



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GABRIEL DIOGO DE SAMPAIO

**CONVENÇÕES PROCESSUAIS ATÍPICAS: EFICÁCIA HORIZONTAL DOS
DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITAÇÃO À AUTONOMIA DA VONTADE**

FORTALEZA

2018

GABRIEL DIOGO DE SAMPAIO

CONVENÇÕES PROCESSUAIS ATÍPICAS: EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS COMO LIMITAÇÃO À AUTONOMIA DA VONTADE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito da Universidade Federal
do Ceará, como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora. Dra. Janaína Soares
Noleto Castelo Branco.

FORTALEZA

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

- S183c Sampaio, Gabriel Diogo de.
CONVENÇÕES PROCESSUAIS ATÍPICAS : EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS COMO LIMITAÇÃO À AUTONOMIA DA VONTADE / Gabriel Diogo de Sampaio. –
2018.
67 f.
- Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito,
Curso de Direito, Fortaleza, 2018.
Orientação: Profa. Dra. JANAÍNA SOARES NOLETO CASTELO BRANCO.
1. Convenções Processuais. 2. Direitos Fundamentais. 3. Limitação da vontade. 4. Eficácia Horizontal. I.
Título.

CDD 340

GABRIEL DIOGO DE SAMPAIO

CONVENÇÕES PROCESSUAIS ATÍPICAS: EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS COMO LIMITAÇÃO À AUTONOMIA DA VONTADE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito da Universidade Federal
do Ceará, como requisito parcial à obtenção do
título de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Janaína Soares Noletto Castelo Branco (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profa. Ma. Brena Késsia Simplicio do Bomfim
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestranda Lara Dourado Mapurunga Pereira
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus.

À minha mãe Maria Aila Diogo de Siqueira.

AGRADECIMENTOS

À minha mãe com o laço inafastável do coração, Maria Aila Diogo de Siqueira, que, durante 23 anos, foi o maior símbolo de amor e dedicação. Apesar de, juridicamente, ser neto, laço mais estreito não poderia existir. Cuidamos um do outro em momentos diversos da vida. Quando criança, ela estava lá sempre atenta e com um carinho sem igual. Com o passar dos anos, os papéis se inverteram à medida que sua memória se esvaia. Sei que sempre me guiará em todos os caminhos tortuosos da vida e será minha eterna “bebezinha”.

À Profa. Dra. Janaína Soares Noleto Castelo Branco, orientadora ímpar, grande responsável pelo meu contato com o direito processual, além de ser um exemplo de dedicação ao serviço público e ao magistério.

À Profa. Ma. Brena Késsia Simplicio do Bomfim, que gentilmente aceitou o convite de participar da banca e também teve grande contribuição para a minha formação por meio das aulas de Processo Civil IV.

À Lara Dourado Mapurunga Pereira, que, ao aceitar o convite para compor a banca, me deixou muito lisonjeado.

Aos amigos da vida toda, Alan e Jaime, verdadeiros irmãos que sempre estiveram por perto.

Aos amigos Henrique e Luan, pelo companheirismo durante todo o curso.

Aos amigos Omar Alrai e Luiz Leite, por toda a ajuda e incentivo.

A todos aqueles que conviveram comigo no Ministério Público do Estado do Ceará, em especial o Dr. Ythalo Frota Loureiro, orientador durante 2 anos e amigo que possui a minha elevada estima, e a amiga Karen Cavalcante Colares por todos os conselhos e conversas.

À Bruna Gabrielle, pelo incentivo e boa companhia em grande parte do curso.

Às amigas Amanda Amy e Rebecca Lobo, por serem motivo de alegria e boa amizade

Aos funcionários da Xerox, Marcelo, Caio e Moisés (Xuxu), pela ajuda e pelos momentos de descontração.

Às professoras e aos professores da Faculdade de Direito.

A todos os demais amigos da graduação, por deixarem o caminho mais divertido e menos estressante.

“A virtude moral é um meio-termo entre dois vícios, um dos quais envolve excesso e o outro, deficiência, e isso porque a sua natureza é visar à mediania nas paixões e nos atos.”

(Aristóteles)

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo analisar a sistemática das Convenções Processuais Atípicas, expressamente admitidas a partir do Novo Código de Processo Civil, que trouxe uma cláusula geral de convencionalidade, sob a ótica do respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais. Verifica-se que há a elevação da importância da vontade das partes, erigindo-se o princípio do respeito ao autorregramento da vontade como importante parâmetro a ser seguido, principalmente pelo Estado-juiz. Contudo, as convenções processuais de um modo geral não escapam a limites e, mormente as atípicas, por não encontrarem delineamentos legais, precisam balizar-se pelos direitos fundamentais. Isso é possível a partir do entendimento de que existe uma eficácia horizontal, ou seja, que os direitos fundamentais aplicam-se à relação cidadão/cidadão. Nesse diapasão, os aspectos gerais e as particularidades das convenções processuais e dos direitos fundamentais serão vistos, respectivamente, nos capítulos 2 e 3. Por fim, o último capítulo traz a inter-relação entre os temas anteriormente vistos, com ênfase na preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Assim, pautada na análise crítica da bibliografia especializada, a pesquisa se ateve à conciliação de ideias precipuamente contrapostas, de modo a compatibilizar a liberdade negocial com os direitos essenciais aplicáveis ao processo por meio do critério da proporcionalidade.

Palavras-chave: Convenções Processuais. Direitos Fundamentais. Limitação da vontade. Eficácia Horizontal.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the systematics of the Atypical Procedural Conventions, expressly admitted from the New Code of Civil Procedure, which brought a general convention clause, from the point of view of respect for the essential core of fundamental rights. It is verified that there is an increase in the importance of the will of the parties, establishing the principle of respect for the self-will of the will as an important parameter to be followed, mainly by the State-judge. However, procedural conventions generally do not escape the limits and, especially atypical ones, because they do not find legal delineations, they must be based on fundamental rights. This is possible from the understanding that there is a horizontal effectiveness, that is, that the fundamental rights apply to the relation citizen/citizen. Thus, based on the critical analysis of the specialized bibliography, the research was based on the conciliation of ideas that were confrontational, in order to reconcile negotiation freedom with the essential rights applicable to the process through the criterion of proportionality.

Keywords: Related searches. Fundamental rights. Limitation of the will. Horizontal Effect

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
ENFAM	Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Cíveis
NCPC	Novo Código de Processo Civil

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	14
2	SISTEMÁTICA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS	16
2.1	Conceito	16
2.2	Convenção ou negócio: uma questão terminológica?.....	18
2.3	Elementos caracterizadores	20
2.3.1	Capacidade das partes	20
2.3.1.2	Capacidade de estar em juízo.....	20
2.3.1.3	Capacidade de ser parte.....	21
2.3.1.4	Capacidade Postulatória.....	22
2.3.2	Direitos que admitam autocomposição	23
2.4	Negócios processuais no CPC/73 x CPC/2015	24
2.5	Classificação	26
2.5.1	Convenções prévias e incidentais	26
2.5.1.1	Convenções prévias.....	26
2.5.1.2	Convenções Incidentais.....	28
2.5.2	Convenções Típicas	28
2.5.2.1	Convenção de saneamento.....	29
2.5.2.2	Escolha do perito.....	29
2.5.2.3	Calendário Processual.....	30
2.5.2.4	Redução dos prazos peremptórios.....	31
2.5.3	Convenções Atípicas	32
2.6	Aplicação a outros diplomas normativos	33
2.6.1	Convenções processuais e direito do trabalho	33
2.6.2	Convenções processuais e Processo Penal	34
2.6.2.1	Composição dos danos civis.....	34
2.6.2.2	Transação penal.....	35
2.6.2.3	Suspensão condicional do processo.....	35

2.7	Natureza jurídica: material, processal ou híbrida?.....	36
3	DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	37
3.1	Conceito.....	37
3.2	Extensão dos direitos fundamentais.....	39
3.2.1	Teoria restritiva.....	39
3.2.2	Teoria ampliativa.....	40
3.3	Direitos fundamentais x Direitos do homem x Direitos humanos.....	41
3.4	Dimensões dos direitos fundamentais.....	43
3.4.1	Primeira dimensão.....	44
3.4.2	Segunda dimensão.....	44
3.4.3	Terceira dimensão.....	45
3.4.4	Outras dimensões.....	45
3.5	Direitos processuais fundamentais.....	46
3.5.1	Acesso à justiça.....	46
3.5.2	Contraditório e Ampla defesa.....	47
3.5.3	Vedação de provas ilícitas.....	49
3.5.4	Motivação das decisões.....	49
4	CONVENÇÕES PROCESSUAIS ATÍPICAS: EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITAÇÃO À AUTONOMIA DA VONTADE.....	50
4.1	Eficácia vertical.....	50
4.2	Eficácia horizontal.....	51
4.2.1	Recurso Extraordinário 208.819-8/RJ.....	53
4.2.2	Constitucionalização do direito processual.....	55
4.3	Convenções atípicas e o autorregramento da vontade sob a ótica dos direitos fundamentais.....	56
4.3.1	Cláusula geral de atipicidade e direitos fundamentais.....	56
4.3.2	Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no NCPC?.....	58
4.3.3	Restrição aos direitos fundamentais no processo.....	59
4.3.4	O papel do magistrado.....	61
4.3.5	Sopesamento de valores e preservação do núcleo essencial dos direitos	62

	fundamentais nas convenções atípicas.....	
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	65
	REFERÊNCIAS.....	66

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) entrou em vigor com a pretensão de alterar sobremaneira a seara processual, a fim de trazer melhorias e resolver celeumas existentes à época do Código revogado. Contudo, uma nova codificação dessa monta, para além de buscar atualizar a sistemática processual, gera inquietações tanto na doutrina, como na jurisprudência, mormente porque modifica institutos já conhecidos e revela outros, até então inéditos, no ordenamento jurídico pátrio.

Partindo dessa premissa, dentre tantas possibilidades advindas com o novel Código, sobressaiu a sistemática que privilegia a vontade das partes e dá uma nova roupagem às Convenções Processuais.

Admite-se, expressamente, a existência de Convenções Processuais Atípicas, embasadas em uma cláusula geral de convencionalidade, que desafiará não só a criatividade das partes, mas também o estudo daqueles que se debruçam sobre o tema.

Tamanha liberdade deve se contrapor a alguma limitação e, nessa seara, o CPC/15 tratou de estabelecer limites, ainda que sejam insuficientes.

Por isso, ante a patente necessidade de oferecer limites consistentes à autonomia da vontade das partes, os direitos fundamentais, por meio de sua eficácia horizontal, foram escolhidos como parâmetros inafastáveis à validade dos negócios jurídicos processuais.

Dessa forma, concretiza-se a irradiação dos preceitos Constitucionais, conforme expressa disposição do art. 1º do CPC, capaz de vincular os particulares nas relações entre si e nas relações com o Estado-juiz.

O estudo, então, foi dividido em três capítulos, de forma a abarcar questões gerais e específicas acerca das convenções processuais, dos direitos fundamentais e da interseção entre os dois temas.

O primeiro capítulo cumpre o papel de nortear o leitor a respeito da nova sistemática dos negócios jurídicos processuais, também denominados de convenções processuais, principalmente porque se discorre a respeito das terminologias existentes, bem como das classificações e das características.

No segundo capítulo, foram expostas as peculiaridades dos direitos fundamentais, especialmente em relação ao seu conceito, características e aplicabilidades no direito processual civil, com a devida atenção às suas diversas dimensões sob a ótica da doutrina mais abalizada no assunto.

Por fim, no terceiro capítulo, após as relevantes considerações para um panorama acerca das convenções processuais e dos direitos fundamentais, realizou-se a análise específica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais como limitação à autonomia da vontade das partes de firmarem acordos processuais atípicos e seu efeito para a preservação de direitos basilares, como o acesso à justiça, o contraditório, a ampla defesa e a motivação das decisões judiciais etc.

Quanto à metodologia adotada, consistiu, em síntese, na análise detida e crítica da doutrina, principalmente dos autores que possuem livros específicos sobre os temas abordados, e da legislação pátria. Além de serem utilizados entendimentos firmados em encontros de processualistas, a exemplo do FPPC, como parâmetro de interpretação às novidades que o Código disponibiliza.

2 SISTEMÁTICA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Os negócios jurídicos processuais assomam-se como um dos grandes e relevantes temas do NCPC. Ao lado, por exemplo, das tutelas provisórias, das causas repetitivas e dos honorários advocatícios, as convenções processuais sofreram alterações profundas, aptas a desafiar a doutrina, os estudantes, bem como a jurisprudência.

Nesse contexto, para melhor entendimento sobre a matéria, faz-se necessário tecer considerações dirigidas de um âmbito geral para um particular, de modo que sejam analisados não só conceitos e características, mas também as classificações e repercussões na seara processual.

2.1 Conceito

Conceituar ou definir algo, apesar de parecer comum e, até mesmo, recomendável, metodologicamente, para se entender determinado assunto, pode gerar confusões e equívocos. Nem mesmo o conceito do termo “justiça”, alvo de teorias advindas desde os tempos aristotélicos¹ e que perduram até a atualidade², conseguiu um respaldo de coerência e uniformidade.

Nessa toada, alcançar um conceito satisfatório para os negócios jurídicos processuais reclama a necessidade de se analisar o que, de fato, já existe. Assim, em um primeiro momento, faz-se necessário aglutinar o que há de similitudes nas definições dos principais expoentes doutrinários da matéria.

Diogo Almeida, ao adotar a terminologia “convenções processuais”, define-as como pactos, acordos ou negócios jurídicos que visem à disposição de direitos processuais ou a adequação procedimental às peculiaridades do caso concreto³

Por outro lado, Cabral conceitua convenção como o negócio jurídico plurilateral pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade de intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento com vistas às particularidades da demanda⁴.

Depreende-se, precipuamente, dessas duas conceituações, a semelhança no que se atine a considerar a convenção processual um instituto apto a alterar situações processuais ou

1 Aristóteles, em seu livro *Ética a Nicômaco*, atrela o conceito de justiça à proporcionalidade.

2 Nesse sentido, destaca-se, a recente teoria da justiça de John Rawls, entabulada, na década de 1970, na Universidade de Harvard. (RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

3 ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **Das Convenções Processuais no Processo Civil**. Tese (Tese em Direito) – UERJ. Rio de Janeiro, p.13, 2014.

4 CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodvim, p. 74, 2018

alterar o curso do procedimento.

Assim, não se contesta a consequência da avença entre as partes poder possibilitar uma nova roupagem ao processo, que passa a seguir os ditames das partes, sem, contudo, se afastar dos mandamentos legais.

A outro passo, verifica-se a grande distorção, na análise dos dois conceitos, principalmente quanto ao nível de detalhamento. O primeiro autor se refere, de forma objetiva e sem dilações, pecando pela falta. Já o segundo se estende e busca dar uma definição ampla, sem, entretanto, a nosso ver, alcançar uma acepção satisfatória.

Isso ocorre porque Cabral considera despicienda a inclusão da limitação ao conceito de convenção processual, aduzindo que a limitação já é ínsita à autonomia das partes⁵.

Em que pese a respeitável opinião do autor, nos posicionamos em sentido contrário, justamente no ponto que considera desnecessária a presença da limitação no conceito sufragado, mormente por duas razões: A primeira pelo fato de a limitação não ser somente de ordem legal, mas também de ordem constitucional, a exemplo dos direitos fundamentais, ensejando a referência uma reafirmação dos valores hierarquicamente superiores; A segunda razão se dá por ordem prática, já que aquilo que é explicitado deixa menos margens a ilações, como ocorre, por exemplo, com o art. 1º do CPC/2015⁶

Com efeito, não basta apontar determinada incompletude e manter-se inerte. O conceito ideal, para fins desta pesquisa, muito se aproxima daquele formulado por Cabral, contudo inclui os direitos fundamentais como limites claros ao autorregramento da vontade.

Por isso, adota-se neste trabalho a seguinte conceituação de convenção processual: Acordo em que se exige, no mínimo, duas vontades, em polos diferentes, capazes de flexibilizar o direito material perante o processo ou o procedimento, de forma a atender às nuances das partes em consonância com os direitos fundamentais.

Partindo-se, então, dessa conceituação, extraem-se os seguintes elementos: a) Conjunção de, no mínimo, duas vontades; b) flexibilização do processo ou do procedimento e c) limitação pela aplicação dos direitos fundamentais às relações entre as partes.

O primeiro elemento demonstra que a convenção processual necessita de uma soma de esforços, de tal maneira que a exclusiva vontade de somente uma das partes não consegue lograr êxito em perfectibilizar o acordo. Como exemplos de atos que dependem somente de uma vontade, destacam-se, dentre outras, as hipóteses de reconhecimento da

5 CABRAL, op.cit., p.73

6 O processo civil será ordenado, disciplinando e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

procedência do pedido⁷, desistência da execução⁸ e desistência do recurso⁹.

O segundo elemento traz a tônica de um modelo construído de forma cooperativa, com a participação das partes e do Estado-juiz, de modo a adequar os direitos processuais ou o procedimento às peculiaridades do caso concreto¹⁰.

Por fim, quanto ao terceiro fator destacado em nosso conceito, frisa-se a coexistência dos direitos fundamentais, não só na relação entre Estado¹¹ e particular, mas entre os próprios particulares.¹²

2.2 Convenção ou negócio: uma questão terminológica?

Ao se apegar à terminologia, Trícia Navarro Xavier Cabral¹³, aduz que o termo “convenção” seria o mais adequado:

Primeiro porque “convenções” é a terminologia utilizada pelo Código de Processo Civil atual e também pelo projetado. Segundo para diferenciar o instituto dos “negócios jurídicos” do Código Civil, já que este também usa a expressão quando há só uma manifestação de vontade

Desse modo, a autora parte da premissa de que é necessário individualizar o instituto presente no CPC/15, iniciando pela nomenclatura, de modo a afastar-se dos conceitos do direito privado, em que negócio jurídico é visado de forma diferente¹⁴.

Por outro lado, Diogo Almeida alça, sem distinção, acordo e negócio como equivalentes ao termo convenção¹⁵.

7 Art. 487, III, a, do CPC/15

8 Art. 775 do CPC/15

9 Art. 999 do CPC/15

10 Salienta-se, por oportuno, que flexibilizar não é o mesmo que pactuar de forma arbitrária, sem respeito aos ditames legais e aos ditames constitucionais. Desse modo, os padrões, mormente os estabelecidos no art. 190 do CPC/2015, devem ser respeitados, sendo aplicáveis alterações convencionais àqueles direitos ditos disponíveis, ou seja, que não encontrem barreira legal ou constitucional para sua reformulação.

11 Nesse sentido, preceitua Daniel Sarmento, ao discorrer que a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas é indispensável no contexto de uma sociedade desigual. (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004)

12 O aprofundamento no tocante à aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares, bem como o entendimento do que sejam direitos fundamentais, serão abordados nos capítulos 3 e 4 desta pesquisa

13 CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodvim, 2015, p. 225.

14 Tartuce define negócio jurídico como sendo “toda a ação humana, de autonomia privada, com a qual os particulares regulam por si os próprios interesses, havendo uma composição de vontades, cujo conteúdo deve ser lícito (TARTUCE, Flávio Manual de direito civil. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017, p. 306. Em sentido semelhante, Stolze e Pamplona Filho discorrem que negócio jurídico é “ a declaração de vontade, emitida em obediência aos seus pressupostos de existência, validade e eficácia, com o propósito de produzir efeitos admitidos pelo ordenamento jurídico pretendidos pelo agente. (GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de direito civil; volume único. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 133).

15 CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodvim, 2015, p. 245.

Já Cabral aduz que a utilização indistinta dos diversos termos levaria a uma imprecisão terminológica¹⁶. Por isso, destaca a diferenciação da “convenção” para com outros, bem conhecidos do direito privado, como “contrato” e “cláusulas”.

Nesse viés, o conceito de contrato não seria o mais adequado em razão de haver estreita relação com aspectos eminentemente patrimoniais do direito obrigacional.

Tanto é assim, que as definições encontradas na doutrina do direito civil relacionam o contrato como um instrumento à disposição das partes, a fim de que estabeleçam relações obrigacionais, sendo o aspecto patrimonial o denominador comum entre obrigações assumidas e contratos pactuados¹⁷

Nessa toada, “cláusula” carece de propriedade, uma vez que, tanto pode se referir a um negócio jurídico completo, como pode estar ligada a apenas uma parcela desse negócio¹⁸. Ressalta-se que, além disso, cláusula é um termo comumente ligado aos contratos e que transparece uma incompletude que não encontra consonância com os objetivos desta pesquisa.

Assim, seguindo a premissa já exposta de que é necessária a existência de, no mínimo, duas vontades para a formação do negócio jurídico e sob a perspectiva de diferenciá-lo do instituto do Direito Civil, encampamos o entendimento de Cabral ao igualar, terminologicamente, negócio jurídico bi ou plurilateral e convenções ou acordos processuais¹⁹.

Dessa forma, a preferência por opções diversas, mas que guardam a mesma semântica, visa também a evitar repetições maçantes de somente um termo ao longo de todo o trabalho.

Por isso, “negócio jurídico bilateral ou plurilateral”, “convenção” e “acordo” serão utilizados como sinônimos.

2.3 Elementos caracterizadores

Após a análise detida acerca do conceito de negócio jurídico processual e de sua

16 CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodvim, p. 55, 2018

17 Nesse sentido, Pablo Stolze define contrato como “um negócio jurídico por meio do qual as partes declarantes, limitadas pelos princípios da função social e da boa-fé objetiva, autodisciplinam os efeitos patrimoniais que pretendem atingir, segundo a autonomia das suas próprias vontades.(GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de direito civil; volume único. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 385). Ao passo que define direito obrigacional como o “conjunto de normas (regras e princípios jurídicos) reguladoras das relações patrimoniais entre um credor (sujeito ativo) e um devedor (sujeito passivo) a quem incumbe o dever de cumprir, espontânea ou coativamente, uma prestação de dar, fazer ou não fazer” (GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de direito civil; volume único. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 205)

18 CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodvim, p. 62, 2018.

19 “Nosso foco será o negócio jurídico-processual bi – ou plurilateral, isto é, as convenções ou acordos processuais” (CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodvim, p. 41, 2018)

melhor terminologia, mormente em respeito e coerência ao âmbito da presente pesquisa, mostra-se de fundamental importância entender o que é necessário para que haja a exteriorização prática de uma convenção processual.

Em razão disso, e sem a pretensão de esgotar os diversos elementos caracterizadores elaborados pela doutrina, priorizou-se os considerados mais importantes, para fins desta pesquisa, a serem delineados a seguir.

2.3.1 Capacidade das partes

O art. 190 do CPC/2015²⁰, além de trazer uma cláusula geral de negócios jurídicos processuais²¹, deixa clara a presença de alguns elementos ou requisitos para a perfectibilização do acordo processual.

Nessa esteira, exige-se que as partes sejam plenamente capazes²². Contudo, em que pese a pretensa clareza do dispositivo legal, exige-se, para chegar ao seu conteúdo, uma reflexão mais aprofundada, levando-se em consideração o ordenamento jurídico como um todo, em uma verdadeira interpretação sistemática.

2.3.1.2 Capacidade de estar em juízo

A partir do art. 3º do Código Civil, é possível ter uma noção de plena capacidade, mais especificamente, a capacidade de estar em juízo, já que o dispositivo aduz, em seu caput, que são absolutamente incapazes os menores de 16 anos.

Entretanto, faz-se necessário realizar uma leitura em consonância com o art. 4º do mesmo diploma normativo, uma vez que trata daqueles considerados relativamente incapazes²³.

Em síntese, portanto, e a *contrario sensu*, o ordenamento jurídico pátrio considera plenamente capaz, para todos os atos da vida civil, aqueles que não estejam nas condições previstas nos arts. 3º e 4º do CC.

Ressalta-se, ainda, que esse panorama é recente, tendo em vista que, em 2015,

20 Art. 190 CPC/2015 [...] é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo [...]

21 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. 3.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodvim, p. 331, 2018.

22 Didier afirma que o art. 190 não esclarece a que capacidade se refere. (DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 389)

23 Art. 4º do Código Civil: São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I-os maiores de dezesseis e menores de dezoito; II-os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III-aqueles que, por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade; IV-os pródigos

sobreveio a lei 13.146/2015, responsável por instituir o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que modificou consideravelmente o âmbito do que se entende por pessoa plenamente capaz²⁴

Assim, a pessoa com deficiência, abandonando-se a terminologia “portadoras de deficiência²⁵” até então prevalecente nas obras sobre o tema, segundo o Estatuto, é plenamente capaz, inclusive para casar-se e constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos etc.

Nesse diapasão, Cabral destaca que:

De fato, a possibilidade de celebração de acordos processuais por grupos vulneráveis, sejam pessoas com deficiência, sejam incapazes, deve ser admitida sobretudo porque estes pactos podem beneficiar o vulnerável, ampliando prazos, facilitando-lhes a produção de prova ou conferindo oportunidade de ajuizamento da demanda em foro mais próximo de sua residência.

Frisa-se, ainda, a existência dos institutos da assistência e da representação²⁶, os quais ensejam a possibilidade de o relativamente incapaz ser representado e o absolutamente incapaz ser assistido na celebração de um acordo processual, em que pese não ser plenamente capaz nos moldes do direito civil para, por si só, estar em juízo.

Ademais, ao discorrer sobre o tema, Didier assevera o acerto em se permitir a celebração de negócio jurídico por alguém que não tem capacidade para estar em juízo, desde que devidamente representado, ensejando condição apta a suprir a incapacidade e dar limites mínimos às negociações²⁷.

2.3.1.3 Capacidade de ser parte

Ao contrário do subtópico anterior, em que estava em evidência a capacidade de fato ou de exercício para o indivíduo postular em juízo, independentemente de assistência ou representação, fala-se agora em capacidade de direito ou de gozo²⁸.

Assim, neste ponto, o que se deve perquirir é quando há personalidade jurídica formada, capaz de, ao mesmo tempo, originar direitos e albergar obrigações.

No que se refere à pessoa física, por exemplo, conforme o art. 2º do CC de 2002, a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida. Então, a partir desse

24 Para entender melhor o Estatuto da Pessoa com Deficiência e suas consequências no âmbito da capacidade civil, recomenda-se a obra Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo. (Cristiano Chaves de Farias, Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto. 2. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016)

25 Ressalte-se que esse termo encontra-se presente, inclusive, na Constituição Federal de 1988 (art. 227). Entretanto, após o advento da Convenção sobre as Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo serem internalizados com status constitucional, adotou-se a nova nomenclatura, a fim de desconstituir a carga pejorativa que se atrelou ao termo “portadores de deficiência”.

26 Art. 71 do CPC/2015 “O incapaz será representado ou assistido por seus pais, por tutor ou curador, na forma da lei”.

27 DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 389

28 GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Manual de direito civil; volume único. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 47

momento, o indivíduo adquire capacidade de direito e, portanto, pode ser sujeito de direitos processuais²⁹

Destaca-se, por oportuno, que essa capacidade de ser parte não é restrita às pessoas físicas, sendo ínsita também às pessoas jurídicas. Entretanto, o momento e a forma de aquisição da personalidade jurídica são distintos porque, como regra, necessita-se do registro do ato constitutivo da pessoa jurídica de direito privado e, ainda, é possível haver limitação condicionante, esposada na necessidade de aprovação do Poder Executivo em certas ocasiões.³⁰

Ocorre que, apesar de a regra delineada nas linhas anteriores, nem sempre a personalidade jurídica será o fator preponderante para atribuição da capacidade de ser parte³¹.

Por isso, e com o fito de abarcar as diversas peculiaridades que existem no dia a dia, o ordenamento jurídico pátrio cria exceções. Nesse caso, especificamente, possibilita-se, por exemplo, à massa falida, à herança jacente, ao condomínio e ao espólio³² a condição de ser parte.

Todavia, por serem entes despersonalizados e, conseqüentemente, não possuírem personalidade estritamente jurídica, diz-se que, nessas hipóteses, há mera personalidade processual³³

2.3.1.4 Capacidade Postulatória

O Estatuto da Advocacia e da OAB (Lei nº 8.906/2014) traz, em seu art. 1º, as atividades privativas do advogado. Dentre elas, impende destacar a prevista no inciso I do dispositivo supramencionado, que aduz “postulação a órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais”.

Além dessa hipótese, vale mencionar a disposição do art. 103 do CPC/15³⁴, que trata da representação da parte, em juízo, por advogado.

Somando essas duas disposições, temos o embasamento jurídico para a denominada capacidade postulatória, que é a aptidão genérica de dirigir requerimentos ao

29 CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodvim, p. 312, 2018

30 Art. 45 do CC/2002

31 DINAMARCO, Cândido Rangel. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria geral do novo processo civil. 2. ed. - São Paulo: Malheiros, 2017, p. 166.

32 O art. 75 do CPC/2015

33 DINAMARCO, Cândido Rangel. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria geral do novo processo civil. 2. ed. - São Paulo: Malheiros, 2017, p. 166.

34 A parte será representada em juízo por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil

Estado-juiz³⁵

Nessa toada, por entender que a dita capacidade postulatória não se trata exatamente de uma capacidade, mas, sim de uma aptidão, Tereza Wambier critica a terminologia adotada, já que há tão somente uma aptidão para atuar em prol de um cliente, em uma demanda específica.³⁶

2.3.2 Direitos que admitam autocomposição

A disposição do art. 190 do CPC/2015, ao tratar de direitos que admitam autocomposição como integrantes das convenções processuais, segue a sistemática adotada pelo novo diploma processual civil³⁷.

O incentivo à constante beligerância não encontra mais amparo em um cenário de duração razoável do processo³⁸, mormente porque a litigância a todo custo tende a criar dilações despiciendas, não somente às partes, mas ao próprio Estado.

Nesse jaez, a título ilustrativo, Schopenhauer, em seu livro *A arte de ter Razão*, em que pese ter sido elaborado ainda no século XIX, sintetiza um pensamento muito presente no CPC/2015, qual seja: o de se evitar entrar em um litígio por mero dissabor ou de forma imprudente.³⁹

Desse modo, é amplamente incentivada a busca por uma solução consensual, que possa pôr fim à lide e gerar a pacificação social por meio do acordo entre os litigantes⁴⁰.

Entretanto, impende perquirir-se o que, de fato, são direitos que admitem autocomposição.

Neves, ao discorrer sobre o tema, ressalta a importância de o legislador não ter confundido direito indisponível com direito que não admite autocomposição, sendo possível, inclusive, a celebração de convenções em processos que versem sobre direitos indisponíveis⁴¹.

35 CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodvim, p. 316, 2018

36 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord). *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 114

37 Nesse sentido, Didier comenta que o sistema do direito processual civil brasileiro é, enfim, estruturado no sentido de estimular a autocomposição. (CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodvim, 2015, p. 23).

38 Nesse sentido, o art. 4º do CPC/15 aduz: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

39 Schopenhauer. *A arte de ter razão*. Estratagema número 22 “Se o adversário exigir que admitamos alguma coisa da qual imediatamente resultaria o problema em litígio, devemos recusá-la”. (SCHOPENHAUER, Arthur. *A Arte de ter Razão*. Revisão da Tradução de Francisco Volpi. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 34)

40 ALVIM, J. E. Carreira. *Teoria geral do processo*. – 21. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 49

41 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 3.ed. rev. e atual. Salvador:

Nesse sentido, a doutrina processualística, por meio do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) aprovou os enunciados 253⁴² e 255⁴³, que, respectivamente, admitem que o Ministério Público pode celebrar acordo processual e que haja convenção processual sobre direitos coletivos.

Mas, no que concerne especificamente à análise sobre os direitos que admitem autocomposição, Neves tangencia o tema e não oferece uma exemplificação de quais seriam esses direitos.

Cabral, apesar de também não impingir uma definição, explica de maneira clara os porquês de tanta imprecisão e fuga a respeito desse tema. Assevera o autor que a discussão sobre a disponibilidade ou indisponibilidade do direito, condição necessária para o entendimento daquele em que é possível autocomposição, não encontra uniformidade na doutrina, tampouco na jurisprudência⁴⁴.

A despeito disso, para fins deste trabalho, é importante alçar a eficácia dos direitos fundamentais⁴⁵ como parâmetro. Dessa maneira, considerar-se-ão direitos que admitem autocomposição aqueles presentes, tanto na seara material como na seara processual, que dependam da colaboração essencial de, no mínimo, duas partes, respeitada a aplicação dos direitos fundamentais, para se chegar à resolução da lide.

2.4 Negócios processuais no CPC/73 x CPC/2015

A discussão, delineada em tópicos anteriores, sobre a nomenclatura apropriada para as convenções processuais pode sugerir que o tema é uma dos tantos ineditismos trazidos pelo Código de Processo Civil de 2015.

No entanto, desde o CPC de 1973, e, até, mesmo no Código de 1939, é possível encontrar hipóteses que possibilitam a convenção entre as partes. Claramente, deve-se destacar que, apesar de ser um instituto previsto há décadas no ordenamento jurídico pátrio, é plenamente defensável falar em uma nova roupagem na tratativa dos negócios jurídicos processuais.

Isso se deve principalmente porque, à época de vigência do CPC/73, como assevera Redondo, havia a previsão de um número reduzido de convenções processuais típicas, as quais ficaram marcadas por regular situações específicas, a exemplo do adiamento

Juspodvim, p. 336, 2018.

42 Enunciado 253 do FPPC “O Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte”.

43 Enunciado 255 do FPPC “É admissível a celebração de convenção processual coletiva”.

44 CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodvim, p. 337, 2018

45 Tema a ser amplamente detalhado nos Capítulos 3 e 4.

da audiência de instrução e julgamento, ônus da prova e a fixação de prazos dilatatórios⁴⁶.

Também havia grande celeuma doutrinária a respeito da possibilidade de haver negócios jurídicos processuais atípicos. Assim, Redondo afirma que era comum sustentar-se que o Código de 73 teria sido silente a respeito das convenções atípicas, resultando na conclusão pela impossibilidade dessa modalidade de acordo⁴⁷.

Essa conclusão resta superada com o advento do novo diploma processual civil que, conforme preleciona Cabral, foi responsável por ampliar a quantidade de negócios jurídicos processuais típicos, bem como pela inclusão expressa de cláusulas embasadoras e, ao mesmo tempo, permissivas de convenções para além da prescrição legal, ou seja, as denominadas convenções atípicas⁴⁸.

Por essa razão, é evidente o rompimento com a sistemática até então aplicável e a consequente mudança de paradigma, que agora deve guiar os operadores do Direito juntamente aos ditames legais que visam à autocomposição⁴⁹ e a cooperação entre as partes⁵⁰.

Ademais, ainda no âmbito da comparação entre os diplomas processuais civis de 1973 e de 2015, faz-se necessário levantar questionamentos a respeito de direito intertemporal⁵¹.

Assim, ao menos duas indagações pertinentes podem surgir. A primeira diz respeito à possibilidade de produção de efeitos de uma convenção atípica pactuada antes do CPC/15 e a segunda se relaciona aos efeitos prospectivos das convenções típicas.

A resposta a esses questionamentos, em que pese a classificação em convenções típicas e atípicas seja abordada em tópico próprio, já é possível ser feita neste momento de maneira satisfatória.

Por essa razão, quanto à primeira questão, coerente o pensamento de Didier ao diferenciar quem defendia que os negócios processuais atípicos eram permitidos à luz do CPC de 1973 daqueles que pugnavam pela impossibilidade⁵², uma vez que, feita essa distinção, é possível concluir que a indagação supracitada somente faz sentido para a corrente que

46 CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodvim, 2015, p. 271.

47 Importante destacar que o entendimento a respeito da impossibilidade de acordos processuais atípicos não era unanimidade. Assim, Leonardo Greco e Barbosa Moreira foram exemplo de estudiosos que defendiam a possibilidade no ordenamento jurídico pátrio.

48 CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodvim, p. 11, 2018

49 Art. 3º, §2º “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos

50 Art. 6º do CPC/15: Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

51 Nesse sentido, Fredie Didier (DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 399)

52 DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 399

apregoava a inviabilidade das convenções atípicas⁵³.

Adiante, no que se atine à segunda indagação, Didier adota a posição em que são plenamente válidas e capazes de produzir efeitos as convenções típicas celebradas antes da Lei 13.105/2015⁵⁴.

2.5 Classificação

Feitas as considerações a respeito do conceito, terminologia e elementos caracterizadores, a classificação das convenções processuais também merece destaque, uma vez que facilita, sobremaneira, a visualização global do tema, além de possibilitar a diferenciação das modalidades previstas no texto legal.

2.5.1 Convenções prévias e incidentais

Na esteira dos negócios jurídicos processuais, impende destacar o momento da celebração da avença, que pode ser anterior à formação do processo ou com o processo já em curso, em conformidade com a parte final do art. 190, caput, do CPC/2015.

Nesse dispositivo, o legislador deixou assente a possibilidade de haver convenções antes ou durante o processo.

Assim, faz-se necessário explicitar as implicações em cada momento, o que será objeto de análise detida a partir dos próximos subtópicos.

2.5.1.1 Convenções prévias

Ao se falar em convenções prévias, ou seja, anteriores ao processo, causa deveras estranheza a utilização da nomenclatura “negócios jurídicos processuais” e, até mesmo, o termo “convenção processual, uma vez que dá a noção de que a avença entre as partes somente pode ocorrer quando já exista processo instaurado.

Entretanto, trata-se, tão somente, de uma falsa percepção, já que há disposição expressa que possibilita a convenção prévia, que, apesar de celebrada *a priori*, pode ter repercussões relevantes *a posteriori*.

53 Nesse sentido, Didier preleciona que, para os que defendiam a possibilidade de convenções atípicas, não há maiores repercussões, já que o Novo Código traria somente uma ratificação da avença celebrada anteriormente. (DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2016)

54 A respeito, conferir o enunciado n. 493 do FPPC “O negócio processual celerado ao tempo do CPC-1973 é aplicável após o início da vigência do CPC-2015”.

Nesse diapasão, Cabral aduz que as convenções prévias consubstanciam expressão da liberdade convencional⁵⁵. Além disso, seriam úteis e, precipuamente, mais utilizadas na prática, já que não estaria presente a beligerância, muita vez, trazida em um processo.

Quanto a este último ponto, Schopenhauer⁵⁶, sintetiza, em um de seus estratégias, o estímulo que o litígio traz aos exageros e às incitações negativas à outra parte, vista como adversária, o que, certamente, vai de encontro à sistemática atual calcada na cooperação e solução consensual dos conflitos.

Daí a importância das convenções pré-processuais como fator que visa a evitar o conflito. Assim, de forma irreprochável, Cabral traz à tona o pensamento de Cadiet, para o qual é mais fácil acordar sobre um conflito que não começou do que solucionar um conflito já existente⁵⁷.

Ressalta-se, ainda, que, assim como ocorre no curso do processo, as partes podem estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, faculdades e deveres processuais.

A diferença, portanto, está presente na antecipação feita de um provável litígio, que, se depender da tendência adotada pelo NCPC, não terá uma caminhada duradoura.

A título exemplificativo, para além da disposição do art. 190 do NCPC, aponta-se o disposto no §4º do art. 373 do NCPC⁵⁸, responsável por prever a possibilidade de convenção processual acerca da distribuição do ônus da prova, inclusive anteriormente à existência da demanda perante o Estado-juiz.

Cabral comenta a vantagem dos negócios jurídicos processuais prévios, mas deixa o alerta de que são necessárias a previsibilidade e a determinação no momento em que as partes assumem obrigações⁵⁹.

2.5.1.2 Convenções Incidentais

Essas convenções, como a nomenclatura é bem clara, ocorrem durante o curso do processo, ou seja, necessitam de uma relação jurídico-processual instalada, com a presença de demandante, demandado e órgão julgador.

55 CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodvim, p. 83, 2018

56 SCHOPENHAUER, Arthur. *A Arte de ter Razão*. Revisão da Tradução de Francisco Volpi. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014, p. 35.

57 CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodvim, p. 84, 2018

58 Art. 373, §4º “A convenção de que trata o §3º, pode ser celebrada antes ou durante o processo”.

59 Além disso, conforme entendimento presente no enunciado 39 do ENFAM “Não é válida convenção pré-processual oral (art. 4º, § 1º, da Lei n. 9.307/1996 e 63§ 1º, do CPC/2015).”

As formalidades ínsitas ao processo judicializado levam Cabral a concluir que a liberdade de se acordar é mais restrita em comparação às convenções pré-processuais⁶⁰.

Apesar disso, a liberdade da avença não encontra um limite temporal específico, podendo, em tese, ser celebrada a qualquer tempo, desde que no curso do processo. Isso, por sua vez, não impede que se erijam momentos propícios para a realização do acordo processual de forma incidente.

Nesse diapasão, Didier aduz ser a audiência de saneamento e organização do processo⁶¹ um momento favorável à celebração dos acordos processuais, inclusive, a título exemplificativo, cita a possibilidade de convenção para alterar ou ampliar o objeto do litígio, bem como dispensar perito previamente escolhido⁶².

Diogo Almeida aduz que os pactos no curso do processo são estimulados pela forma do procedimento adotado, em que se possibilita, por exemplo, a realização de audiência de conciliação, havendo, pois, um somatório de esforços, seja do conciliador, seja do mediador ou até mesmo do magistrado, para que as partes, mediante concessões mútuas, logrem êxito em alcançar um consenso⁶³.

2.5.2 Convenções Típicas

A possibilidade legal de as partes convencionarem aspectos do processo ou do procedimento, como sabemos, não é novidade do NCPC. Assim, destacavam-se no CPC/73 negócios jurídicos processuais, com a presença de, no mínimo, duas vontades⁶⁴, a exemplo da modificação do réu na nomeação à autoria (arts. 65 e 66, CPC/73), do acordo de eleição de foro (art.111, CPC/73), convenção para suspensão do processo (arts. 265, II, e 792, CPC/73).

Com o NCPC não só se mantiveram as hipóteses de convenções típicas, como também houve uma ampliação desses acordos processuais.

As novas hipóteses consubstanciam inovações pertinentes e que serão muito úteis para melhor consecução da lide.

Assim, o NCPC traz, de forma inédita, no ordenamento jurídico pátrio, novos negócios jurídicos processuais expressamente previstos a seres esmiuçados nos subtópicos seguintes.

60 Cabral. op.cit., p.78

61 Art. 357, §2º, CPC

62 DIDIER, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 388.

63 ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **Das Convenções Processuais no Processo Civil**. Tese (Tese em Direito) – UERJ. Rio de Janeiro, p.112, 2014.

64 Remeto, nesse ponto, o leitor ao tópico 2.1, em que se definiu, para fins desta pesquisa, o que seria adequado definir como convenções processuais e seus elementos caracterizadores.

2.5.2.1 Convenção de saneamento

Conforme o §2º do art. 357, NCPC, as partes podem apresentar ao magistrado, para homologação, acordo consensual relativo à delimitação de questões de fato sobre os quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos e à delimitação de questões de direito relevantes para a decisão de mérito.

Neves, ao analisar o dispositivo, ressalta a importância de a norma ser interpretada com o devido cuidado, uma vez que não seria plausível as partes limitarem questões de fato ou de direito que sejam capazes de gerar uma má prestação jurisdicional⁶⁵.

Nessa toada, Teresa Wambier ressalta que o juiz pode optar por homologar ou não o acordo e, para isso, utilizará de seu livre convencimento motivado, levando em consideração principalmente se as questões delimitadas são suficientes à organização e ao saneamento do processo⁶⁶.

Cabe destacar, ainda, a prescindibilidade de a causa ser complexa para que possa ser realizado negócio jurídico processual em cooperação entre as partes⁶⁷

2.5.2.2 Escolha do perito

Segundo Leonardo Carneiro da Cunha, o CPC/73 previu, em sua redação original, a nomeação do perito pelo magistrado, cabendo às partes nomear assistentes técnicos⁶⁸.

O NCPC mantém a regra do diploma revogado⁶⁹, contudo prevê novidade importante ao dispor que demandante e demandado podem, de forma consensual, escolher o perito, mediante requerimento, desde que as partes sejam plenamente capazes⁷⁰ e a causa comporte autocomposição⁷¹.

65 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodvim, p. 667, 2018.

66 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord). *Primeiros comentários ao novo código de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 635

67 Nesse sentido é o entendimento esposado no enunciado n. 298 do FPPC “A audiência de saneamento e organização do processo em cooperação com as partes poderá ocorrer independentemente de a causa ser complexa”.

68 CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodvim, 2015, p. 54.

69 Vide art. 465 do NCPC “O juiz nomeará perito especializado no objeto da perícia e fixará de imediato prazo para a entrega do laudo”.

70 Em consonância com o NCPC foi aprovado o enunciado 403 do FPPC “A validade do negócio jurídico processual, requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

71 Sobre direitos que admitem autocomposição, remeto o leitor ao subtópico 2.3.2

Eleva-se, portanto, a confiança que as partes atribuem ao perito, possuindo a nomeação consensual o mesmo status daquela realizada pelo magistrado.

Scarpinella aduz que essa hipótese subleva as partes a um inédito protagonismo no processo, efetivando, portanto, a diretriz do art. 190 do CPC/2015⁷².

2.5.2.3 Calendário Processual

Com previsão expressa no art. 191 do NCPC, o calendário processual traduz-se em uma das principais novidades na seara das convenções típicas e permite que o juiz e as partes, de comum acordo, fixem calendário para a prática de atos processuais.

Leonardo Carneiro da Cunha salienta que o exposto no artigo supracitado tem forte inspiração nas experiências francesa e italiana⁷³, sendo um importante instrumento destinado à duração razoável do processo, bem como à organização e à previsibilidade dos atos que vierem a ocorrer⁷⁴.

Eduardo José da Fonseca Costa, por sua vez, frisa que a calendarização processual é uma excelente alternativa à enorme quantidade de processos que assola o Poder Judiciário⁷⁵.

Há de se ressaltar, ainda, que o calendário vincula não só as partes, mas também o magistrado⁷⁶. Assim, o cumprimento do que foi pactuado é dever de todos os sujeitos do processo, sendo excepcional, e, com necessária justificação qualquer mudança dos prazos previamente acordados.

Além disso, essa convenção processual gera o efeito de dispensar a intimação das partes para os atos processuais já marcados ou a realização de audiência cuja data tenha sido designada no calendário.

Nada mais coerente, uma vez que, se a intimação é o ato pelo qual qualquer das partes toma conhecimento de uma decisão do juiz e, eventualmente, é também chamada a realizar determinado ato, torna-se desnecessária com a previsibilidade dos atos garantida pelo calendário processual.

72 BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p.523

73 CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodvim, 2015, p. 51.

74 CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodvim, 2015, p. 51.

75 CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodvim, 2015, p. 354.

76 Em que pese o NCPC mencione a figura do magistrado, o entendimento firmado no enunciado 414 do FPPC é que: “O disposto no §1º do artigo 191 se refere ao juízo”.

Impende destacar que, apesar de a regra ser a manutenção do que foi acordado, as diversas variabilidades do cotidiano podem ensejar mudanças, de modo que também é possível falar-se em uma recalendarização⁷⁷, desde, claro, haja uma nova pactuação entre as partes.

Essa nova avença pode ser feita em audiência designada pelo magistrado somente para esse fim, visando a melhor consecução da fase instrutória e de julgamento⁷⁸

2.5.2.4 Redução dos prazos peremptórios

A doutrina costuma diferenciar os prazos peremptórios daqueles considerados dilatórios, em razão, principalmente, de aqueles serem fixados por norma cogente, enquanto estes resultam de uma norma dispositiva⁷⁹.

Neves chega a sustentar que não existem mais prazos peremptórios no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que, se ao juiz é possibilitado aumentar os prazos ditos peremptórios⁸⁰, estes não mais subsistiriam em razão de serem conceituados justamente por não poderem sofrer alteração pela vontade do juiz ou das partes⁸¹

Ocorre que, o §1º do art. 222 do NCPC dispõe que ao juiz é vedado reduzir prazos peremptórios, mas poderá fazê-lo com a anuência das partes, ensejando um típico negócio jurídico-processual plurilateral⁸².

Desse modo, ao menos para efeitos legais, ainda existem os denominados prazos peremptórios, em que pese haver uma relevante mitigação, consubstanciada no fato de as partes anuírem, em juízo, a redução.

Até mesmo a contagem dos prazos em dias úteis, regra insculpida no art. 219 do NCPC, pode ser afastada por conveniência das partes. O entendimento está firmando no enunciado n. 579 do FPPC “Admite-se o negócio processual que estabeleça a contagem dos prazos processuais dos negociantes em dias corridos.”

77 CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodvim, 2015, p. 358.

78 Nesse sentido, é o enunciado 299 do FPPC “O juiz pode designar audiência também (ou só) com objetivo de ajustar com as partes a fixação de calendário para fase de instrução e decisão.

79 ALVIM, J. E. Carreira. Teoria geral do processo. – 21. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 336

80 Art. 139, VI, NCPC: 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.

81 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. 3.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodvim, p. 383, 2018.

82 CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodvim, 2015, p. 51.

2.5.3 Convenções Atípicas

A celeuma a respeito da possibilidade de convenções atípicas estava presente no diploma processual revogado, em que pese alguns autores considerarem o art. 158 do CPC/73 como uma norma permissiva a esse tipo de avença⁸³.

No entanto, com o advento do NCPC, há total superação do questionamento sobre o cabimento dessa avença, uma vez que o art. 190 do referido Código traz expressa previsão a respeito das convenções atípicas.

Cabral aduz que o sistema do NCPC autoriza a celebração de convenções atípicas ao mesmo tempo em que dispõe de diversas convenções típicas⁸⁴.

Assim, assevera o autor que o a autonomia das partes é o marco caracterizador dos negócios atípicos, ainda que não haja um modelo legal prévio a ser seguido⁸⁵.

Em razão disso, depreende-se que o legislador cumpriu um papel de coerência, pois, ainda que se entenda que o ordenamento jurídico é completo, não podemos encampar a ingênua ideia de que é possível abarcar em um diploma todas as variáveis e peculiaridades que o cotidiano exige.

Por isso, elevar o autorregramento da vontade a uma condição de protagonismo é mais do que uma questão de coerência ou lógica, mas principalmente uma questão de necessidade⁸⁶.

As vicissitudes das convenções processuais atípicas, após esta breve explanação, terão continuidade no Capítulo 4 deste trabalho, momento em que os detalhes e principalmente os limites aos negócios processuais atípicos serão alvo de apreciação.

2.6 Aplicação a outros diplomas normativos

Tendo em vista que o NCPC é uma norma processual geral e se aplica, subsidiariamente, a outros ramos mais específicos, é coerente perquirir sobre a possibilidade de aplicação e as consequências das convenções processuais.

Nesse contexto, optou-se por fazer uma breve análise do tema em consonância

83 CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodvim, 2015, p. 271.

84 CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodvim, p. 94, 2018

85 Cabral. op.cit., p. 78

86 As partes, que estão diretamente em contato com o objeto do litígio, são capazes de entender e refletir sobre o que mais se adéqua às particularidades daquele determinado processo. Diante disso, é oportuno dar exemplos de convenções, como ocorre com as disposições sobre negócios processuais típicos, mas, ao mesmo tempo, conferir liberdade às partes para realizarem os ajustes necessários.

com o direito processual do trabalho e o direito processual penal.

2.6.1 Convenções processuais e direito do trabalho

A relação jurídica trabalhista, em que pese haver alterações recentes, ainda comporta uma patente diferença de forças entre empregado e empregador.

Nessa perspectiva, poderia defender-se a inaplicabilidade das convenções processuais ao direito processual do trabalho, uma vez que, segundo o art. 190 do NCPC, o juiz, de *ex officio* ou mediante provocação, pode recusar aplicabilidade a cláusula no caso de alguma das partes se encontrar em situação manifesta de vulnerabilidade.

Essa proposta foi encampada pelo Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Resolução n. 39/201, vedando-se a aplicação das convenções processuais à seara trabalhista, em razão de uma pretensa inexistência de omissão ou por total incompatibilidade.

A proposta segue uma linha extremada⁸⁷, que deve ser vista com ressalvas. Nessa senda, é oportuno salientar que as generalizações devem ser evitadas, pois levam a exageros, como os mencionados na resolução, de modo que as particularidades devem ser sopesadas, ainda mais quando forem benéficas ao trabalhador.

Por isso, adotando entendimento balizado nos critérios da razoabilidade e proporcionalidade em suas três dimensões (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), os processualistas do FPPC firmaram entendimento esposado no enunciado n. 131 “Aplica-se ao processo do trabalho o disposto no art. 190 no que se refere à flexibilidade do procedimento por proposta das partes, inclusive quanto aos prazos.”

Fernanda Junqueira e Ney Maranhão destacam que não se deve negar, de pronto, a aplicação do regramento delineado no art. 190 do NCPC, pois a análise de sua integração não escapa a valores constitucionais que se relacionam em torno do direito social e fundamental ao trabalho digno⁸⁸

Em arremate, vê-se com acerto a possibilidade de convenções no âmbito processual do trabalho, que não dispensa os mesmos requisitos aplicáveis no processo civil, mormente quanto à capacidade das partes e que a avença seja sobre questões que respeitem os direitos fundamentais das partes.

87 JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques. MARANHÃO, Ney. Negócio Processual no Processo do Trabalho: Apontamentos Gerais. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v.6, n. 55, p. 63, out/nov. 2016.

88 JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques. MARANHÃO, Ney. Negócio Processual no Processo do Trabalho: Apontamentos Gerais. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v.6, n. 55, p. 63, out/nov. 2016.

2.6.2 Convenções processuais e Processo Penal

Vislumbrar a aplicação dos negócios jurídicos processuais no âmbito do Processo Penal Brasileiro é possível a partir de institutos presentes na Lei 9.099/95.

Essa lei, na parte que se atine à seara criminal⁸⁹, trouxe medidas despenalizadoras, capazes de serem aplicadas a partir do consenso entre as partes, ensejando a não instauração do processo penal ou, caso já esteja em curso, o seu não prosseguimento.

2.6.2.1 Composição dos danos civis

Oriunda da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a composição dos danos civis pode ser entendida como a medida despenalizadora que visa à reparação dos danos sofridos pela vítima.

Com previsão no art. 74 da Lei dos Juizados Especiais, a composição dos danos civis costumeiramente ocorre entre autor do fato e vítima ou entre representante legal do autor do fato e a vítima, em audiência específica, e se caracteriza por envolver interesses patrimoniais plenamente disponíveis.

O principal efeito dessa convenção, depois de homologada pelo juiz, é a renúncia ao direito de queixa ou de representação⁹⁰.

Em razão disso, depreende-se que esse negócio jurídico somente se aplica às ações penais privadas (promovidas mediante queixa-crime) e às ações públicas condicionadas à representação do ofendido ou de seu representante legal.

Nesse caso, portanto, a celebração desse acordo, de forma consensual e livre, funciona como uma convenção que impede o surgimento do processo, pois, uma vez homologada, a consequente renúncia ao direito de queixa ou de representação se perfectibiliza e não retorna aos seus titulares em caso de descumprimento do acordo.

Renato Brasileiro destaca que, nesse caso, somente haverá uma alternativa possível ao ofendido, consistente no fato de a vítima buscar, no juízo cível, a execução do título executivo judicial obtido com a homologação não passível de recursos⁹¹

89 Art. 60 da Lei 9.099/95 “O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

90 Art. 74, parágrafo único, da Lei 9.099/95 “Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação”.

91 LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada. 4. ed. rev., atual. e ampl.- Salvador:

2.6.2.2 Transação penal

Renato Brasileiro define a transação penal como o acordo celebrado entre o Ministério Público e o autor do delito, a fim de que sejam aplicadas imediatamente penas restritivas de direitos ou multa, evitando-se, assim, o início do processo penal⁹².

A iniciativa do acordo é do *Parquet*, nos casos de ação penal pública, e do ofendido nas hipóteses de ação penal de iniciativa privada, podendo ser aceita ou não pelo infrator.

Em caso de aceitação, o juiz será responsável pela homologação do acordo, que não fará coisa julgada material⁹³, mas assim como a composição dos danos civis, obstará a instauração do processo penal.

2.6.2.3 Suspensão condicional do processo

Nessa hipótese, diferentemente das duas medidas supracitadas, a suspensão condicional do processo obsta o prosseguimento e não a instauração do processo criminal.

Segundo Didier⁹⁴:

No âmbito do Direito Processual Penal, a previsão do art. 897 da Lei nº 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais) é um exemplo de negócio jurídico processual penal *típico*. Cuida-se de negócio formado pela proposta do Ministério Público (vontade exteriorizada) aceita pelo acusado, assistido de seu defensor, (vontade exteriorizada) com a participação do juiz, por meio do qual as partes exteriorizam a sua vontade para suspender o processo a fim de que, durante o período de suspensão, o acusado tenha a oportunidade de cumprir determinadas condições para a extinção da punibilidade

O período de suspensão mencionado pelo autor varia entre 2 e 4 anos e, caso haja o descumprimento das condições pactuadas, o magistrado poderá revogar o benefício concedido.

Juspodivm, 2016, p. 228

92LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada- 4. ed. rev., atual. e ampl.- Salvador: Juspodivm, 2016, p. 229

93Nesse sentido, vê-se a Súmula Vinculante n. 35 “A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.”

94 DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i67.475.

Ressalta-se que esse instituto não se confunde com a suspensão condicional da pena, que está prevista no art. 77 do Código Penal Brasileiro, pois aquele obsta o seguimento regular do processo, enquanto esta suspende a pena aplicada, desde que preenchidos os requisitos legais⁹⁵

Destarte, essa medida despenalizadora tem maior grau de amplitude se comparada aos institutos da composição dos danos civis e da transação penal, uma vez que pode se aplicar a infrações penais abrangidas ou não pela Lei dos Juizados Especiais, desde que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a 1 ano.

Por fim, frisa-se uma inversão entre regra e exceção quando se comparam as convenções processuais no âmbito do direito processual civil e no âmbito do direito processual penal, uma vez que, em regra, nos negócios jurídicos à luz do CPC não se depende de homologação do juiz⁹⁶, ao passo que, no Processo Penal, a homologação é obrigatória.

2.7 Natureza jurídica: material, processal ou híbrida?

Cabral aponta o intenso debate em torno da natureza jurídica dos acordos processuais, com proposições doutrinárias favoráveis à natureza material, enquanto outras são favoráveis à natureza processual⁹⁷.

Assevera o autor que, apesar de essa discussão ter baixa relevância prática, já que a separação entre direito material e processual não é absoluta, faz-se necessário adotar uma posição coerente, a fim de que se evitem equívocos.

Nessa toada, Cabral refuta a tese da dupla natureza, segundo a qual haveria acordos “mistos” ou “híbridos”, ao mesmo tempo de natureza privada e de natureza processual, principalmente porque não há convenções com elementos materiais e processuais misturados⁹⁸.

Admitir essa concepção seria dar azo a tratar o negócio jurídico do direito civil como parte do negócio jurídico processual e vice-versa.

95 Art. 77 do Código Penal “A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 anos, poderá ser suspensa, por dois a 4 anos, desde que: I-o condenado não seja reincidente em crime doloso; II-a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do crime autorizem a concessão do benefício; III-não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código”

96 Enunciado n. 133 do FPPC “Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial.”

97 CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodvim, p. 102, 2018

98 CABRAL, op.cit., p.103

Por isso, parece oferecer melhor sustentáculo a tese do duplo suporte fático⁹⁹, caracterizada pelo fato de, em que pese a natureza ser somente processual, poder irradiar efeitos perante outros campos, sejam eles de direito material ou, até mesmo, processual.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Os direitos fundamentais não possuem essa terminologia por acaso. Em razão disso, devem ser analisados, do mesmo modo que ocorreu no capítulo anterior, partindo-se de um aspecto geral, em que se verifica o conceito, dimensões etc, para um aspecto mais restrito, em que se vê a aplicação dos direitos fundamentais à seara processual.

3.1 Conceito

Para Marmelstein¹⁰⁰ os direitos fundamentais são:

normas jurídicas intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico

De outro lado, Dimoulis e Martins¹⁰¹ definem direitos fundamentais como:

direitos público subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas) contidas em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual

Partindo-se desses conceitos, considerados bem delineados e completos na doutrina especializada, somos capazes de verificar algumas similitudes. Assim, a despeito de não haver exata literalidade entre as definições trazidas, faz-se necessária uma análise acurada do que está posto, a fim de demonstrar os pontos em comum e os divergentes.

Dessa forma, depreende-se que, para que seja considerado direito fundamental, é necessária a sua previsão no texto da Constituição. Assim, privilegia-se a importância do Texto Maior e de sua supremacia sobre os demais diplomas normativos, tais como leis ordinárias, leis complementares, decretos etc.

O Poder Constituinte Originário e o Poder Derivado Reformador sobressaem-se

⁹⁹ CABRAL, op.cit., p.105

¹⁰⁰ MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 20.

¹⁰¹ DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 46.

como os únicos legitimados a definir o que estará ou não na Constituição, não havendo, por isso, escalonamento de importância ou hierarquia entre as previsões inseridas por esses poderes.

A exemplo dessa situação, coloca-se como parâmetro de análise o art. 6º da CF/88¹⁰², responsável por elencar os direitos sociais, porque, em sua redação original, não havia previsão da moradia, alimentação e transporte, os quais somente foram inseridos por meio das Emendas Constitucionais nº 26/2000, 64/2010 e 90/2015, respectivamente.

Outro ponto em comum e de fácil visualização é a capacidade de os direitos fundamentais servirem como limitação ao poder estatal. Essa ótica especificamente será bem entendida em tópico posterior, quando se analisará as dimensões dos direitos fundamentais.

Entretanto, já é possível vislumbrar uma restrição no conceito proposto por Dimoulis e Martins, que enfatizam o aspecto da limitação ao poder perante as liberdades individuais, ou seja, como forma de proteção do indivíduo, considerado mais fraco, em face do Estado, considerado, pois, dotado de maior força.

Em razão disso, pode-se falar que o segundo conceito, mais restritivo, se filia a uma concepção subjetivista dos direitos fundamentais. Nessa toada, Sarmiento frisa que a dimensão subjetiva, atrelada à teoria liberal, impõe um dever de abstenção por parte do Estado¹⁰³.

Por outro lado, a partir do conceito proposto por Marmelstein, em que se fala somente em limitação ao poder, sem haver especificação, além de conjugar esse fator diretamente ao respeito à dignidade da pessoa humana, torna-se seguro falar que há predominância da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Essa dimensão, segundo Sarmiento, é responsável por retirar os direitos fundamentais somente do âmbito da limitação ao poder estatal, ampliando os seus alcances, de modo a colocá-los como vetores a serem almejados na atuação do Estado¹⁰⁴.

Além disso, essa análise das dimensões objetiva/subjetiva será muito útil, principalmente ao Capítulo 4, para se entender a interferência da dimensão objetiva sobre a expansão dos direitos fundamentais para o âmbito das relações privadas¹⁰⁵.

102 Art. 6º da CF/88: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

103 SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 133

104 SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 134

105 SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 135

3.2 Extensão dos direitos fundamentais

Afinal, sob a ótica da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o que deve ser considerado direito fundamental e quais deles estariam protegidos como cláusulas pétreas?

De início, na tentativa de responder a essa indagação, salutar se faz a análise de duas proposições contrapostas e, a partir de uma ponderação com o sistema constitucional, chegar não à resposta exata-, porque não existe-, mas, sim, à mais adequada.

3.2.1 Teoria restritiva

Ao discorrer sobre direitos fundamentais e cláusulas pétreas, Dimoulis e Martins vão de encontro aos autores que encampam a ideia de que, a despeito do adjetivo “individuais”, a vedação da reforma tendente a abolir direitos e garantias abrangeria todos os direitos fundamentais¹⁰⁶.

Os referidos autores explicam que o constituinte originário se valeu de um termo mais restrito do que “direitos fundamentais”. Desse modo, direitos e garantias individuais teriam um âmbito menor do que os direitos fundamentais, ensejando a atribuição de cláusula pétrea somente àqueles, excluindo, portanto, os direitos coletivos, sociais etc.

Nessa senda, aduzem que:

Distinguir entre direitos fundamentais constitucionalmente garantidos e o grupo de direitos “superfundamentais”, os quais foram resguardados contra reformas constitucionais por constituírem parte das chamadas cláusulas pétreas, é possível e recomendável do ponto e vista da dogmática da reforma constitucional

Entretanto, há se de ressaltar que o parâmetro deve ser não a dogmática da reforma constitucional, mas, sim, a dogmática dos direitos fundamentais, sob pena de se hierarquizar tais direitos a contragosto da vontade do legislador.

Por isso, em arremate, mostra-se adequado pugna por um status sem prevalências ou gradações entre os direitos constitucionalmente previsto¹⁰⁷.

106 DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 48.

107 DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 48.

3.2.2 Teoria ampliativa

Para essa vertente, o constituinte originário, ao aduzir que não pode ser proposta emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, se refere a todo o Título II da Constituição.

Desse modo, adotar uma interpretação diferente seria restringir o âmbito de proteção, adotando um viés não utilizado pelo constituinte originário.

Nesse contexto, estão abarcados como direitos fundamentais não sujeitos à abolição, todos aqueles previstos no art. 5º, bem como nos arts. 6 a 18, em que se incluem os direitos sociais, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos.

Marmelstein ainda lembra que, embora seja extenso o rol de direitos fundamentais albergados pela Constituição, trata-se de rol não exaustivo, ou seja, admitem-se hipóteses que, mesmo não previstas nele, podem ser adjetivadas como direitos fundamentais¹⁰⁸.

Nessa toada, a Carta de Outubro¹⁰⁹ traria direitos fundamentais implícitos¹¹⁰, embasados por uma cláusula geral¹¹¹, de modo a representar um avanço relevantíssimo na proteção, por meio das instituições que compõem o Estado, desses direitos.

Além disso, essa cláusula geral é importante por evidenciar o conceito formal, ou seja, o que está expressamente previsto, e o conceito material de Constituição, de modo que, segundo este, é possível “existirem direitos que, por seu conteúdo, sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo”¹¹².

Ocorre que, diferentemente da fácil visualização de um direito positivado, ou seja, expressamente previsto, aqueles denominados implícitos são passíveis de cognoscibilidade a partir de uma interpretação sistemática e conforme a Constituição, devendo-se analisar se esta, ainda que implicitamente, atribui a eles alguma proteção¹¹³.

Exemplo salutar inserto na obra “Curso de Direitos Fundamentais”¹¹⁴ demonstra de forma clarividente esse âmbito de proteção implícito merece destaque, *in verbis*:

Tomemos como exemplo um suposto direito de andar armado. Na Constituição norte-americana, há uma cláusula expressa garantindo esse direito, de modo que lá

108 MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 23.

109 Esse termo, mais poético do que propriamente jurídico, faz referência à Constituição a partir do mês de sua promulgação.

110 MARMELSTEIN. *op.cit.*, p. 23

111 Art. 5º, §2º, da CF/88 “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”

112 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 91

113 MARMELSTEIN. *op.cit.*, p. 24

114 MARMELSTEIN. *op.cit.*, p. 24

talvez seja possível cogitar-se a existência de um direito fundamental de portar armas de fogo. Já aqui no Brasil, não há na Constituição de 88, nada nesse sentido. Aqui, certamente não há esse direito, pois nenhum dispositivo da Constituição brasileira sugere, nem implicitamente, a existência de algo semelhante.

A partir da análise desse excerto, percebe-se que o caráter implícito atribuído a um direito não é sinônimo de arbitrariedade, pois a análise de todo o conjunto dos dispositivos constitucionais atua como limite e indicativo de proteção a determinado direito.

Logo, se se não é possível extrair, em um contexto macro, qualquer respaldo conferido pela CF, não haverá o sobredito direito fundamental implícito¹¹⁵.

3.3 Direitos fundamentais x Direitos do homem x Direitos humanos

Feitas as considerações acerca dos direitos fundamentais, pertinente a distinção realizada pela doutrina mais abalizada no tocante aos direitos humanos e aos direitos do homem.

Todos esses termos seriam sinônimos de direitos fundamentais?

Marmelstein pugna por uma diferenciação clara, de modo a evitar equívocos. Assim, os direitos do homem seriam “valores ético-políticos ainda não positivados”¹¹⁶, muito semelhantes ao direito natural.

Sob essa perspectiva, levando-se em consideração que o direito natural seria um estágio necessário, prévio e, ao mesmo tempo, pressuposto do Estado¹¹⁷ regido pelo direito positivo, mostra-se deveras coerente a explanação de Marmelstein ao aduzir que os direitos do homem “não seriam propriamente direitos, mas algo que surge antes deles e como fundamento deles”, consubstanciando o caráter *a priori* dos direitos do homem, assim como ocorre com o direito natural¹¹⁸.

Por outro lado, no tocante aos direitos humanos, depreende-se uma similitude em relação aos direitos fundamentais, consistente no fato de ambos estarem positivados. Entretanto, o âmbito dessa positivação constitui o cerne da diferenciação, uma vez que

115 Esse foi o entendimento prevalecente no âmbito do Supremo Tribunal Federal a respeito do direito de andar armado, quando do julgamento da ADIN 3112/DF.

116 MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 2.

117 BOBBIO, Norberto. Teoria da Norma Jurídica. Tradução Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. São Paulo: EDIPRO, 2014, p. 39.

118 Destaca-se que, ao se mencionar o direito natural em contraposição ao direito positivo, não se está dando preferência a um ou a outro. Como frisa Rousseau em sua obra “Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens”, a desigualdade é ínsita ao homem em seu estado natural. Assim também o é no direito positivado, tanto que se faz necessária a previsão de normas que visem à igualdade entre todos. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2009)

direitos humanos “seriam aqueles valores positivados na esfera do direito internacional”¹¹⁹, ao passo que os direitos fundamentais seriam aqueles internalizados no plano interno por meio das diretrizes Constitucionais.

Em razão disso, afirmar que os direitos fundamentais são, de certo modo, sempre direitos humanos seria equivocado?

Por oportuno, salienta-se que a resposta adequada é a negativa, uma vez que os titulares sempre serão os humanos, em que pese a titularidade no âmbito internacional ser muito mais abrangente em comparação àquela presente no aspecto interno¹²⁰.

Nesse passo, Husek sinaliza os direitos humanos como “sobredireito, que está aquém e além de qualquer consideração de ordem política, econômica e/ou de qualquer outra ordem”¹²¹, evidenciando, pois, a principal distinção, pois normas de sobredireito estão além do que está posto e só o que está positivado será direito fundamental.

Com efeito, em atenção ao disposto no §3º do art. 5º da CF, que possibilita o ingresso de tratados que versem sobre direitos humanos com status de norma constitucional, desde que, claro, preenchidos os critérios previstos, verifica-se uma condição de fortalecimento de um direito humano, o qual passa a ser internalizado no ordenamento jurídico pátrio¹²².

3.4 Dimensões¹²³ dos direitos fundamentais

Poucos temas são tão estudados e reanalisados como os direitos fundamentais.

Em razão disso, a tratativa sobre eles deve se pautar por um cuidado maior, a fim de que equívocos sejam evitados. Assim, até mesmo a terminologia merece atenção, mormente porque são muitos direitos e muitas divisões.

119 MARMELSTEIN. *op.cit.*, p. 27

120 SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional* – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 332.

121 HUSEK, Carlos Roberto. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 45.

122 Como exemplo, citam-se os direitos da pessoa com deficiência, sob o binômio igualdade/não-discriminação, previstos na Convenção sobre direitos das Pessoas com Deficiência, internalizada internamente com status de norma constitucional, gerando consequências relevantes como a edição do Estatuto da Pessoa com Deficiência, instituído pela lei 13.146/2015.

123 Essa foi a opção terminológica preferível para esta pesquisa. Em sentido contrário ao termo, Dimoulis e Martins frisam “Fala-se em dimensão” para indicar dois ou mais componentes ou aspectos do mesmo fenômeno ou elemento. No caso aqui relevante, há grupos de direitos fundamentais cuja finalidade e funcionamento são claramente diferenciados em âmbito jurídico”. (DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 31)

3.4.1 Primeira dimensão

Segundo Bonavides¹²⁴:

Os direitos de primeira geração são os direitos de liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. Têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.

São, portanto, direitos que visam a uma ação de abstenção ou de não fazer por parte do Estado, em um caráter eminentemente “negativo”¹²⁵.

Dentre esses direitos, frisa-se, quanto a seara processual, algumas garantias basilares insertas na Carta da República, mormente as que se referem ao devido processo legal, ao *habeas corpus* e o direito de petição¹²⁶.

Em um âmbito geral, o art. 5º, em seus diversos incisos, consubstancia-se no retrato fiel de muitos dos direitos de primeira geração, não somente limitando o poder Estatal, mas também garantindo remédios acessíveis ao indivíduo para combater eventual violação estatal a esses direitos¹²⁷.

3.4.2 Segunda dimensão

Embora a positivação dos direitos de segunda dimensão não seja algo recente, pois advém das mudanças oriundas da Revolução Industrial, com previsão, por exemplo, nas Constituições Francesas de 1793 e 1848 e, até mesmo, na anomalia jurídica¹²⁸ consistente na Constituição Brasileira de 1824¹²⁹.

Nessa toada, houve a transição de Constituições Liberais para tornarem-se Constituições Sociais, de modo a garantir direitos básicos à subsistência do indivíduo, mormente em um período de intensas transformações de cunho político, social e econômico.

124 BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, p. 563.

125 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 54

126 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 55

127 Destacam-se os direitos à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

128 Utiliza-se esse termo porque, na contramão da diretriz internacional, mormente após a revolução francesa, foi instituído um Quarto Poder (Poder Moderador), legitimado a subjugar e controlar os demais poderes.

129 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 55

Esses direitos estão relacionados a um agir estatal, ou seja, a prestações “positivas”, a exemplo dos direitos sociais, culturais e econômicos¹³⁰.

Entretanto, conforme salienta Ingo Sarlet:

Há que se atentar para a circunstâncias de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas “liberdades sociais”, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, apenas para citar alguns dos mais representativos.

Desse modo, restringir o conceito de segunda dimensão dos direitos fundamentais a um incondicional *facere* estatal esvazia a complexidade do sentido emanado dessa dimensão.

No que se atine à Carta Constitucional Brasileira, o art. 6º é o mais representativo quanto aos direitos de segunda dimensão, sem, contudo esgotá-los em seu rol.

3.4.3 Terceira dimensão

Os denominados direitos de terceira dimensão caracterizam-se, dentre outros motivos, por conterem um elevado teor de humanidade e universalidade¹³¹. Em razão disso, possuem direcionamento mais abrangente, não se relacionando somente ao termo “indivíduos”, que tenciona a uma restritividade, mas, sim, à humanidade como um todo, já que comportam direitos além-fronteiras.

Nesse diapasão, também são denominados como direitos de fraternidade ou direitos de solidariedade, vez que são capazes de atingir, seja para o bem ou para o mal, uma quantidade relevante e indeterminada de indivíduos¹³², ainda que estejam em territórios soberanos diversos.

Nessa toada, o direito ao meio ambiente é protagonista, principalmente em uma elevação do aquecimento global e da poluição, em suas diversas modalidades, ensejando a preocupação para com as futuras gerações e com a própria qualidade de vida da geração atual¹³³. Assim, aliar crescimento econômico e preservação ambiental exige um esforço comum.

130 BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, p. 564.

131 BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, p. 569

132 SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional** – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 343

133 Tem-se aqui uma das ideias contida na expressão “Desenvolvimento Sustentável”.

Por isso, entende-se, para fins deste trabalho, que os direitos de terceira dimensão podem ser analisados a partir de um viés de mão dupla, já que, ao mesmo tempo em que atingem pessoas em uma abrangência maior, necessitam de uma proteção do mesmo nível para que possam subsistir.

A Constituição Brasileira não foi silente a respeito dos direitos de terceira dimensão, reservando capítulo próprio, por exemplo, ao Meio Ambiente, delineado no caput, incisos e parágrafos do seu art. 225¹³⁴.

Marmelstein¹³⁵ destaca a influência da Declaração de Estocolmo, realizada em 1972, como parâmetro ao dispositivo constitucional supramencionado, já que, nessa ocasião, foi alçado como princípio o direito fundamental ao meio ambiente, capaz de permitir uma vida digna e provedora de bem-estar para todos, citando o autor, ainda, o direito ao desenvolvimento, direito à paz¹³⁶ etc.

3.4.4 Outras dimensões

Há, na doutrina, posições referentes a outras dimensões dos direitos fundamentais. Contudo, a fim de preservar o escopo desta pesquisa, mormente de possibilitar um panorama dos direitos fundamentais, faz-se necessário demonstrar o consenso, como ocorre quanto à três dimensões, sem, contudo, entrar em maiores celeumas a respeito de outras categorias e subdivisões.

3.5 Direitos processuais fundamentais

Ao discorrer sobre as garantias constitucionais e as garantias institucionais na Constituição de 1988, Bonavides afirma que “A garantia – meio de defesa – se coloca diante do direito, mas com este não se deve confundir”¹³⁷.

Desse modo, mostra-se temerário considerar direitos e garantias como sinônimos, mormente porque há uma “garantia para o direito” e, nesse caso, considera-se “garantia para a violação de um direito”, vez que a ofensa ou violação ao direito posto deve vir acompanhada de meios que possam suplantar essa afronta.

134 Art. 225, CF/88 “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações

135 MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 53.

136 Considerando o direito à paz como direito de 5ª dimensão: Paulo Bonavides (BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. *Direitos Fundamentais e Justiça* n° 3. São Paulo, p 81-93, 2008)

137 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, p. 526.

Nessa toada, frisam-se os direitos ao acesso à justiça, ao contraditório e à ampla defesa, à vedação de provas ilícitas e à motivação das decisões.

Em outro viés, podem-se citar algumas garantias, consideradas como meio de defesa, tais como o mandado de segurança¹³⁸, o habeas corpus¹³⁹, o habeas data¹⁴⁰ etc.

3.5.1 Acesso à justiça

Também denominado com a alcunha de inafastabilidade da jurisdição, o disposto no art. 5º, inciso XXV “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, é direito fundamental e, quanto à aplicabilidade, de eficácia plena, uma vez que possuem os elementos necessários à sua executoriedade, ou seja, são autoaplicáveis¹⁴¹.

Nessa toada, esse dispositivo também é responsável por abarcar um sistema de unidade de jurisdição no Brasil¹⁴², de modo a deixar claro que a Administração Pública não detém o caráter de definitividade nas suas decisões, tampouco é condição necessária para o acesso à justiça e, por isso, a pessoa que tem seu direito lesado pode levar a sua pretensão ao Poder Judiciário¹⁴³.

Deve-se destacar, ainda, que a sistemática do NCPC garante o acesso à justiça, o que é diferente de estimular o acesso¹⁴⁴ e a perenidade da lide. Assim, são importantes os meios de resolução consensual de conflitos, a fim de coadunar o direito do indivíduo de obter uma resposta estatal à prescrição de uma razoável duração do processo.

138 Art. 5º, LXIX, CF/88: “Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público”.

139 Art. 5º, LXVIII, CF/88: “Conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder”.

140 Art. 5º, LXXII, CF/88: “Conceder-se-á habeas data: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante[...] de caráter público; b) para retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo”.

141 SILVA, José Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 102

142 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 570.

143 Salienta-se, como exceção, o disposto no art. 217, §1º, da CF/88, no que se atine às ações da Justiça Desportiva, que possui caráter administrativo “O Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei”.

144 Nesse sentido, em uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico pátrio, vê-se a tendência em, na verdade, buscar dissuadir o indivíduo a buscar a jurisdição estatal por qualquer lesão a direito, principalmente com questões que podem ser resolvidas por outros meios, a exemplo da arbitragem

Dinamarco¹⁴⁵, em lapidar lição, aduz que:

A Constituição formula princípios, oferece garantias e impõe exigências em relação ao sistema processual com um único objetivo final, que se pode qualificar como uma garantia-síntese e é o *acesso à justiça*, mediante a concessão, “em tempo razoável”, de uma “decisão de mérito justa e efetiva” (Const., art. 5º, incs. XXXV e LXXVIII – CPC, art. 6º).

Nessa perspectiva, depreende-se a importância fundamental da leitura do direito de inafastabilidade do controle jurisdicional a partir de outros direitos garantidos constitucionalmente, sobretudo a razoável duração do processo e a obtenção de uma decisão justa e efetiva, não só porque põe fim à lide, mas também pelo fato da obrigatoriedade de fundamentação, conforme o mandamento constitucional inserto no art. 93, inciso IX.

Frisa-se, ainda, o cuidado de o legislador reafirmar os preceitos constitucionais, o que não se torna despiciendo¹⁴⁶, como ocorreu com a redação do art. 3º do NCPC “Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”.

Entretanto, salutar a referência de que o Poder Judiciário não pode abarcar tudo e pretender resolver todos os conflitos. Nessa perspectiva, a permissão do §1º o art. 3º do NCPC¹⁴⁷, no que se atine à arbitragem¹⁴⁸, é um grande exemplo de que as partes podem lograr êxito na resolução de um conflito sem a participação eminentemente estatal.

3.5.2 Contraditório e Ampla defesa

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LV, aduz que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Esse dispositivo, com sede constitucional, expressa alguns direitos fundamentais ao indivíduo, mas não traz maiores especificações. Assim, afinal, o que se entende por contraditório?

Incontáveis os números de livros, tanto de Teoria Geral do Processo, como da disciplina de Direito Constitucional, dentre tantos outros ramos que se debruçam sobre o

145 DINAMARCO, Cândido Rangel. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria geral do novo processo civil. - 2. ed. – São Paulo: Malheiros, 2017, p. 55.

146 Apesar de poder parecer ilógico repetir na legislação ordinária um preceito constitucional, já que a Constituição é dotada de supremacia perante outros diplomas normativos, não cremos em uma redundância, mas, sim, em uma reafirmação necessária, haja vista o histórico de desrespeito à Carta Política e à visão distante (Cada vez mais atenuada) desse diploma para nortear as decisões no Judiciário.

147 É permitida a arbitragem, na forma da lei.

148 Art. 1º da Lei 9.307/1996 “As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

contraditório e a ampla defesa, de modo que haverá apenas repetição do que todos, em maior ou menor grau, tiveram acesso.

Nessa perspectiva, para entender de forma pragmática a importância do “direito ao contraditório”, inolvidável o contexto kafkiano¹⁴⁹ expresso no seguinte trecho:

“- Estes são os autos do processo do juiz de instrução – disse e deixou o caderno cair sobre a mesa – Continue tranquilamente a ler, senhor juiz de instrução; desse livro de acusações eu na realidade não tenho medo, embora ele seja inacessível a mim, pois só posso apanhá-lo com dois dedos e não tomá-lo na mão”

Com efeito, o personagem principal Josef K. é alvo de imputações genéricas e se submete a um processo desprovido de garantias. Depreende-se do excerto supramencionado que, além de se oportunizar à parte o direito de conhecer o que está lhe sendo atribuído, deve também ser possível que ela tenha acesso de forma ampla, a fim de que possa contraditar, em sua inteireza, as “acusações” feitas pela outra parte.

Dessa maneira, o contraditório é corolário de um Estado Democrático de Direito, possibilitando, pois, a ciência sobre determinada situação, bem como que os argumentos e contra-argumentos sejam sopesados pelo órgão competente, seja ele administrativo ou principalmente o jurisdicional, e, assim, se chegue a uma solução mais aproximada da justiça e da efetividade.

Por outro lado, a ampla defesa, apesar de sempre estar atrelada ao contraditório, com ele não se confunde. Do mesmo modo que é indispensável a ciência sobre o processo, necessário se faz garantir às partes os meios necessários para que possam obter a satisfação do seu pleito.

Nessa perspectiva, importante salientar a promoção da paridade de armas, em um contexto de processo isonômico, sendo assegurado às partes equivalência de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais.

Por derradeiro, destaca-se a tendência imponente do NCPC em evitar decisões surpresas, ou seja, sem a prévia ciência da parte, efetivada no art. 9º do Código supramencionado “Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”¹⁵⁰.

149 KAFKA, Franz.. O processo. Tradução Modesto Carone. São Paulo: Companhia de Bolso, 2005, p. 46.

150 Seguindo a regra da excepcionalidade das próprias regras, o parágrafo único deste artigo dispõe que não será necessária a prévia oitiva da parte nas hipóteses de tutela provisória de urgência etc.

3.5.3 Vedação de provas ilícitas

A inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos está encampada no art. 5º, inciso LVI, da CF/88.

Mais uma vez o preceito constitucional apenas emana, categoricamente, a vedação, mas não traz definição. Cabe, portanto, ao intérprete o estudo do que se entende por prova ilícita.

Nessa toada, precipuamente, cabe mencionar a diferença entre prova ilícita e prova ilegítima. Assim o fez Rebouças na tratativa do tema ao aduzir que “prova ilícita é o resultado de violação ao direito material” ao passo que prova ilegítima seria “aquela produzida ou inserida no processo por ofensa a normas processuais”¹⁵¹.

Desse modo, com a violação às normas de direito material, quando de sua obtenção, está-se diante de uma prova ilícita. A consequência disso será a sua inadmissibilidade para ser usada no decurso do processo, devendo, pois, caso presente nos autos, ser desentranhada.

3.5.4 Motivação das decisões

As decisões oriundas do Poder Judiciário devem, por mandamento constitucional, ser fundamentadas. Isso está muito atrelado à justiça da decisão e à possibilidade de controle da decisão do magistrado.

Nesse viés, Dinamarco¹⁵² aduz que o dispositivo do art. 93, inciso IX, da CF/88 “visa a conferir transparência ao exercício do poder pelo juiz, para conhecimento pelas partes e possível controle pelos órgãos superiores da Magistratura e pela própria opinião pública”.

Destaca-se, ainda, que uma decisão bem fundamentada gera menores irresignações e, conseqüentemente, diminui o número de recursos contra o *decisum*.

Entretanto, a verificação a respeito da fundamentação, ao menos na sistemática do NCPC, é extraída a *contrario sensu*, já que o texto legal enumera hipóteses em que não se considera fundamentada qualquer decisão judicial¹⁵³, seja ela interlocutória, sentença ou

151 REBOUÇAS, Sérgio. Curso de Direito Processual Penal. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 541

152 DINAMARCO, Cândido Rangel. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. Teoria geral do novo processo civil. 2. ed. – São Paulo: Malheiros, 2017, p. 73

153 Art. 489, §1º, NCPC “I o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo; II os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito; III o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem. § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I se limitar à indicação, à reprodução ou à

acórdão.

4 CONVENÇÕES PROCESSUAIS ATÍPICAS: EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO LIMITAÇÃO À AUTONOMIA DA VONTADE

O presente capítulo encerra o eixo central de todo o trabalho. Após as exposições acerca das convenções processuais e dos direitos fundamentais, adentrar-se-á à relação entre os temas sob a ótica da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e as limitações à criatividade das partes para a celebração de negócios jurídicos processuais não previstos expressamente na lei de regência.

4.1 Eficácia vertical

O caráter verticalizado dos direitos fundamentais remonta à ideia de um grande Leviatã capaz de, por si só, afetar a vida dos indivíduos, necessitando, por isso, de um controle.

Nessa toada, o Estado, dotado de imenso poderio, não há de ter ampla capacidade para suprimir as liberdades e garantias individuais. Daí a importância de uma concepção clássica que aborda os direitos fundamentais, mormente os de 1º dimensão, como limitações ao poder estatal.

Essa ótica é imprescindível à existência de um Estado Democrático de Direito, de modo que os indivíduos vivam em cooperação com o ente estatal e tenham a plena consciência sobre os seus direitos e os remédios postos à disposição no caso de o Estado infringi-los.

Assim, os direitos fundamentais são amplamente aplicados na relação entre indivíduos e Estado, consubstanciando o sistema democrático moderno que, nas palavras de Hernández Vale¹⁵⁴, “implica que el ordenamiento jurídico reconozca y tutele a los

paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

154 HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. La tutela de los derechos fundamentales. San José: Juricentro, 1990, p. 11

administrados ciertos derechos fundamntales, oponibles frente al Estado”.

Em razão disso, pode-se afirmar que a Constituição Federal Brasileira, ao trazer um extenso rol de direitos e garantias à proteção desses direitos, busca estimular uma relação pacífica entre Estado e indivíduos, sem a existência de imposições unilaterais por parte do ente que detém o poder.

Nessa perspectiva, ocorre uma vinculação do poder público, o qual deve se abster de afrontar as liberdades individuais, sob pena de incorrer em afronta à Constituição e desafiar as garantias inculpidas, por exemplo, no habeas corpus, mandado de segurança e habeas data etc.

Ademais, a eficácia horizontal impacta os indivíduos em seus diversos grupos, sejam eles considerados maioria, sejam, por outro lado, minorias, a fim de garantir o respeito a todos independentemente de qualquer aspecto quantitativo. Nessa perspectiva, Ingo Sarlet¹⁵⁵ aduz sobre: “a função decisiva exercida pelos direitos fundamentais num regime democrático como garantia das minorias contra eventuais desvios de poder praticados pela maioria no poder, salientando-se, portanto, ao lado da liberdade de participação, a efetiva garantia da liberdade-autonomia”.

4.2 Eficácia horizontal

Resta claro que o surgimento dos direitos fundamentais e principalmente a prevalência de sua dimensão vertical servem para limitar o poder do Estado em face do indivíduo, sendo, ainda hoje, um fator imprescindível¹⁵⁶.

No entanto, ao longo da vivência prática, mormente com o aumento dos conflitos entre os particulares, viu-se a necessidade de se perguntar sobre a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre os indivíduos, que se encontram em um mesmo patamar de poder, sem hierarquia, consubstanciando uma verdadeira dimensão horizontal para incidência dos direitos fundamentais.

Nessa toada, Virgílio Afonso da Silva¹⁵⁷ destaca que:

Uma das principais mudanças de paradigma que, no âmbito do direito constitucional, foram responsáveis pelo reconhecimento de uma constitucionalização do direito e, sobretudo, de um rompimento nos limites de produção de efeitos dos direitos fundamentais somente à relação Estado-cidadãos foi

155 SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 71

156 DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 96.

157 SILVA, José Afonso da. A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 52.

o reconhecimento de que, ao contrário do que uma arraigada crença sustentava, não é somente o Estado que pode ameaçar os direitos fundamentais dos cidadãos, mas também outros cidadãos nas relações horizontais entre si.

Assim, a mudança de paradigma é essencial, a fim de não se obter uma resposta deveras simples para a relação de influência das normas de direitos fundamentais com o sistema jurídico¹⁵⁸, pois a limitação à relação Estado/cidadão não traz todas respostas, ao mesmo tempo, que não consegue proteger os direitos fundamentais, haja vista o intenso intercâmbio entre os indivíduos, mormente em questões negociais.

Impende destacar que, diferentemente do que ocorre no aspecto vertical, a relação horizontal dos indivíduos pressupõe a existência de dois titulares de direitos fundamentais, ambos sob a égide da igualdade albergada no Texto Constitucional.

O efeito perante terceiros, em que pese entendimento em sentido contrário¹⁵⁹, encontra amplo respaldo na doutrina e na jurisprudência. A celeuma que ainda está em monta se refere à aplicabilidade imediata ou mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Virgílio Afonso da Silva¹⁶⁰ destaca que “o modelo de efeitos indiretos é o modelo mais aceito em praticamente todos os países em que o problema da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre particulares é estudado de forma sistemática”.

Dessa forma, haveria uma pacificação quanto à aceitação dos efeitos dos direitos fundamentais perante terceiros, contudo a sua extensão ainda carece de maiores aprofundamentos e diz respeito a um problema de construção¹⁶¹.

Alexy, ao discorrer sobre o tema, aborda a existência de 3 teorias, entretanto defende uma equivalência entre elas¹⁶².

A primeira teoria, relativa aos efeitos indiretos, considera os direitos fundamentais como princípios objetivos que influenciam a interpretação do direito privado, ensejando uma participação ativa do juiz no controle da irradiação do efeito horizontal nas relações entre particulares¹⁶³.

Os efeitos diretos, por outro lado, são a base da segunda teoria, segundo a qual a

158 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 523

159 Sarmiento destaca a reação à teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que consistiu na negação dessa eficácia horizontal nas relações privadas, na doutrina que se intitula de “State Action”. (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 236)

160 SILVA, José Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 81

161 ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2011, p. 528

162 ALEXY. op.cit., p. 529

163 ALEXY. op.cit., p. 529

influência dos direitos fundamentais na relação cidadão/cidadão fluem, de forma direta, direitos subjetivos aos indivíduos¹⁶⁴.

A terceira teoria concentra a ideia de que há uma estreita ligação nos efeitos da relação cidadão/cidadão como consequência de uma atuação Estatal. Desse modo, Alexy¹⁶⁵ frisa que “o Estado, na medida em que cria e impõe um sistema de direito privado, participa das possíveis violações cometidas por um cidadão a bens de direitos fundamentais de outro cidadão”.

Em razão disso, as violações cometidas por particulares teriam que ser consideradas, em um âmbito mediato, como intervenções propriamente estatais¹⁶⁶.

O ordenamento jurídico pátrio não traz nenhuma disposição expressa tal como “Aplicam-se os direitos fundamentais às relações entre particulares”. Não é por isso que o reconhecimento da existência do efeito horizontal será negado, até porque se a disposição expressa de determinado direito, efeito ou princípio for condição necessária à sua existência teríamos, sem sombra de dúvidas, diplomas normativos ainda mais extensos¹⁶⁷.

4.2.1 Recurso Extraordinário 208.819-8/RJ

A jurisprudência pátria, encampada principalmente pelo entendimento do Supremo Tribunal Federal, é assente no reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ou seja, na aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações entre os particulares.

Nessa toada, o RE 208.819-8/RJ é um marco no que se atine ao tema, pois foi quando houve um aprofundamento a respeito da eficácia horizontal. O suporte fático do referido julgamento envolveu a análise da aplicação do direito fundamental à ampla defesa¹⁶⁸ no contexto de uma entidade de direito privado, uma vez que houve a exclusão de um sócio sem que se fosse oportunizado a ele a chance de se defender e produzir provas a seu favor.

Nesse ínterim, em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes destacou que:

Um entendimento segundo o qual os direitos fundamentais atuam de forma unilateral na relação entre o cidadão e o Estado acaba por legitimar a ideia

164 ALEXY. op.cit., p. 530

165 ALEXY. op.cit., p. 530

166 ALEXY. op.cit., p. 530

167 O diploma Maior do nosso ordenamento jurídico possui 250 artigos, o que caracteriza nossa Constituição como analítica ou prolixa, devido ao seu grande tamanho, tratando de aspectos muitas vezes não fundamentais à estrutura e à organização do Estado.

168 A bem da verdade, a partir da leitura do recurso, percebe-se que a Corte Suprema se manifesta, muita vez, considerando ampla defesa e contraditório como sinônimos, o que, terminologicamente, é deveras equivocado.

de que haveria para o cidadão sempre um espaço livre de qualquer ingerência estatal. A adoção dessa orientação suscitaria problemas de difícil solução tanto no plano teórico, como no plano prático.

Assim, evidencia-se o fato de o particular não estar imune à observância dos direitos fundamentais na relação com os seus pares. Ainda que haja uma prévia combinação ou acordo celebrado entre os particulares, este não poderá ir de encontro e atingir o núcleo essencial dos direitos fundamentais, sob pena de afrontar o escalonamento do ordenamento jurídico, em que a Constituição funciona como norma de elaboração jurídica superior perante a norma condicionada aos seus mandamentos¹⁶⁹.

Ademais, ao final do julgamento do supramencionado recurso foram firmados os seguintes entendimentos:

- 1) As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre cidadão e Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados.
- 2) A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.

Vê-se, portanto, a essencialidade desse julgamento para a reafirmação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais no ordenamento pátrio.

4.2.2 Constitucionalização do direito processual

Até o advento da Constituição de 1988, difícil era a tarefa de se considerar a Constituição como parâmetro, inclusive de julgamento, no ordenamento jurídico pátrio.

Imperava, nessa seara, o direito privado, mormente o Código Civil de 1916. Essa característica talvez teve como mote propulsor a instabilidade constitucional ao longo da história do País, principalmente a partir da década de 1930.

A Constituição de 1934 foi uma efeméride, tomada, de pronto, pela Carta outorgada de 1937, que também não durou um tempo relevante e foi sobreposta por uma nova Constituição em 1946.

¹⁶⁹ KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Tradução J. Cretella JR e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 34.

O cenário de incertezas piorou sobremaneira com o Golpe civil-militar de 1964, que demandou a feitura de um novo diploma constitucional para legitimar, juridicamente, os atos autoritários da ditadura.

Somente a partir da Assembleia Constituinte de 1987/1988, cujo trabalho resultou na Carta de 5 de outubro de 1988, destaca-se um diploma que nasceu para irradiar-se perante todo o ordenamento jurídico, bem como servir de parâmetro para as demais normas.

Nessa toada, destaca-se a lição de Bobbio¹⁷⁰ ao dizer que:

Conquanto sejam numerosas as fontes do direito em um ordenamento complexo, esse ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com desvios mais ou menos tortuosos, todas as fontes do direito podem ser deduzidas de uma única norma

Em razão disso, todas as normas devem ter como parâmetro o Texto Constitucional, prevalecendo, portanto, a supremacia da Constituição em um ordenamento que apresenta clara estrutura hierárquica¹⁷¹.

Nessa perspectiva, o NCPC não olvidou o respeito à Carta Política e, já em seu art. 1º, aduz que “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código”.

Com efeito, em que pese a opinião de alguns autores sobre a obviedade do dispositivo supramencionado¹⁷², compactuamos com a ideia de que houve uma reafirmação da submissão aos valores constitucionais e que a previsão expressa disso fortalece, veementemente, o próprio ordenamento jurídico. Busca-se, portanto, afastar de forma inequívoca qualquer tendência, seja entre doutrinadores, seja entre aplicadores do Direito, de não se apegar à CF para a consecução de suas atividades jurídicas.

4.3 Convenções atípicas e o autorregramento da vontade sob a ótica dos direitos fundamentais

As convenções processuais atípicas são protagonistas no atual cenário do processo brasileiro principalmente porque suscitam as dúvidas e os estudos mais relevantes acerca da temática. Assim, relacionar o prestígio da autonomia da vontade com os direitos

170 BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Tradução Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2016, P. 59.

171 BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento Jurídico. Tradução Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2016, P. 59.

172 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. 3.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodvim, p. 119, 2018.

fundamentais, tendo como instrumento a convenção processual, é um desafio a ser encarado nas próximas páginas.

4.3.1 Cláusula geral de atipicidade e direitos fundamentais

As convenções processuais atípicas, como já exposto nesta pesquisa, não são novidades do NCPC, uma vez que já estavam presentes no CPC/73, ainda que vezes dissonantes pugnassem pela não previsão dessa modalidade de negócios processuais.

Neves afirma que “a novidade, portanto, não é a criação de fenômeno jurídico já reconhecido e presente em nosso sistema processual, mas sim a sua generalização”. Desse modo, uma cláusula geral expressamente permissiva aos negócios jurídicos processuais atípicos constitui-se em novidade sem similitude no diploma processual revogado.

Scarpinella¹⁷³, em comentário ao art. 190 do NCPC, destaca que:

A dificuldade reside menos em listar exemplos de negociação processual e mais em saber os limites destes negócios processuais, máxime quando, de acordo com o “modelo constitucional do direito processual civil”, as regras relativas ao procedimento são de competência dos Estados, consoante o absolutamente ignorado, inclusive pelo próprio CPC de 2015 como um todo e pelo dispositivo agora em foco, inciso XI do art. 24 da CF.

Essa orientação privilegia o respeito ao modelo constitucional que, para fins desta pesquisa, deve se ater principalmente à conformação com os direitos fundamentais.

O dispositivo legal em comento destaca que as partes, desde que sejam plenamente capazes, podem estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Assim, vê-se que o legislador deixou expresso alguns parâmetros de atuação para as partes.

Essa atuação deve ser guiada pelos direitos fundamentais, de modo a permitir uma compatibilização da avença com a Constituição. Por isso, ainda que seja permitido às partes negociar a respeito dos seus poderes e deveres processuais, por exemplo, devemos cotejar essa possibilidade com os direitos ao contraditório e à ampla defesa, à dignidade da pessoa humana etc.

Há de se ressaltar que a redação do art.190 do NCPC, ao favorecer a atipicidade dos acordos processuais, tem o condão de permanecer atual, ainda que se passem muitos anos, porque cria a condição de adaptabilidade à realidade cotidiana. Essa opção do legislador foi

173 BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 265.

bastante perspicaz porque reconhece uma limitação lógica, qual seja: o Poder Legislativo, ao elaborar a lei, não tem como abarcar todas as situações fáticas¹⁷⁴.

Por outro lado, a norma legal não está a salvo de críticas. Nesse sentido, Cabral¹⁷⁵ destaca que “o art. 190 encerra um regramento conciso, que não disciplina, nem mesmo em termos genéricos, inúmeros aspectos fundamentais dos acordos processuais”.

Essa cláusula, portanto, requer um preenchimento valorativo na atribuição de sentido¹⁷⁶, não por meio do total alvedrio das partes ou de questões morais e à margem da lei, mas, sim, uma valoração baseada nos preceitos consagrados pela Constituição¹⁷⁷.

Daí a importância de os direitos fundamentais utilizarem a cláusula geral como instrumento de ação para sua efetividade e, ao mesmo tempo, de limitação às partes, uma vez que se “infiltram”¹⁷⁸ nos acordos estabelecidos entre os particulares.

Sob outro viés, não menos interessante, Cabral faz importante apontamento ao aduzir que: “A atipicidade dos acordos processuais falará em favor de uma releitura do papel das partes na condução do procedimento, podendo funcionar como limite ao exercício abusivo ou excessivo de poderes oficiosos pelo juiz”¹⁷⁹. Logo, estar-se-ia diante de uma via de mão dupla, em que, ao mesmo tempo que o juiz pode controlar os termos acordados entre as partes¹⁸⁰, estas fiscalizam a ação do magistrado¹⁸¹.

4.3.2 Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no NCPC?

A nova sistemática do NCPC, além de trazer reafirmações de princípios constitucionais, como bem delineado em linhas anteriores, foi responsável por maximizar a importância da vontade das partes no curso do processo ou, até mesmo, antes de sua formação, já que, por exemplo, são admitidas convenções pré-processuais.

174 CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodvim, p. 167, 2018

175 CABRAL. op.cit., p.168

176 SILVA, José Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 78

177 SILVA, José Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 79

178 SILVA, José Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 79

179 CABRAL. op.cit., p.166

180 Esse ponto será esmiuçado no subtópico 4.3.4 ao tratar sobre o papel do magistrado no âmbito dos negócios processuais atípicos

181 Nesse viés, Cabral afirma que “O autorregramento formal limita a regra do impulso oficial, porque imporá limites ao juiz na condução do procedimento”. (CABRAL. op.cit., p.161)

Didier¹⁸² afirma que “Esse princípio visa tornar o processo jurisdicional um espaço propício para o exercício da liberdade”.

Mas, afinal, o que há de presente no NCPC que pode levar a crer em uma maximização da vontade do particular, de modo que possa ser defensável a adoção de um novo princípio processual atrelado ao respeito ao autorregramento da vontade?

Além das já conhecidas convenções processuais, expressão máxima desse princípio, tem-se bons exemplos, ao longo de todo o Código, de situação que maximizam a vontade dos particulares a fim de influir diretamente no processo.

Desse modo, destacam-se: o incentivo à mediação e à conciliação, reguladas a partir do art. 165 até o art. 175 do NCPC, a audiência de conciliação¹⁸³, a permissão de homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza¹⁸⁴ etc.

Ressalta-se que não é só a vontade estritamente particular que é privilegiada pelo NCPC, de modo que permite-se à Fazenda Pública a celebração de negócios jurídicos processuais, conforme exposto no enunciado nº 256 do FPPC “A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual”.

Nessa toada, Janaína Castelo Branco¹⁸⁵ destaca que:

É possível a afirmação de que ao Estado aplicam-se as regras e princípios integrantes do microsistema de proteção do princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo. Não há razão alguma para pôr em xeque a possibilidade de as pessoas de direito público celebrarem negócios processuais unilaterais ou bilaterais (convenções), cabendo, todavia, uma investigação sobre o que pode ser negociado (objeto) e quais os limites dessa negociação.

Depreende-se do excerto acima a abrangência de aplicabilidade do princípio do respeito ao autorregramento da vontade, que abarca tanto os particulares como Poder Público, inclusive. Corrobora com essa visão o entendimento segundo o qual o *Parquet* também pode celebrar negócios jurídicos processuais¹⁸⁶.

Impende destacar, ainda, que o reconhecimento desse princípio na seara processual não é unanimidade. Sob essa perspectiva, Neves¹⁸⁷ aduz que “Não estou

182 Didier. Coletanea. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodvim, 2015, p. 222.

183 É um grande exemplo do respeito ao autorregramento da vontade por dois motivos: primeiro porque, caso ocorra, pode pôr fim ao litígio a partir do consenso entre as partes; segundo porque a vontade das partes podem prevalecer no caso de manifestarem expressamente o desinteresse na realização da audiência de conciliação, de modo que esta não se realizará, conforme inteligência do disposto no art. 334, §4º, I, do NCPC.

184 Art.515, III; art. 725, VIII, NCPC

185 CASTELO BRANCO, Janaína Noletto Soares. A Adoção de Práticas Cooperativas pela Advocacia Pública: Fundamentos e Pressupostos. Tese (Tese em Direito) – UFC. Fortaleza, p.134, 2018.

186 Enunciado n. 253 do FPPC: O Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte.

187 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil Comentado. 3.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodvim, p. 331, 2018.

plenamente convencido de que tenhamos um novo princípio em razão do art. 190 do Novo CPC, mas tal aspecto interessa mais à Academia do que à praxe forense”.

De certo modo, a afirmação acima possui coerência, contudo deve-se ter em mente o caráter dialógico entre produção acadêmica e prática forense, uma vez que ambas se influenciam mutuamente. Assim, verificar uma gradação de importância sobre o tema seria, nesse ponto, equivocado.

4.3.3 Restrição aos direitos fundamentais no processo

A regra é a existência de exceções. Em razão disso, torna-se insustentável defender que existe algo absoluto no ordenamento jurídico, como se fosse um dogma inafastável.

Hugo Segundo¹⁸⁸ aduz que “O Direito se exprime através de normas, mas não se limita a elas, não sendo, também por isso, correto afirmar que o seu estudo se limita a descrevê-las como dogmas”.

Nessa perspectiva, as normas em geral não são dogmas, com razão também as normas de direitos fundamentais seguirão o mesmo caminho.

Entretanto, o âmbito de proteção dado às normas de direitos fundamentais é maior se comparado às demais normas. Assim, privilegia-se os valores alçados como essenciais pelo Texto Constitucional.

Ao discorrer sobre o tema, mormente sobre uma suposta renunciabilidade dos direitos fundamentais, Marmelstein¹⁸⁹ afirma que “não permitir que uma pessoa, com plena capacidade de discernimento, negocie ou renuncie a direitos fundamentais é violar um dos mais básicos atributos da dignidade humana, que é a autonomia da vontade”.

Impende destacar, a fim de se deixar bastante claro, que o ordenamento jurídico pátrio admite uma mitigação dos direitos fundamentais por meio das exceções. Mas, no que se atine especificamente aos negócios jurídicos processuais, faz-se necessário frisar que a liberdade conferida às partes para negociarem antes ou durante o processo não é ilimitada e, além dos parâmetros legais dispostos no art. 190 do NCPC, o núcleo essencial dos direitos fundamentais, ao se irradiar sobre a cláusula geral de convencionalidade, serve como filtro à renúncia desses direitos.

188 MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Por que Dogmática Jurídica? Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.45

189 MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 441.

Em razão disso, inolvidável a lição de Alexy quando aduz que:

Uma norma somente poder ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição. Se ela for inconstitucional, ela pode até ter a natureza de uma intervenção, mas não a de uma restrição. Com isso, fica estabelecida uma primeira característica: normas são restrições a direitos fundamentais somente se forem compatíveis com a Constituição.

Nessa perspectiva, a norma convencional oriunda do autorregramento da vontade das partes deve ser respeitada, desde que esteja em consonância com a Constituição. Assim, uma convenção que exclua o dever de contraditório e ampla defesa no processo ou que permita a utilização de provas ilícitas adentra um âmbito de restrição que a Constituição não respalda.

Corroborando essa ideia, o ENFAM pacificou entendimento por meio do enunciado nº 37:

São nulas, por ilicitude do objeto, as convenções processuais que violem as garantias constitucionais do processo, tais como as que: a) autorizem o uso de prova ilícita; b) limitem a publicidade do processo para além das hipóteses expressamente previstas em lei; c) modifiquem o regime de competência absoluta; e d) dispensem o dever de motivação.

Vê-se, portanto, que o âmbito de liberdade das partes para convencionar não é ilimitado, funcionando, nesse caso, os direitos fundamentais como limites imprescindíveis às avenças entre os particulares.

Não se defende, por isso, que não haja restrição a direitos fundamentais no processo, devendo, pois, deixar evidente que a cláusula geral de convencionalidade encontra freios não só nos aspectos legais delineados pelo legislador, mas também os direitos fundamentais aplicáveis ao processo, às partes e ao juiz.

Como exemplo de restrição considerada válida pela Jurisprudência do STJ¹⁹⁰, tem-se o fato de a desistência da produção de provas em um processo não significar renúncia ao contraditório e à ampla defesa em qualquer caso.

Por outro lado, uma avença que consigne que somente uma determinada parte não poderá produzir quaisquer provas no curso do processo fere a razoabilidade e o direito fundamental à ampla defesa, pois coloca uma parte em situação de vulnerabilidade. Nesse caso, será importante a atuação do magistrado no controle das convenções processuais.

190 STJ– HC nº 44.800 SP, rel. Min Hamilton Carvalhido, DJ 13.03.2006.

4.3.4 O papel do magistrado

O parágrafo único do art. 190 do NCPC alberga à figura do magistrado um importante atribuição de controle sobre as convenções processuais, podendo agir de ofício ou mediante provocação, mormente quanto à sua validade.

No que se atine às convenções prévias, como anteriores ao processo e, por isso, sem a figura do magistrado, elas não estarão imune ao controle jurisdicional, uma vez que a lei possibilita ao juiz a recusa de aplicação da convenção nos casos de nulidade ou inclusão abusiva em contrato de adesão ou quanto haja manifesta situação de vulnerabilidade entre as partes.

Quanto às convenções processuais incidentais, será mais fácil ao magistrado ter acesso à avença, uma vez que esta será confeccionada já no curso do processo.

Isso não significa que todas as convenções processuais necessitam da ratificação do magistrado. A bem da verdade, a regra é a eficácia direta dos negócios jurídicos processuais, ou seja, independentemente de homologação por parte do magistrado.

Nessa toada, a desnecessidade, em regra, de ratificação do juiz valoriza o autorregramento da vontade das partes e reforça a ideia de emponderamento dos particulares perante o Estado¹⁹¹.

Em recente encontro¹⁹², foi aprovado na II Jornada de Direito Processual Civil o enunciado nº 115 “O negócio jurídico processual somente se submeterá à homologação quando expressamente exigido em norma jurídica, admitindo-se, em todo caso, o controle de validade da convenção”.

O referido enunciado encampa a ideia da excepcionalidade da homologação. Esta seria, portanto, uma condição de eficácia¹⁹³ para determinados negócios processuais, como na convenção que escolhe o administrador da empresa¹⁹⁴ ou na hipótese de autocomposição a fim de interromper a litispendência. Entretanto, em que pesem esses exemplos, a maior expressão da desnecessidade, em regra, da confirmação do magistrado, está insculpida no art. 200 do NCPC¹⁹⁵, responsável por subsidiar a eficácia imediata das convenções.

Desse modo, o magistrado funciona como um terceiro em relação à convenção processual e deve se vincular aos termos da avença¹⁹⁶, de modo a não só cumprir os acordos

191 CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodvim, p. 263, 2018

192 A Jornada ocorreu nos dias 13 e 14 de setembro de 2018.

193 CABRAL. op.cit., p. 264

194 Art. 862, §2º, NCPC

195 Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais.

196 CABRAL. op.cit., p. 270

processuais, mas também promover o seu cumprimento pelas partes.¹⁹⁷

Feitas essas considerações, impende destacar que o juiz, por ser um terceiro que não participa da formação do acordo processual e manter-se em uma equidistância das partes, além de ser um servidor público¹⁹⁸, possui, no âmbito judicial, o dever de agir para evitar que haja afronta aos direitos fundamentais.

Assim, se o negócio jurídico processual, por exemplo, permitir a utilização de provas ilícitas ou retirar a possibilidade de ciência de uma das partes sobre os atos do processo, dará ensejo à atuação do magistrado, o qual deve invalidar a parcela que fere os direitos fundamentais¹⁹⁹.

4.3.5 Sopesamento de valores e preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais nas convenções atípicas

Destaca-se que o direito à liberdade, consectário do princípio do respeito ao autorregramento da vontade, pode ser extraído da Constituição e, por isso, ao entrar em conflito com outros princípios garantidos na matriz constitucional, deve haver uma ponderação no caso concreto.

Os direitos fundamentais, por não serem dotados de caráter absoluto, conferem uma margem de disponibilidade às partes. Contudo, a abrangência dessa disponibilidade é o ponto-chave a ser discutido, uma vez que os particulares ou, até mesmo o Poder Público quando celebra convenções processuais, devem guardar, no âmbito de sua liberdade, o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Nesse viés, Cabral²⁰⁰ destaca que:

nos acordos processuais também se deve buscar a preservação de um núcleo elementar de garantias. Assim como a simples invocação de direitos fundamentais processuais não pode reduzir a autonomia privada a nada - porque a liberdade também é um direito constitucional - de outro lado o procedimento convencional deve respeitar a ideia de garantias mínimas do devido processo.

Desse modo, mais uma vez, ressalte-se o papel do magistrado no controle do teor do negócio jurídico processual, com o fito de evitar prejuízos de grandes proporções, o que

¹⁹⁷ CABRAL. *op.cit.*, p. 271

¹⁹⁸ Essa característica é posta em ressaltado, uma vez que o magistrado, atuando com o longa manus do Estado, está estritamente vinculado às normas do ordenamento jurídico pátrio, mormente as da Constituição, tendo o dever, não a opção, de zelar por elas.

¹⁹⁹ Sobre a possibilidade de invalidação parcial da convenção processual, conferir o enunciado nº 134 do FPPC “Negócio jurídico processual pode ser invalidado parcialmente”

²⁰⁰ CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodvim, p. 385, 2018

ocorreria no caso de se atingir o núcleo essencial dos direitos fundamentais²⁰¹.

Nessa perspectiva, Cabral²⁰² aduz “a intensidade com que os direitos fundamentais perdem efetividade pode levar à invalidade ou inadmissibilidade de uma convenção processual”.

Em razão disso, a depender do caso concreto, duas ingerências sobre esses direitos podem ter resultados distintos. Por exemplo, um acordo que eleve os custos para a propositura de uma demanda judicial pode ser ou não inválido a depender da situação fática.

Nesse caso, se os custos convencionados forem tamanhos que impeçam que a parte recorra ao Poder Judiciário, haverá clara afronta à garantia mínima de acesso à justiça. Por outro lado, se os custos pactuados tiverem uma função de apenas desestimular o litígio judicial, sem, contudo, impossibilitá-lo, estará em conformidade com o núcleo essencial do direito fundamental de acesso à justiça. Assim, o critério da proporcionalidade vai guiar, principalmente, o magistrado no seu dever de controle sobre as convenções processuais.

Ademais, os processualistas vêm sedimentando entendimento sobre a amplitude das convenções processuais, considerando-as válidas em alguns casos²⁰³ e inválidas²⁰⁴ em outros.

Neste ponto, vê-se que a invalidação ocorre, muitas vezes, porque há afronta ao conteúdo de um direito fundamental.

Em razão disso, afora os parâmetros legais dispostos no art. 190 do NCPC, a vontade das partes do negócio processual devem sempre se ater à preservação de uma garantia mínima dos direitos extraídos, explicitamente e implicitamente, do Texto Constitucional.

201 CABRAL. *op.cit.*, p.386

202 CABRAL. *op.cit.*, p.386

203 O enunciado 19 do FPPC exemplifica algumas convenções atípicas válidas “São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; 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; a escolha consensual de depositário administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal”.

204 O Enunciado 20 do FPPC discorre sobre convenções inválidas “Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância, acordo para afastar motivos de impedimento do juiz, acordo para criação de novas espécies recursais, acordo para ampliação das hipóteses de cabimento de recursos”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se que, diferentemente da celeuma que havia no Código de Processo revogado, não há mais dúvidas acerca da possibilidade de as partes realizarem acordos processuais atípicos, mormente porque há disposição específica a respeito dessa tratativa.

Também é possível perceber a importância atribuída à vontade das partes, em razão de elas terem controle e entenderem as peculiaridades que mais lhe interessam, por meio do reconhecimento do princípio do respeito ao autorregramento da vontade.

O reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais serve, então, como instrumento de controle de validade e de limitação à criatividade das partes na realização das convenções processuais.

Deve-se pautar a aplicação dos direitos fundamentais por meio da proporcionalidade, uma vez que, nem mesmo os valores erigidos a direitos essenciais pelo Texto Constitucional são absolutos.

Nesse sentido, destaca-se o papel do magistrado no controle de validade das cláusulas do acordo processual, o qual deve se nortear pelas limitações legais e, principalmente, pelos direitos fundamentais, buscando, por fim, a preservação do seu núcleo essencial.

As peculiaridades do caso concreto, portanto, estabelecerão se há conformidade ou não da avença com os limites legais e constitucionais, não sendo possível falar em fórmulas exatas capazes de adequar a convenção automaticamente aos limites impostos pelos direitos fundamentais nas relações entre os particulares principalmente.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Editora Malheiros, 2011.
- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **Das Convenções Processuais no Processo Civil**. Tese (Tese em Direito) – UERJ. Rio de Janeiro, 2014.
- ALVIM, J. E. Carreira. **Teoria geral do processo**. – 21. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- BRASIL. Decreto – Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 25 out. 2018.
- BRASIL. Lei nº 13105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 25 out. 2018.
- BRASIL. Lei nº 9099, de 26 de setembro de 1995. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 25 out. 2018.
- BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 26 out. 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição de 05 de outubro de 1998. **Constituição o da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 25 out. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 44800. Relator: MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO. Brasília, DF, 09 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7173857/habeas-corpus-hc-44800-sp-2005-0096240-1/inteiro-teor-12902129>>. Acesso em: 26 out. 2018
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista. São Paulo: EDIPRO, 2014.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2016.
- BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros.
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.
- CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2018.
- CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords). **Negócios Processuais**.

Salvador: Juspodvim, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 31. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017

CASTELO BRANCO, Janaína Noletto Soares. **A Adoção de Práticas Cooperativas pela Advocacia Pública: Fundamentos e Pressupostos**. Tese (Tese em Direito) – UFC. Fortaleza, 2018.

DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1. Salvador: Juspodvim, 2016.

DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. **A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa** A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, jan./mar. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i67.475.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. **Teoria geral do novo processo civil**. - 2. ed. - São Paulo: Malheiros, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de. CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo**. 2. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016)

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**; volume único. São Paulo: Saraiva, 2017.

HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. **La tutela de los derechos fundamentales**. San José: Juricentro, 1990.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

JUNQUEIRA, Fernanda Antunes Marques. MARANHÃO, Ney. **Negócio Processual no Processo do Trabalho: Apontamentos Gerais**. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v.6, n. 55, out/nov. 2016.

KAFKA, Franz. **O processo**. Tradução Modesto Carone. São Paulo: Companhia de Bolso, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução J. Cretella JR e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. 4. ed. rev., atual. e ampl.- Salvador: Juspodvim, 2016.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Por que Dogmática Jurídica?** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodvim, 2018.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Juspodvim, 2017.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução: Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgangm. MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional** – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004)

SCHOPENHAUER, Arthur. **A Arte de ter Razão**. Revisão da Tradução de Francisco Volpi. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014

SILVA, José Afonso da. **A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord). **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.