuais<sup>147</sup>”. De igual modo não importa, para caracterizar o fato jurídico como processual, o sujeito que o pratica ou o local em que é praticado (fora ou dentro do procedimento).

No mesmo caminho, Bruno Garcia Redondo define fato jurídico *lato sensu* de natureza processual como

Evento (manifestação de vontade, conduta, fenômeno da natureza), lícito ou ilícito, relativo a instituto ou relação processual, pouco importando se ocorrido antes ou depois de instaurada a demanda, ou se surgido dentro ou fora do procedimento, sendo suficiente sua simples referibilidade a processo ou procedimento futuro ou já iniciado<sup>148</sup>.

Percebe-se, na definição de fato jurídico processual de Pedro Henrique Nogueira e Fredie Didier Jr. – a qual se adere, – que para a caracterização de um fato jurídico como processual não basta a previsão do suporte fático em norma processual, é necessário que haja contemporaneidade a um procedimento, ou seja a existência de um procedimento a que se refira o fato jurídico<sup>149</sup>.

Assim, a despeito de também adotar a natureza da norma juridicizante como critério para conceituar o fato jurídico como processual, Pedro Henrique Nogueira chama atenção que “não se revela dogmaticamente útil a incorporação ao Direito Processual de certos fatos que, mesmo tendo a mera possibilidade de vir a produzir efeitos processuais, não estejam relacionados a um processo existente<sup>150</sup>”. Desse modo, a exigência adicional de um procedimento instaurado a que se refira o negócio jurídico para fins de caracterizá-lo como processual limita razoavelmente o espectro de fatos jurídicos processuais, sem restringir de forma exagerada sua abrangência.

Logo, à luz da teoria do fato jurídico, a existência de um procedimento a que se refira

<sup>147</sup> DIDIER, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2011, p.31.

<sup>148</sup> REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios Jurídicos Processuais Atípicos**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 79.

<sup>149</sup> Nota-se que Fredie Didier Jr., em escritos posteriores, parece não mais adotar a contemporaneidade do procedimento como elemento que caracteriza o fato jurídico como processual, admitindo a qualificação deste apenas por conta da previsão em norma processual e a referibilidade a um procedimento, mas admitindo que este seja futuro (DIDIER JR. Fredie. Negócios jurídicos atípicos no CPC-2015. **Revista Brasileira da Advocacia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v.1, p.59-86; e DIDIER JR. Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v.1. 22. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p.476). Não obstante, Pedro Henrique Pedrosa Nogueira permanece apontando a necessidade da contemporaneidade do procedimento (NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p.73-74).

<sup>150</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p.71.

é um elemento completante do núcleo do suporte fático. Uma vez ajuizada a demanda, o suporte fático processual se compõe de forma suficiente, incidindo a norma processual; antes dela pode-se até ter fato jurídico, mas não se pode adjetivá-lo como processual; “a processualidade fica condicionada ao surgimento (que poderá ser anterior, concomitante ou posterior o fato) de um procedimento a que se refira o fato<sup>151</sup>”.

Com efeito, a título ilustrativo, uma procuração outorgada a um advogado, a qual instrumentaliza o contrato de mandato, é um negócio jurídico, mas não pode, desde já, ser considerado um negócio jurídico processual, pois eventual demanda judicial pode sequer chegar a ser ajuizada. Como advertem Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira “seria ‘processualizar’ um fato jurídico de direito material (negócio jurídico unilateral de outorga de poderes) sem que processo concreto existisse para que as consequências processuais pudessem ser produzidas<sup>152</sup>”.

A outorga de uma procuração é, portanto, um negócio jurídico sobre o processo, e não propriamente um negócio jurídico processual, pois é um ato apenas eventualmente processual. Afasta-se, portanto, da expressão negócio jurídico pré-processual, em função do marco teórico abraçado.

Pedro Henrique Nogueira traz ainda outro exemplo elucidativo:

Assim, *v.g.*, o negócio jurídico acerca da estipulação de competência territorial (CPC/2015, art. 63) somente será adjetivado de processual quando a demanda judicial a que se refira o pacto vier a ser proposta (primeiro ato introdutor do procedimento). Antes disso, não há que se falar (ou seria pouco útil) de efeitos processuais. Uma vez ajuizada a demanda, o suporte fático do fato jurídico processual se compõe, surgindo como efeito em benefício do interessado o direito de arguir a incompetência relativa<sup>153</sup>.

Nessa perspectiva, é a junção dos critérios da natureza da norma jurídica (processual) em que previsto abstratamente o fato, com a existência de um procedimento relacionado ao fato jurídico (que pode ocorrer dentro ou fora do procedimento) desde que na pendência de um processo, que o caracterizará como fato jurídico processual. Antes da suficiência do suporte fático, tem-se apenas negócios jurídicos que dispõem sobre o processo.

A constatação acima é importante para que se possa empregar o termo técnico

<sup>151</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p.73.

<sup>152</sup> DIDIER, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2011, p.31.

<sup>153</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p.73.

correspondente em cada uma das situações e, com isso, fazer o devido enquadramento no regime de validade respectivo, quando necessário.

### 3.1.1 A tipologia dos fatos jurídicos processuais

Na classificação dos fatos jurídicos, Pontes de Miranda adotou como critério um dado “essencial e imutável que caracteriza, com exclusividade, o gênero e, nele, cada espécie de fato jurídico: o elemento cerne do núcleo de seu suporte fático tal como previsto, abstratamente, na norma jurídica<sup>154</sup>”. Conforme esclarece Marcos Bernardes de Mello:

No estudo dos suportes fáticos [...] há fatos que, por serem considerados pela norma jurídica essenciais à sua incidência e conseqüente criação do fato jurídico, constituem-se nos *elementos nucleares do suporte fático* ou, simplesmente, no seu *núcleo*. Dentre esses há sempre um fato que determina a configuração final do suporte fático e fixa, no tempo, a sua concreção [...]. Esse fato configura o *cerne do suporte fático*. Além do cerne, há outros fatos que completam o núcleo do suporte fático e, por isso, são denominados *elementos completantes do núcleo*<sup>155</sup>.

Desse modo, com base na composição do cerne do suporte fático da norma jurídica, observa-se, primeiro, a conformidade ou desconformidade com o direito, catalogando-se o fato jurídico como lícito (conformes a direito) ou ilícito (contrários a direito). Na sequência, dentro de cada uma dessa categoria, há a subdivisão conforme a verificação da natureza do fato contido no cerne do suporte fático se: evento da natureza; conduta tida como avolitiva pelo Direito; ou conduta volitiva; caso em que tem-se, respectivamente fatos jurídicos *stricto sensu*, atos-fatos jurídicos e atos jurídicos *lato sensu*.

Passa-se, então, a conceituar cada uma das espécies de fatos jurídicos, de modo geral, situando-os em seguida no campo processual, no particular. Devido ao objeto da pesquisa (negócios jurídicos processuais), a análise ficará restrita aos fatos jurídicos lícitos.

Fato jurídico em sentido estrito, segundo Pontes de Miranda, “são os fatos que entram no mundo jurídico, sem que haja, na composição deles, ato humano, ainda que, antes da entrada deles no mundo jurídico, o tenha havido<sup>156</sup>”. Na seara processual<sup>157</sup>, segundo Paula

<sup>154</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. Breves Anotações sobre a Teoria do fato Jurídico no Âmbito do Direito Processual. In: **Pontes de Miranda e o Processo**. DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique; GOUVEIA FILHO, Roberto. Salvador: Juspodivm, 2021, p.489.

<sup>155</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.52-53 (destaques no original).

<sup>156</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p.187.

<sup>157</sup> Registre-se que há doutrina rejeitando essa categoria no âmbito processual. José Joaquim Calmon de Passos, por exemplo, afirma que: “no processo, somente atos são possíveis. Ele é uma atividade e atividade de sujeitos

Sarno, “o fato jurídico processual em sentido estrito nada mais é do que o fato natural que, sofrendo a incidência de regra processual, tem o condão de provocar consequências jurídicas no processo<sup>158</sup>”.

Do mesmo modo, Bruno Garcia Redondo esclarece que normas jurídicas relativas a fatos jurídicos *stricto sensu* apresentam “eventos naturais (v.g., enchentes), biológicos (e.g., nascimento) e outros que não guardam nenhuma relação com ação humana<sup>159</sup>”. Leonardo Carneiro da Cunha, por sua vez, define-o como sendo “o acontecimento da natureza que, juridicizado pela incidência de norma processual, é apto a produzir efeitos dentro do processo<sup>160</sup>”.

Exemplos nítidos são a morte da parte, que gera a suspensão do processo e a sucessão processual legal (arts. 313, I e 110 do CPC/2015); o parentesco do magistrado com qualquer das partes ou procuradores, que gera impedimento daquele (art. 144, III e IV do CPC/2015); calamidade pública, que pode ensejar na prorrogação de prazos (art. 222, §2º do CPC/2015); dentre outros.

Já no ato-fato jurídico, o suporte fático prevê uma situação de fato a qual, no entanto, somente pode materializar-se como resultante de uma conduta humana. É da substância do fato jurídico um ato que está na sua base, porém a norma jurídica o recebe como avolitivo, “abstraindo dele qualquer elemento volitivo que, porventura, possa existir em sua origem; não importa, assim, *se houve ou não vontade* em praticá-lo<sup>161</sup>”.

#### Segundo Pontes de Miranda:

Ato humano é o fato produzido pelo homem; às vezes, não sempre, pela *vontade* do homem. Se o direito entende que é relevante essa relação entre o

---

que a lei pré-qualifica. Todos os acontecimentos naturais apontados como caracterizadores de fatos jurídicos processuais são exteriores ao processo e, por força dessa exterioridade, não podem ser tidos como fatos integrantes do processo, por conseguinte, fatos processuais” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.64-65). Fredie Didier Jr. e Pedro Nogueira advertem que a rejeição do jurista baiano se deve ao sistema de referência, já que Calmon de Passos “atribui à ‘sede’, ou à relação de pertinência entre o ato e a sequência típica formadora do procedimento, um dos dados fundamentais para a ‘processualidade’ do ato (DIDIER, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2011, p.40).

<sup>158</sup> BRAGA, Paulo Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência. In: **Revista de Processo**. nº 148, São Paulo: RT, Jun/2007.

<sup>159</sup> REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios Jurídicos Processuais Atípicos**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 80.

<sup>160</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antônio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 45.

<sup>161</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.134 (destaques no original).

fato, a vontade e o homem, que em verdade é dupla (fato, vontade-homem), o ato humano é ato jurídico, *lícito* ou *ilícito*, e não ato-fato, nem fato jurídico *stricto sensu*. Se, mais rente ao determinismo da natureza, o ato é recebido pelo direito como fato do homem (relação “fato, homem”), com o que se elide o último termo da primeira relação e o primeiro da segunda, pondo-se entre parêntese o *quid* psíquico, o ato, fato (dependente da vontade humana) do homem, entra no mundo jurídico como ato-fato jurídico<sup>162</sup>.

Os atos-fatos, por sua vez, são classificados em: i) atos reais, consistentes em atos humanos de que resultam circunstâncias fácticas irremovíveis; ii) indenizativos, que são atos humanos não contrários a direito, mas que geram prejuízo para terceiro, com dever de indenizar; e iii) caducificante, cujo efeito consiste na extinção de determinado direito<sup>163</sup>.

Em relação ao Direito Processual, Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Nogueira afirmam que “o processo é campo fértil para a prática de atos-fatos processuais<sup>164-165</sup>”, citando como exemplos o adiantamento das custas processuais e o preparo do recurso (atos-fatos reais); a revelia e perda de prazos em geral (atos-fatos caducificantes); e a execução provisória da sentença posteriormente reformada, que causou prejuízo ao executado (ato-fato indenizativo). Os referidos autores chamam atenção, ainda, para a relevância da categoria dos atos-fatos jurídicos processuais, “pelos reflexos práticos que decorrem do enquadramento de um fato jurídico nessa espécie (v.g., a não aplicação do regime jurídico das invalidades processuais)<sup>166</sup>”.

O ato-fato jurídico diferencia-se do fato jurídico em sentido estrito, pois não existe em seu suporte fático um fato natural. Por outro lado, em sendo a vontade humana irrelevante, não podem se confundir com atos jurídicos em sentido amplo - onde a vontade é indispensável -, motivo por que, inclusive, não há que se falar em ato-fato defeituoso que

<sup>162</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p.373.

<sup>163</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p.372-394.

<sup>164</sup> DIDIER, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2011, p.44.

<sup>165</sup> Aqui, cabe o registro feito por Paula Sarno Braga sobre os atos-fatos processuais: “Sua existência é admitida por J. J. Calmon de Passos - atitude raríssima dentre os processualistas - que o conceitua como ‘ato que o direito trata como se de um mero fato (em sentido estrito) se cuidasse (...) São atos, por conseguinte suscetíveis de consumação no processo, mas tratados pelo legislador como se meros fatos eles fossem, por abstrair, na espécie, toda e qualquer indagação a respeito da vontade do agente que o consumou. Exemplo disso é o pagamento do preparo. Se feito, será eficaz, pouco importando quem o fez e com que intenção praticou o ato” (BRAGA, Paulo Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência. In: **Revista de Processo**. nº 148, São Paulo: RT, Jun/2007).

<sup>166</sup> DIDIER, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2011, p.45.

possa ser invalidado, sendo difícil imaginar-se uma prescrição inválida, por exemplo<sup>167</sup>.

Para esta pesquisa, aliás, é relevante a compreensão da categoria do ato-fato jurídico processual pois, quando for abordado (no último capítulo) o regime jurídico do negócio processual que exclua o contraditório, deverá ser indicada a diferença em relação a outras omissões processuais (como a revelia), que são, no mais das vezes, ato-fato.

Por tal motivo, não há como desprezar a posição de Antônio do Passo Cabral<sup>168</sup> para, com a devida *vênia*, contrapô-la. Isso porque, para o processualista citado, não existiria a categoria do ato-fato jurídico, cuja ideia estaria baseada em uma época na qual haveria preconceito contra a vontade, o que não se coadunaria com o Direito do século XXI e o sistema do CPC/2015, baseado na cooperação, boa-fé e respeito ao autorregramento da vontade dos agentes. Além disso, Antônio Cabral afirma que o conceito de ato-fato confunde vontade e intenção.

Entende-se, porém, que a distinção entre vontade e intenção, apesar de relevante, não influencia na conclusão pela admissão ou não da categoria do ato-fato, sendo o ponto chave para sua compreensão o que se entende por “irrelevância da vontade” nesta espécie de fato jurídico, bem como a exata compreensão dos planos da existência, validade e eficácia do mundo jurídico.

Isso porque, ao contrário do que se vê na crítica bem construída de Antônio Cabral, quando Pontes de Miranda menciona que a vontade (ou intenção, como queira) do agente é “desprezada”, o faz no tocante ao plano da existência do fato jurídico. Ou seja, para fins de incidência da norma sobre o suporte fático, a vontade humana não se faz elemento essencial, bastando a verificação dos demais elementos normativos para que o suporte fático seja considerado suficiente.

Todavia, a vontade não é completamente rechaçada ou esquecida pelo Direito. Jamais poderia sê-la, pois, caso isso ocorresse, haveria, de fato, total afronta à crescente necessidade de valorização e respeito à vontade das partes, como vem sendo verificado, aliás, em todos os ramos do Direito e não apenas no processual. O que se faz, então, é deslocar eventual e acidental análise sobre a vontade para momento posterior, no plano da eficácia do fato jurídico, atribuindo, se for o caso, a eventual vício incidente sobre ela a possibilidade de

---

<sup>167</sup> BRAGA, Paulo Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência. In: **Revista de Processo**. nº 148, São Paulo: RT, Jun/2007.

<sup>168</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convencções Processuais**: teoria geral dos negócios jurídicos processuais. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 57-59, n.10.



deseficacização do ato-fato.

Assim, a aparente arbitrariedade do legislador, não seria para desprezar por completo a vontade no mundo jurídico, mas tão somente para que sua verificação ocorra, se necessário, em outro plano de análise. Isso fica nítido, aliás, com os próprios exemplos trazidos por Antônio do Passo Cabral.

Primeiro, no que diz respeito ao preparo recursal, o autor pontua de forma precisa que, se ficar comprovado que a omissão não era imputável à parte (como por exemplo, o encerramento do expediente bancário no último dia do prazo), “o juiz pode superar a preclusão, desfazendo-lhe os efeitos, em atenção à vontade real do litigante<sup>169</sup>”. Veja-se que a conclusão pela superação da preclusão e desfazimento de efeitos remetem, automaticamente, ao plano da eficácia. Ora, no caso apresentado, houve preclusão (ela existiu), mas os seus efeitos é que serão desfeitos, de modo que, para o plano de existência, a vontade foi, de fato, desprezada, mas não o foi para impedir que o fato produzisse todos os seus efeitos.

Como chama atenção Pontes de Miranda, primeiro vem o ser que o valer e ter efeitos, de modo que ao dizer que o fato jurídico é ineficaz (como fez o CPC/2015), não se lhe nega a existência. Ao contrário, implicitamente ao falar-se em ineficácia, afirma-se que existe fato jurídico, “implícita está, na afirmação da ineficácia, a de existência<sup>170</sup>”. Do mesmo modo, Marcos Bernardes de Mello assevera que ser ineficaz é qualificação imputada a algo que existe: o fato jurídico<sup>171</sup>, ou seja, no exemplo citado a deserção existiu (e sem que se perquirisse a respeito da vontade), mas seus efeitos serão afastados.

Destarte, não procede a crítica de Antônio Cabral segundo a qual “se fosse aplicada a lógica sustentada pelos defensores do ato-fato, o resultado não seria possível porque a vontade seria irrelevante<sup>172</sup>”, já que esta pode ser utilizada como elemento de deseficacização e, ao final, ter-se o mesmo resultado. Nesse ponto, Marcos Bernardes de Mello<sup>173</sup> aduz que a deseficacização dos atos-fatos jurídicos somente pode ocorrer por força de lei ou de ato-fato

<sup>169</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 58, n.10.

<sup>170</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p.68.

<sup>171</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.80.

<sup>172</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 58, n.10.

<sup>173</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.88.

caducificante, nunca em decorrência da vontade das pessoas. No exemplo em análise, a retirada dos efeitos da deserção do recuso encontra amparo justamente no art. 223 e parágrafos do CPC/2015. Tem-se, então, nítido exemplo de ineficácia jurídica em sentido estrito, entendida esta como a que foi produzida, porém excluída posteriormente do mundo jurídico<sup>174,175</sup>.

De igual modo, no tocante à revelia, concorda-se totalmente com a ideia de Antônio Cabral<sup>176</sup> no sentido que ela, no sistema atual, pode ser encarada como uma estratégia processual voluntária de defesa, vez que o réu pode optar em ser revel para que não se forme coisa julgada sobre a questão prejudicial, na forma preconizada no art. 503, §1º, II do CPC/2015. Todavia, mesmo nesse caso, não se pode afirmar que não existe revelia. O legislador não toma como critério, para a incidência da norma, a verificação ou não da vontade ou da intenção do réu ao não apresentar defesa; ele é revel pelo simples transcurso do prazo. Para que exista o fato jurídico da revelia, portanto, a vontade é dado irrelevante. O Código não fala em revelia voluntária ou intencional, mas simplesmente em revelia.

No caso da revelia, a irrelevância da vontade, mais uma vez, é tomada como sinônimo da desnecessidade de sua investigação para fins de incidência da norma. Isso não implica afirmar, contudo, que a vontade (ou a intenção), no caso da revelia, seja desprezada como um todo pelo sistema jurídico. Nesse ponto, trazendo exemplo extremo citado por Heitor Sica<sup>177</sup>, caso um réu não apresente contestação dentro do prazo porque teve sua integridade física ameaçada, os efeitos da revelia poderiam, sem maiores entraves, serem afastados, igualmente com base no art. 223 do CPC/2015. Mas, veja-se, que estar-se, de novo, tratando do plano da eficácia e não da validade ou existência do fato jurídico. Revelia haverá, mas suas consequências serão ser revistas, devolvendo-se o prazo para o réu.

Por todos os motivos acima expostos, adota-se expressamente a categoria do ato-fato

---

<sup>174</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.79.

<sup>175</sup> Igual solução é encontrada por Lorena Miranda Santos Barreiros, porém partindo-se de outra premissa. Para a autora, o afastamento da preclusão no plano da eficácia se daria em virtude da ausência de nexo causal entre o ato-fato processual e seu efeito, compelindo ao magistrado a concessão de novo prazo à parte para a prática do respectivo ato processual (BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p.125).

<sup>176</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 59, n.10.

<sup>177</sup> Em reunião pública por videoconferência, realizada em 16 de julho de 2020, pelo Grupo de Pesquisa “Transformações nas Teorias Sobre o Processo e o Direito Processual”, coordenado por Fredie Didier Jr. e Paula Sarno Braga, que teve como tema “Negócios Processuais”. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=raTDgRNDfHw>>, Acesso em 16. Jul. 2020.

jurídico processual.

Ainda no tocante à tipologia dos fatos jurídicos processuais, tem-se, por fim, a categoria do ato jurídico em sentido amplo, entendido este como “o fato jurídico cujo suporte fático tenha como *cerne* uma exteriorização consciente de vontade, que tenha por objeto obter um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível<sup>178</sup>”, sendo subdividido em ato jurídico em sentido restrito e negócio jurídico.

No ato jurídico em sentido estrito, a vontade humana é relevante, mas sem escolha de categoria jurídica, de modo que “é *ex lege* que lhes decorrem a juridicidade e a eficácia: a lei os faz jurídicos e lhes atribui efeitos, quer os tenha querido, ou não, as pessoas que os praticaram<sup>179</sup>”. Como exemplos no âmbito do Direito Privado, cita-se a fixação de domicílio e o reconhecimento de paternidade.

No âmbito processual, grande parte dos atos integrantes do procedimento são atos jurídicos em sentido estrito, como por exemplo a citação, intimação, confissão, penhora, etc<sup>180</sup>. A esse respeito, lembra Paula Sarno Braga, que nos atos jurídicos em sentido estrito, há vontade de praticar o ato, mas não importa se há vontade em produzir os efeitos, pois eles são necessários, pré-fixados, o que configuraria na imensa maioria dos atos verificados dentro do processo, como, por exemplo, a contestação, a penhora, a interposição de recurso, as intervenções de terceiros<sup>181</sup>.

No que diz respeito a segunda subdivisão dos atos jurídicos em sentido amplo – os negócios jurídicos – em virtude de sua importância para esta pesquisa, passa-se a tratá-lo em tópico específico.

### 3.1.2 Os negócios jurídicos processuais

Na classificação dos atos jurídicos, destaca-se a noção de negócio jurídico como aquele em que, além de possuir a manifestação ou declaração consciente de vontade como elemento nuclear do suporte fático, possibilita às pessoas o poder de escolha da categoria

<sup>178</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.143.

<sup>179</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p.84.

<sup>180</sup> DIDIER JR. Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2011, p.54.

<sup>181</sup> BRAGA, Paulo Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência. In: **Revista de Processo**. n° 148, São Paulo: RT, Jun/2007.

eficacial do ato, dentro de limites predeterminados pelo sistema jurídico<sup>182</sup>.

Nesse passo, Pontes de Miranda aduz que “o conceito surgiu exatamente para abranger os casos em que a vontade humana pode criar, modificar ou extinguir direitos, pretensões ações ou exceções, tendo por fito esse acontecimento do mundo jurídico<sup>183</sup>”. Em outra passagem, o jurista deixa claro que a vontade não cria os efeitos; compõe o suporte fático que, após a incidência da regra jurídica, produz o fato jurídico do qual derivam os efeitos<sup>184</sup>. Do mesmo modo, Pedro Henrique Nogueira adverte que os efeitos jurídicos não derivam da vontade, “estão previstos e definidos na norma jurídica, que, dentro de certa amplitude, confere aos sujeitos certo poder de escolha. Os efeitos derivam do negócio jurídico, após a incidência da norma sobre o seu suporte fático<sup>185</sup>”.

Lorena Santos Barreiros diferencia atos jurídicos *stricto sensu* e negócios jurídicos “em razão de não ser possível, nos atos jurídicos processuais, a escolha da categoria jurídica eficaz pelo agente, nem a modulação dos efeitos do ato, circunstâncias possíveis nos negócios processuais, naturalmente dentro de limites traçados pelo ordenamento jurídico<sup>186</sup>”.

Do mesmo modo, Antônio do Passo Cabral<sup>187</sup> informa que, enquanto nos atos processuais em sentido estrito, a vontade do agente é considerada na escolha entre praticar ou não o ato, nos negócios jurídicos processuais a vontade é relevante tanto na opção relativa à prática do ato quanto na definição dos seus efeitos.

No campo processual, como adverte Fredie Didier Jr.<sup>188</sup>, a discussão outrora existente sobre a possibilidade de configuração de negócios jurídicos processuais, ao menos no Direito brasileiro, parece, agora, obsoleta e inócua<sup>189</sup>, devendo ressaltar-se que o posicionamento de

---

<sup>182</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 166.

<sup>183</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p.55.

<sup>184</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p.95.

<sup>185</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p.152.

<sup>186</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p.127.

<sup>187</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais**. 3. ed.. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 63.

<sup>188</sup> DIDIER Jr. Fredie. **Ensaio sobre os Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2018, p.29.

<sup>189</sup> Para fins de registro histórico, indica-se o inventário feito por Pedro Nogueira acerca das objeções ao negócio jurídico processual, bem como sua aceitação doutrinária com o passar do tempo, no Brasil e em outros países: NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020,

quem não admite a existência de negócios jurídicos processuais é *contra legem*, tendo em vista sua previsão expressa no art. 190 do CPC/2015, que será detalhado posteriormente.

O negócio jurídico processual, é conceituado por Pedro Henrique Nogueira como fato jurídico cujo suporte fático, delineado em norma processual, além de conter a vontade como elemento nuclear, permite ao sujeito a escolha da categoria jurídica ou o estabelecimento de certas situações jurídicas processuais, observando-se os limites impostos pelo sistema jurídico<sup>190</sup>.

Segundo Paula Sarno Braga, há negócios processuais quando existir um poder de determinação e regramento da categoria jurídica e de seus resultados (como limites variados)<sup>191</sup>. Não se deve confundir os negócios jurídicos processuais com os negócios relativos ao objeto litigioso do processo (como o reconhecimento da procedência do pedido), pois o negócio processual destina-se a “redefinição das situações jurídicas processuais (ônus, direitos, deveres processuais) ou para a reestruturação do procedimento<sup>192</sup>”.

Por fim, calha destacar, conforme alerta feito por Fredie Didier Jr., que o negócio jurídico é “fonte de norma processual e, assim, vincula o órgão julgador, que, em um Estado de Direito, deve observar e fazer cumprir as normas jurídicas válidas, inclusive as convencionais<sup>193</sup>”.

A categoria dos negócios jurídicos processuais, como mencionado, foi positivada expressamente no CPC/2015. Passa-se, então, a detalhar o tratamento normativo que lhe foi conferido.

## 3.2 Tratamento Normativo dos Negócios Jurídicos Processuais no CPC/2015

### 3.2.1 Negócios jurídicos típicos e a cláusula geral de negociação atípica

Os negócios jurídicos processuais podem ser classificados como típicos e atípicos, de acordo com sua previsão legal ou não. Acerca da diferenciação, convém citar as lições de

---

p.162-174.

<sup>190</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p.152.

<sup>191</sup> BRAGA, Paulo Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência. In: **Revista de Processo**. nº 148, São Paulo: RT, Jun/2007.

<sup>192</sup> DIDIER Jr. Fredie. **Ensaio sobre os Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2018, p.25.

<sup>193</sup> DIDIER Jr. Fredie. **Ensaio sobre os Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2018, p.26.

Antônio do Passo Cabral:

As convenções típicas são aquelas expressamente disciplinadas pelo legislador, prevendo os sujeitos envolvidos, as formalidades necessárias, os pressupostos e os requisitos de validade e eficácia. Já as convenções atípicas são aquelas praticadas em razão da autonomia da vontade das partes, ainda que na legislação não haja um modelo expressamente previsto (sem qualquer adequação a um tipo)<sup>194</sup>.

O Código de Processo Civil de 2015 inovou no tratamento normativo dedicado aos negócios jurídicos processuais, não na sua previsão, mas sim em sua amplitude. Com efeito, já havia, na codificação anterior, previsão legal possibilitando a modificação, pela vontade das partes, de certos e determinados poderes, ônus, faculdades e deveres processuais. Cite-se, a título ilustrativo, os seguintes artigos do CPC/73: 111 (eleição de foro), 181 (convenção sobre prazos dilatatórios), 265, inciso II (convenção para suspensão do processo), 333, parágrafo único (distribuição do ônus da prova) e 453, inciso I (convenção para adiamento da audiência).

Sobre isso, Leonardo Carneiro da Cunha elencou trinta e três negócios processuais típicos previstos no CPC/1973<sup>195</sup>, os quais permanecem previstos no atual CPC/2015, que teria, inclusive, ampliado o número de hipóteses tipificadas posto que houve previsão de institutos não conhecidos no Código revogado, como a redução de prazos peremptórios (art. 222, §1º); o calendário processual (art. 191); a escolha consensual do perito (art. 471); a audiência de saneamento e organização em cooperação com as partes (art. 357, §3º); e o saneamento consensual (art. 354, §2º).

No vigente Código de Processo Civil, permanecem, portanto, as previsões esparsas de negócios processuais típicos, residindo a novidade na previsão da negociação atípica. Isso porque, não havia expressamente na legislação anterior à edição do CPC/2015<sup>196</sup>, uma cláusula geral que permitisse a negociação processual de forma ampla, possibilitando às partes a criação de outros negócios processuais, fugindo dos modelos preestabelecidos na lei. Já com o atual diploma legislativo processual, foi positivada uma verdadeira cláusula geral de

<sup>194</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**: teoria geral dos negócios jurídicos processuais. 3. ed.. Salvador: Juspodivm, 2020, p.107.

<sup>195</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antônio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p.54-55.

<sup>196</sup> Registre-se, porém, que há doutrina que identifica no art. 158 do CPC/73 uma cláusula geral de negociação atípica. A título exemplificativo, cita-se: CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antônio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p.57; CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**: teoria geral dos negócios jurídicos processuais. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 112, n.230.

negociação atípica do procedimento e das situações jurídicas processuais.

Com a previsão normativa, fica nítido que, do ponto de vista legal, é possível que as partes pactuem negócios jurídicos que não se encaixem nos tipos legais, estruturando-os de modo a atender suas necessidades, desde que, por óbvio, atendidos os requisitos previstos no próprio art. 190 do CPC/2015<sup>197</sup>.

Destaca-se que o texto normativo acima enquadra-se na definição de cláusula geral, pois se trata de uma espécie de texto normativo cujo antecedente é composto por termos vagos e o consequente (preceito) é indeterminado. Nesse ponto, Fredie Didier Jr. é expresso ao afirmar que o *caput* do art. 190 do CPC/2015 é “uma cláusula geral, da qual se extrai o *subprincípio da atipicidade da negociação processual*”<sup>198</sup>.

A importância do vigente Código de Processo Civil para o tema dos negócios jurídicos processuais é sintetizada por Pedro Henrique Nogueira na seguinte passagem:

O advento do CPC/2015 significou um extraordinário avanço, no direito brasileiro, para a expansão das possibilidades de negociação sobre o processo. Criou-se uma cláusula geral de negociação sobre o processo (art. 190) ao lado da regra que estipula a eficácia imediata dos atos e negócios processuais celebrados pelas partes (art. 200). Além disso, foram positivadas diversas modalidades de negócios processuais típicos, a ponto de já se afirmar a existência de um microsistema de negociação processual, cujo regime se estende também aos negócios unilaterais e plurilaterais<sup>199</sup>.

Nesse cenário, conforme alerta Flávio Luiz Yarshell, a despeito da possibilidade de convenção das partes em matéria processual não ser algo propriamente novo no sistema, tampouco o tema era desconhecido pela doutrina (citando, a título ilustrativo, artigo publicado por José Carlos Barbosa Moreira, no ano de 1984), o fato é que “parece incontestável que, até aqui, essa autonomia foi pouco exercitada pelas partes. Agora, com a vigência do novo diploma, esse quadro pode mudar”<sup>200</sup>.

Com razão Antônio do Passo Cabral ao afirmar que, ao permitir genericamente as

---

<sup>197</sup> Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

<sup>198</sup> DIDIER Jr. Fredie. **Ensaio sobre os Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2018, p.29.

<sup>199</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p.260.

<sup>200</sup> YARSHEL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antônio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 75-76.

convenções processuais, foi reforçada a lógica do princípio *in dubio pro libertate*, abrindo espaço para as partes não apenas complementarem a lei, mas “efetivamente derogá-la, evitando a aplicação da regra legislada em favor da norma convencional<sup>201</sup>”.

### 3.2.2 O microssistema de autocomposição e o princípio do respeito ao autorregramento da vontade das partes no processo

Vistos os contornos dogmáticos e legais sobre a possibilidade de as partes, de forma consensual, criarem normas processuais, convém situar o instituto dentro das diretrizes gerais e atuais do sistema processual.

Nesse passo, cumpre destacar que, de forma geral, a negociação na solução de litígios vem sendo amplamente estudada e incentivada nos dias de hoje<sup>202</sup>, sendo erigida expressamente como política de Estado a partir da edição do vigente Código de Processo Civil, conforme previsão contida em seu artigo 3º, §2º<sup>203</sup>, havendo inclusive previsão do incentivo às soluções consensuais também no âmbito administrativo (art. 174<sup>204</sup>).

Além disso, “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”, conforme prevê o §3º do art. 3º do CPC/2015.

É nesse contexto que deve ser entendido o negócio jurídico processual, como um componente a ser observado na etapa de tentativa de autocomposição das partes. Sobre isso, leciona Pedro Henrique Nogueira

É preciso reconhecer que a autocomposição, examinada enquanto fenômeno no processo, possui uma dimensão substancial, quando vertida para os direitos litigiosos (v.g. acordos e transações celebrados pelas partes para pôr fim ao litígio), e uma dimensão processual, centrada na busca de consenso

<sup>201</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**: teoria geral dos negócios jurídicos processuais. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p.183.

<sup>202</sup> Nesse sentido, o CNJ possui um feixe de projetos e ações enquadrados no chamado “Movimento pela Conciliação”, que promove, anualmente (e geralmente mais de uma vez por ano), Semanas Nacionais da Conciliação, por meio do qual os Tribunais de todo o país realizam mutirões de conciliações e mediações de demandas judiciais em curso (em 2020, foi realizada a XV Semana Nacional da Conciliação, no período de 30.11 a 04.12.2020). Há, também, o prêmio “Conciliar é Legal”, em que o CNJ reconhece as práticas de sucesso, estimula a criatividade e dissemina a cultura dos métodos consensuais de resolução dos conflitos; além de um Banco de Boas Práticas, destinadas a catalogar práticas que incentivem a autocomposição. Disponível em < <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/>>. Acesso em: 08dez.2020.

<sup>203</sup> Art. 3º, §2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

<sup>204</sup> Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo [...].



em torno do procedimento ou de situações jurídicas processuais (aqui, o espaço para os negócios jurídicos processuais). Por isso, não se pode desprezar a existência de soluções autocompositivas tipicamente processuais<sup>205</sup>.

Com efeito, os negócios processuais devem ser compreendidos ao lado dos negócios de direito material. Se a autocomposição visa a solução construída pelas partes em torno do bem da vida (objeto litigioso, caso já haja processo), ela também abrange o acordo sobre o instrumento que poderá ser utilizado em caso de inadimplemento do que está sendo ajustado.

Ainda que não haja consenso sobre o litígio, nada impede que exista ao menos acordo sobre o procedimento ou situações jurídicas processuais. As partes acordam que vão continuar com o litígio, e dispõem sobre as normas de como este irá se desenvolver. É preciso, portanto, ter-se esta noção ampliada do conteúdo da promoção estatal da autocomposição, a qual deverá abranger, para além da autocomposição sobre o objeto litigioso, a negociação sobre o processo, formando-se um verdadeiro microsistema.

Seguindo esse raciocínio, expõe Trícia Navarro Xavier Cabral

O CPC/15 instituiu um verdadeiro microsistema legal de proteção ao livre exercício da vontade no processo civil, com normas relativas a diferentes institutos que se adequam à ideia de liberdade procedimental, podendo-se citar como hipóteses: a) o estímulo à autocomposição; b) a delimitação do objeto litigioso e do recurso; c) os negócios processuais típicos; d) a cláusula geral de negociação processual (negócios processuais atípicos); e) o prestígio à arbitragem; f) o saneamento compartilhado e negociado; entre outros<sup>206</sup>.

Como arremata Pedro Henrique Nogueira, “o regime de negociação processual no ordenamento jurídico brasileiro, a partir do CPC/2015, deve ter como ponto de partida o dever geral de promover a autocomposição (art. 3º, §2º e art. 139, V)<sup>207</sup>”.

Nesse contexto, deve-se destacar o princípio do respeito ao autorregramento da vontade, defendido pela doutrina especializada e que seria parte integrante do conjunto de normas fundamentais do processo civil brasileiro. Por meio dele, visa-se a “obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de se autorregular possa ser exercido pelas

<sup>205</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p.262.

<sup>206</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier. O poder de autorregramento da vontade no contexto da mediação e da conciliação. In: MARCATO, Ana et al. **Negócios Processuais**. v.1. Salvador: Juspodivm, 2017, p.572.

<sup>207</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p.261.

partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas<sup>208</sup>”.

Do mesmo modo, Antônio do Passo Cabral verifica que o conjunto normativo do CPC/2015 permite extrair a máxima liberdade na condução formal do processo e desconstrói o preconceito existente acerca dos acordos processuais, afirmando que, com o Código, “estão lançadas as bases teóricas para sustentar que no processo vige o *princípio do respeito ao autorregramento da vontade*<sup>209</sup>”.

Com a mesma percepção, Bruno García Redondo, informa que a análise conjunta de dois artigos do CPC (arts. 190 e 200) deixaria claro que ele “consagrou não apenas uma cláusula geral, mas também um novo princípio, qual seja, o princípio do respeito ao autorregramento da vontade das partes no processo”, concluindo que:

Ditas novidades romperam com o sistema do código de 1973, ao se basearem em mudança de paradigma que deve gerar, obrigatoriamente, consequências e conclusões diversas daquelas com os quais o operador do Direito estava acostumado até então. É absolutamente essencial que o intérprete altere, inteiramente, suas premissas, sob pena de esvaziar o potencial e o alcance dessa nova sistemática, o que resultaria em interpretação claramente contra *legem*<sup>210</sup>.

As ideias acima expostas não destoam do que afirma Pedro Henrique Nogueira, segundo a qual o respeito ao autorregramento da vontade no processo “trata-se de norma fundamental do processo civil brasileiro, que se estrutura a partir dela<sup>211</sup>”.

Na mesma linha, alerta Fredie Didier Jr.:

Não há razão para minimizar o papel da liberdade no processo, sobretudo quando se pensa a liberdade como fundamento de um Estado Democrático de Direito. Um processo que limite injustificadamente o exercício da liberdade não pode ser considerado um processo devido. Um processo jurisdicional hostil ao exercício da liberdade não é um processo devido, nos termos da Constituição brasileira<sup>212</sup>.

Ter a exata noção de que os negócios jurídicos processuais são uma concreção do

---

<sup>208</sup> DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antônio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p.31.

<sup>209</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**: teoria geral dos negócios jurídicos processuais. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p.178 (destaque no original).

<sup>210</sup> REDONDO, Bruno García. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/73 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: CABRAL, Antônio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p.362-363.

<sup>211</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p.262.

<sup>212</sup> DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antônio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p.33.

mandado de otimização para que, nas medidas das possibilidades fáticas e jurídicas, haja a implementação do respeito ao autorregramento da vontade das partes no processo é de suma importância para a pesquisa, no particular quando se for realizar a análise sobre a possibilidade de negociação de direitos fundamentais em geral, e do direito ao contraditório no particular.

### 3.3. Requisitos de Validade dos Negócios Jurídicos Processuais

Conforme Marcos Bernardes de Mello “à vontade negocial o sistema jurídico prescreve limites relativos: (a) à própria manifestação de vontade, permitindo-a ou proibindo-a, e (b) ao seu conteúdo, quando admitida<sup>213</sup>”. Em relação à admissão da vontade das partes no sistema processual vigente, o artigo 190 do CPC/15 estabelece cláusula geral permissiva, não havendo, dessa forma, o que se debater.

O mesmo artigo 190 do CPC/15, porém, traz os requisitos relevantes que devem ser preenchidos pelo negócio jurídico processual atípico para que ele ingresse no plano da validade, sem o risco de receber a sanção da nulificação<sup>214</sup>. Dispõe o referido artigo:

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

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

No campo doutrinário, os requisitos de validade dos negócios processuais são objeto de agrupamentos e sistematizações variadas. Ultrapassa os limites do presente estudo a menção e análise de cada uma delas, vez que nosso foco de análise será em relação ao objeto da negociação processual que disponha sobre um direito fundamental específico, o contraditório. Opta-se, então, em explicitar a sistematização dos requisitos de validade realizada pelos marcos teóricos seguidos.

Para que a convenção processual atípica seja perfeita e possa ingressar no plano da validade, terá que preencher alguns requisitos complementares do suporte fático. Assim, para

<sup>213</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p.182.

<sup>214</sup> DIDIER, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2011, p.73.

que a convenção processual atípica seja perfeita e possa ingressar no plano da validade, terá que preencher alguns requisitos complementares do suporte fático, sendo estes classificados em (i) gerais, correspondentes aos requisitos de validade dos atos processuais lato sensu e (ii) específicos para os negócios processuais e convenções sobre o processo, subdivididos em a) subjetivos, abrangendo a capacidades processual; competência e imparcialidade do juiz, quando ele for sujeito do negócio; e ausência de manifesta situação de vulnerabilidade; b) objetivos, consistentes na causa que verse sobre direitos que admitam autocomposição; respeito ao formalismo processual; e não inserção abusiva em contrato de adesão<sup>215</sup>.

Antônio do Passo Cabral<sup>216</sup>, para além da previsão normativa do art. 190 do CPC/2015, aponta como requisitos de validade dos negócios jurídicos processuais a legitimidade *ad actum* e a proteção da situação jurídica de terceiros; a informação adequada; ausência de vícios de vontade; licitude do objeto; reserva de lei; boa-fé e cooperação; igualdade; e vedação de transferência de externalidades.

Passa-se analisar, então, os requisitos previstos textualmente no art. 190 do CPC/2015.

A plena capacidade que deve estar presente é a processual, e não a capacidade civil, vez que o requisito está previsto em norma de natureza processual. Sobre este ponto, menciona Fredie Didier Jr. que “como se trata de negócios jurídicos processuais, nada mais justo que se exija capacidade processual para celebrá-lo. Incapazes não podem celebrar negócios processuais sozinhos, mas se estiver devidamente representado, não há impedimento”<sup>217</sup>. De igual modo, Pedro Henrique Nogueira informa que “exigir que as partes sejam ‘plenamente capazes’, como fez o art. 190 do CPC/2015, não significa que a incapacidade negocial absoluta não possa ser suprida pela representação ou assistência<sup>218</sup>”.

Sobre o tema da capacidade negocial, Lorena Miranda Barreiros<sup>219</sup> chama atenção

<sup>215</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p.231/232.

<sup>216</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p.330.

<sup>217</sup> DIDIER JR., Fredie. **Ensaio sobre os negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2018, p.34. Em sentido contrário, não admitindo que absolutamente ou relativamente incapazes sob a ótica do Direito Civil possam celebrar negócios processuais: YARSHELL, Flávio. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antônio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p.73-74; CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Atlas, 2015, p.126.

<sup>218</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 279.

<sup>219</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p.232.

para o fato de que os limites para a celebração não estão na incapacidade em si, desde que suprida, mas no objeto dos negócios e nos potenciais efeitos que podem ser gerados, vez que se houver prejuízos ao incapaz, poderá ensejar na invalidade; se, porém, trazer benefícios ao incapaz ou, ao menos, não lhe provocar prejuízos, a simples presença do incapaz não ensejaria, por si só, na decretação de invalidade do negócio processual.

No que diz respeito à “ausência de manifesta situação de vulnerabilidade”, elucida Pedro Henrique Nogueira<sup>220</sup> que a vulnerabilidade prevista no CPC/15 é uma espécie de hipervulnerabilidade, já que o Código usa a expressão “manifesta”, pois a desigualdade é ínsita às relações intersubjetivas.

Assim, a hipervulnerabilidade para a negociação processual está relacionada à disposição pelas partes do domínio das informações, se estão devidamente assistidas quando o caso assim exigir e se as possibilidades de ganhos estão razoavelmente equilibradas. Deve-se destacar que a assistência do cidadão por advogado não é essencial, sendo sua falta apenas indício de vulnerabilidade<sup>221</sup>, a qual deverá ser verificada concretamente.

Fredie Didier Jr. destaca que a vulnerabilidade prevista no CPC/2015 é uma espécie de incapacidade processual negocial<sup>222</sup>, no que é seguido por Lorena Miranda Barreiros, que esclarece ser a vulnerabilidade o reflexo de uma fragilidade humana, uma incapacidade, sendo que “no contexto negocial, cuida-se de característica relacional de determinadas pessoas ou grupos, indicativa de uma disparidade (desequilíbrio) entre os sujeitos que se relacionam, em violação à igualdade<sup>223</sup>”.

Em relação à exigência de que o processo verse sobre “direitos que admitam autocomposição”, estão abrangidos tanto os direitos disponíveis, quanto os indisponíveis, desde que, em relação a estes, haja alguma margem de negociação. Isso porque, o direito em litígio pode ser indisponível, mas admitir solução por autocomposição, como é o caso dos direitos coletivos e o direito aos alimentos<sup>224</sup>.

Assim, como indica Pedro Henrique Nogueira, “se há possibilidade de

---

<sup>220</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Jurídicos Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 279.

<sup>221</sup> Nesse sentido é o Enunciado nº 18 do FPPC: “Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”.

<sup>222</sup> DIDIER JR., Fredie. **Ensaio sobre os Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2018, p.35.

<sup>223</sup> BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções Processuais e Poder Público**. Salvador: Juspodivm, 2017, p.233-234.

<sup>224</sup> DIDIER JR., Fredie. **Ensaio sobre os Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2018, p.37.

autocomposição, em qualquer nível ou amplitude, mesmo que mínima, sobre o direito litigioso, permite-se a negociação sobre o procedimento e sobre o ônus, poderes e deveres processuais<sup>225</sup>”.

É relevante destacar, porém, a advertência feita por Antônio do Passo Cabral no sentido que

A indisponibilidade sobre o direito material por vezes pode, somada a outras circunstâncias, levar à inadmissibilidade da convenção processual. [...] Atos de disposição processual não podem atingir efeitos proibidos no direito material. A disposição de direitos processuais não pode, v.g., implicar indiretamente em renúncia a direitos materiais irrenunciáveis<sup>226</sup>.

Acerca da “não inserção abusiva em contrato de adesão”, vê-se que não é a mera inserção nos contratos não paritários que, automaticamente, implicará em defeito no negócio, sua inclusão no pacto de forma abusiva é que poderá causar-lhe a nulidade. Como lembra Pedro Henrique Nogueira “em tese é possível, embora pouco provável, que o contrato de adesão contenha estipulação relativa ao processo mais benéfica ao consumidor ou aderente que se encontre na posição de aceitar o contrato<sup>227</sup>”.

Estes, portanto, são os requisitos indispensáveis que devem ser observados para que seja implementada, de forma válida, a negociação no âmbito processual civil. Há, porém, uma zona tortuosa relacionada à validade dos negócios processuais, relativo ao seu objeto, a qual será tratada a seguir.

### 3.3.1 O problema dos limites ao objeto dos negócios processuais atípicos

Como se observa, o texto legal traz alguns requisitos de validade para a celebração de negócios processuais atípicos, mas não explicita os limites impostos ao seu conteúdo (objeto), deixando uma ampla margem de atuação criativa dos sujeitos processuais. Em outras palavras, o CPC/15 permite a negociação processual fora dos casos previstos expressamente em lei, estabelecendo pressupostos a serem observados (possibilidade de autocomposição do direito, capacidade plena, legitimidade, ausência de nulidade e de manifesta vulnerabilidade, e não inserção abusiva em contrato de adesão), mas, em relação ao que pode ser objeto de negociação, não traz limitações taxativas.

<sup>225</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p.274.

<sup>226</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 369-369.

<sup>227</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p.274.

Cabe à doutrina, portanto, traçar tais limites, com vistas a facilitar o manejo dos negócios jurídicos processuais pelas partes e trazer maior segurança jurídica, evitando-se posterior decretação de nulidade em razão da ilicitude do objeto.

Conforme adverte Leonardo Carneiro da Cunha<sup>228</sup>, o grande desafio da doutrina, a partir da aprovação do CPC/15, é identificar os limites para os negócios jurídicos processuais. De fato, há, atualmente, grande discussão acerca de quais seriam os limites impostos à liberdade das partes para realizar negócios processuais atípicos, sendo este um tema ainda indefinido na doutrina brasileira e que vem sendo objeto de diversos estudos.

No mesmo sentido, Antônio do Passo Cabral<sup>229</sup>, ao noticiar que vem sendo cada vez mais aceita na doutrina a ideia de conformação do procedimento pela vontade das partes, aponta que a discussão vai se concentrando acerca das fronteiras em que pode ocorrer a negociação das regras processuais.

A inquietação com o tema é ratificada por Fredie Didier Jr. ao afirmar que o objeto do negócio “é o ponto mais sensível e indefinido na dogmática da negociação processual atípica. É preciso criar padrões dogmáticos seguros para o exame da licitude do objeto dos negócios processuais<sup>230</sup>”.

Jaldemiro Ataíde Júnior, por sua vez, manifesta legítima preocupação, ao afirmar que se deve evitar que “a euforia, normalmente causada pelo novo, venha a contagiar a processualística brasileira, e, assim, impeli-la à defesa em prol de um sem-número de negócios jurídicos processuais inválidos ou ineficazes<sup>231</sup>”.

O ponto nevrálgico a ser investigado, portanto, é o limite imposto ao conteúdo da vontade negocial. Sobre isso, Marcos Mello estabelece como regra fundamental a de que “a vontade somente pode ser manifestada quando admitida e sempre de conformidade com as normas jurídicas de natureza cogente<sup>232</sup>”.

---

<sup>228</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antônio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p.51.

<sup>229</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 216.

<sup>230</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v.1. 20. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p.437.

<sup>231</sup> ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. In: CABRAL, Antônio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p.259.

<sup>232</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 14. ed. São Paulo: Saraiva,

De igual modo, Pedro Henrique Nogueira<sup>233</sup> afirma que o espaço para o exercício do autorregramento da vontade é aquele deixado pelas normas cogentes, cuja aplicação seria inafastável pelos interessados. Ao final de sua análise, o autor considera, por razões de sistematização, que os limites para o exercício do autorregramento da vontade se encontram no respeito ao formalismo processual, justificando que

A vantagem de sintetizar os limites ao autorregramento da vontade na categoria ampla e abrangente do “formalismo processual” está que, a partir dela, se torna facilmente destacável a série de normas (*lato sensu*), a abranger não só os princípios (v.g. princípio dispositivo e subprincípios, direito de defesa, juiz natural, submissão do juiz à lei, livre convencimento, etc.) formadores do chamado “estatuto básico processual”, mas também as regras, ordenadoras da atividade processual<sup>234</sup>.

Antônio do Passo Cabral, por sua vez, lembra que:

O hiperpublicismo gerou ainda um outro dogma, segundo o qual toda norma processual é cogente, imperativa e inderrogável, cimentando a falsa premissa de que as partes no processo só poderiam dispor de raras regras supletivas. [...] Ora, trata-se de uma concepção que se tornou uma profissão de fé mas que, com a devida vênia, hoje em dia não pode mais ser sustentada porque nem todas as regras e princípios processuais são imperativos e inderrogáveis<sup>235</sup>.

A problemática ganha contornos ainda mais nebulosos quando se está da possibilidade (ou não) de negócio jurídico processual que tenha por objeto um direito fundamental, como é o desiderato deste trabalho.

### 3.4. A Negociação sobre Direitos Fundamentais Processuais: Problematização

Acerca da negociação de direitos fundamentais processuais, encontra-se, primeiro, respostas negativas, sendo essa, ao que parece, a resposta intuitiva de muitos operadores do Direito.

Nesse passo, Leonardo Carneiro da Cunha, afirma que “a licitude do objeto do negócio processual passa pelo respeito às garantias fundamentais do processo”, afirmando que não lhe parece possível um negócio processual que permita a utilização de prova ilícita, que

---

2007, p.183.

<sup>233</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p.160.

<sup>234</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p.161.

<sup>235</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 162-163.



dispense a fundamentação da decisão ou que imponha o sigilo ou segredo de justiça. Na sequência, afirma o processualista que

Os negócios jurídicos processuais devem situar-se no espaço de disponibilidade outorgado pelo legislador, não podendo autorregular situações alcançadas por normas cogentes. [...] Em outras palavras, não é possível negócio processual que se destine a afastar regra de proteção a direito indisponível. Logo, não parece possível negócio processual que dispense reexame necessário, nas hipóteses em que não há dispensa legal. Também não parece possível negócio jurídico que dispense a intervenção obrigatória do Ministério Público<sup>236</sup>.

Flávio Yarshell, por sua vez, aponta que um dos limites impostos ao objeto do negócio processual está na sua adequação ao devido processo legal:

Conquanto o CPC 2015 não tenha feito essa reserva de forma expressa, ela decorre do que está inscrito nos incisos LIV e IV da CR. Aliás, poderia a nova lei, nesse particular, ter empregado dicção igual ou semelhante àquela constante do art. 21, §2º da Lei n. 9.307/96, que condicionou a autonomia da vontade em matéria processual na arbitragem à observância dos princípios do contraditório, igualdade, imparcialidade e livre convencimento.<sup>237</sup>

Porém, logo em seguida, o mesmo autor adverte acerca da dificuldade em estabelecer quais postulados efetivamente integram o conceito de devido processo legal e o que, no plano legislativo ordinário, realmente se pode considerar como cogente no âmbito do processo civil.

Paulo Mendes de Oliveira, ao discorrer sobre a cláusula geral de negociação, afirma que a tarefa “é definir o âmbito de dispositividade das normas processuais, precisando sobre quais aspectos do procedimento podem os sujeitos processuais modificarem a arquitetura legalmente prevista”, concluindo que:

Não parece razoável que o Estado-Juiz se afaste, em razão de convenções das partes, dos parâmetros constitucionalmente previstos. Ainda que a relação jurídica deduzida em juízo seja regulada por normas de direito privado, portanto disponíveis aos seus destinatários, não está à disposição das partes a definição daqueles parâmetros mínimos constitucionalmente previstos sobre a forma de exercício do poder jurisdicional. Trata-se, pois, de normas jurídicas inderrogáveis e irrenunciáveis, estando fora do âmbito de disposição dos sujeitos processuais<sup>238</sup>.

Nesse cenário, acredita-se que a solução da problemática envolvendo a negociação de direitos fundamentais não pode perder de vista o momento contemporâneo da ciência

<sup>236</sup> CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antônio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 71.

<sup>237</sup> YARSHEL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antônio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p.82.

<sup>238</sup> OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios Processuais e o Duplo Grau de Jurisdição. In: CABRAL, Antônio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 569-570.

processual e o modelo constitucional de processo, decorrente da chamada constitucionalização dos Direitos, a qual reafirma o primado da Constituição sobre a legislação ordinária, reclamando um controle de validade das leis em conformidade com os ditames constitucionais.

Como esclarece Daniel Sarmento:

A Constituição não é vista mais como uma simples *norma normarum* - cuja finalidade principal é disciplinar o processo de produção de outras normas. Ela passa a ser enxergada como a encarnação dos valores superiores da comunidade política, que devem fecundar todo o sistema jurídico. Neste modelo, cabe ao intérprete não só aplicar diretamente os ditames constitucionais às relações sociais, como também reler todas as normas e institutos dos mais variados ramos do Direito à luz da Constituição, emprestando-lhes o sentido que mais promova os objetivos e a axiologia da Carta<sup>239</sup>.

Do mesmo voto, leciona Cândido Rangel Dinamarco que “o Direito processual constitucional é o método consistente em examinar o sistema processual e os institutos do processo à luz da Constituição e das relações mantidas com ela<sup>240</sup>”. Ora, se os institutos processuais devem ser lidos e interpretados de acordo com as normas Constitucionais, acredita-se que com os negócios jurídicos processuais não poderia ser diferente.

Acerca da zona de confluência entre a Constituição e o Direito Processual Civil, manifesta-se Igor Raatz:

Atualmente, a imbricação entre processo civil e Constituição é uma perspectiva inarredável do modelo de processo próprio do Estado Democrático de Direito. Na verdade, um primeiro dado inafastável é que essa relação hoje, tem como pressuposto e, ao mesmo tempo, traz consigo os aportes teóricos que permeiam a teoria do direito sob a égide do Constitucionalismo Contemporâneo e da teoria dos direitos fundamentais. [...] A Constituição *ordena e disciplina* o direito processual, bem como é *condição de possibilidade da interpretação das normas processuais*. Não há processo civil que não seja, no marco do Estado Democrático de Direito, processo civil constitucional<sup>241</sup>.

Deve-se alertar, porém, que tal análise é insuficiente. É que, a despeito da constitucionalização do Direito Processual Civil, pensa-se que é importante que se tenha cautela para não haver o retorno ao publicismo exagerado. Como leciona Daniel Sarmento:

<sup>239</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009.

<sup>240</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 8. ed. São Paulo: Maleiros, 2016, p.316.

<sup>241</sup> RAATZ, Igor. **Autonomia Privada e Processo Civil**: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto. Salvador: Juspodivm, 2017, p.123.

É possível aceitar e aplaudir a constitucionalização do Direito - fenômeno em geral positivo, por aproximar a racionalidade emancipatória da Constituição do dia-a-dia das pessoas -, mas defender que ela seja temperada por outras preocupações igualmente essenciais no Estado Democrático de Direito, com a autonomia pública e privada dos cidadãos<sup>242</sup>.

Guilherme Henrique Lage Faria, em obra que faz a devida correlação dos negócios jurídicos processuais sob a ótica da constitucionalização do processo, conclui expressamente que

[...] somente poderia aceitar-se uma flexibilização procedimental se observada rigorosamente a concepção democrática do formalismo processual, resguardando plena eficácia aos direitos fundamentais do jurisdicionado, bem como observando todas as garantias processuais-constitucionais, sem as quais não há de se falar em legitimidade do exercício da jurisdição, e, por conseguinte, em validade da negociação processual<sup>243</sup>.

O autor acima referido, porém, não identifica quais seriam precisamente as garantias processuais constitucionais, nem seus alcances, ou seja, se não poderia haver negociação sob nenhum aspecto, ou se poderia ser objeto de convenção alguma situação processual delas decorrentes.

Sobre isso, Antônio do Passo Cabral bem adverte que:

A dificuldade de precisar qual ou quais os direitos fundamentais envolvidos decorre, de um lado, do amplo suporte fático dos direitos fundamentais, que se estruturam para que se possam abranger o maior número de situações jurídicas dignas de proteção. Por outro lado, é também fruto de um déficit analítico na literatura do direito processual, que constantemente mistura o conteúdo de diversas garantias fundamentais, sem atentar para a precisão conceitual<sup>244</sup>.

Dessa forma, acredita-se que tendo como premissa a constitucionalização do processo civil, pode-se estabelecer, num primeiro momento, os limites das convenções processuais, mas com a devida investigação acerca do conteúdo das garantias processuais constitucionais.

Nesse ponto, concorda-se com a análise de Antônio do Passo Cabral quando afirma que “não basta afirmar tratar-se de norma constitucional. Há várias possibilidades de celebração de acordos processuais que incidem sobre princípios e regras constitucionais,

<sup>242</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009.

<sup>243</sup> FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios Processuais no Modelo Constitucional de Processo**. Juspodivm, 2016, p.226.

<sup>244</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p.332.

derrogando-os pela vontade das partes<sup>245</sup>”. Assim, deve-se investigar se todas as normas processuais previstas na Constituição são inderrogáveis pela vontade das partes ou se há normas que aparentemente são inafastáveis, mas podem ser derrogadas parcialmente.

Mostra-se essencial, portanto, que, após a identificação das garantias que compõem o devido processo constitucional, seja feita uma análise crítica do conteúdo que é próprio a cada garantia, para que se possa aferir se e em que medida pode haver negociação processual sobre elas.

Com efeito, nem todas as garantias constitucionais seriam limites rígidos e inflexíveis, havendo espaço para a negociação acerca de alguma(s) faculdade(s) processual(is) dela(s) decorrente(s). Dessa forma, ao que parece, a solução do problema recorrendo-se apenas ao modelo constitucional do processo, seria apenas parcial, relevando ser necessário buscar, também, o conteúdo de cada garantia, estabelecendo-se a possibilidade e eventuais limites a sua flexibilização pela vontade das partes. É o que far-se-á especificamente com o direito fundamental ao contraditório, no próximo capítulo desta pesquisa, utilizando-se todo o arcabouço teórico demonstrado até aqui.

---

<sup>245</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**: teoria geral dos negócios jurídicos processuais. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p.216.

## 4 NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL SOBRE O CONTRADITÓRIO

Retomando a problemática exposta ao final do terceiro capítulo, e fazendo uso das bases lançadas nele e nos capítulos antecedentes, passa-se a enfrentar a questão específica acerca da negociação processual que envolve o contraditório.

Para cumprir esse desiderato, a análise será efetivada sob três aspectos: possibilidade de negociação; limites do negócio jurídico processual; e regime jurídico aplicável.

### 4.1 Possibilidade de Negociação Processual sobre o Contraditório

Acerca da possibilidade de o contraditório ser objeto de negociação processual, deve-se atentar que as disposições das partes podem ser para: i) reforçá-lo; ou ii) limitá-lo, enfraquecê-lo ou mesmo excluí-lo.

Sobre o reforço do contraditório mediante ajuste de vontade das partes, entende-se que não há maiores problemas a serem enfrentados. Isso porque, sendo o contraditório uma garantia posta a disposição das partes contra a interferência indevida em suas esferas jurídicas, pode-se concluir que, na sua formatação, há proteções mínimas, de modo que não há óbices para sua ampliação.

Assim, por exemplo, é lícito às partes celebrarem convenções sobre a ampliação dos prazos para manifestações no processo; o afastamento dos efeitos da revelia fora das hipóteses legais; acordo para arrolamento prévio de testemunhas, dentre outros. Cita-se, por oportuno, outras hipóteses trazidas pelo Fórum Permanente de Processualistas Civil – FPPC:

Enunciado nº 19: (art. 190) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: [...] pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; [...] convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC- RIO, no V FPPC-Vitória e no VI FPPC-Curitiba).

O debate, portanto, centra-se nos negócios que, de alguma forma, retirem eficácia do contraditório, diminuindo as garantias previstas em lei. A pesquisa focará nessas espécies de convenções.

#### 4.1.1 Limitação, restrição, renúncia e não exercício de direitos fundamentais

Conforme já demonstrado no item 3.4 desta pesquisa, a constatação de que determinada norma processual tem natureza de direito fundamental não é suficiente para, por si só, impedir a negociação processual sobre os direitos, deveres, ônus, faculdades e poderes dela decorrentes. Um exemplo simples já demonstra a inexatidão da afirmação de que as garantias fundamentais do processo seriam limites ao objeto dos negócios processuais, bastando lembrar da possibilidade de cláusula de eleição de foro entre as partes, a qual representa uma negociação acerca da garantia fundamental do juiz natural.

A ideia de que os direitos fundamentais não são absolutos não tem oferecidos maiores dificuldades e tem sido amplamente aceita no Direito Constitucional contemporâneo. Assim, os direitos fundamentais são, de regra, direitos submetidos a limites<sup>246</sup>.

Como afirma Virgílio Afonso da Silva “todo direito fundamental é restringível<sup>247</sup>”. Do mesmo modo, leciona Robert Alexy que “o problema parece não estar no conceito de restrição a um direito fundamental, mas exclusivamente na definição dos possíveis conteúdo e extensão dessas restrições<sup>248</sup>”.

Tais ideias, aliás, já são assentes, também, no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Transcreve-se abaixo trecho do clássico voto do Ministro, hoje aposentado, Celso de Mello, no julgamento do Mandado de Segurança nº 23.452<sup>249</sup>, em que se discutiu os poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito:

OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a

<sup>246</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018, p.386.

<sup>247</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2017, p.253.

<sup>248</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2017, p.276.

<sup>249</sup> No mesmo sentido: RE 607107, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2020, DJe 14-04-2020); ADPF 276, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 15/05/2020, DJe 03-06-2020.

integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (MS 23452, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 16/09/1999, DJ 12-05-2000).

É preciso, porém, que se estabeleçam termos técnicos seguros, para evitar confusões teóricas, bem como com vistas a delimitar o campo desta pesquisa, posto que é comum o uso indiscriminado das expressões limitação, restrição, renúncia e não exercício de direitos fundamentais, como se fossem sinônimas, posição com a qual não se concorda.

Em primeiro lugar, deve-se salientar que os negócios jurídicos não se confundem com limitação ou restrição a direitos fundamentais. Isso porque, segundo Pedro Augustin Adamy, na limitação e na restrição, a vontade do titular do direito é irrelevante, vez que elas possuem causa externa, tendo, assim, natureza heterônoma<sup>250</sup>. Jorge Miranda distingue limitação como aquela contida dentro da própria previsão ou da sistemática constitucional, enquanto a restrição é a delimitação dos direitos por obra do legislador infraconstitucional<sup>251</sup>.

A distinção entre as figuras da limitação e da restrição de direitos fundamentais e todas as nuances respectivas, apesar da importância, desviam-se dos escopos da pesquisa. Deixa-se assentado, no entanto, que elas se distinguem visivelmente dos negócios jurídicos processuais por causa da ausência de participação decisiva da vontade do titular do direito na flexibilização deste. Como pontua Pedro Adamy “na restrição aos direitos fundamentais o elemento volitivo do titular do direito é irrelevante para a determinação do conteúdo e do alcance do direito restringido<sup>252</sup>”. É a norma editada pelo legislador, portanto, que limita ou restringe um direito fundamental, não a vontade das partes, como se dá no negócio jurídico.

No caso do contraditório, como já exposto no Capítulo 2, há diversas situações em que a própria lei traz restrições, como o impedimento da alegação de determinadas matérias nas ações possessórias (art. 557 do CPC/2015); ou o diferimento do momento do seu exercício, como se verifica no caso das tutelas provisórias, em que se posterga o dever de comunicação (art. 9º, parágrafo único, II do CPC/2015).

O exame das restrições trazidas pelo legislador não está no âmbito de verificação deste trabalho. A questão a que a pesquisa se presta a responder é se, para além da lei, as próprias partes poderiam, dentro do autorregramento de suas vontades, impor limitações ao

<sup>250</sup> ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, p.35/36.

<sup>251</sup> MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

<sup>252</sup> ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, p.35.

contraditório. Sendo, portanto, a vontade elemento decisivo nos negócios jurídicos processuais, cumpre analisar se ele se acomodaria nas figuras da renúncia ou do não exercício de direitos fundamentais.

Sobre isso, é clássica a lição segundo a qual uma das características dos direitos fundamentais é sua irrenunciabilidade. Conforme pontua José Afonso da Silva “não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados<sup>253</sup>”.

Não se adota esta posição. É que a negociação processual que recai sobre um direito fundamental não pode ser enquadrada como uma forma de não exercício deste. Isso porque, o não exercício é uma situação fática. Não ocorre, destarte, expressa manifestação de vontade do titular, é apenas “um não-exercer ou não levar a efeito as possibilidades da posição jurídica jusfundamental<sup>254</sup>”.

É certo que, quem renuncia a um direito fundamental, não irá exercê-lo. O inverso, porém, não ocorre. O mero não exercício de um direito fundamental não implica, obrigatoriamente, a sua renúncia. Vários são os exemplos que podem ser lembrados: aquele que decide não exercer nenhuma profissão, não está renunciando ao direito de liberdade profissional; quem decide não ingressar com uma demanda judicial, não está igualmente renunciando ao direito fundamental de acesso ao Poder Judiciário; de igual modo, quem decide não professar nenhuma crença religiosa, não está renunciando a sua liberdade de crença.

No campo processual, e especificamente sobre o tema da pesquisa, pode-se enquadrar a revelia como o não exercício do direito fundamental ao contraditório, sendo que, como nela a vontade da parte demandada em praticar ou não o ato é irrelevante (ato-fato jurídico), não se pode confundir com o negócio jurídico processual, que tem a vontade como seu elemento nuclear.

Desse modo, o negócio jurídico processual que disponha sobre direitos fundamentais, representa verdadeira renúncia dele, ou parcela dele. Não há qualquer empecilho a tal conclusão, pois, conforme Jorge Reis Novais, “a renúncia é também uma forma de exercício do direito fundamental, dado que, por um lado, a realização de um direito fundamental inclui,

---

<sup>253</sup> SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, p.181.

<sup>254</sup> ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, p.39.



em alguma medida, a possibilidade de se dispor dele, inclusive no sentido de sua limitação<sup>255</sup>”.

Nesse passo, afirma Antônio do Passo Cabral que

Renúncia a uma situação jurídica de vantagem é uma declaração de vontade pela qual o particular vincula-se, perante terceiros, a não exercer uma ou algumas das prerrogativas compreendidas nesta situação jurídica, reduzindo ou enfraquecendo sua esfera de direitos<sup>256</sup>.

Não se pode olvidar que o titular do direito fundamental ao decidir a ele renunciar está levando em consideração a sua situação, suas necessidades, eventuais benefícios com aquela atitude e, dessa forma, “exercendo esse mesmo direito fundamental, conjuntamente com sua liberdade individual<sup>257</sup>”. Com efeito, “não se pode pensar que, ao estabelecer direitos (mesmo fundamentais) em favor de indivíduos, estes deverão exercê-los impositivamente<sup>258</sup>”.

Pela precisão, e por guardar estreita relação com a solução da problemática investigada, transcreve-se as conclusões de Pedro Adamy:

O titular do direito fundamental ao decidir a ele renunciar, ou consentir com o aumento da interferência estatal no âmbito de proteção de sua posição jusfundamental, está levando em consideração a sua situação, suas necessidades, eventuais benefícios com aquela atitude e, dessa forma, exercendo esse mesmo direito fundamental, conjuntamente com a sua liberdade individual<sup>259</sup>.

Desse modo, entende-se que uma pactuação que limite direito fundamental trata-se de verdadeira renúncia, entendida esta como uma forma de restrição autônoma ou uma autorrestrição.

#### 4.1.2 Possibilidade de renúncia ao exercício do contraditório

Para além da conclusão acima acerca da renunciabilidade de direitos fundamentais, é preciso deixar assente, também, que não há óbices à renúncia de situações jurídicas processuais, ainda que enquadradas sob a designação de fundamentais. Como aponta Antônio do Passo Cabral, o princípio do devido processo legal é considerado renunciável nos EUA,

<sup>255</sup> NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In MIRANDA, Jorge (Org). **Perspectivas constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Ed., 1996, p.302.

<sup>256</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 217.

<sup>257</sup> ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, p.50.

<sup>258</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 219.

<sup>259</sup> ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, p.51.

que são o berço dessa norma. De igual modo, a Comissão Europeia de Direitos Humanos tem afirmado que as partes podem renunciar a direitos fundamentais processuais<sup>260</sup>.

No Brasil, há diversos precedentes judiciais que albergam a possibilidade de renúncia de direitos fundamentais processuais. Cita-se, na esteira de Antônio Cabral<sup>261</sup>, os seguintes julgados: constitucionalidade da arbitragem, que, por vontade das partes, afasta a tutela jurisdicional (STF, SE nº 5.206 AgR, Rel. Mi. Sepúlveda Pertence, j. 12.12.2001)<sup>262</sup>; possibilidade de desistência da produção de provas (STJ, HC nº 44.800, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 13.03.2006); e renúncia à proteção legal da impenhorabilidade do bem de família (STJ, REsp nº 1365418-SP, Rel. Min. Marco Buzzi, j. 04.04.2013).

Nesse cenário, se é certo que, de forma geral, é possível a renúncia de direitos fundamentais e, no particular, a renúncia de situações processuais, deve-se, agora, abordar especificamente sobre a renúncia ao contraditório. Para tal desiderato, considera-se essencial a fixação das noções sobre direitos, deveres, ônus e poderes processuais.

Nesse ínterim, vale relembrar que a eficácia da norma se situa no mundo jurídico, ou seja, após a incidência da norma sobre o suporte fático concretizado, fazendo nascer o fato jurídico. Todavia, a eficácia jurídica, resultante de um fato jurídico, não se dá de maneira uniforme, havendo diversas categorias eficaciais (dentre as quais as situações jurídicas,

---

<sup>260</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**: teoria geral dos negócios jurídicos processuais. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 221.

<sup>261</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**: teoria geral dos negócios jurídicos processuais. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 224.

<sup>262</sup> Trecho da ementa: [...] Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31). (SE 5206 AgR, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004 PP-00059 EMENT VOL-02149-06 PP-00958).

sanções, premiações, etc), segundo a denominação utilizada por Marcos Bernardes de Mello<sup>263</sup>.

Interessa a esta pesquisa as situações jurídicas, mais especificamente as situações jurídicas complexas e suas duas subespécies: i) relações jurídicas (vinculação de, pelo menos, dois sujeitos a um objeto, com correspectividade de direitos e deveres); e ii) situações jurídicas complexas unilaterais (envolvimento de mais de um sujeito, mas com efeitos limitados a apenas uma esfera jurídica).

Transpondo as lições de Marcos Bernardes de Mello para o Direito Processual, Pedro Henrique Nogueira identifica as seguintes situações jurídicas processuais: i) qualidades processuais, que são situações jurídicas simples unissubjetivas, pois dizem respeito apenas a um sujeito isoladamente considerado, como é o caso da legitimidade processual e da competência; e, no que interessa a esta pesquisa, ii) poderes processuais; e iii) relações jurídicas processuais<sup>264</sup>.

No tocante às relações jurídicas processuais, seu traço característico está na circunstância de que ela vincula dois sujeitos de direito a respeito de um objeto, tendo como conteúdo mínimo o direito subjetivo e o correlativo dever (princípio da correspectividade). Desse modo, “o direito subjetivo processual nada mais é do que uma dada relação jurídica processual vista sob o ângulo do sujeito ativo, enquanto os deveres processuais refletem a posição daquele que se encontra como sujeito passivo de uma relação processual<sup>265</sup>”. Dever, portanto, está ligado ao devedor, a quem deve.

Já os poderes processuais são situações jurídicas ativas, mas que não se confundem com os direitos, pois, diferentemente do que acontece com a relação jurídica, é caracterizado justamente pela ausência de um correspondente passivo que se contraponha à posição do respectivo titular<sup>266</sup>. São, pois, situações jurídicas complexas unilaterais, segundo a classificação de Marcos Bernardes de Mello, apontada acima. O exemplo mais comum de poder processual é o ônus.

<sup>263</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.35.

<sup>264</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações Jurídicas Processuais. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Teoria do Processo: panorama mundial**. Volume 2. Salvador: Juspodivm, 2010, p.762.

<sup>265</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações Jurídicas Processuais. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Teoria do Processo: panorama mundial**. Volume 2. Salvador: Juspodivm, 2010, p.765.

<sup>266</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações Jurídicas Processuais. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Teoria do Processo: panorama mundial**. Volume 2. Salvador: Juspodivm, 2010, p.763.

Nesse prisma, é oportuna a distinção entre ônus e dever trazida na obra de Pontes de Miranda, segundo a qual enquanto o dever sempre se dá em relação a outrem (daí o princípio da corresponsabilidade), o ônus “é em relação a si mesmo; não há relação entre sujeitos: satisfazer é do interesse do próprio onerado. Não há sujeição do onerado; ele escolhe entre satisfazer, ou não ter a tutela do próprio interesse<sup>267</sup>”. Pontes de Miranda, em outra passagem, acrescenta que a “atividade (= qualidade de ser ativo) de um é o direito; a passividade é o dever. Por isso mesmo, não há direitos contra si-mesmo; nem deveres perante si-mesmo, na direção de si mesmo<sup>268</sup>”.

Beclate Oliveira Silva e Welton Roberto salientam que o poder decorrente do ônus é distinto do poder decorrente do direito subjetivo exigível (pretensão), vez que este confere ao titular o poder de exigir de outrem um comportamento, que tem como correlato uma obrigação. Já no caso do ônus, não há correlação com o comportamento de outrem, satisfazendo-se com o agir voluntário daquele que o detém. O ônus, portanto, “trata-se de uma permissão em que a lei imputa um agir, impondo um risco pelo seu descumprimento<sup>269</sup>”.

De igual modo, Robson Renault Godinho defende que o ônus “se relaciona com estrutura de situações jurídicas, contrapondo-se ao conceito de dever jurídico exatamente por se tratar de comportamento exigido para satisfação de interesse próprio<sup>270</sup>”.

Especificamente no campo processual, Pedro Henrique Nogueira pontua que

O que irá diferenciar o ônus dos demais poderes processuais é a circunstância de que outra norma comina para a hipótese do não exercício do poder uma consequência jurídica para o titular do ônus. Todavia, o que se considera como ônus não é aquilo que o titular da situação jurídica sofre, mas aquilo que lhe é lícito fazer. É precisamente nesse sentido que se fala em ônus da prova, ônus do pagamento das custas processuais, ônus da defesa etc. Todas essas situações representam autênticas posições ativas dos sujeitos, daí porque preferimos tratá-las como poderes processuais<sup>271</sup>.

<sup>267</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p.410.

<sup>268</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p.422/423.

<sup>269</sup> SILVA, Beclate Oliveira; ROBERTO, Welton. O Contraditório e suas Feições no Novo CPC. In: DIDIER Jr., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). **Normas Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p.253/254.

<sup>270</sup> GODINHO, Robson Renault. Anotações sobre a noção de ônus da prova em Pontes de Miranda. In DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOÚVEIA FILHO, Roberto P. Campos. **Pontes de Miranda e o Direito Processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 1.016.

<sup>271</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações Jurídicas Processuais. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Teoria do Processo: panorama mundial**. Volume 2. Salvador: Juspodivm, 2010, p.764. O mesmo autor chama atenção para o fato de que também o juiz é dotado de poderes processuais. Trata-se de uma situação outorgada

Fixada a noção acerca de direitos, deveres e poderes e ônus processuais, percebe-se que o exercício do contraditório é um ônus imposto às partes, e não um dever que precisa, obrigatoriamente, ser exercido. No Direito Positivo brasileiro, não há norma que exija o exercício do contraditório, havendo tão somente outras normas que imputam consequências para o caso do seu não exercício (como, por exemplo, no caso do demandado, os arts. 344, 346 e 355, inciso II, todos do CPC/2015<sup>272</sup>).

Nesse sentido, Pontes de Miranda já alertava que:

A contestação não é necessária, como não é a comparência. Não existe dever das partes de propor ação, nem de se defender. O interesse na pacificação que tem o Estado não mais vai até o ponto de obrigar o citado a comparecer. O processo prescinde do concurso ativo do réu [...]. Todo traço de tendência de criar ou recriar dever de atuar traduz regressão<sup>273</sup>.

Do mesmo modo, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero afirmam que “a defesa, no processo civil, é apenas oportunizada, não sendo obrigatória. Defender-se é um direito e é um ônus – o réu não possui o dever de apresentar defesa<sup>274</sup>”. Assim, “no processo civil brasileiro o que se atribui ao réu é uma eventualidade da defesa<sup>275</sup>” e não sua compulsoriedade. Leonardo Carneiro da Cunha, ainda que falando da contumácia de um modo geral, sustenta que:

A marcha do processo solicita a colaboração do juiz e das partes. Estas não são, entretanto, obrigadas à prática dos atos processuais. Embora não lhes seja imposto o dever de praticar atos, as partes carregam o ônus da colaboração, de sorte que têm o ônus de contribuir para o desenvolvimento normal do procedimento, sujeitando-se às consequências da falta de sua efetiva colaboração<sup>276</sup>.

---

ao órgão jurisdicional para permitir realizar sua função. O juiz é dotado de poderes (v.g. poder geral de efetivação, previsto no art. 461 do CPC, poder de instrução, de que trata o art. 131 do CPC etc.), sem que haja necessidade de correspondência passiva. O poder de instrução não constitui uma relação jurídica processual entre as partes e o juiz. Ao contrário, a relação processual é pressuposto para o surgimento de tal poder e, mesmo após o seu exercício pelo juiz, a relação jurídica processual permanece intacta (salvo a superveniência de outro fato capaz de extingui-la). (*op.cit.*, p.764).

<sup>272</sup> Art. 344. Se o réu não contestar a ação, será considerado revel e presumir-se-ão verdadeiras as alegações de fato formuladas pelo autor; Art. 346. Os prazos contra o revel que não tenha patrono nos autos fluirão da data de publicação do ato decisório no órgão oficial; Art. 355. O juiz julgará antecipadamente o pedido, proferindo sentença com resolução de mérito, quando: II - o réu for revel, ocorrer o efeito previsto no art. 344 e não houver requerimento de prova, na forma do art. 349.

<sup>273</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.155.

<sup>274</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil. Volume 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.366.

<sup>275</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2020, p. 332.

<sup>276</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. A contumácia das partes como ato-fato processual. In DIDIER JR, Fredie;

Ao tratarem especificamente da categoria na qual estaria inserida a defesa, Beclaute Oliveira Silva e Welton Roberto afirmam que ela, dentre os modais deônticos (proibido, obrigado e permitido), manifesta-se como permitido na modalidade bilateral, pois “a defesa consiste em uma faculdade – fazer ou não fazer. Isso se dá porque no âmbito cível os direitos envolvidos são, em regra, disponíveis<sup>277</sup>”, de modo que o Estado-juiz é obrigado a disponibilizar o exercício de um poder, com a determinação de citação e intimações, mas o seu exercício é uma faculdade da parte.

Em reforço à constatação de que o exercício do contraditório é apenas facultado, e não obrigatório, destaca-se que o CPC/2015 trouxe uma pequena mudança de texto, em um dispositivo específico, mas que trouxe impacto em toda a sistematização da citação. Isso porque, o art. 213 do CPC/1973 previa a citação como ato de comunicação “para se defender”, enquanto o CPC/2015 dispõe que a citação é para “integrar a relação processual” (art. 238<sup>278</sup>). Tal mudança foi percebida, dentre outros, por Sofia Temer:

A alteração permite vislumbrar a atuação processual para além do ataque e defesa, e, mais importante, para além da lide. A citação passa a ser compreendida como ato de efetiva comunicação a respeito do processo, para que o sujeito integre a relação processual e assuma a posição que lhe pareça mais adequada. Valoriza-se, também, a ideia de responsabilidade<sup>279</sup>.

Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero aduzem que, com a mudança do art. 238, o atual CPC “ao invés de estimular a cultura do litígio e de sua heterocomposição, [o CPC] procura fomentar a cultura do diálogo e da sua autocomposição<sup>280</sup>”. De fato, ao invés de desenhar um procedimento em que a primeira participação do réu é litigiosa, com oferecimento de defesa, engendrou-se um procedimento em que a primeira participação daquele é o comparecimento a uma audiência para tentativa de diálogo e conciliação.

---

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. **Pontes de Miranda e o Direito Processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p.635.

<sup>277</sup> SILVA, Beclaute Oliveira; ROBERTO, Welton. O Contraditório e suas Feições no Novo CPC. In: DIDIER Jr., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). **Normas Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p.254.

<sup>278</sup> Art. 238. Citação é o ato pelo qual são convocados o réu, o executado ou o interessado para integrar a relação processual.

<sup>279</sup> TEMER, Sofia. **Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação**. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 201.

<sup>280</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil. Volume 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.365.

Como se pode ver, o próprio sistema processual retira importância da apresentação da defesa como essencial para a solução da demanda, priorizando o diálogo entre as partes; destarte, também devem ser prestigiados os negócios jurídicos processuais, por meio dos quais as partes já customizaram consensualmente o procedimento, calhando lembrar que, conforme já exposto no Capítulo 3, os negócios processuais também estão inseridos no microsistema de autocomposição.

#### 4.1.3 Delimitação do “efetivo contraditório” previsto no CPC/2015

Foi demonstrado que o exercício do contraditório é um ônus. Entretanto, para que não parem dúvidas, há outro ponto a ser encarado. É que, se o exercício do contraditório é uma opção a ser exercida ou não pela parte, como interpretar a exigência contida no CPC/2015 no sentido de que cabe ao magistrado velar pelo “efetivo contraditório” (parte final do art. 7º<sup>281</sup>)?

Sobre isso, destaca-se que o CPC/2015 adjetiva o contraditório como “efetivo” em duas oportunidades. Para além do art. 7º, há previsão no art. 503, §1º, inciso II, que dispõe sobre a coisa julgada. Veja-se:

Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão principal expressamente decidida.

§ 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:

I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;

II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia.

Pela leitura do dispositivo acima transcrito, vê-se que o significado pretendido pelo legislador para o signo contraditório efetivo é aquele que foi exercido, já que expressamente afasta a revelia da hipótese de incidência da norma. Exige-se, então, um prévio debate entre as partes para que, sobre a questão prejudicial, incida a coisa julgada.

Sobre isso, Leonardo Greco afirma que a inércia ou omissão de uma das partes, que não impugne a existência do direito ou a verdade dos fatos relacionados à questão prejudicial, “não é suficiente para caracterizar o contraditório efetivo<sup>282</sup>”. Na mesma linha, elucida Antônio do Passo Cabral:

Existe uma razão para o legislador ter optado por explicitar estes pressupostos para a extensão da coisa julgada às questões prejudiciais: evitar

<sup>281</sup> Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

<sup>282</sup> GRECO, Leonardo. **Instituição de Processo Civil**. Volume 2. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p.336.

vinculações-surpresa. É que, para a questão principal, o tão só fato de ter sido formulado pedido já permite às partes prever que aquele tema poderá ser acobertado pela coisa julgada. Nas prejudiciais, como a formação da *res iudicata* depende das condições do debate concretamente verificadas, o litigante poderia ser surpreendido, ao final do processo, por uma vinculação que talvez não tivesse querido voluntariamente assumir<sup>283</sup>.

Contraditório efetivo, portanto, para o art. 503, §1º, II do CPC/2015, é igual a contraditório praticado. Não parece que esta mesma interpretação deve ser realizada da parte final do art. 7º do CPC/2015. Caso essa mesma noção (contraditório efetivo = contraditório exercido) fosse aplicada ao art. 7º, ter-se-ia uma verdadeira distorção do sistema processual.

Com efeito, segundo pontua Fredie Didier Jr., mal aplicada, a regra pode levar a situações que descambem para arbitrariedades e, no limite, para o reconhecimento da quebra da imparcialidade do juiz, de modo que “a norma não permite, v. g., que o juiz interfira no conteúdo das postulações, desconsidere a revelia decorrente de citação válida, determinando nova citação ou que controle a vontade das partes manifestada validamente no processo<sup>284</sup>”.

Leonardo Carneira da Cunha<sup>285</sup> lembra que, no período do Direito Romano clássico, o demandado tinha o dever de comparecer, podendo-se fazer uso da força para constrangê-lo a tanto, pois sua presença era necessária<sup>286</sup>. Contudo, atualmente, não se veda a contumácia no processo, o processo é contumacial, sendo possível sua constituição e desenvolvimento sem a presença das partes.

O impacto da previsão contida na parte final do art. 7º do CPC/2015 foi objeto de análise específica na doutrina de Beclate Oliveira Silva e Welton Roberto, os quais concluíram que:

O contraditório efetivo, previsto no novo código, avança impondo ao Estado-juiz o dever de cuidar da participação efetiva das partes, conferindo aos litigantes, dentro dos limites impostos pela sistemática processual civil, poder de participar e de influir, mas sem alterar o modal deontico, que permanece sendo uma permissão bilateral (faculdade). [...] Cabe ao magistrado propiciar de modo efetivo, sem se descuidar da imparcialidade, a participação dos litigantes<sup>287</sup>.

<sup>283</sup> CABRAL, Antônio do Passo. Coisa Julgada. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. In WAMBIER, Teresa Arruda et al (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.1.291.

<sup>284</sup> DIDIER JR., Fredie. Princípio da Cooperação. In: DIDIER Jr., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). **Normas Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p.357.

<sup>285</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. A contumácia das partes como ato-fato processual. In DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. **Pontes de Miranda e o Direito Processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p.637.

<sup>286</sup> Não é sem razão, aliás, que o termo “revelia” advém da expressão “rebeldia”.

<sup>287</sup> SILVA, Beclate Oliveira; ROBERTO, Welton. O Contraditório e suas Feições no Novo CPC. In: DIDIER



Destarte, o art. 7º do CPC/2015 direciona-se ao juiz, prevendo como ele deve se comportar em relação às partes, com obrigatoriedade de garantir a “possibilidade” de exercício do contraditório por elas, em condições igualitárias, mas não exigindo suas efetivas participações, de forma compulsória. Conclusão diversa é *contra legem*, pois vai de encontro a todo o arquétipo do sistema processual brasileiro em vigência.

Defender que o contraditório efetivo é sempre e tão somente o contraditório exercido e, após, voltar os olhos ao Código de Processo Civil e constatar que ele admite e convive com a contumácia (revelia, não impugnação especificada dos fatos, ausência de apresentação de réplica, renúncia ao recurso, por exemplo), deixa manifesta a impropriedade deste entendimento. O contraditório efetivo previsto no art. 7º do CPC/2015 é, portanto, o contraditório oportunizado.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, ao comentarem o art. 7º do CPC/2015, asseveram que o contraditório efetivo “trata-se de exigência que obviamente se projeta sobre o legislador e sobre o juiz: há dever de estruturação e condução do processo de acordo com o direito de igualdade e à paridade de armas<sup>288</sup>”.

Conforme leciona Antônio do Passo Cabral, o Estado não pode intrometer-se na liberdade dos indivíduos, “interferindo na esfera da decisão individual onde suas escolhas são livres, sob pena de resgatar um paternalismo inadequado no mundo contemporâneo, aniquilando a liberdade do indivíduo e, no processo, a autonomia das partes<sup>289</sup>”.

De forma precisa, salienta Rafael Sirangelo de Abreu que

Se as partes podem, por meio de omissões, não desempenhar certas posições processuais durante o processo, igualmente podem abdicar dessas posições por meio de negócios processuais, sem que isso signifique qualquer afronta aos direitos fundamentais processuais. Omissões conscientes não devem ser tuteladas pelo judiciário apenas porque significaram más escolhas estratégicas<sup>290</sup>.

---

Jr., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). **Normas Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p.257.

<sup>288</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2ª ed. Volume I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 163.

<sup>289</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 219.

<sup>290</sup> ABREU, Rafael Sirangelo de. A Igualdade e os Negócios Processuais. In: CABRAL, Antônio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 298/299.

Além do mais, a própria revelia - na qual a vontade subjacente à inércia é irrelevante para a incidência da norma e produção de seus efeitos -, pode ser estratégica, visando impedir que haja incidência coisa julgada sobre questão incidente, motivo pelo qual deve ser acatada e levada em consideração. Com maior razão, então, deve ser respeitado o que foi estabelecido em um negócio jurídico processual, em que a vontade das partes é relevante e decisiva para a própria existência do ato.

Pode-se afirmar, ainda, que a negociação processual que resulta em renúncia ao exercício do contraditório é mais democrática que a revelia, posto que apenas se muda a sede ou o local do exercício do contraditório, que não será com a intermediação do juiz, no processo, mas sim antes ou durante o processo, porém de forma direta entre as próprias partes, que farão concessões recíprocas. Nessa perspectiva, pode-se até concluir que haveria, na hipótese, um contraditório mais livre, democrático e direto, posto que sem intermediações.

O que deve ser garantido, portando, é a oportunidade de manifestação das partes, em igualdade de condições, ficando a decisão de exercê-la ou não dentro da esfera de disponibilidade de cada uma. Esse, inclusive, é o sentido expressamente dado pelo CPC/2015 em outras passagens. Veja-se:

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. (grifou-se).

Art. 329. O autor poderá:

[...]

II - até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar (grifo acrescido).

Desse modo, caracterizado o exercício do contraditório como ônus que, por sua natureza, não impõe o exercício de determinada conduta, conclui-se que ele pode ser objeto de negociação processual, ainda que leve ao seu enfraquecimento. Se a parte sequer é obrigada a exercer o contraditório, não há óbice para que, consensualmente, deixe de fazê-lo.

Nesse prisma, aduz Fredie Didier Jr. que o art. 190 do CPC dimensiona o dever de o juiz zelar pelo efetivo contraditório diante de um negócio processual atípico, afirmando que

Um negócio processual pode reestruturar a conformação do contraditório. Essa reestruturação é voluntária e, respeitados os pressupostos do art. 190, deve ser observada pelo órgão julgador, a quem não compete imiscuir-se da vontade das partes, neste particular. O controle judicial do “efetivo

contraditório”, nesses casos, somente poderá ocorrer nos casos de nulidade, inserção abusiva em contrato de adesão ou quando a parte se encontrar em manifesta situação de vulnerabilidade<sup>291</sup>.

É certo que, sendo o processo uma realidade complexa, composto por feixes de situações jurídicas que se sucedem ao longo do procedimento, o contraditório pode assumir, a depender da norma incidente, outras categorias eficaciais (como será exposto a seguir), mas o seu exercício será sempre um ônus, jamais um dever do ponto de vista da dogmática jurídica.

Destaca-se, desde já, que o contraditório manifestado como direito/dever em outros momentos do procedimento não elide a possibilidade de sua negociação e renúncia total ou parcial, mas tão somente impõe limites a ela.

## 4.2. Limites da Negociação Processual sobre o Contraditório

Fixada a premissa de que a convenção processual que tenha por objeto um direito fundamental se trata de renúncia, a qual seria, na verdade, uma forma de exercício voluntário deste atrelado ao direito de liberdade; bem como que o exercício do contraditório, por ser essencialmente um ônus, pode ser objeto de negócio jurídico processual, passa-se, agora, a traçar quais são os limites dessa negociação (renúncia).

### 4.2.1 Impossibilidade de renúncia geral

Em primeiro lugar, deve-se frisar que em relação aos direitos fundamentais processuais, a renúncia não é sobre o direito em si, mas sim sobre o seu exercício. Com efeito, o alcance de alguns valores pode vedar a renúncia à titularidade de direitos, “mas ser compatível, pelo menos em certas circunstâncias, com a renúncia ao exercício<sup>292</sup>”.

Essas “circunstâncias” que autorizam a renúncia ao exercício das situações processuais seriam, no caso dos negócios jurídicos processuais, o preenchimento de todos os requisitos previstos no artigo 190 do CPC/2015. Ou seja, pode haver renúncia a situações jurídicas processuais, desde que as partes sejam capazes e não estejam em situação de manifesta vulnerabilidade; o objeto da demanda admita autocomposição; e não haja nulidade ou inserção abusiva em contrato de adesão.

Os requisitos do art. 190 do CPC/2015 já foram tratados, de forma geral, no Capítulo 3 desta pesquisa. Foge aos escopos do trabalho a discussão sobre todas as nuances a eles

<sup>291</sup> DIDIER JR., Fredie. Princípio da Cooperação. In: DIDIER Jr., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). **Normas Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016, p.357/358.

<sup>292</sup> ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, p.56.

relacionadas, motivo pelo qual a análise será feita partindo do pressuposto que aqueles requisitos foram satisfeitos, centralizando o exame, portanto, sobre o contraditório como objeto do negócio.

Nesse prisma, salienta-se que a renúncia ao exercício de um Direito Processual fundamental não pode ser total, afastando-se por completo seu exercício, sob pena de acarretar sua própria extinção. Renuncia-se, assim, tão somente àquele direito processual fundamental, naquele processo específico.

Como pontua Virgílio Afonso da Silva, a renúncia a direitos fundamentais não torna possível, via declaração de vontade, abdicar ao direito em si e “a toda e qualquer possibilidade futura de exercitá-lo, mas tão somente à possibilidade de renunciar, em uma dada relação, a um determinado direito ou, ainda, negociá-lo, em uma determinada situação<sup>293</sup>”.

Desse modo, não pode haver uma renúncia geral ao contraditório, em todo e qualquer processo. Mas pode haver renúncia ao exercício específico do contraditório em cada relação jurídica processual. Os negócios jurídicos processuais (renúncias), portanto, sempre devem ser pensados em casos concretos.

Não por outra razão que o próprio art. 190 do CPC/2015 fala que é possível a celebração de negócio jurídico processual quando a “causa” versar sobre direito que admita autocomposição, deixando claro que deve haver uma causa (= demanda) determinada, relacionada ao negócio processual.

#### 4.2.2 Previsão objetiva do pedido e causa de pedir

Como o negócio processual precisa estar atrelado a uma demanda específica, é imprescindível que ele, além de especificar os interessados e o objeto, esteja relacionado direta e nomeadamente a fatos e fundamentos jurídicos (causa de pedir) da demanda.

Com efeito, umas das (senão a principal) finalidades da exigência de delimitação do pedido e da causa de pedir é a garantia de efetividade do contraditório. Nesse sentido, leciona José dos Santos Bedaque que “o motivo pelo qual o legislador não permite julgamento *ultra* ou *extra petita* é exatamente preservar a integridade do contraditório<sup>294</sup>”. Assim, para que seja garantido ao réu o pleno exercício do contraditório, é necessário que ele tenha integral

---

<sup>293</sup> DA SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008, p.64.

<sup>294</sup> BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. São Paulo: Malheiros, 1998, p.91.

conhecimento dos fatos e pedidos já articulados ou que serão articulados pelo autor em demanda futura.

Nesse ínterim, pontua Júnior Alexandre Pinto que “constitui uma das maneiras de se assegurar o princípio do contraditório a possibilidade de a parte contrariar a pretensão da outra, tendo prévia e plena ciência dos fatos e fundamentos jurídicos imputados a ela<sup>295</sup>”, concluindo mais adiante que “se existe um limite para a discussão numa determinada ação, é porque o mesmo foi fixado para que se evite qualquer surpresa ao réu<sup>296</sup>”.

Do mesmo modo, ao analisar as teorias acerca da regra da congruência da sentença ao pedido, José Carlos Barbosa Moreira afirma:

A meu ver, a que apresenta maiores credenciais é a que relaciona esta problemática (congruência) com a garantia do contraditório. O que se tem em vista, sobretudo, é preservar o contraditório e o direito de defesa do réu. Esses são valores consagrados em nível constitucional, desde a Carta de 88, que estendeu a aplicação do princípio ao processo não penal<sup>297</sup>.

Imprescindível, portanto, para que seja válida a renúncia ao contraditório, a previsão, de forma clara e objetiva, da causa de pedir e do pedido sobre o qual se está negociando, não sendo possível uma renúncia para o exercício do contraditório relativo a qualquer demanda entre determinadas partes e sobre qualquer objeto.

Isso porque, para que as partes possam deliberar sobre a pactuação ou não do negócio processual, a precisão e a determinação (ou ao menos a determinabilidade) do objeto são requisitos fundamentais, de modo que “se a convenção processual não é clara a respeito de seu conteúdo e dos efeitos pretendidos pelas partes no processo, seu resultado pode ser restringido<sup>298</sup>”.

Acerca da causa de pedir, Daniela Bomfim lembra que seu conteúdo “deve ser a afirmação do fenômeno jurídico substancial, composto por duas operações (i) formação do fato jurídico e (ii) irradiação da situação jurídica em sentido lato<sup>299</sup>”.

---

<sup>295</sup> PINTO, Júnior Alexandre Moreira. **A causa petendi e o contraditório**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.60.

<sup>296</sup> PINTO, Júnior Alexandre Moreira. **A causa petendi e o contraditório**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.65.

<sup>297</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correlação entre o pedido e a sentença. **Revista de Processo**. São Paulo, v.87, p.207-214, abr/jun. 1993.

<sup>298</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p.362.

<sup>299</sup> BOMFIM, Daniela. A causa de pedir à luz da teoria do fato jurídico. In DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. **Pontes de Miranda e o Direito Processual**.

Desse modo, a causa de pedir deve ser composta pela afirmação do fato jurídico, consistente no suporte fático concreto sobre o qual incidiu a norma (causa de pedir remota); e os fundamentos jurídicos, que é a afirmação da situação jurídica irradiada, dos efeitos que o fato jurídico produziu no mundo jurídico (causa de pedir próxima).

Deve-se destacar que o fundamento jurídico não é a norma incidente, nem o seu texto de lei (fundamento legal), pois qualificar um fato como jurídico é afirmar a existência de um fato jurídico, decorrente da incidência normativa; “o processo de qualificação jurídica do fato é o processo de juridicização, do qual decorre o fato jurídico, o que deve ser demonstrado na causa de pedir remota<sup>300</sup>”.

Como a causa de pedir na petição inicial refere-se a ocorrências pretéritas, a previsão de renúncia ao contraditório em demanda futura, por meio de um negócio jurídico sobre o processo, deverá fazer referência a fatos e fundamentos jurídicos possíveis de ocorrência, estabelecendo que, uma vez concretizados e ajuizada a demanda, haverá renúncia a certas eficácias decorrentes da norma do contraditório<sup>301</sup>.

Essa previsão objetiva no pacto garante que a renúncia não está sendo concretizada de forma genérica – o que não é possível -, bem como atende à necessidade de informação, previsibilidade e calculabilidade de riscos, de modo a preservar a higidez do negócio processual.

Sobre isso, adverte Pedro Adamy que, para que o titular possa desenvolver faticamente a liberdade de renúncia a direitos fundamentais, é preciso segurança e planejamento na decisão. Dessa forma “quanto maior a possibilidade de calcular (*calculabilidade*) e de prever (*previsibilidade*) as consequências da renúncia, maior o poder de disposição que esse terá no que concerne aos seus direitos fundamentais em jogo<sup>302</sup>”.

Do mesmo modo, Antônio do Passo Cabral<sup>303</sup> lembra que, em toda disputa judicial, os litigantes fazem um cálculo a partir das expectativas que têm de recuperar o patrimônio

---

Salvador: Juspodivm, 2013, p.282/283.

<sup>300</sup> BOMFIM, Daniela. A causa de pedir à luz da teoria do fato jurídico. In DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. **Pontes de Miranda e o Direito Processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p.295.

<sup>301</sup> Sobre as eficácias decorrentes do contraditório para além do ônus, que é relacionado ao seu exercício, tratar-se-á nos tópicos seguintes.

<sup>302</sup> ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, p.51.

<sup>303</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p.260.

violado, descontando o custo do processo, sendo que a prognose de êxito e análise dos custos e benefícios levam em conta fatores variados, dentre os quais está a resistência do adversário. As partes, na celebração de negócios jurídicos processuais, fazem cálculos de ganhos e perdas, possibilidades de êxitos e custos sobre eventual demanda. O exercício ou não do contraditório sobre determinadas circunstâncias fáticas, então, é fator importante que deve ser levado em consideração.

A previsão clara e objetiva acerca do pedido e da causa de pedir sobre os quais não haverá resistência ou, em havendo, está será limitada, fará com que a parte beneficiária saiba – ou ao menos possa prever - as consequências que advirá em seu favor no processo; enquanto a outra parte também estará segura de que está renunciando apenas ao exercício do contraditório diante daquele contexto específico (causa de pedir e pedido determinados).

Ainda nesse aspecto, cumpre destacar que a natureza do bem da vida que é objeto do pedido e da causa de pedir pode influenciar na maior ou menor margem de negociação pelas partes. Isso porque, o fato de o direito ser disponível ou indisponível pode alterar (mas não excluir) o espaço de autorregramento da vontade das partes, vez que a negociação não pode, por via indireta, acabar afetando a indisponibilidade do direito.

Com efeito, o Código de Processo Civil, apesar de possibilitar a negociação processual de forma indiferente para os direitos disponíveis ou indisponíveis, não dá o mesmo tratamento a eles no tocante a apresentação ou não de defesa. O art. 345, inciso II excetua os direitos indisponíveis da regra da presunção do art. 344, deixando claro ser ela aplicável apenas aos direitos disponíveis.

Estabelecida que a renúncia ao contraditório, por meio de negócio jurídico processual, deve ser específica, o que implica sua correlação a pedido e causa de pedir previamente fixados pelas partes, resta saber o que exatamente pode ser objeto desta negociação.

#### 4.2.3 Conteúdo específico do negócio jurídico

##### 4.2.3.1 Renúncia parcial aos ônus. O contraditório originário e o contraditório corrente

Já foi demonstrado que o exercício do contraditório constitui-se em um ônus imposto à parte. Assim, a despeito de ela ter o poder de exercitá-lo, não há obrigatoriedade. Desse modo, se a parte pode renunciar ao próprio exercício do contraditório, pode também dispor que seu exercício será limitado.

Nesse prisma, não há óbices para que negócios jurídicos processuais disponham sobre limitação do número de laudas das manifestações das partes, redução de prazos<sup>304</sup> ou sua contagem em dias corridos, por exemplo.

Acerca da redução ou renúncia de prazos, vale destacar que o CPC/2015, para além de não trazer a vedação que constava no art. 182 do revogado CPC/1973<sup>305</sup> - não fazendo mais, portanto, distinção entre prazos dilatórios e peremptórios -, traz previsão expressa acerca da possibilidade de sua alteração por vontade das partes:

Art. 225. A parte poderá renunciar ao prazo estabelecido exclusivamente em seu favor, desde que o faça de maneira expressa.

Art. 222, §1º Ao juiz é vedado reduzir prazos peremptórios sem anuência das partes.

Ainda acerca do acordo sobre prazos, ressalta-se a lição de Pedro Henrique Nogueira no sentido que, “o pacto para redução dos prazos pode consistir em importante instrumento de aceleração do procedimento e estímulo à concretização da razoável duração do processo, que, por sua vez, constitui um dos limites objetivos à negociação sobre prazos<sup>306</sup>”.

Também pode ser objeto de negociação pelas partes a pré-exclusão da alegação de determinadas matérias no processo. É certo que, sobre isso, a vinculação atingiria apenas as partes, não havendo impacto na atividade do Estado-Juiz no tocante as matérias que a lei possibilita seu conhecimento de ofício, independente da alegação do interessado. Nesse caso, contudo, deve-se lembrar que é dever do magistrado realizar a prévia oitiva das partes, antes de decidir (arts. 9º, 10 e 933 do CPC/2015).

Relacionado ao contraditório, porém mais próximo da ampla defesa, pode-se afirmar que também seria possível a renúncia ao ônus de apresentação de recurso. O próprio CPC/2015, inclusive, dispõe que a desistência ou renúncia ao recurso sequer precisaria da anuência da outra parte (arts. 998 e 999), então, com mais razão, poderia ser objeto de consenso entre elas, desde que, como já exposto, haja correlação a pedido e causa de pedir

<sup>304</sup> Nesse sentido, dispõe o Enunciado nº 19 do FPPC: (art. 190) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: [...] acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC- RIO, no V FPPC-Vitória e no VI FPPC-Curitiba).

<sup>305</sup> Art. 182. É defeso às partes, ainda que todas estejam de acordo, reduzir ou prorrogar os prazos peremptórios [...].

<sup>306</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p.309.



determinados. As partes, assim, renunciariam à possibilidade de reviver o contraditório perante o órgão jurisdicional<sup>307</sup>.

Ponto nevrálgico, mas que escapa ao objeto central dessa pesquisa – notadamente em face da amplitude da discussão e da diferença que se adota entre contraditório e ampla defesa –, é investigação acerca da possibilidade de renúncia à produção de provas pelas partes, e sua vinculação ou não ao magistrado<sup>308</sup>. De todo modo, para os fins deste trabalho, não nos interessa a renúncia geral à produção de provas, mas tão somente a relação entre a produção de provas e eventual negócio jurídico que renuncie ao contraditório em relação a certo pedido e causa de pedir.

Dessa forma, sem esgotar a matéria, entende-se que a renúncia da parte no tocante à possibilidade de produzir provas é plenamente possível porque constitui-se em ônus processual<sup>309</sup>, não havendo compulsoriedade no seu exercício, conforme premissas já expostas. De todo modo, no caso de negócio jurídico processual que limite ou exclua o exercício do contraditório sobre determinado pedido e causa de pedir, a renúncia à respectiva produção probatória já acaba sendo por ela albergada. Isso porque, renunciar a oportunidade de contradizer determinados fatos e pedidos engloba a possibilidade de produzir provas sobre eles, sob pena de comportamento processual contraditório<sup>310</sup>.

Ainda sobre essa temática, pensa-se que eventual negócio processual que contenha renúncia à produção probatória vincula o magistrado, que não pode desprezá-lo. Isso porque, o art. 370, *caput* do CPC/2015<sup>311</sup> traz poderes instrutórios para o magistrado apenas de forma subsidiária à atividade das partes, razão pela qual, se elas não requereram a produção de

---

<sup>307</sup> Não é possível o aprofundamento sobre essa temática, sob pena de desvirtuamento dos fins da pesquisa. Para tanto, recomenda-se a leitura, dentre outros: RETES, Tiago. **Convenções Processuais sobre Recursos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019; MENDES, Paulo. Negócios processuais e o duplo grau de jurisdição. In: CABRAL, Antônio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2017; e OLIVEIRA.

<sup>308</sup> Para uma visão geral acerca da problemática, com a demonstração de bons argumentos pela admissão de negócios processuais no âmbito probatório: PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. **Negócios Jurídicos Processuais sobre Presunções**. Salvador: Juspodivm, 2020.

<sup>309</sup> Em sentido contrário: RAMOS, Vitor de Paula. **Ônus da Prova no Processo Civil: Do ônus ao dever de provar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. Para maior aprofundamento sobre o tema do ônus da prova relacionado aos negócios jurídicos processuais: GODINHO, Robson Renaut. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: CABRAL, Antônio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

<sup>310</sup> Aprofundar-se-á esta temática no próximo item da pesquisa, quando tratarmos do regime jurídico aplicável aos negócios processuais que dispunham sobre o contraditório.

<sup>311</sup> Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito.

provas, ou se renunciaram a este poder, não poderia o magistrado determinar sua produção de ofício.

Como salienta Antônio do Passo Cabral:

Não só a indicação das fontes de prova como também os requerimentos da produção dos meios de prova adequados são tarefas que cabem principalmente às partes e apenas subsidiariamente ao juiz, porque são os litigantes que têm as melhores condições de fazê-lo [...]. Não podemos esquecer que, no Processo Civil, o litúgio, de regra, versa sobre direitos disponíveis, devendo prevalecer a autonomia das partes, sua iniciativa e faculdades. Não se pode interpretar qualquer ato omissivo das partes como uma negligência, nem das partes devem sempre contar com uma ‘bengala’ da atuação judicial, numa demonstração de um paternalismo injustificável na maioria dos casos<sup>312</sup>.

Vê-se que as ideias lançadas acima referem-se a renúncia autônoma à produção de prova, devendo o mesmo raciocínio, com maior razão, ser aplicado ao caso de a renúncia à prova ser tida apenas como uma espécie de pacto adjeto, ainda que implícito, ao negócio sobre o contraditório.

Retomando a problemática relacionada ao conteúdo específico do negócio jurídico processual objeto da pesquisa, destaca-se que ele, a despeito de se referir a um processo específico, também não pode representar renúncia ao exercício do contraditório durante todo o processo, sob pena de caracterizar a generalidade da renúncia, que, como exposto, não é permitida.

Isso porque, como já defendido no Capítulo 2, para além do exercício inicial do contraditório pelas partes, há um contraditório mais fluído, que ocorre (ou pode ocorrer) a todo instante no desenrolar da cadeia de feixes de situações jurídicas que vão se entrelaçando durante o procedimento, tendo lugar sempre que algo novo for alegado por qualquer das partes ou antevisto de ofício pelo magistrado. Um contraditório corrente, dinâmico e perene, que envolve não apenas a parte demandada, como também a parte autora.

Esse contraditório corrente é a eficácia prevista abstratamente nos arts. 9º; 10º; 437, §1º; 493, parágrafo único; 921, §5º; 933; 948; dentre outros. Dessa forma, é dever do magistrado ouvir as partes, dialogar com elas, antes de proferir qualquer pronunciamento ao longo da marcha procedimental.

Sobre isso, Leonardo Carneiro da Cunha leciona que

---

<sup>312</sup> CABRAL, Antônio do Passo. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre a repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 32, n.149, jul/2007.

O contraditório não é necessário apenas para a prolação da sentença de mérito. Ele deve ser observado ao longo de todo procedimento, relativamente a todas as questões, sejam de rito ou de mérito. Ao longo de todo o procedimento há questões a serem enfrentadas. Para examinar e decidir sobre cada uma delas, deve o juiz instaurar o contraditório prévio<sup>313</sup>.

Nesse contexto, ainda que se faça relação da renúncia ao exercício do contraditório com pedido e causa de pedir específicos, não se pode renunciar ao contraditório durante todo o processo, posto que, em se tratando de fato novo, documento novo ou fundamentos identificados de ofício pelo magistrado, a parte renunciante deve ser intimada para que tenha, também, a oportunidade de se manifestar, mesmo porque poderá, se for o caso, explicitar que aquele fato ou fundamento que surgiu no decorrer do processo não estaria abrangido pelo negócio que fora firmado; que, portanto, fugiu da previsibilidade e calculabilidade que norteou o pacto.

#### 4.2.3.2 Momentos do processo e demais eficácias da norma do contraditório. O ciclo direito-ônus-direito e a identificação do núcleo essencial do contraditório

Até agora foi analisada a possibilidade de negociação do contraditório partindo da premissa de que ele se constitui em um ônus processual. Todavia, é preciso ratificar que o contraditório somente é um ônus sob o enfoque do seu exercício. Assim, praticar ou não atos processuais relacionados ao contraditório (como apresentar contestação, impugnações, manifestações, entre outras) é um ônus que incumbe à parte interessada.

O contraditório, porém, não decorre de apenas uma norma e, a depender do momento do *inter* procedimental, as normas podem gerar outras categorias eficaciais. Pensar no contraditório apenas conexo ao momento em que se inicia o prazo para apresentação de manifestação pelas partes é, apesar da importância desta ocasião, apenas uma visão parcial do fenômeno. Diversas normas relacionam-se com o contraditório e geram outras consequências (eficácias).

Como pontua Pedro Henrique Nogueira, “as situações jurídicas, sendo categorias eficaciais, pressupõem um fato jurídico. Porém, antes do fato jurídico ocorrer elas já estavam previstas, em abstrato, no consequente, ou no preceito da norma jurídica<sup>314</sup>”. Assim, a situação jurídica designa uma relação entre um sujeito e um fato previsto no consequente de uma norma jurídica (preceito).

---

<sup>313</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Atendibilidade dos Fatos Supervenientes no Processo Civil**. Coimbra: Almedina, 2012, p.58.

<sup>314</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações jurídicas processuais. In DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Teoria Geral do Processo: panorama doutrinário mundial**. Volume 2. Salvador: Juspodivm, 2010, p.753.



nessa primeira oportunidade, julgar improcedente liminarmente o pedido (art. 332 do CPC/2015), intimando o demandante da decisão. Vê-se, aqui, que há o direito de postular em juízo, com o correspondente dever de apreciação da postulação **(a)**. Caso a postulação seja inadmitida, há o ônus da parte no que diz respeito à apresentação de recurso, para reascender o contraditório **(b)** que, caso exercido, gerará novamente o direito de apreciação e dever de análise do Poder Judiciário **(c)**, com posterior direito de informação e dever de comunicação da decisão prolatada **(a)**.

Sendo admitida a petição inicial, como haverá a potencialidade de afetação da esfera jurídica do réu, ele deverá ser citado (arts. 334 e 312, segunda parte, ambos do CPC/2015). Visualiza-se, nesse momento, o direito de ser informado e o dever de comunicação, este imposto ao Estado-Juiz **(a)**. Ato contínuo, surge o ônus da apresentação de defesa **(b)** que, caso exercido, fará com que (re)nasça o direito de apreciação, o dever de análise **(c)**, o direito de informação e o dever de comunicação **(a)**, respectivamente.

Deve-se lembrar, ainda, do contraditório corrente, consistente na vedação de decisão-surpresa (arts. 9º, 10 e 933, entre outros, do CPC/2015). Também nele pode-se conceber o ciclo virtuoso apontado. Caso o magistrado considere invocar questões não debatidas pelas partes, há o direito de elas serem informadas previamente (com o correspondente dever de comunicação) **(a)**; feita a comunicação, inicia-se o momento do ônus processual da apresentação de manifestação **(b)** que, se exercido, irradiará o direito de apreciação/dever de análise **(c)**, e assim por diante.

Fixadas essas premissas, pode-se, com maior clareza, identificar os limites de eventual negociação processual sobre as demais eficácias do contraditório, excluindo-se o ônus que foi objeto de investigação pormenorizada no tópico anterior. Ressalta-se que o ônus **(b)** foi objeto de análise separada porque há inúmeras possibilidades na sua negociação, inclusive com a renúncia ao total exercício (observados os pressupostos apontados, como a vinculação a um pedido e causa de pedir). Não obstante, as demais categorias eficaciais também podem ser objeto de negociação, tanto que o art. 190 do CPC/2015 é expresso ao prevê que as partes podem dispor, para além do ônus, de seus “poderes, faculdades e deveres processuais”.

Todavia, não se enxerga a possibilidade de negociação sobre o direito de análise e o dever de apreciação **(c)**, por diversas razões. Primeiro, porque faltaria legitimidade às partes nessa negociação, já que, sem embargo de o direito de apreciação ser delas, o dever não é; ele é imposto ao Estado-Juiz, de modo que as partes não podem dispor do que não lhes pertence.

Esse, inclusive, foi o entendimento adotado pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no julgado do Recurso Especial nº 1810444/SP (Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, julgado em 23/02/2021), ao fundamentar que

A modificação do procedimento convencionada entre as partes por meio do negócio jurídico sujeita-se a limites, dentre os quais ressaí o requisito negativo de não dispor sobre a situação jurídica do magistrado. As funções desempenhadas pelo juiz no processo são inerentes ao exercício da jurisdição e à garantia do devido processo legal, sendo vedado às partes sobre elas dispor<sup>316</sup>.

Ainda sobre o exercício da defesa e o dever de análise (c), destaca-se que é nessa oportunidade que o demandado exerce o chamado direito de não ser molestado indevidamente ou pretensão à abstenção, conforme alerta Beclaute Oliveira Silva, com suporte na doutrina de Pontes de Miranda. Segundo o autor, quando o réu exerce a defesa de mérito, deduz pedido:

Não apenas reage, mas pede para não ter sua esfera jurídica atingida pelo autor, já que sua pretensão não encontra respaldo no ordenamento. Assim, a postulação do autor fere este seu direito e corresponde a um ato ilícito; por isso pede que seja livrado do ataque indevido<sup>317</sup>.

Se o réu pede, igual ao autor, então o dever de atendimento não é da outra parte, mas sim do Estado-Juiz. Se, no direito de ação, o dever é do Estado, no direito de defesa o dever também é do Estado. Se o Estado tem o dever de enfrentar os argumentos (poder de influência), então uma vez exercido o contraditório, desincumbindo-se a parte do ônus de apresentação de manifestação, surge o direito de ver os argumentos apreciados. Ao direito de

---

<sup>316</sup> EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. LIBERDADE NEGOCIAL CONDICIONADA AOS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS. CPC/2015. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL. FLEXIBILIZAÇÃO DO RITO PROCEDIMENTAL. REQUISITOS E LIMITES. IMPOSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO SOBRE AS FUNÇÕES DESEMPENHADAS PELO JUIZ. 1. A liberdade negocial deriva do princípio constitucional da liberdade individual e da livre iniciativa, fundamento da República, e, como toda garantia constitucional, estará sempre condicionada ao respeito à dignidade humana e sujeita às limitações impostas pelo Estado Democrático de Direito, estruturado para assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais e a Justiça. 2. O CPC/2015 formalizou a adoção da teoria dos negócios jurídicos processuais, conferindo flexibilização procedimental ao processo, com vistas à promoção efetiva do direito material discutido. Apesar de essencialmente constituído pelo autorregramento das vontades particulares, o negócio jurídico processual atua no exercício do múnus público da jurisdição. 3. São requisitos do negócio jurídico processual: a) versar a causa sobre direitos que admitam autocomposição; b) serem partes plenamente capazes; c) limitar-se aos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes; d) tratar de situação jurídica individualizada e concreta. 4. O negócio jurídico processual não se sujeita a um juízo de conveniência pelo juiz, que fará apenas a verificação de sua legalidade, pronunciando-se nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou ainda quando alguma parte se encontrar em manifesta situação de vulnerabilidade. 5. A modificação do procedimento convencionada entre as partes por meio do negócio jurídico sujeita-se a limites, dentre os quais ressaí o requisito negativo de não dispor sobre a situação jurídica do magistrado. As funções desempenhadas pelo juiz no processo são inerentes ao exercício da jurisdição e à garantia do devido processo legal, sendo vedado às partes sobre elas dispor. 6. Recurso especial não provido. (REsp 1810444/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 23/02/2021, DJe 28/04/2021).

<sup>317</sup> SILVA, Beclaute Oliveira. O autor pede...o réu também! Ou da improcedência como procedência. **Revista ANNEP de Direito Processual**. Vol. 1, nº 01. Jan/jun 2020.

influência (ou de direito de apreciação) corresponde o dever correspectivo do Estado-Juiz de levar a sério e dialogar com os argumentos apresentados pelo demandado.

Além disso, conceber que a vontade das partes possa afastar o direito de análise e/ou o correspondente dever de apreciação, seria desconsiderar toda a evolução histórica relacionada ao contraditório, que superou do binômio informação-reação, agregando o poder de influência, essencial ao Estado Democrático. Exercido o ônus de manifestação, o dever de apreciação se impõe, sempre. Sequer a relativização desse dever é possível, mediante, por exemplo, negócio processual que disponha sobre fundamentação concisa da decisão judicial, vez que a imposição de fundamentação exauriente decorre diretamente da lei (art. 489, §1º do CPC/2015), não havendo margem para seu afastamento.

No que diz respeito ao direito de informação e o correspondente dever de comunicação (a), não é possível que as partes renunciem ao seu exercício, ou seja, que o afastem completamente. Isso porque, tal como o dever de análise, o dever de comunicação não está à disposição da esfera jurídica das partes, sendo cominado ao Estado-Juiz. As partes, portanto, não têm legitimidade para negociar sobre ele, para afastá-lo.

Sobre isso, já lecionava Pontes de Miranda que

É de se prestar atenção que a audiência é efeito provável da chamada, da comunicação do que se passa, razão por que a revelia leva a se terem como verídicos os fatos alegados. O que importa é o *Audiatur et altera pars*, a *citatio respicit defentionem*. A presença não é elemento essencial: quem não comparece ou quem comparece e não contesta sofre os efeitos da comunicação que lhe foi feita. O que suscita as consequências é a *in ius vocatio*, e não a audiência; [...] O direito dos réus é o de serem ouvidos; por isso têm de ser citados, vocados ao juízo<sup>318</sup>.

Desse modo, não é admissível processo que subtraia, aos interessados, a ciência dos atos praticados. Isso porque, como afirmam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, “retirar do réu a oportunidade de defesa, deixando-o subordinado aos efeitos de uma decisão não mais passível de discussão (porque marcada pela coisa julgada) significa violação ao núcleo essencial do direito fundamental de defesa<sup>319</sup>”.

Vale ressaltar que, no que se reporta à parte demandada, ela precisa ser cientificada até mesmo para averiguar se o pedido e a causa de pedir deduzidos na petição inicial guardam

---

<sup>318</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.150.

<sup>319</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil. Volume 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.365, p.383.

correspondência com o que foi previsto no negócio jurídico firmado, ou se houve a inclusão de fatos ou fundamentos jurídicos estranhos ao que fora acordado.

Além disso, a comunicação também possibilita que a parte informe eventual modificação, distrato ou revogação do acordo processual invocado inadvertidamente pela parte adversa no processo. Isso porque, como salienta Pedro Henrique Nogueira, “enquanto a revogação não for levada ao conhecimento do juízo, materializando a recepção da manifestação de vontade revocatória, prevalece o negócio revogado<sup>320</sup>”.

Importante destacar que, nas hipóteses de indeferimento da petição inicial (CPC, art. 330), há dispensa de citação por não haver possibilidade de prejuízo à esfera jurídica do demandado. Mesmo assim, permanece o dever de comunicação à parte autora, por meio da intimação de seu advogado constituído nos autos, já que o autor também tem direito ao contraditório, na vertente direito de comunicação.

No caso de improcedência liminar do pedido (CPC, art. 332), para além de também haver o dever de comunicação ao autor, o Código de Processo Civil, apesar de dispensar a citação do demandado (art. 239), estabelece a necessidade de sua cientificação ao réu (art. 241<sup>321</sup>), daí porque pode-se concluir que, uma vez admitida a demanda, haverá sempre um dever geral de comunicação para ambas as partes.

De outro norte, não se deve confundir ciência com publicidade (art. 93, IX da CF/88 e arts. 8º, 11 e 189 do CPC/2015). É que a publicidade pode ser restringida nas hipóteses previstas na Constituição e na lei<sup>322</sup>, todavia essa restrição atingirá apenas terceiros (publicidade externa), permanecendo às partes e seus advogados o direito à ciência dos atos processuais (publicidade interna - art. 189, §1º do CPC/2015). Nesse cenário, como pontua Leonardo Carneiro da Cunha, a publicidade interna não pode ser restringida, sendo que “os

---

<sup>320</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p.287.

<sup>321</sup> Art. 241. Transitada em julgado a sentença de mérito proferida em favor do réu antes da citação, incumbe ao escrivão ou ao chefe de secretaria comunicar-lhe o resultado do julgamento.

<sup>322</sup> V.g. CF/88, Art. 5º, LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”; CPC/2015, Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público; CPC/2015, Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: I - em que o exija o interesse público ou social; II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes; III - em que constem dados protegidos pelo direito constitucional à intimidade; IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.



casos de segredo de justiça são causas de restrição da publicidade externa dos atos processuais<sup>323</sup>”.

Todavia, apesar de não ser possível afastar o direito à ciência, há margem para que as partes negociem sobre alguns aspectos do direito de informação, notadamente a forma como se cumprirá o dever de comunicação<sup>324</sup>. Isso é admissível porque o próprio Código de Processo Civil traz formas alternativas de intimações, as quais, inclusive, podem ser feitas pelos próprios advogados (art. 269, §1º), bem como há hipótese de dispensa de citação, quando se der o comparecimento espontâneo do demandado (art. 239, §1º).

Discorda-se, portanto, do entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 2281669-96.2019.8.26.0000<sup>325</sup>, que afastou negócio jurídico sobre o processo, firmado em contrato de locação, o qual previa a citação da parte demandada via correios, por meio de carta com aviso de recebimento sem necessidade de mão própria, sob o fundamento que a citação é ato pessoal e solene e, portanto, dependeria de ato o Oficial de Justiça.

Isso porque, as formas estabelecidas para a comunicação das partes são garantias conferidas a elas, para assegurar a efetividade da ciência para a prática de determinado ato processual. Desse modo, se as próprias partes declaram, por meio de um negócio jurídico processual, qual a forma mais eficiente para serem cientificadas, não há razão para afastá-la, com o propósito de prestigiar somente o meio previsto em lei.

Feitas as considerações acima, pode-se identificar o núcleo essencial do direito ao contraditório.

Nessa seara, deve-se destacar que a renúncia, assim como qualquer limitação a direito fundamental, deve respeitar o núcleo essencial desse direito, sendo este um “limite dos limites”. O conteúdo essencial, por sua vez, deve ser encarado como um fenômeno complexo, que envolve uma série de problemas inter-relacionados, tais como análise daquilo que é

---

<sup>323</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2ª ed. In CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2016, p.314.

<sup>324</sup> Possibilidade prevista expressamente no Enunciado nº 19 do FPPC: (art. 190) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: [...] previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC- RIO, no V FPPC-Vitória e no VI FPPC-Curitiba).

<sup>325</sup> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. CITAÇÃO NOS TERMOS ESTIPULADOS NO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL, EX VI ART. 190 CPC. INDEFERIMENTO. Citação é ato pessoal e solene, a ser realizada por meio de diligência do oficial de justiça. Prudência necessária, para torná-la válida e efetiva. Parágrafo único do art. 190 do CPC. Decisão mantida. AGRAVO IMPROVIDO. (Relator Des. Almeida Sampaio, 25ª Câmara de Direito Privado, julgado em 28/01/2021).

protegido pelas normas de direitos fundamentais e a relação entre o que é protegido e suas possíveis restrições<sup>326</sup>.

Dois são os núcleos essenciais do contraditório. Um primeiro, incondicional, mas que pode ser negociado em certos aspectos. E outro, condicional, mas que não pode ser negociado.

O primeiro, é o direito de informação/dever de comunicação (a ciência). Com feito, o dever de comunicação já surge com o protocolo da demanda, não dependendo de ato seguinte, por isso afirma-se que é incondicional. Feita a postulação, o Estado-Juiz tem o dever de dar a resposta, comunicando-a ao peticionante. Pode haver, todavia, negociação sobre aspectos formais relacionados à forma de cientificação. O limite dos limites, destarte, é a existência da comunicação, e não sua forma.

Para que o segundo núcleo essencial do contraditório seja cogitado, deverá haver um ato anterior (por isso é condicional), que é o exercício do ônus, mediante a apresentação de manifestação pela parte. Nesse caso, uma vez exercido o contraditório, impõem-se o direito de apreciação, com o correspondente dever de análise, sem possibilidade de restrições voluntárias pelas partes a seu respeito.

### **4.3. Regime Jurídico Aplicável ao Negócio Processual sobre o Contraditório**

Foi estabelecido, linhas acima, que é possível a negociação processual sobre o contraditório, desde que observados alguns limites, dentre os quais a necessidade de especificação do pedido e da causa de pedir a que o negócio estaria relacionado; a impossibilidade de renúncia ao contraditório durante todo o *inter* procedimental; a impossibilidade de negociação sobre o direito de apreciação/dever de análise; e a possibilidade de negociação parcial acerca do direito de informação/dever de comunicação, apenas no que diz respeito à forma de cientificação.

Resta, então, estabelecer quais as consequências, para o processo, de um negócio jurídico processual que disponha sobre o contraditório. Ou seja, qual o regime jurídico a ser adotado para o pacto, quando invocado pela parte interessada, especialmente o negócio jurídico sobre o processo que estabeleça a renúncia ao seu exercício.

---

<sup>326</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2014, p.183.

Sobre isso, salienta-se que o próprio negócio jurídico poderá prever quais serão os efeitos que a convenção gerará no respectivo processo, ou seja, como a omissão deverá ser encarada na relação processual. Isso porque, como salienta Pedro Henrique Nogueira ao comentar sobre os negócios que disponham acerca dos ônus, faculdades e deveres processuais:

O CPC/2015 conferiu disponibilidade às partes nesse aspecto, que podem dispor, conforme lhes seja conveniente, das situações processuais de vantagem que lhes favoreçam, assim como disciplinar como serão cumpridos os respectivos deveres e como serão suportados os seus ônus no processo<sup>327</sup>.

Deve-se ressaltar que as convenções das partes não precisam de homologação judicial para produzirem efeitos no processo, conforme se extrai do art. 200 do CPC/2015<sup>328</sup>, salvo se a lei expressamente exigir esse ato judicial (como se dá com a desistência do processo, regradada pelo parágrafo único do art. 200 do CPC/2015<sup>329</sup>), caso em que ele será elemento integrativo de eficácia do negócio. Nada impede, todavia, que as partes prevejam que o negócio jurídico terá sua eficácia subordinada à homologação pelo juiz<sup>330</sup>.

Sobre isso, destacam-se dois enunciados produzidos no âmbito do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis - FPPC:

Enunciado nº 133. (art. 190; art. 200, parágrafo único) Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial. (Grupo: Negócios Processuais).

Enunciado nº 260. (arts. 190 e 200) A homologação, pelo juiz, da convenção processual, quando prevista em lei, corresponde a uma condição de eficácia do negócio. (Grupo: Negócios Processuais).

Outro aspecto que merece ser destacado é que, no caso de negócio celebrado fora do processo, há necessidade de ele ser invocado pelas partes para que produza seus efeitos típicos. Como observa Trícia Navarro Xavier, “as convenções em tema de processo não podem ser conhecidas por iniciativa do juiz, precisando de provocação das partes. Porém, uma vez alegadas, devem produzir efeitos imediatos no processo<sup>331</sup>”.

<sup>327</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p.267.

<sup>328</sup> Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

<sup>329</sup> Art. 200, Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial

<sup>330</sup> CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais: teoria geral dos negócios jurídicos processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p.246.

<sup>331</sup> CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: CABRAL, Antônio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017.

Ressalte-se, por fim, que, conforme adverte Pedro Henrique Nogueira, se não houver vício invalidante, “tem o juiz o dever jurídico de abster-se de contrariar o que foi convencionado (CPC/2015, art. 139, V), além de tomar as medidas necessárias para implementar aquilo que foi objeto da convenção (CPC/2015, art.3º, §§2º e 3º)<sup>332</sup>”.

Nesse passo, em relação ao controle que deve ser exercido pelo magistrado, calha transcrever as observações de Rafael Sirangelo de Abreu:

Registre-se que o tão só fato de ser a convenção desfavorável a uma das partes em termos estratégicos, no processo judicial, não impõe, por si só, sua não-aplicação. O desequilíbrio que resulta de uma má escolha consciente acerca de uma estratégia processual não pode revelar para fins de desconsiderar-se a manifestação autônoma de vontade que deu origem ao negócio. A igualdade que se pretende tutelar é aquela no momento do conhecimento dos riscos inerentes ao negócio e da sua lavratura (mas não a igualdade após o insucesso da estratégia traçada). Isso significa que o controle dos negócios processuais deve levar em conta a plena capacidade das partes em exercitar o contraditório, mantendo-se como hígidas as manifestações de vontade que derivem de estratégias processuais (ainda que mal sucedidas) nas quais se permitiu a compreensão dos riscos. O tão só fato que tenha resultado em desequilíbrio entre sujeitos processuais em termos de desempenho futuro de suas posições processuais não significa que a manifestação de vontade seja inválida<sup>333</sup>.

Destaca-se que, quanto as diversas possibilidades de negociação processual tratadas nesta pesquisa (ampliação ou redução de prazos; limitação de laudas; formas diferenciadas de comunicação, etc), não se enxerga maiores entraves, vez que o magistrado, como dito, fica a elas vinculado, salvo se for o caso de efetivação do controle de validade, na forma do parágrafo único do art. 190 do CPC/2015.

O ponto sensível é o regime jurídico do negócio sobre o processo que veicula renúncia ao exercício do contraditório, quando as partes nada dispuserem a respeito. É sobre essa espécie que se passa a debruçar.

#### 4.3.1 Classificação das omissões processuais

Para explicitar a problemática deste último tópico da pesquisa, bem como trazer a solução que se reputa adequada, deve-se fazer algumas distinções de cunho teórico.

É que o tratamento dado pelo Código de Processo Civil para os casos de inatividade das partes não se adéqua à hipótese de inércia motivada por negócio jurídico processual. Isso

---

<sup>332</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p.269.

<sup>333</sup> ABREU, Rafael Sirangelo de. A Igualdade e os Negócios Processuais. In: CABRAL, Antônio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 298/299.

se dá porque o CPC/2015 partiu da premissa de que a omissão das partes seria essencialmente ato-fato jurídico, ou seja, inatividade em que a vontade é elemento irrelevante para a incidência normativa.

No caso de um negócio processual, contudo, a omissão na prática do ato decorrerá de vontade manifestada pela parte, que desejou renunciar expressamente ao seu ônus de exercício do contraditório. Nessa hipótese, há uma omissão processual de origem negocial (ou motivada por um negócio jurídico sobre o processo). Segundo as lições de Pedro Henrique Nogueira, “as partes podem celebrar um negócio jurídico processual e nele estipular que certas condutas omissivas especificadas serão como atos de aceitação ou aquiescência das partes<sup>334</sup>”

Assim, por exemplo, quando a parte deixa de alegar a incompetência relativa como preliminar da contestação, a competência é prorrogada. A omissão, nesse caso, é um negócio jurídico tácito ou implícito entre as partes. O mesmo se dá na renúncia tácita à convenção de arbitragem. Nessa linha de raciocínio, como alerta Leonardo Carneiro da Cunha:

Há, no processo, atos-fatos. A revelia é um ato-fato. É irrelevante saber se o réu quis ou não deixar de contestar. Não importa sua vontade. A ausência de recurso também é um ato-fato. Em geral, a contumácia, a inércia ou a omissão é um ato-fato processual<sup>335</sup>.

O mesmo autor acima, em outro estudo, aponta que:

Não é, entretanto, toda e qualquer omissão ou inércia que se caracteriza como ato-fato. Há omissões negociais [...]. Por aí já se percebe que há dois tipos de omissão no processo: (a) a omissão contumacial e (b) a omissão negocial. Aquela é ato-fato, este é um negócio jurídico<sup>336</sup>.

Nota-se, portanto, que não há como dar tratamento idêntico a fatos jurídicos que possuem diferentes elementos nucleares em seus suportes fáticos.

De outro norte, registre-se que há omissões no processo que ingressam no mundo jurídico como ilícito. É o caso do não comparecimento da parte quando devidamente intimada para que seja tomado seu depoimento pessoal, descumprindo, pois, um dever e tendo como

---

<sup>334</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p.300.

<sup>335</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. A contumácia das partes como ato-fato processual. In DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. **Pontes de Miranda e o Direito Processual**. Salvador: Juspodivm, 2013, p.638.

<sup>336</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos Processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antônio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2017, p.45.

sanção a confissão ficta (art. 385, §1º do CPC/2015<sup>337</sup>). Nesse caso, haverá um ilícito caducificante, pois não haverá oportunidade de prova sobre os fatos confessados.

De igual modo, existem hipóteses de omissões processuais caracterizadas como ilícitos indenizativos, como se dá no caso de não comparecimento à audiência de conciliação ou de mediação, nos termos do §8.º do art. 334 do CPC/2015, que gera o dever de pagar a multa correspondente. Da mesma maneira, o não pagamento do valor que está sendo executado em sede de cumprimento de sentença que reconheça obrigação de pagar quantia certa, apesar de o executado ter sido devidamente intimado (CPC/2015, art. 523).

Interessa à pesquisa, porém, apenas as omissões que se caracterizam como ato-fato, para fins de diferenciação com a omissão negocial, com vistas a evitar equívocos e distorções no momento de sua aplicação, atraindo-se regime jurídico incompatível com sua finalidade.

#### 4.3.2 O tratamento dado pelo CPC/2015 para as omissões processuais das partes e o enquadramento dos negócios jurídicos processuais sobre o contraditório

Como já se disse, o regime jurídico trazido pelo CPC/2015 para os casos em que há omissão das partes no tocante ao ônus da manifestação (ato-fato), não se compatibiliza com a hipótese em que esta omissão foi decorrente de vontade manifestada (negócio jurídico processual).

Existe, ainda, outros institutos processuais que se assemelham à renúncia ao ônus de manifestação das partes, que merecem ser estudados para fins de comparação na busca do regime ideal do negócio jurídico, como o reconhecimento jurídico do pedido e a confissão.

A importância, portanto, não é meramente teórica, possuindo consequências práticas relevantes.

Há, entre os artigos 341 (impugnação especificada dos fatos) e 344, 345, 348 e 349 (revelia), todos do CPC/2015, certo paralelismo entre os regimes jurídicos adotados, vez que, em ambos os casos, há previsão de presunção de veracidade dos fatos, bem como hipóteses em que a presunção não se aplicará. Isso se explica porque, em ambos os casos, estar-se diante de atos-fatos jurídicos, nos quais a vontade de não contestar ou de não impugnar é irrelevante no plano da existência do fato jurídico.

---

<sup>337</sup> Art. 385. Cabe à parte requerer o depoimento pessoal da outra parte, a fim de que esta seja interrogada na audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo do poder do juiz de ordená-lo de ofício. § 1º Se a parte, pessoalmente intimada para prestar depoimento pessoal e advertida da pena de confesso, não comparecer ou, comparecendo, se recusar a depor, o juiz aplicar-lhe-á a pena.

Acerca da similitude entre as consequências da revelia e da não impugnação especificada dos fatos, aduz Elie Pierre Eid:

Cumprir destacar, de início, que o não comparecimento do réu, por causar-lhe sérias consequências no âmbito processual, configura verdadeiro ônus processual, constituído na necessidade de oposição às alegações formuladas em petição inicial (art. 344, CPC/2015). Aliás, esse ônus não é propriamente ligado ao fato de o réu deixar de comparecer no processo, mas, sim, de não responder às alegações do autor, tanto que os mesmos efeitos sentidos pela sua inércia, incidem quando, presente, deixar de impugnar algum ponto de fato suscitado pelo demandante (art. 341, CPC/2015)<sup>338</sup>.

Nada impede, porém, que a presunção de veracidade dos fatos articulados pela parte contrária incida no caso de negócio jurídico processual, possibilitando, inclusive, o julgamento imediato do pedido (art. 355, II do CPC/2015), já que são situações análogas, apesar de não idênticas.

No entanto, há regras previstas para o caso da revelia que não podem incidir no caso do negócio jurídico processual, que são aquelas positivadas nos arts. 346, parágrafo único e 349 do CPC/2015, segundo as quais o revel poderá intervir no processo a qualquer tempo e, inclusive, requerer a produção de provas.

No caso do negócio jurídico, se a parte renunciante, mesmo não apresentando manifestação, requerer a produção de provas relacionadas ao pedido e causa de pedir sobre os quais houve convenção processual, praticará indiscutível comportamento processual contraditório (*venire contra factum proprium*), que atenta contra a boa-fé objetiva (CPC/2015, art. 5º).

Com efeito, como leciona Menezes Cordeiro, "a locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo exercente<sup>339</sup>". No caso, tem-se um comportamento anterior (negócio jurídico prevendo o não exercício do contraditório), gerando uma legítima expectativa de cumprimento pela outra parte; e um segundo comportamento (adoção de postura ativa durante o processo) que seria ilícito, em virtude da inobservância do dever de respeitar a conduta anterior.

Sobre isso, leciona Pedro Henrique Nogueira:

---

<sup>338</sup> EID, Elie Pierre. **Litisconsórcio unitário**: fundamentos, estrutura e regime. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 182/183.

<sup>339</sup> CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 742.

A vedação ao venire contra factum proprium, embora sua concepção tenha raízes no direito privado alemão, incorporada em seguida principalmente pela doutrina portuguesa, também se faz presente no processo e está diretamente ligada à preclusão lógica. O princípio da vedação ao comportamento contraditório no processo se insere no âmbito do princípio processual da boa-fé objetiva (art. 14, II, do CPC), que impõe aos sujeitos do processo atuar com lealdade, probidade, sem trair a confiança gerada nos outros sujeitos processuais em razão de seu comportamento anterior. A preclusão lógica, como extinção de um poder ou direito processual pela prática de uma conduta incompatível com o exercício desse poder ou direito, exemplifica a vedação ao comportamento contraditório no processo. Isso porque a conduta contraditória ostenta esse caráter justamente pela ocorrência da preclusão. Assim, v.g., a prática de conduta correspondente ao exercício do direito de recorrer é comportamento contraditório (e, portanto, vedado) em relação à aceitação da sentença (fato jurídico que gera a preclusão lógica)<sup>340-341</sup>.

Não obstante, entende-se que as partes podem prever no negócio jurídico, dentro do espaço reservado ao autorregramento das suas vontades, que a parte renunciante ao exercício do contraditório possa produzir provas no curso do processo, caso em que deverá ser aplicado o que foi por elas convencionado, afastando-se a preclusão.

Por outro lado, deve-se destacar que o negócio jurídico processual em análise não se confunde com o reconhecimento jurídico do pedido (art. 487, III do CPC/2015), pois neste o réu reconhece o direito do autor e não apenas um fato. É diferente, portanto, do negócio jurídico processual em que se renuncia ao direito de contradizer um pedido e causa de pedir (fatos e suas respectivas eficácias, portanto). Sobre isso, pontuam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero que:

O efeito do reconhecimento do pedido logicamente não é o de apenas reduzir a massa dos fatos controvertidos, mas na realidade o de dispensar o juiz de formar a convicção sobre as alegações de fato e os fundamentos de direito, isentando-o da necessidade de definir quem tem razão<sup>342</sup>.

Ressalta-se, por oportuno, que não se vê utilidade em um negócio jurídico processual contendo previsão antecipada de reconhecimento jurídico do pedido em demanda futura, posto que isto reduziria a atividade judicial a mera homologação de um pacto de direito material.

<sup>340</sup> NOGUEIRA, Pedro Henrique. Notas sobre a preclusão e venire contra factum proprium. **Revista de Processo**. Vol. 168, Fev/2009.

<sup>341</sup> Para aprofundamento sobre o tem, veja-se, dentre outros: TUNALA, Larissa Gaspar. **Comportamento Processual Contraditório**: proibição de venire contra factum proprium no direito processual civil brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2015.

<sup>342</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil. Volume 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.367.



De igual modo, também não é possível enquadrar o negócio jurídico processual que tem por objeto o ônus do exercício do contraditório com o regime previsto para a confissão, pois esta é ato jurídico *stricto sensu*, cujos efeitos estão todos previstos abstratamente na lei, não conferindo margem de escolha pelas partes. Já os negócios jurídicos processuais são caracterizados justamente pelo poder de disposição das partes no tocante aos efeitos, podendo elas, então, fixar o regime correspondente ao pacto. Sobre isso, já alertava Pontes de Miranda que “é erro confundir-se a não-contradição com a confissão, ou chamá-la ‘confissão implícita’, reconhecendo o fato constitutivo, o réu fica na posição de *reconhecimento*, que se distingue da posição de *confissão*”<sup>343</sup>.

Por fim, o negócio processual a que se alude trará efeitos no campo probatório.

Isso porque, incidirá a regra prevista no inciso III do artigo 374 do CPC/2015, considerando-se os fatos relacionados na causa de pedir contida na convenção das partes como incontrovertidos, autorizando-se o julgamento imediato do pedido, com base no inciso I do art. 355 do CPC/2015. Com efeito, “se o réu deixou de impugnar um fato ou alguns fatos e há presunção de verdade, cessou a controvérsia sobre o fato ou os fatos não-impugnados”<sup>344</sup>.

#### 4.3.3 Regime especial aplicável ao negócio jurídico que pré-exclui o contraditório

Da análise empreendida no tópico anterior resulta que, para a hipótese de negócio jurídico sobre o processo que exclua previamente a possibilidade de exercício do contraditório, ou mesmo, no que couber, aos negócios jurídicos processuais firmados durante a tramitação do processo, deverá ser observado regime jurídico especial, o qual pode ser fixado pelas próprias partes no instrumento negocial.

Todavia, nada dispendo as partes sobre a eficácia do negócio no processo, deverão ser observadas regras já positivas no CPC/2015, mas que sejam compatíveis com essa espécie de fato jurídico, conforme detalhado alhures, quais sejam:

- 1) Aplicação da presunção de veracidade dos fatos, tal qual na revelia e na hipótese de não atendimento do ônus da impugnação especificada dos fatos (CPC/2015, arts. 341 e 344);
- 2) Possibilidade de julgamento imediato do pedido (CPC/2015, art. 355, II);

---

<sup>343</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.157 (destaques no original).

<sup>344</sup> MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p.184.

3) Impossibilidade de adoção de postura ativa pela parte renunciante no decorrer do processo, incluindo o pedido para produção de provas relacionadas aos fatos objeto do negócio jurídico processual (CPC/2015, art. 5º); e

4) Caracterização do fato especificado no negócio jurídico processual como incontroverso, o que também autoriza o julgamento imediato do pedido (CPC, art. 355, I).

## CONCLUSÕES

Por meio desta pesquisa, pôde-se estabelecer algumas premissas e sugerir soluções acerca do intrincado tema relacionado a negociação processual sobre direitos fundamentais em geral, e sobre o direito ao contraditório, no particular.

É necessário que se abandone a ideia de que direitos fundamentais, pelo simples fato de sua qualificação, não podem ser objeto de negociação processual. Deve-se admitir, sem maiores preconceitos, a possibilidade de renúncia a direitos fundamentais. A renúncia é possível, o que não é permitido é que ela seja feita de forma geral, mas sim com observância de certos limites.

Assim, a tarefa que deve ser empreendida é a busca pelos limites da negociação dos direitos fundamentais processuais. Nesse desiderato, a Teoria do Fato Jurídico fornece um manancial de conceitos que podem ser articulados para se achar a solução adequada para o caso concreto.

Nesta pesquisa, pôde-se construir a norma do contraditório da seguinte forma: *Se* ajuizada demanda perante órgão jurisdicional (*F*); *então* as partes que sofrerão as consequências da decisão judicial deverão ser ouvidas (*P1*), garantindo-lhes a oportunidade de reação e poder de influência, com seus argumentos sendo levados em consideração na decisão (*P2*), observando-se, ainda, a paridade de armas (*P3*). Há, destarte, três preceitos básicos na norma do contraditório: o dever de informação com possibilidade de reação (*P1*), o poder de influência e vedação da decisão surpresa (*P2*), e a paridade de armas (*P3*).

Destacou-se, porém, que o contraditório, apesar da sua intuitiva ligação com o demandado, deve ser visto de forma despolarizada, já que pode ser exercido pelo autor, como nos casos de apresentação de réplica, contrarrazões e impugnação de documentos novos juntados aos autos.

Acerca da possibilidade de o contraditório ser objeto de negociação processual pelas partes, deve-se atentar que as disposições das partes podem ser para: i) reforçá-lo (o que não traz maiores problemas); ou ii) limitá-lo, enfraquecê-lo ou mesmo excluí-lo, hipóteses que demandam maior cuidado.

Nesse prisma, foi demonstrado que o exercício do contraditório é um ônus, sendo,

assim, uma opção a ser exercida ou não pela parte. Desse modo, fixou-se a premissa de que a convenção processual que tenha por objeto um direito fundamental se trata de renúncia, a qual seria, na verdade, uma forma de exercício voluntário deste atrelado ao direito de liberdade; bem como que o exercício do contraditório, por ser essencialmente um ônus, poderia ser objeto de negócio jurídico processual, sendo necessário, porém, traçar quais são os limites dessa negociação (renúncia), dentre os quais se incluem a necessidade de especificação do pedido e da causa de pedir a que o negócio estaria relacionado; e a impossibilidade de renúncia ao contraditório durante todo o *inter* procedimental.

Outro limite que deve ser observado é o direito de informação/dever de comunicação (a ciência), que não pode ser objeto de renúncia pelas partes, apesar de ser possível negociação sobre aspectos formais relacionados ao modo de cientificação.

Por outro lado, uma vez exercido o ônus, mediante a apresentação de manifestação pela parte, impõe-se o direito de apreciação, com o correspondente dever de análise pelo Estado-Juiz, sem possibilidade de restrições voluntárias pelas partes.

Por fim, estabeleceu-se que as partes podem dispor sobre o regime jurídico (consequências) do negócio jurídico para o processo. Todavia, nada dispondo as partes sobre a eficácia do negócio no processo, deverão ser observadas regras já positivas no CPC/2015, mas que sejam compatíveis com essa espécie de fato jurídico, conforme detalhado alhures, quais sejam: 1) Aplicação da presunção de veracidade dos fatos, tal qual na revelia e na hipótese de não atendimento do ônus da impugnação especificada dos fatos (CPC/2015, arts. 341 e 344); 2) Possibilidade de julgamento imediato do pedido (CPC/2015, art. 355, II); 3) Impossibilidade de adoção de postura ativa no decorrer do processo, incluindo o pedido para produção de provas relacionadas aos fatos objeto do negócio jurídico processual (CPC/2015, art. 5º); e 4) Caracterização do fato especificado no negócio jurídico processual como incontroverso, autorizando, igualmente, o julgamento imediato do pedido (CPC, art. 355, I).

## REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael Sirangelo de. A Igualdade e os Negócios Processuais. In: CABRAL, Antônio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017.

ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalismo Discursivo**. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ATAÍDE JÚNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. In: CABRAL, Antônio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

AUBERT, Eduardo Henirk. **A impugnação especificada dos fatos no processo civil: retórica, história, dogmática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Correlação entre o pedido e a sentença. **Revista de Processo**. São Paulo, v.87, p.207-214, abr/jun. 1993.

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

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à Constituição do Brasil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. São Paulo: Malheiros, 1998.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 2. ed. Bauru: Edipro, 2003.

BOMFIM, Daniela. A causa de pedir à luz da teoria do fato jurídico. In DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. **Pontes de Miranda e o Direito Processual**. Salvador: Juspodivm, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Malheiro, 2018.

BORGES, José Souto Maior. **O Contraditório no Processo Judicial**. São Paulo: Malheiros, 2013.

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma Teoria do Fato Jurídico Processual: Plano de Existência. In: **Revista de Processo**. nº 148, São Paulo: RT, Jun/2007.

\_\_\_\_\_. **Norma de Processo e Norma de Procedimento**: o problema da repartição de competência legislativa no Direito Constitucional brasileiro. Salvador: Juspodivm, 2015.

BRAGHITTONI, Rogério Ives. **O Princípio do Contraditório no Processo**: Doutrina e Prática. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais**: teoria geral dos negócios jurídicos processuais. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

\_\_\_\_\_. Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre a repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 32, n.149, jul/2007.

\_\_\_\_\_. Coisa Julgada. **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. In WAMBIER, Teresa Arruda et al (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. O poder de autorregramento da vontade no contexto da mediação e da conciliação. In: MARCATO, Ana et al. **Negócios Processuais**. v.1. Salvador: Juspodivm, 2017.

\_\_\_\_\_. Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: CABRAL, Antônio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2017.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001.

COSTA, Judith-Martins. As Cláusulas Gerais como Fatores de Mobilidade do Sistema Jurídico. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, ano 28, n.112, out/dez.1991.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **A Atendibilidade dos Fatos Supervenientes no Processo Civil**. Coimbra: Almedina, 2012.

\_\_\_\_\_. Negócios Jurídicos Processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antônio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

\_\_\_\_\_. A contumácia das partes como ato-fato processual. In DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. **Pontes de Miranda e o Direito Processual**. Salvador: Juspodivm, 2013.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2ª ed. In CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha. **A Natureza Material dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: < <https://www.brasiljuridico.com.br/artigos/a-natureza-material-dos-direitos-fundamentais.-por-dirley-da-cunha-junior>>. Acesso em 10 maio 2021.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Teoria Geral do Processo**: jurisdição, ação (defesa) e processo. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

DIDIER JR., Fredie. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

\_\_\_\_\_. Cláusulas Gerais Processuais. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 187, set/2010.

\_\_\_\_\_. Princípio da Cooperação. In: DIDIER Jr., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). **Normas Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

\_\_\_\_\_. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antônio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

\_\_\_\_\_. **Ensaio sobre os Negócios Jurídicos Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2018.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Processual Civil**. V.1. Salvador: Juspodivm, 2020.

\_\_\_\_\_. O direito de ação como um complexo de situações jurídicas. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 210, ago/2012.

DIDIER JR. Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel; BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria Geral do Processo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Apontamentos sobre a Teoria do fato Jurídico. In: BESERRA, Karoline Mafra Sarmento; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos; SILVA, Jéssica Aline Caparica da (Org.). **Estudos sobre a Teoria do Fato Jurídico na contemporaneidade: Homenagem a Marcos Bernardes de Mello**. Aracaju: Edunit, 2016.

EID, Elie Pierre. **Litisconsórcio unitário: fundamentos, estrutura e regime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios Processuais no Modelo Constitucional de Processo**. Juspodivm, 2016.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. São Paulo: Bookseller, 2006.

GODINHO, Robson Renault. Anotações sobre a noção de ônus da prova em Pontes de Miranda. In DIDIER JR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. **Pontes de Miranda e o Direito Processual**. Salvador: Juspodivm, 2013.

GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. **Contraditório e Ampla Defesa**. Curitiba: Juruá, 2012.

GRECO, Leonardo. **Instituição de Processo Civil**. Volume 2. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução de Luíz Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

KRELL, Andreas J. A relevância da teoria do fato jurídico no âmbito do moderno direito constitucional e administrativo. In: DIDIER JR., Fredie; EHRHARDT JR., Marcos (Org.). **Revisitando a Teoria do fato Jurídico**: Homenagem a Marcos Bernardes de Mello. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 5ª ed. Volume V. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2ª ed. Volume I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil. Volume 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade**. São Paulo: Saraiva, 14. ed., 2015.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. Breves Anotações sobre a Teoria do fato Jurídico no Âmbito do Direito Processual. In: **Pontes de Miranda e o Processo**. DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique; GOUVEIA FILHO, Roberto. Salvador: Juspodivm, 2021

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Privado**. Tomo III. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Privado**. Tomo V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Privado**. Tomo VI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

\_\_\_\_\_. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. I, de 1969**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo IV. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.



\_\_\_\_\_. **Tratado das Ações**. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: RT, 2019.

NERY JR., Nelson Nery. **Princípios do Processo Civil na Constituição**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

\_\_\_\_\_. Situações Jurídicas Processuais. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Teoria do Processo: panorama mundial**. Volume 2. Salvador: Juspodivm, 2010.

\_\_\_\_\_. Notas sobre a preclusão e venire contra factum proprium. **Revista de Processo**. Vol. 168, Fev/2009.

NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a direitos fundamentais. In MIRANDA, Jorge (Org). **Perspectivas constitucionais. Nos 20 anos da Constituição de 1976**. Coimbra: Coimbra Ed., 1996.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2012.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio Quinaud. **Teoria Geral do Processo**. Salvador: Juspodivm, 2020.

NUNES, Dierle et al. Contraditório como Garantia de Influência e Não Surpresa no CPC-2015. In: DIDIER Jr., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). **Normas Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA, Paulo Mendes de. Negócios Processuais e o Duplo Grau de Jurisdição. In: CABRAL, Antônio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

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

\_\_\_\_\_. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Volume III. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEIXOTO, Ravi. Os caminhos e descaminhos do princípio do contraditório: a evolução histórica e a situação atual. **Revista de Processo**. Vol. 294, Ago/2019.

PINTO, Júnior Alexandre Moreira. **A causa petendi e o contraditório**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RAATZ, Igor. **Autonomia Privada e Processo Civil**. Salvador: Juspodivm, 2017.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19<sup>a</sup>.ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

REDONDO, Bruno Garcia. **Negócios Jurídicos Processuais Atípicos**. Salvador: Juspodivm, 2020.

\_\_\_\_\_. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/73 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: CABRAL, Antônio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 13. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009.

SARMENTO, George. Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais. In **Revista do Mestrado da Universidade Federal de Alagoas**. Ano I, Maceió: Nossa Livraria, jan/dez 2005.

SILVA, Beclaute Oliveira. O autor pede...o réu também! Ou da improcedência como procedência. **Revista ANNEP de Direito Processual**. Vol. 1, nº 01. Jan/jun 2020.

SILVA, Beclaute Oliveira; ROBERTO, Welton. O Contraditório e suas Feições no Novo CPC. In: DIDIER Jr., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (Coord.). **Normas Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2017.

\_\_\_\_\_. **A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2008.

TEMER, Sofia. **Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação**. Salvador: Juspodivm, 2020.

THEODORO JR., Humberto et al. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não surpresa e de aproveitamento da atividade processual. **Revista de Processo**. Vol. 168, Fev/2009.

VILANOVA, Lourival. **Causalidade e Relação no Direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. A teoria do direito em Pontes de Miranda. **Revista do Instituto dos Advogados de Pernambuco**, Recife: IAP, 1995.

YARSHEL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antônio; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodivm, 2017.