

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA” CENTRO
UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
MESTRADO EM DIREITO

HUGO RAFAEL PIRES DOS SANTOS

**NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: O AUTORREGRAMENTO DA
VONTADE E A ATUAÇÃO DO JUIZ**

MARÍLIA
2018

HUGO RAFAEL PIRES DOS SANTOS

NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: O AUTORREGRAMENTO DA VONTADE E A
ATUAÇÃO DO JUIZ

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília, mantido pela Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Teoria do Direito e do Estado, tendo como linha de pesquisa “Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica”.

Orientador: Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado

Co-orientador: Prof. Dr. Eduardo Cambi

MARÍLIA
2018

SANTOS, Hugo Rafael Pires dos.

Negócio jurídico processual: o autorregramento da vontade e a atuação do juiz / Hugo Rafael Pires dos Santos; Orientador: Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado. Co-orientador: Prof. Dr. Eduardo Cambi. Marília, SP [s.n.], 2018.

95 f.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Mestrado em Direito, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2017.

1. Autorregramento da Vontade 2. Cláusula Geral 3. Cooperação Processual 4. Poderes do Juiz.

CDD:

DEDICATÓRIA

*Dedico este trabalho especialmente a meus
queridos pais, Joaquim e Edna.*

AGRADECIMENTOS

Há uma música que diz bem a sensação que me causa poder finalizar esta dissertação, depois de dois anos de estudos e trabalhos, na correria do dia a dia, que às vezes causa o medo de fracassar diante do tempo. A música da qual eu falo se chama “Anjos de Plantão”, de autoria de Ivo Mozart, a qual retrata que “agradecer também faz parte da oração”.

Por vezes na vida, os nossos sonhos e objetivos acabam se dissipando entre os problemas e desafios a que somos sujeitos; nesses momentos é preciso muito mais do que coragem e certa irresponsabilidade sadia para poder seguir em frente e superar os obstáculos: é preciso ter com quem contar e em quem confiar, afinal não nascemos feitos e acabados: vamos nos fazendo um dia após o outro em um universo que nem sempre conspira a nosso favor. É como se a vida fosse mesmo uma escada de degraus vacilantes, que a qualquer deslize nos derruba sem dó ou pesar, porque afinal somos responsáveis pelas nossas condutas e pelos rumos que livre e espontaneamente decidimos seguir.

E se agradecer também faz parte da oração, eu não posso deixar de agradecer a Deus por ter me dado a “sorte” de estar no lugar certo e na hora certa quando resolvi cursar o Mestrado no UNIVEM, especialmente por ter me dado a graça de ser aluno bolsista da CAPES e, também, por nunca tirar de mim os sonhos e a força de vontade de torná-los reais.

Em consequência, devo agradecer ao Programa de Mestrado do UNIVEM, na pessoa do professor Lafayette Pozzoli, pela concessão da bolsa de estudos CAPES, sem o que eu não teria conseguido trilhar tal caminho acadêmico. Obrigado por abrir as portas ao meu projeto de vida.

Agradeço ao meu orientador, professor Edinilson Donisete Machado, por de pronto me aceitar como orientando, bem assim por confiar nos meus estudos e se disponibilizar sempre a me mostrar o melhor caminho a seguir na feitura do presente trabalho, fato que me causa grande alegria.

Agradeço, por sua vez, ao professor Eduardo Cambi, que igualmente se disponibilizou a me co-orientar na produção do presente trabalho, possibilitando assim um valioso intercâmbio entre a Universidade do Norte do Paraná e o UNIVEM, pelo que se faz mister agradecer ao professor Tiago Cappi pelas valorosas considerações feitas acerca do trabalho ora desenvolvido.

Estendo os meus agradecimentos aos professores Daniel Marques de Camargo, Ricardo Alonso e Rafael de Lazari, que desde o início apostaram no meu ingresso no Mestrado e me ofereceram todo o suporte necessário para prosseguir em frente. E que bom que segui, porque tive a honra e a satisfação de fazer grandes amizades durante essa experiência, amigos aos quais cumprimento sem indicar nomes, para não incorrer na injustiça do esquecimento.

No plano familiar, todo o agradecimento do mundo seria pouco para espelhar o quão grato eu sou a meus pais, Joaquim e Edna, por todos os sacrifícios que fizeram para que eu pudesse concluir minha graduação e pós-graduação *lato sensu* em direito, além do apoio incondicional que me ofereceram quando do meu ingresso no Mestrado. E não só por isso, o carinho, o amor e o incentivo no olhar deles me guiaram quando tudo parecia desprovido de luz.

Agradeço, por fim, à minha noiva, Daniela Fátima Alecrin Simionato, que me fora apresentada pelo Mestrado, e que se revelou o maior presente, a melhor nota ou a mais bela história que eu poderia narrar. Obrigado, minha “Zikinha”, por todo o apoio, por acreditar nos meus e nos nossos sonhos, sem tempo ruim e com demonstrações diuturnas de amor, carinho e respeito de quem veio para ficar. Uma vida será pouco para nós...

A todos, muito obrigado.

Ao infinito... e além!

"Juízes, não sois máquinas! Homens é o que sois!"
Charlie Chaplin – O Último Discurso.

SANTOS, Hugo Rafael Pires dos Santos. **Negócio jurídico processual: o autorregramento da vontade e a atuação do juiz.** 2018. 95 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2018.

RESUMO

A partir da linha de pesquisa intitulada “crítica aos fundamentos da dogmática jurídica”, do Programa de Mestrado do UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília, o trabalho visa demonstrar, por meio do método hipotético-dedutivo, que o negócio jurídico processual pode proporcionar às partes o pleno acesso à justiça, uma vez que democratiza o processo. Não se pode olvidar, contudo, a natureza jurídica do processo (direito público), cujo fim se presta à pacificação social, de modo que o realce ao autorregramento da vontade nas relações processuais poderia, em tese, resultar em conflito com os poderes do juiz. Diante disso, indaga-se: como conciliar o autorregramento da vontade e os poderes do juiz? Como manter a harmonia e o espírito cooperativo entre todos os sujeitos do processo, de modo a permitir que as partes sejam atuantes naquilo que respeita aos ritos processuais? Toda e qualquer negociação processual estará sujeita ao controle de validade e/ou eficácia pelo juiz? De que forma deverá ser a atuação do magistrado em um processo participativo? Problematicada a matéria, sobretudo quando se põe os olhos na cláusula geral para que as partes convençam sobre questões procedimentais, é de se ter em conta que o processo deve ser, na medida do possível, policêntrico, multiportas e democrático, a partir de uma nova dimensão dos poderes do juiz, sem que se incorra em “privatização” da relação processual, tampouco em centralização do protagonismo na figura do presidente da lide (juiz). Por fim, pode-se afirmar que os negócios jurídicos processuais conferem aos sujeitos do processo a possibilidade de flexibilização dos ritos procedimentais, a fim de que o processo se adeque mais e melhor às especificidades do caso concreto, seja de forma típica ou atípica, unilateral, bilateral ou plurilateral, a possibilitar que as partes convençam sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, com apoio na necessária cooperação processual entre todos os sujeitos do processo.

Palavras-chave: Autorregramento da Vontade. Cláusula Geral. Cooperação Processual. Poderes do Juiz.

SANTOS, Hugo Rafael Pires dos. **Negócio jurídico processual: o autorregramento da vontade e a atuação do juiz.** 2018. 95 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2018.

ABSTRACT

From a research line headlined as “criticism to the legal dogmatics fundaments”, of the Master's Program of UNIVEM – Centro Universitário Eurípides de Marília, this paper aims to demonstrate, by means of the hypothetical-deductive method, that the legal procedural arrangement is able to provide the parties with absolute access to justice once it democratizes the process. It must not be forgotten, however, the legal nature of the process (public law) whose purpose is the social pacification, so that the highlight to self-rule of process relations could, hypothetically, result in a conflict with the judge's powers. Thus it must be questioned: how to conciliate the autonomy of the will to the judge's powers? How to keep harmony and cooperation between all the parties in the process in order to allow them to be operative on matters concerning to process rites? Is every procedural negotiation susceptible to the validity and efficacy control by the judge? How should the judge's acting be in a collaborative process? Once settled the quandary, chiefly when examining the general clause so that parties negotiate about procedure issues, it has to be taken into account that the process, within the bounds of possibility, must be polycentric, broad-based and democratic, from a new dimension of the judge's powers, neither turning the procedural relation into private, nor centralizing the role on the judge. At last, it's possible to state that legal procedural arrangements provide parties with the possibility to make the procedure rites flexible in order to superiorly adjust the process to the specifics of the real case, whether it is typical or atypical, unilateral, bilateral, multilateral, so that parties determine about the onus, powers, faculties and legal duties, relying on the necessary procedural cooperation amongst all parties in the process.

Keywords: Autonomy Of The Will. General Clause. Process Cooperation. Judge's Powers.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
CAPÍTULO 1 – APONTAMENTOS HISTÓRICOS ACERCA DOS MODELOS PROCESSUAIS.....	14
1.1 Por que o Estado?.....	15
1.2 Modelo processual adversarial: destaque à vontade das partes	20
1.3 Modelo processual inquisitorial: o publicismo e o protagonismo do juiz.....	21
1.4 Modelo processual cooperativo: a cooperação entre os sujeitos do processo no Código de Processo Civil de 2015.....	24
1.5 O processo brasileiro e o autorregramento da vontade ao longo do tempo	31
CAPÍTULO 2 – A ESTRUTURA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS.....	39
2.1 O fato e o fato jurídico no plano da teoria geral do direito	40
2.1.1 O ato jurídico em sentido estrito e o ato-fato jurídico.....	42
2.1.2 O negócio jurídico.....	43
2.2 Os fatos jurídicos sob a ótica processual.....	45
2.3 Considerações em torno dos negócios jurídicos processuais: existência, validade e eficácia	49
2.4 Negócios jurídicos processuais típicos e atípicos	53
2.4.1 Possibilidades decorrentes dos negócios jurídicos processuais típicos.....	57
2.4.2 Possibilidades decorrentes dos negócios processuais atípicos	60
CAPÍTULO 3 – A DIALÉTICA SOB A ÉGIDE DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL	64
3.1 Dos poderes do juiz.....	65
3.2 O autorregramento da vontade e atuação do juiz no processo	68
3.2.1 O controle judicial do negócio jurídico processual.....	70
3.3 Entre limites aos negócios jurídicos processuais.....	72
3.4 Entre possibilidades de negócios jurídicos processuais (um pouco mais...) complexos: três hipóteses possíveis.....	74
3.5 O almejado diálogo entre as partes e o juiz.....	82
CONSIDERAÇÕES FINAIS	87
REFERÊNCIAS	90

INTRODUÇÃO

Parece clichê, mas é boa verdade que o ser humano, ser gregário por natureza, possui uma inquietude em si que o impede de acomodar-se com as mesmices que se instalam de modo paulatino e vacilante a partir do menor descuido na superação de toda rotina. Pode levar anos, décadas, ou mesmo séculos para que uma *praxis* seja superada, contudo sempre haverá alguém em busca da mudança, em busca de um progresso que, por vezes, custa a ocorrer, especialmente quando se está diante de um país subdesenvolvido e marcado pelo atraso.

Na seara dos estudos, essa busca se consolida por meio de leituras, escritos, debates e até mesmo erros, de tal sorte que somente o tempo — sempre essa força capaz de mudar até as pedras — é capaz de dobrar a esquina da história para apresentar um novo horizonte àqueles que acreditam num futuro melhor.

Na quadra processual civil, não poderia ser diferente.

Neste norte, o negócio jurídico processual confere maior destaque à participação das partes na relação processual, as quais deixam de ser meras espectadoras dos atos e pronunciamentos do juiz, para enfim integrar a dialética processual e colaborar efetivamente no direcionamento da marcha gradual do processo.

Para ilustrar a condição das partes como espectadoras, é interessante comparar o processo a um televisor no qual figura apenas o juiz como personagem principal; é como se as partes não pudessem influenciar o cenário e a trama da história que passa em frente aos seus olhos, embora detenham o controle que liga o aparelho — em termos processuais, a liberdade que as partes têm de ingressar ou não com a demanda está atrelada aos princípios da demanda, da inércia da jurisdição e do impulso oficial.

No entanto, no cenário da vida real, a trama desenvolvida na tela diz respeito a interesses e direitos das mesmas partes que deram início à relação processual, é, portanto, mais que ficção, é a tragédia humana exposta nas misérias do processo, daí por que se cobra verdadeira e efetiva possibilidade de atuação proativa de todos os sujeitos processuais, em uma comparticipação capaz de tornar o processo uma comunidade de trabalho consubstanciada na cooperação e no devido processo legal.

Voltando àquela parábola acima comentada, é como se as partes saíssem do sofá e fossem literalmente conduzidas para dentro da tela, para dentro dos bastidores do processo, protagonistas ao lado do juiz e dos demais sujeitos que integram a lide.

Traçadas essas primeiras considerações, cumpre sublinhar que o negócio jurídico processual não representa, propriamente, uma novidade na ordenação jurídica brasileira, haja vista que já era previsto no Código de Processo Civil revogado. De todo modo, a negociação processual ganhou especial relevo com o Código de Processo Civil de 2015 (o qual reafirma a necessidade do contraditório pleno e substancial, da cooperação processual e do efetivo e democrático acesso à justiça), uma vez que agora há no texto normativo uma cláusula geral para a feitura de tais negócios, pelo que são analisadas neste trabalho algumas possibilidades decorrentes da negociação processual, em consonância com o devido processo legal.

O primeiro capítulo do trabalho aborda, assim, os aspectos históricos dos negócios jurídicos processuais, com reserva de espaço considerável para a análise dos modelos processuais existentes ao longo da história, quais sejam: adversarial, inquisitorial e, por fim, cooperativo.

No segundo capítulo é a vez de tratar dos negócios jurídicos processuais propriamente ditos, momento em que são apresentadas ideias acerca dos fatos e atos jurídicos, da cláusula geral contida no artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, do regime jurídico e objeto dos negócios processuais, bem assim apontamentos em torno dos planos da existência, validade e eficácia dos negócios jurídicos processuais, tudo com vistas a estabelecer um ambiente propício para a compreensão do tema ora proposto. Ainda, são apresentadas hipóteses derivadas dos negócios jurídicos processuais típicos e atípicos.

Por seu turno, o terceiro capítulo versa sobre o autorregramento da vontade e a atuação do juiz, com o fito de revelar como deverá ser a dialética processual diante da cláusula geral que permite às partes negociarem em torno de matérias processuais.

De efeito, a possibilidade de as partes flexibilizarem regras procedimentais gera, dentre outros, os seguintes questionamentos: como conciliar o autorregramento da vontade e os poderes do juiz? Como manter a harmonia e o espírito cooperativo entre todos os sujeitos do processo, de modo a permitir que as partes sejam atuantes naquilo que respeita aos ritos procedimentais? Toda e qualquer negociação processual estará sujeita ao controle de validade e/ou eficácia pelo juiz? De que forma deverá ser a atuação do magistrado em um processo participativo?

Em tempo, tem-se que o negócio jurídico processual será tão mais efetivo na medida em que se consagrar o diálogo entre as partes e o juiz, de modo a evitar o autoritarismo do juiz, assim como o excesso de liberdade processual aos litigantes, em respeito às regras norteadoras do processo.

A presente pesquisa visa demonstrar que o negócio jurídico processual pode proporcionar às partes o pleno acesso à justiça, além de melhorar a qualidade das decisões judiciais (porque certamente diminui a probabilidade de insatisfação com as decisões, uma vez que valoriza a vontade das partes), de tornar o processo mais democrático e policêntrico, e finalmente, de garantir o direito fundamental ao devido processo justo e constitucional.

É consabida, contudo, a dificuldade de se estabelecer limites e parâmetros capazes de criar um cenário harmônico entre o privado e o público no processo, mas eis a beleza da pesquisa científica: buscar meios para melhorar um instituto a partir do dever-ser, livre de qualquer pretensão de fixar verdades absolutas ou respostas de questões que ainda nem foram feitas.

Impende frisar que a pesquisa, embora consubstanciada no método hipotético-dedutivo, desvela em suas entrelinhas — por assim dizer — a necessidade de mudança de comportamento dos atores do direito, aliada à esperada mudança estrutural do Judiciário, por serem pontos nevrálgicos para que a aplicação dos negócios jurídicos processuais seja efetiva e concreta.

Sem descurar da diversidade de direções que poderiam ser tomadas, as razões que justificam a presente pesquisa se dirigem ao fato de que o Código de Processo Civil de 2015 é o primeiro todo elaborado dentro de um regime democrático no Brasil, o que se revela através do Capítulo I do Código de Processo Civil de 2015, com dispositivos que albergam normas de diretrizes fundamentais, as quais repetem, por sua vez, preceitos de ordem constitucional.

Nessa toada, considerando que o Código de Processo Civil de 2015 é, em grande parte, essencialmente democrático, a justificativa maior para a realização do indigitado trabalho não é outra senão a efetiva valorização da vontade das partes no processo, sem que isso incorra em interferências indevidas e conflituosas com os poderes do juiz.

CAPÍTULO 1 – APONTAMENTOS HISTÓRICOS ACERCA DOS MODELOS PROCESSUAIS

Não age com acerto o estudioso que, na ânsia de vencer o tempo, se divorcia da abordagem histórica em torno do tema que elegeu para pesquisa, porque alcançará resultado incompleto em seus estudos, também porque suas conclusões serão, via de regra, limitadas, equivocadas e facilmente combatidas, dado que não terá o amparo que o passado fornece à compreensão do presente.

Deveras, quando se analisa o presente apenas e tão somente com os olhos voltados para a atualidade, dificilmente se compreende o porquê desse ou daquele fato existir dessa ou daquela forma, assim como raramente se questiona aquilo que está posto. E talvez seja exatamente assim que surgem os dogmas, os axiomas, as repetições de inverdades como se verdades fossem, as certezas absolutas (próprias daqueles que se autointitulam donos da razão) e os conformismos tão característicos de quem se contentou com a superficialidade das informações rápidas e encurtadas.

Assim se dá na ciência processual civil, de sorte que aquele que se lança a estudar o processo não pode, nem deve contentar-se apenas em ler artigos de lei e memorizar as regras processuais, sem se atentar para as razões históricas que conduziram a sociedade hodierna a adotar as regras e previsões contidas no Código.

Conforme assinalado por José Lourenço: “O surgimento do homem coincide com o da autonomia da vontade, garantida pela característica exclusiva humana de raciocinar com coerência e criatividade e de se comunicar, que o distingue dos demais seres vivos” (LOURENÇO, 2001, p. 13–14).

Consabido que na esfera das relações de direito material o autorregramento da vontade é o esteio para o desenvolvimento e concretização dos interesses privados, com fulcro na liberdade conferida pelo Estado aos sujeitos para que autorregulem seus comportamentos sociais, desde que em consonância com as regras jurídicas, a exemplo do artigo 104 do Código Civil.¹

Por sua vez, no âmbito processual, é de se frisar que a vontade das partes nem sempre recebeu atenção devida do legislador no curso da história, pelo que se faz necessária a abordagem do passado para entender como e por que se chegou à conclusão de que não se

¹ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

deve considerar apenas o juiz como protagonista da lide, assim como é reducionista a ideia de que o processo é coisa das partes, razão pela qual no modelo processual cooperativo todos os sujeitos são igualmente protagonistas.

Dito desta forma, anuncia-se que a história contemplou três grandes modelos processuais, a saber: i) modelo processual adversarial ou adversativo; ii) modelo processual inquisitorial ou inquisitivo; e iii) modelo processual cooperativo, ora em curso. É sobre esses três modelos que se voltará a atenção no presente capítulo, revolvendo-se às reminiscências históricas que influenciaram as mudanças ocorridas ao longo do tempo no modo de ser do processo. Antes disso, far-se-á uma parada breve para apresentar o porquê de existir o Estado para regular as relações entre as pessoas em sociedade.

1.1 Por que o Estado?

Se o homem nasceu livre, por que razão decidiu ceder parte de sua liberdade para poder conviver sob os mandamentos de um Estado? Se todo o poder emana do povo, por que exercê-lo por meio de representantes eleitos?

É conhecido o fato de o homem ser, verdadeiramente, um ser gregário, que necessariamente convive em sociedade, e fora dela não sobreviveria. Essa convivência, no entanto, tende a gerar conflitos, a se fazer necessária a estipulação de regras a serem cumpridas e observadas por todos, em maior ou menor medida, conforme o contexto histórico em que se vive, pois quanto mais liberal for o Estado, menor será a intervenção na vida das pessoas, ao passo que quanto mais autoritário for, menos liberdades ainda terá o povo.

De efeito, o homem primitivo valorizava sobremodo a liberdade de poder reger-se de acordo com suas vontades e convicções, quando não havia, àquela época, a figura de um juiz, tampouco a de um Estado para regular a convivência social, de modo que ao surgimento de um conflito de interesses entre os membros da sociedade, cada um resolvia o imbróglio da forma que melhor lhe convinha, por meio da força física ou do tirocínio, em clarividente senso de vingança, ao invés de justiça (RODRIGUES; LAMY, 2016).

Tratava-se, pois, da autotutela exercida diretamente pelas e entre as partes envolvidas, sem a presença ou a intervenção de um terceiro, donde se conclui, com os olhos do século XXI, que o mais forte, mais esperto ou mais destemido naturalmente venceria a contenda, mesmo que desprovido de razão.

Deste modo, a autotutela se consubstanciava muito mais na força física e na astúcia individual do que em qualquer regra ou lei que impusesse limites ao homem, mesmo porque

inexistente qualquer regramento estatal àquele tempo. Em comentários à autotutela, Dinamarco, Grinover e Cintra pontuam que:

[...] encarando-a do ponto-de-vista da cultura do século XX, é fácil ver como era precária e aleatória, pois não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido (2009, p. 27).

Nada obstante, qualquer crítica atual a esse modelo de resolução de conflitos é, no mínimo, injusta. A uma porque as pessoas não dispunham de um julgador imparcial para solucionar a desavença; a duas porque, apesar de todas as mudanças sociais, políticas e ideológicas ocorridas ao longo dos séculos, ainda hoje determinadas situações autorizam a autotutela (autodefesa) exercida diretamente pelas partes, com a diferença de que tais hipóteses encontram hodiernamente previsão legal, uma vez que é a lei quem permite indigitada atuação direta das partes.

Facilmente se averigua que esse estado de coisas sem lei não propiciava segurança alguma, porquanto a qualquer tempo poderia aparecer um sujeito mais forte ou mais ousado que o outro para usurpar-lhe a honra, tomar-lhe o patrimônio e/ou tirar-lhe a vida sem qualquer justificativa.

A rigor, a autotutela não era o único meio de resolver os conflitos nos primórdios da história, vez que havia também a autocomposição, a qual se dava por decisão das próprias partes, mas sem a disputa propriamente dita, dado que se compunha (e ainda se compõe...) da *renúncia* ou *desistência*, da *submissão* ou *reconhecimento* do direito de outrem, bem como da *transação* ou *autocomposição em sentido estrito* (RODRIGUES; LAMY, 2012, p. 12).

Tal qual a autotutela, a autocomposição é permitida, adotada e até incentivada ainda nos tempos atuais, consoante se denota do próprio artigo 190 do Código de Processo Civil, que confere a possibilidade de as partes convencionarem sobre regras procedimentais (negócio jurídico processual), além da conciliação e mediação, para citar apenas alguns poucos exemplos de autocomposição, a qual pode se dar tanto de forma extraprocessual (fora do processo), quanto endoprocessual (no curso do processo).

De efeito, na concepção de Horácio Wanderley Rodrigues e Eduardo de Avelar Lamy: “Na autocomposição tem-se a eliminação do conflito por obra dos próprios litigantes, sem que haja a imposição da vontade de um terceiro ou de uma das partes à outra, mas desde que tais partes possam dispor dos direitos envolvidos no litígio” (2016, p. 03).

Verifica-se, assim, a concretização da vontade das partes acerca do direito material debatido, aliás, a autocomposição é exemplo de negócio jurídico processual, tendo em vista que representa um meio alternativo de resolução de conflitos, expressão máxima do processo multiportas, policêntrico. Neste aspecto, o Código de Processo Civil de 2015 incentiva mesmo a resolução de conflitos por meio da autocomposição, de conformidade com os artigos 165², 166³, 174⁴, 319, inciso VII⁵, 334⁶ e 694⁷, para citar apenas alguns exemplos.

José Rogério Cruz e Tucci reconhece que:

Não é preciso registrar que, à luz desse novo horizonte que se descortina sob a égide do novo Código, a efetivação de negócios jurídicos processuais, no plano do direito material, ganha inegável relevo.

Assim, uma vez passível de composição suasória o direito questionado, as partes, transigindo, podem celebrar acordos acerca do objeto litigioso, circunstância implicativa da extinção do processo, pela sua inarredável inutilidade superveniente.

Encerrada a desavença no plano do direito substancial em decorrência do negócio jurídico consubstanciado na transação (*efeito material*), aflora, de forma inexorável, o seu *efeito processual*, que é, conseqüentemente, o de determinar a prolação de sentença homologatória, como se o próprio mérito tivesse sido examinado pelo órgão jurisdicional (2016, p. 24–25).

De forma similar, a arbitragem é forma de resolução de conflito que igualmente depende da vontade das partes, de modo que, uma vez convencionada entre as partes, afasta-se a competência do Poder Judiciário para cuidar do caso, que será resolvido por um árbitro eleito pelas próprias partes.

² Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

³ Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

⁴ Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como: I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública; II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública; III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

⁵ Art. 319. A petição inicial indicará: (...) VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

⁶ Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

⁷ Art. 694. Nas ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação.

Neste sentido:

Na arbitragem, o árbitro (que poderá ser único ou um colegiado composto por número ímpar de pessoas) é escolhido pelas partes por meio de compromisso ou de cláusula arbitral. O terceiro que participa da solução do processo é eleito pelas partes, e não necessariamente aplicará o ordenamento jurídico, o direito estatal positivado nas normas jurídicas vigentes. Não trata obrigatoriamente de um advogado ou de um técnico, pois as partes escolherão também o critério de julgamento. Diferentemente do mediador e do conciliador, o árbitro decide quem tem razão, devendo fazê-lo de forma rápida (RODRIGUES; LAMY, 2016, p. 6).

Ainda de acordo com Horácio Wanderlei Rodrigues e Eduardo de Avelar Lamy:

O processo teve seu germe na arbitragem, a partir do momento em que esta se tornou compulsória. No momento em que o Estado, paulatinamente, passou a entender que competia a ele, e não às partes, indiciar o árbitro para a resolução dos conflitos e atuação do direito, começa a história do processo jurisdicional, a qual necessita hoje equilibrar os papéis dos atores processuais, garantindo que as partes sejam efetivamente compreendidas e que as decisões sejam qualitativamente fundamentadas (CPC de 2015, art. 489) (2016, p. 8).

Afora o passado histórico da arbitragem, que de facultativa passou a ser compulsória e obrigatória, com o que se deu origem ao processo, atualmente tem ela (a arbitragem) o condão de afastar a apreciação do caso pelo Poder Judiciário, se alegada sua existência pelo réu (CPC/2015, art. 337, inciso X⁸), o que revela a sua força, de tal sina que contemporaneamente a sentença arbitral é título executivo judicial.

Como se nota, de todas as formas de resolução de conflitos ditas até aqui, em todas elas se verifica a predominância da vontade das partes na resolução, desde a autotutela, passando pela autocomposição até culminar na arbitragem. É interessante como a história vai conduzindo o homem — ou o homem vai conduzindo a história —, até culminar naquilo que expresse a melhor forma da convivência humana e social, porquanto seja exatamente isso que ocorrera com as fases e experiências atravessadas e tidas ao longo dos tempos pelo homem no trato com os problemas que soem acontecer em consequência da relação interpessoal.

Segundo Hans Kelsen, necessariamente deve haver um Estado, um Estado que possua regras, ou seja, deve haver um poder para comandar e controlar as relações do homem em sociedade. Ademais, se a sociedade deve existir como sistema distinto da natureza, a norma acaba por se opor à lei causal, uma vez que a “volta à natureza” implicaria na

⁸ Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar: (...) X - convenção de arbitragem.

libertação dos vínculos sociais, ao passo que a ascensão à sociedade significa libertação do estado de natureza (2000, p. 28).

Nas palavras de Miguel Reale:

Pode-se mesmo dizer que o progresso da cultura humana, que anda *pari passu* com o da vida jurídica, obedece a esta lei fundamental: verifica-se uma passagem gradual na solução dos conflitos, do plano da força bruta para o plano da força jurídica. Nas sociedades primitivas, tudo se resolve em termos de vingança, prevalecendo a força, quer do indivíduo, quer da tribo a que ele pertence. Ofendido o indivíduo, a ofensa se estende imediatamente ao clã, que reage contra o outro grupo social, numa forma de responsabilidade objetiva (2012, p. 75).

Diante disso, com o intuito de estabelecer a liberdade como fundamento da organização social, o homem abdicou de sua liberdade em estado natural para então atribuir ao Estado, aos poucos e não de forma gradativa e cronológica, o poder de instituir as regras sociais, as normas de controle, isto é, o direito.

Com o fortalecimento do Estado, as decisões proferidas pelos juízes passaram a ter força imperativa e autoridade perante as partes e a sociedade. Portanto, quando se fala em sociedade, fala-se no avesso disso em direito, e vice-versa. Dinamarco, Cintra e Grinover assinalam de forma esclarecedora que essa relação intrínseca entre Estado e direito se deve exatamente à “função que o direito exerce na sociedade: a função ordenadora, isto é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre as pessoas e compor os conflitos (...)” (2009, p. 25).

Dessa feita, entende-se que a função do direito é regular, ordenar e coordenar a vida em sociedade, com o propósito de evitar uma “guerra de todos contra todos”, porque naturalmente haverá divergências entre as pessoas que compõem a sociedade, tal qual haverá interesses contrapostos que farão exsurgir conflitos na defesa da propriedade privada, da família e da honra, por exemplo.

Através da jurisdição, o processo começa a ocupar papel de relevo na sociedade, firmando-se como instrumento para a pacificação social. A propósito, a jurisdição está vinculada a três escopos pretendidos pelo Estado: *sociais, políticos e jurídicos*.

Em poucas palavras, o escopo social é a busca pela eliminação de conflitos e consequente pacificação social; o escopo político representa a legitimação da atuação do Estado, por meio do poder que lhe é conferido; por fim, o escopo jurídico está associado à tarefa de melhor aplicar o processo ao caso concreto (BUENO, 2010, p. 87).

Com o surgimento do Estado, tornou-se preciso projetar que forma deveria ser dada ao processo, se o juiz seria apenas um terceiro imparcial para a resolução dos conflitos, em que as partes exerciam papel principal (com destaque à vontade privada), ou se as partes, após o ingresso com a demanda, deveriam apenas cumprir as regras processuais, pouco importando a vontade delas, conferindo ao juiz protagonismo judicial. Daí, a importância de descrever e analisar os modelos processuais havidos no curso da história.

1.2 Modelo processual adversarial: destaque à vontade das partes

O processo nasceu com viés nitidamente privatista, particular, em que imperava as vontades das partes, donde se pode afirmar que o juiz ficava relegado a segundo plano no trilho do procedimento, recebendo papel de destaque apenas e tão somente as partes, as quais detinham o efetivo interesse sobre a relação jurídica de direito material.

Entendia-se, pois, que o processo era coisa das partes⁹, prestava-se para resolver os problemas advindos das relações de direito material, pelo que deveria estar à disposição daquilo que os litigantes entendiam ser melhor ou pior em termos processuais (MOREIRA, 2012, p. 12).

Rainer Sprung observa que o modelo processual adversarial (ou adversativo), podia ser encarado como “um torneio de interesses, em que as partes litigantes se faziam de dirigente e o juiz não era mais que um paciente colaborador – um boneco de engonços, que só se poderia mover, quando as partes lhe puxassem pelo cordel” (1980, p. 143–144).

Disso se denota a natureza liberal do processo em seu surgimento, época em que não se conferia importância pública ao processo. Insta assinalar que não só no processo se expressava o caráter liberal da sociedade, mas em todas as relações pessoais, interpessoais, comerciais e econômicas daqueles tempos já superados. Aqui, releva anotar que essa necessidade liberal do homem se justificava na medida em que a sociedade escapava, a duras

⁹ Sobre o tema, segue ensinamentos de Barbosa Moreira: “Vale a pena recordar que, em época não muito distante – à qual vai a nossa dando a impressão de querer assemelhar-se por mais de um prisma, o processo civil costumava ser visto como ‘coisa das partes’. Tal concepção, que prevaleceu na Europa até a primeira metade do presente século, ligava-se naturalmente à filosofia liberal individualista de que se impregnaram os sistemas políticos então dominantes, e encontrava alento numa peculiaridade do processo civil, como o concebiam e disciplinavam os países europeus: a de ter por exclusivo objeto litígios atinentes a relações jurídicas de direito privado – ao contrário, assinala-se, do que sucede entre nós. Daí a difundida convicção de que ele devia sujeitar-se à ‘soberania das partes’ – reflexo do princípio da autonomia da vontade, entendido em termos praticamente absolutos. À luz de certos aspectos da recente evolução histórica, não será de estranhar que a alguns sorria a ideia de ressuscitar essa moda” (2001, p. 12).

penas, do arbítrio do rei, que cria ser “enviado de Deus”, pelo que poderia agir como melhor lhe convinha, sem observância às regras.

Naquele tempo de arbítrio, o rei podia tomar as terras do fazendeiro, ocupar as casas das famílias, usurpar do poder regente e invadir a esfera de direito privado da pessoa, porque não havia limites que pudessem impedir a sua atuação, o seu domínio.

Não é preciso ir muito longe para perceber que as manchas do passado influenciam de forma bastante intensa o comportamento do ser humano, de tal sorte que o temor de voltar a ser como era antigamente faz com que haja, com a revolução ou com o avanço dos tempos, um excesso de liberdades em contraposição àquilo que restringia, a colocar em risco os interesses dos mais fracos na coexistência social, vale dizer, dos mais pobres.

Basta notar que, da submissão ao arbítrio desmedido, a sociedade saltou para o liberalismo extremado, ou seja, de um salto diametralmente oposto a sociedade superou a arbitrariedade e se lançou a uma liberdade que era privilégio dos mais abastados, apenas. Significa dizer que os mais pobres não eram livres, com o que se deu início a uma verdadeira e desumana dominação do mais forte sobre o mais fraco.

A Revolução Industrial bem demonstrou ao mundo esse cenário, ao revelar como a liberdade contratual exacerbada conduziu à desumana e vil exploração do trabalho, com métodos brutais de exploração econômica, com características piores às da servidão medieval (BONAVIDES, 2009, p. 59).

No processo, a situação era parecida.

Não havia igualdade processual, porque a pseudoliberdade fazia crer que as partes eram livres para se resolverem no processo, bastando para tanto que o juiz meramente aplicasse a lei, segundo aquela premissa de *“dar a cada um o que é seu”*, de tal mote que aquele que nada tinha, portanto, nada mereceria, enquanto que àquele que tivesse grandes fortunas deveriam ser conferidos maiores poderes, maiores influências e maior razão no processo.

1.3 Modelo processual inquisitorial: o publicismo e o protagonismo do juiz

A origem do modelo processual inquisitorial ocorre justamente em um contexto histórico que assistia à dominação do ideal liberal, que se prestava mais aos interesses dos ricos e poderosos, em prejuízo aos mais pobres, conforme narrado no capítulo anterior, fazendo-se necessária maior intervenção do Estado na sociedade, para mitigar as mazelas decorrentes das relações em sociedade.

Tratava-se, pois, do nascimento do Estado Social de Direito (*Welfare State*), o que se deu inclusive por conta do fortalecimento do proletariado, acarretando no aumento do papel do Estado, assim como do Poder Legislativo (BARREIROS, 2011, [p. 80]).

Jorge Miranda pontua que:

Do que se trata é de articular direitos, liberdades e garantias (direitos cuja função imediata é a proteção da autonomia da pessoa) com direitos sociais (direitos cuja função imediata é o refazer das condições materiais e culturais em que vivem as pessoas); de articular igualdade jurídica (à partida) com igualdade social (à chegada) e segurança jurídica com segurança social; e ainda de estabelecer a recíproca implicação entre liberalismo político (e não já, ou não já necessariamente, económico) e democracia, retirando-se do princípio da soberania nacional todos os seus corolários (com a passagem do governo representativo clássico à democracia representativa). Do que se trata é ainda, para tornar efectiva a tutela dos direitos fundamentais, de reforçar os mecanismos de garantia da Constituição; e daí a afirmação de um princípio de constitucionalidade a acrescer ao princípio da legalidade da actividade administrativa e a instituição de tribunais constitucionais ou de órgãos análogos (2003, p. 97).

A preocupação maior era, portanto, com a garantia de direitos sociais, com mais igualdade jurídica e social, além de segurança jurídica e social, com nítido viés de paternalismo estatal, o que culminou, conforme dito, no aumento da participação do Estado na vida das pessoas e da sociedade, com o consequente destaque ao Poder Legislativo na criação de leis para assegurar os direitos sociais, exigindo do Poder Executivo posição ativa no cumprimento das “promessas” legislativas (BARREIROS, 2011, [p. 80]) .

Diante de tantas promessas que foram feitas pelo Poder Legislativo, é certo que o Executivo não conseguiu dar cabo de todas elas, razão pela qual as insatisfações populares desbocaram, no mais das vezes, no Poder Judiciário, como meio para a concretização dos direitos fundamentais garantidos pelo Estado Social.

Neste sentido, Lorena Miranda dos Santos Barreiros:

Naturalmente, as mudanças havidas na conjuntura político-social, impactando diretamente na atividade legislativa e executiva, não deixariam também de influenciar no papel a ser doravante exercido pelos magistrados no contexto do Estado social. O legislador, por um lado, sentiu-se premido pela necessidade de tutelar novos direitos; por outro, estava consciente de que, afinal, a legislação era incapaz de acompanhar a velocidade das evoluções sociais e de prever, tal como outrora pretendido, a totalidade dos comportamentos humanos em sociedade. Como solução, passou a fazer uso de técnica legislativa consistente na utilização de cláusulas gerais, normas de textura aberta e permeáveis às mudanças valorativas havidas no seio da

comunidade, exigindo, assim, do intérprete, uma postura distante da tradicional ideia de mera subsunção do fato à norma.

Dentro desse novo contexto, tem-se que o papel conferido à magistratura diante do surgimento do Estado social e de suas particularidades jurídico-normativas e sociais está intrinsecamente associado ao conceito de criticidade judicial (que, registre-se, não se confunde com a livre e arbitrária criação do direito pelo juiz) (2011, [p. 100]).

Exemplo claro dessa onda de cláusulas gerais é o negócio jurídico processual, que está umbilicalmente ligado à criatividade não só dos juízes (como se dava ao tempo do modelo processual inquisitorial), como também dos advogados, promotores, defensores e demais sujeitos do processo, numa leitura do processo sob a ótica da cooperação.

Contudo, sem a pretensão de se imiscuir em tema que será ainda abordado, impende citar uma vez mais trecho da obra de Lorena Miranda dos Santos Barreiros:

O modelo processual inquisitivo não se coaduna com a predominância das partes na condução do procedimento, assente no Estado liberal. Visto um processo como fenômeno de massa, de interesse do Estado, por certo que a postura do órgão julgador, titular de uma das funções do poder estatal, há de ser não a de um “convidado de pedra” ou de um “árbitro” de uma disputa particular, mas, sim, a de um gestor do processo. E referida missão pressupõe que se confiram ao magistrado maiores poderes e um a mais ampla iniciativa no processo judicial (2011, [p. 95]).

Com efeito, no modelo inquisitorial o juiz é o grande protagonista, sendo os demais sujeitos do processo apenas coadjuvantes de uma relação que se desenvolve e se alinha a partir daquilo que ordenado pelo magistrado, porque de pouco vale, sob tal concepção, o autorregramento da vontade das partes. Sendo assim, as partes apenas possuem relevância para dar início à demanda, de modo que os demais atos processuais devem se submeter apenas e tão somente ao crivo do Estado-juiz.

Sem prejuízo da crítica elaborada por Michele Taruffo acerca do termo “inquisitorial” (2013, p. 58), dada a sua conotação com a “Santa Inquisição”¹⁰, tal

¹⁰ Para Michele Taruffo: “Uma primeira observação de caráter terminológico concerne ao uso do termo <inquisitório>. Esse termo é tão carregado de implicações retóricas que o tornam enganoso ou — na melhor das hipóteses — inútil. As implicações retóricas estão em que esse é normalmente utilizado — invocando mais ou menos explicitamente o espectro da Santa Inquisição, cujos processos não admitiam qualquer direito de defesa do acusado perante um tribunal onipotente — com o escopo de acarretar uma valoração negativa sobre tudo aquilo que lhe é associado. O termo <inquisitório> é enganoso, portanto, porque nunca existiu e ora não existe em nenhum ordenamento de processo civil que possa ser considerado realmente inquisitório: isto é, no qual as partes não têm direitos ou garantias e que todo o processo seja iniciado e conduzido de ofício pelo juiz. De resto, não por acaso a tradicional contraposição entre processo *adversarial* e processo *inquisitorial* é atualmente considerada sem qualquer valor no plano da comparação entre os modelos processuais. Por essas razões, parece

denominação define bem o modelo ora estudado (longe da ideia da inquisição nos tempos medievos, o que não condiz com a realidade do modelo processual inquisitorial).

Isso porque, no modelo em análise se acentua a figura de um juiz que está praticamente desvinculado da vontade das partes no processo, de tal sorte que os atos devem ser cumpridos à risca daquilo que a lei — interpretada pelo juiz — prevê, não sendo o processo ambiente propício para convenções ou negociações, dada a natureza de direito público que lhe é peculiar, ou seja, as negociações vinculadas ao direito material permanecem ao alvedrio das partes, mas uma vez lançada a discussão para o processo, as regras processuais estariam fora do âmbito negocial dos envolvidos na lide.

Tudo isso vai culminar, inclusive, nos poderes instrutórios conferidos ao juiz¹¹, haja vista que, em decorrência da valorização ao publicismo do processo, o paradigma da verdade real (tido por parcela considerável da doutrina como utopia) possibilita ao magistrado a produção de provas não pleiteadas pelas partes litigantes, o que não implica dizer que tal possibilidade ocorra de forma absoluta, a excluir a autonomia das partes na produção de suas provas.

1.4 Modelo processual cooperativo: a cooperação entre os sujeitos do processo no Código de Processo Civil de 2015

O modelo processual cooperativo não resume o poder à pessoa do juiz, assim como está longe de querer concentrar nas partes protagonismo exclusivo na relação processual, logo, indigitado modelo pode ser visto como o meio termo entre o modelo inquisitorial e o adversarial, a configurar verdadeira tentativa de democratizar o processo, de modo que todos

particularmente útil um trabalho de terapia linguística visando à cessação da utilização do termo <inquisitório>, ao menos naquilo que concerne ao processo civil. Ao invés disso, é oportuno falar em *modelos mistos* para indicar aqueles ordenamentos processuais — que atualmente são assaz numerosos — nos quais se preveem mais ou menos poderes instrutórios judiciais extensos, ao lado da plena possibilidade que as partes têm para deduzir todas as provas admissíveis e relevantes para a verificação dos fatos” (2013, p. 58).

¹¹ Apesar de criticável, impende trazer à baila os dizeres de José Roberto dos Santos Bedaque sobre os poderes instrutórios do juiz: “No tocante à relação processual, as partes não devem exercer influência. Assim, em processos cujos interesses discutidos sejam privados, não haverá, necessariamente, o monopólio da instrução da causa pelas partes; o problema aqui não é de disponibilidade ou indisponibilidade do interesse, mas de um instrumento com que o Estado aplica a norma ao caso concreto, atendendo, com isso, a um interesse seu. Mesmo no processo civil, que normalmente versa direito disponível, objetiva-se a realização do direito material. (...) Uma coisa é a relação jurídico-substancial; outra, a relação processual. Esta, uma vez iniciada, deve desenvolver-se de forma a propiciar à função jurisdicional o melhor resultado possível. E tal resultado, quanto mais próximo da realidade fática deduzido em juízo, mais satisfatória será” (2001, p.129–132).

os sujeitos que dele participam possam e devam cooperar entre si, com o fito de que se alcance, em tempo razoável, resposta de mérito justa e efetiva.

Na esteira do que escreve Lorena Barreiros:

Nem às partes nem ao juiz se reserva o papel primordial do processo. Àquele remanescem, como não poderia deixar de ser, a condução formal do processo e o poder decisório. Certos poderes de condução material do processo igualmente lhe são reservados, como os de iniciativa probatória, por exemplo. Às partes, a seu turno, são legadas especialmente a iniciativa de instauração do feito e a delimitação do objeto litigioso do processo. O diferencial do modelo cooperativo, todavia, reside na previsão de deveres cooperação, tanto das partes para com o juiz como deste para com as partes, além de deveres direcionados a outros participantes do processo, a exemplo do advogado, de testemunhas, de auxiliares da justiça etc. Todos devem colaborar para o atingimento da justa composição do litígio (2013, p. 179).

Por outros termos, o modelo cooperativo congratula o princípio do contraditório pleno, dinâmico e substancial, dado que valoriza significativamente a participação das partes na elaboração da decisão judicial, vedada decisão-surpresa (CPC/2015, art. 10)¹². O Código de Processo Civil de 2015 traz previsão expressa à cooperação, de conformidade com o artigo 6º: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

Por *sujeitos do processo* deve-se entender que compreende tanto as partes, quanto os terceiros intervenientes, os sujeitos especiais (promotores de justiça, defensores públicos e advogados — privados ou públicos) (RODRIGUES; LAMY, 2016, p. 190).

Vale aqui fazer uma análise em torno do verbo *dever*, que denota, em tese, que aos sujeitos do processo não é dada a faculdade de cooperar ou não, mas sim a exigência legal, a necessidade de agir cooperativamente. Portanto, quando a parte não tem opção de escolha e necessita agir de determinada forma porque a lei assim determina, sujeito à sanção por seu descumprimento, estar-se-á diante de um *dever jurídico* (AVELINO, 2016, p. 376).

Eros Roberto Grau bem define que:

O dever jurídico consubstancia precisamente uma vinculação ou limitação imposta à vontade de quem por ele alcançado. Definido como tal pelo ordenamento jurídico, o dever há de ser compulsoriamente cumprido, sob pena de sanção jurídica — o seu não atendimento configura comportamento ilícito ([2017], *on-line*).

¹² Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

É de se notar, porém, que falta sanção no Código de Processo Civil de 2015 àquele que age de forma não cooperativa, daí concluir que, tecnicamente, a cooperação processual não pode ser entendida como um dever imposto às partes, em que pese à previsão do artigo 6º do Código de Processo Civil de 2015 em tal sentido.

O próprio Código de Processo Civil de 2015 é vacilante no uso dos termos adequados e técnicos, vez que, enquanto estabelece a cooperação como *dever* no artigo 6º, estatui no artigo 357, § 3º, que:

Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações. (grifamos).

Ora, se dever fosse, as partes não seriam convidadas pelo juiz a integrar ou esclarecer suas alegações, mas ordenadas a assim agir, sob pena de sanção. Com efeito, de conformidade com os ensinamentos de Carnelutti, o dever se caracteriza como o vínculo imposto à vontade do indivíduo, isto é, o dever possui natureza compulsória, sob pena de imposição de sanção (1936, p. 51).

Poder-se-ia dizer que seja um ônus, no sentido de possibilidade jurídica de agir, de sorte que o seu cumprimento espontâneo oportuniza certa vantagem ao agente cumpridor, contudo, se não cumprida referida possibilidade jurídica, apenas desvantagem recairá sobre o sujeito, mas nenhuma sanção lhe será imposta.

No caso em testilha, o legislador optou por utilizar a palavra “dever”, ao invés de “ônus”; além disso, impende frisar que a cooperação processual reflete interesse de todos os sujeitos do processo na busca pela decisão de mérito justa e em tempo razoável, razão pela qual transcende a esfera particular e individual característica da ideia de ônus.

Levada a cabo a discussão em torno do tema, o “problema” da cooperação é agravado quando se analisa a sua existência como regra ou princípio. Impende, assim, traçar algumas sucintas considerações a respeito da distinção entre regras e princípios, sem a lida pretensão de esgotar a matéria, dada a complexidade que lhe é peculiar.

Neste sentido, importantes são as palavras de Robert Alexy:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por

lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos em diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos. Em cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas ou no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio (2002, p. 86–87).

Em suma, os princípios são normas que exigem o cumprimento de determinado feito na maior medida possível, com base naquilo que o caso concreto apresenta. Trata-se, pois, de uma tentativa de otimização da realidade, porquanto nem sempre é possível aplicar por completo um princípio, em razão da provável colisão com outro princípio de igual magnitude, a exigir assim a ponderação pelo aplicador do direito. Já as regras, se válidas, devem necessariamente ser cumpridas em sua totalidade, ou seja, *tudo* ou *nada*, diferentemente dos princípios¹³.

Verifica-se, pois, que o conceito de princípio, em Alexy, é axiologicamente neutro, isto é, não está necessariamente atrelado a qualquer noção de fundamentalidade, de sorte que um princípio pode ou não ser fundamental, “mandamento nuclear do sistema”, porquanto “uma norma é um princípio *apenas em razão de sua estrutura normativa* e não de sua fundamentalidade” (SILVA, 2003, p. 613–614).

A seu turno, Eduardo Cambi diferencia regra e princípio da seguinte maneira:

As regras se esgotam em si mesmas, não tendo nenhuma força constitutiva fora do que elas mesmas significam. Isto é, proporcionam o critério das ações, dizendo *como* se deve ou não se deve agir, em situações específicas, previstas pelas próprias regras. Em contrapartida, os princípios não dizem, diretamente, como se deve agir, podendo ser aplicados, tão somente, diante de situações concretas. Diferentemente das regras, não possuem *suporte fático*, tendo significado operativo apenas frente a determinado caso concreto, vale dizer, não podem ser concebidos em abstrato e seu alcance somente pode ser entendido em razão dos casos concretos. Por isso, possuem uma *autônoma razão* frente à realidade, que, ao colocar-se diante dos princípios, adquire qualidades jurídicas próprias, diversamente das regras, cuja aplicação condiciona o enquadramento do caso concreto ao suporte fático normativo nelas previsto (2016, p. 114).

¹³ Neste sentido, Virgílio Afonso da Silva: “Diante disso, a diferença entre princípios e regras fica ainda mais clara. As regras, ao contrário dos princípios, expressam deveres e direitos definitivos, ou seja, se uma regra é válida, então deve se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais, nem menos. No caso dos princípios, o grau de realização pode, como visto, variar” (2003, p. 611).

Conforme se extrai do excerto acima, os princípios não determinam diretamente como se deve agir. No caso do artigo 6º do Código de Processo Civil de 2015, a cooperação é exposta como um dever, em que pese apartada de sanção, consoante já delineado. Dessa feita, não pode a cooperação ser tida como um princípio, justamente porque prescreve como se deve agir na relação processual.

A propósito, os princípios são mais abrangentes que as regras, porque desprovidos do suporte fático que dá ensejo à regra, isto é, possuem significado apenas quando aplicados ao caso concreto. Por outras palavras, os princípios não se aplicam sobre o caso concreto a partir da subsunção do fato à norma, mas sim por meio da ponderação necessária para a criação de seu significado.

Ocorre, contudo, que da forma como se encontra no Código, a cooperação também não pode ser tida como uma regra, uma vez que não há previsão de sanção àquele que age de modo não cooperativo no processo. Eros Roberto Grau comenta que:

A concepção *deôntica* toma a regra de direito como regra de conduta ou de comportamento à normatividade — vale dizer: prescrevendo, proibindo ou permitindo determinada ação — sob a ameaça de uma sanção estatal. A generalidade da regra está em que ela deve ser a mesma para todos (2016, p. 107).

Diante desse quadro, para ser regra a cooperação deveria estar prevista como um dever e acompanhada de sanção por seu descumprimento, ou ainda poderia ser uma faculdade às partes (regra permissiva), com o que prescindiria de sanção. Contudo, já fora assinalado que o legislador a estabelece como um *dever* (sem sanção...). Trata-se, assim, de uma anomalia jurídica — com o perdão da expressão! —, porque não é nem princípio, nem regra, nem dever, sequer ônus...

Vale dizer que não se trata aqui de mero preciosismo acadêmico em torno das palavras utilizadas na lei, pois é de grande valia destrinchar aquilo que pretendido pelo legislador, de tal sorte que o uso de termos desnecessários ou inócuos no artigo de lei só tende a desacreditar a efetividade da norma.

Quiçá por refúgio retórico, pode haver aqueles que classifiquem a cooperação como princípio, especialmente por conta de sua fundamentalidade no processo. Tecnicamente, no entanto, conforme discorrido nas linhas anteriores, não parece ser a medida mais correta. Aliás, Lenio Streck, em coluna crítica sobre aquilo a que dá nome de *pamprincipiologismo*, anota que:

Vejam os leitores que, se substituirmos os aludidos princípios por qualquer palavra com caráter retórico (por exemplo, *canglignon*), nada mudará, por uma razão simples: onde está a normatividade dos aludidos *standards*? Onde está o caráter deontológico? Se princípios são normas (dever ser), a par da ausência desse requisito na referida listagem, restaria ainda uma pergunta fatal: qual é a legitimidade de sua constituição? Quem os elaborou? Em que condições? Se princípios são normas, então valem. Mas, e a lei e a Constituição, construídos democraticamente, o que fazer com esse material? Respostas para a coluna (2013, *on-line*).

É preciso, pois, muito cuidado com a adoção de princípios à deriva na prática forense, porque pode acarretar em decisões arbitrárias e solipsistas, como se aos juízes fosse dado julgar conforme suas próprias convicções, em pseudoconformidade com o “princípio” x ou y, ou seja, os princípios jurídicos se tornaram hoje, em sua grande maioria, válvula de escape para os operadores do direito fundamentarem de modo utilitarista a decisão que melhor lhes convêm, risco que se torna maior quando pensado sob a ótica dos poderes do juiz.

Leonard Ziesemer Schmitz aponta que:

Tratar de princípios jurídicos é relevante porque o tema tomou proporções talvez indevidas, muito maiores do que o adequado. É atualmente muito fácil encontrar decisões que, sem qualquer compromisso teórico ou paradigmático, limitam-se a afirmar a existência de princípios de origem duvidosa, para desbancar (ou seja: deixar de aplicar propositalmente) dispositivos legais. A principiologia tornou-se álibi teórico por excelência, na equivocada visão de que os princípios são “valores” inseridos no ordenamento (2015, p. 130).

Sem descurar da finalidade do presente trabalho, cumpre destacar os riscos ocasionados pelo pamprinciologismo, em que quase tudo é princípio e se presta a justificar qualquer decisão, independentemente dos seus termos, com o fito de desvirtuar a aplicação da lei.

Em síntese, a cooperação processual, da forma como prevista no Código de Processo Civil de 2015, é uma verdadeira incógnita, mas nem por isso deve ser abandonada, esquecida ou tida como letra morta na prática, pois na pior das hipóteses pode ser tratada como um paradigma que deve ser incentivado por todos os operadores do Direito, nutrido pelos professores nos bancos acadêmicos, cultivado pelos alunos como forma de se fortalecer criar um novo processo.

Não se pode obscurecer que diversas previsões do Código de Processo Civil de 2015 se edificam sobre o ideal cooperativo, ainda que a cooperação propriamente dita seja desprovida de sanção, uma vez que o contraditório substancial (conferidos poderes de

influência às partes), o próprio negócio jurídico processual¹⁴, o incentivo à arbitragem e tantas outras previsões possuem como ponto comum a cooperação, de modo que sem esse ideal seria impossível pensar a democratização do processo.

Impende anotar, uma vez mais, que não se está a dizer que a falta de sanção impede a busca pelo espírito cooperativo, ou que não tem qualquer relevância a cooperação processual. O equívoco, apenas, ocorre quando se quer dar ares de *dever, regra ou princípio* àquilo que essencialmente não se encaixa em tais moldes, razão pela qual a cooperação processual pode ser vista como um paradigma a ser perseguido por todos.

Outro ponto relevante do artigo 6º do Código de Processo Civil de 2015 diz respeito à menção de que todos os sujeitos do processo *devem* cooperar entre si, e não somente o juiz para com as partes. Certamente, não se trata aqui de abdicação de direitos ou de defesa, sob o argumento de que agindo de tal forma está-se cooperando com o processo, ou que revelando em juízo determinada verdade conhecida por só uma das partes, em prejuízo próprio, estar-se-ia homenageando cooperação entre as partes.

Absolutamente, não.

Hiago Baggio, em monografia apresentada junto às Faculdades Integradas de Ourinhos, expõe:

Importa salientar que a cooperação processual que aqui se alude não significa que as partes devem abrir mão de suas pretensões levadas a juízo em vista de um provimento mais rente ao ordenamento jurídico¹⁵. Ao revés. Os litigantes devem atuar em prol de seus interesses a partir dos limites de influência que encerram o modelo em comento (2015, p. 40).

De efeito, o que se busca é a implementação de um sistema participativo/cooperativo lastreado nas garantias fundamentais comuns a todos os cidadãos, sendo que as partes litigantes e os demais sujeitos que integram o processo precisam assumir responsabilidades e possibilidade de interlocução ativa (THEODORO JÚNIOR; NUNES; BAHIA; PEDRON, 2015, p. 14).

¹⁴ Fredie Didier Junior leciona que: “O direito de a parte, ora sozinha, ora com a outra, ora com a outra e com o órgão jurisdicional, disciplinar juridicamente as suas condutas processuais é garantido por um conjunto de normas, subprincípios ou regras, espalhadas ao longo de todo o Código de Processo Civil. A vontade das partes é relevante e merece respeito. Há um verdadeiro microsistema de proteção do exercício livre da vontade no processo” (2015, p. 23).

¹⁵ Asseveram Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Bahia e Flávio Pedron que “essa utópica solidariedade processual não existe (nem nunca existiu): as partes querem ganhar e o juiz quer dar vazão à sua pesada carga de trabalho” (2015, p. 60).

Portanto, conforme dito, o processo se forma é no conflito de interesses antagônicos, de forma que a cooperação deve ser no sentido de tornar o processo mais justo e equilibrado, não só no resultado final como também no curso da demanda, a partir de um *novo dimensionamento de poderes*¹⁶ capaz de aproveitar a comparticipação recíproca das partes e do juiz.

Dentro deste ideal, portanto, é preciso muito mais uma mudança de comportamento dos operadores do direito, e também das partes, do que a lida expectativa de que a cooperação processual se afigure como um dever a ser cumprido por todos os sujeitos processuais (notadamente quando se volta os olhos à cooperação das partes para com o juiz), haja vista que ausente de qualquer sanção em caso de descumprimento.

1.5 O processo brasileiro e o autorregramento da vontade ao longo do tempo

De um salto na história, aporta-se no Brasil para uma abordagem em torno do autorregramento da vontade ao longo do tempo, de sorte que a partir de um processo de releitura das garantias fundamentais e constitucionalização do direito, com a irradiação dos efeitos das normas ou valores constitucionais a toda à ordenação jurídica do País (SILVA, 2011, p. 38), houve cada vez mais, com o advento da Constituição de 1988, uma “crescente intervenção judicial na vida brasileira” (BARROSO, *on-line*).

Significa que aquele homem primitivo que resolvia direta e pessoalmente as suas desavenças, sem a presença do Estado ou de um terceiro imparcial, nos dias atuais depende cada vez mais da atuação do Poder Judiciário em sua vida, em sua coexistência social, familiar e profissional, o que deveras se averigua no cenário brasileiro.

Não por outra razão, cria-se aquela marca de que o Estado-juiz é o salvador da pátria, o solucionador de todos os problemas, o todo poderoso que pouco se importa com a vontade das partes no que se refere ao processo, bastando apenas o ingresso da demanda para que então o jogo de regras processuais e procedimentais seja estabelecido à risca e aos comandos do Magistrado.

¹⁶ Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero, na obra “Novo Curso de Processo Civil: “Para que o processo seja organizado de forma justa os seus participantes têm de ter *posições jurídicas equilibradas* ao longo do procedimento. Portanto, é preciso perceber que a organização do processo cooperativo envolve – antes de qualquer coisa – a necessidade de um *novo dimensionamento de poderes no processo*, o que implica necessidade de *revisão da cota de participação* que se defere a cada um de seus participantes ao longo do arco processual. Em outras palavras: *a colaboração visa a organizar a participação do juiz e a das partes no processo de forma equilibrada*” (2015, p. 497).

Percebe-se, assim, certa subserviência dos jurisdicionados ao processo, vale dizer, com a função de tão somente fornecer ao juiz os fatos, a quem incumbe decidir para quem dar o direito. Por outras palavras, as partes levam ao Judiciário o direito material discutido entre elas, e o processo segue seu curso sob as ordens únicas e exclusivas do julgador, já que às partes não caberia escolher, decidir ou convencionar acerca de matéria processual.

Se há resistência da doutrina em torno da aceitação do negócio jurídico na seara processual? Deveras, há. Só para citar alguns nomes, Cândido Rangel Dinamarco¹⁷, Marinoni e Calmon de Passos tecnicamente negam a possibilidade de haver convenções ou negociações de regras processuais, exatamente por considerarem o processo eminentemente de natureza de direito público, a inviabilizar o autorregramento da vontade na seara processual, dada a predominância de normas cogentes, imperativas, no Código.

Importa destacar que dentre as nomenclaturas utilizadas para definir a manifestação da vontade negocial, a mais adequada para a seara processual é “autorregramento da vontade”, conforme lições de Pontes de Miranda:

Evite-se, outrossim, chamá-la de autonomia privada, no sentido de *autorregramento da vontade do direito privado*, porque, com isso, se elidiria, desde a base, qualquer auto-regramento da vontade em direito público, – o que seria falsíssimo. O que caracteriza o auto-regramento da vontade é poder-se, com ele, compor o suporte fático dos atos jurídicos com o elemento nuclear da vontade. Não importa em que ramo do direito (1954, p. 56).

Desta feita, a terminologia “autorregramento da vontade” abarca uma gama maior de possibilidades, tanto na esfera privada quanto na pública, o que vem a calhar com a matéria ora estudada, vez que também os entes públicos podem realizar negócio jurídico processual, em que pese em menor medida.

“Autonomia privada” denota a ideia de que somente os particulares podem negociar entre si, o que não condiz com a realidade, já que a vontade negocial também pode se

¹⁷ É importante que se diga que a negação de Dinamarco aos negócios jurídicos processuais não é o espelho de um apego do autor ao formalismo exacerbado, ao contrário disso, pois é consabida a crítica sempre presente do autor no que respeita ao apego desmedido às regras formais. É do autor o seguinte trecho: “(...) não é enrijecendo as exigências formais, num fetichismo à forma, que se asseguram direitos; ao contrário, o formalismo obcecado e irracional é fator de empobrecimento do processo e cegueira para os seus fins. No processo civil brasileiro, temos a promessa da liberdade das formas em normas programáticas dos dois sucessivos Códigos de Processo Civil nacionais, mas só a promessa: ambos foram tão minuciosos quanto à forma dos atos processuais (aliás, segundo os tradicionais modelos europeus) que com segurança se pode afirmar ser o princípio da legalidade formal o que realmente prepondera” (DINAMARCO, 1993, p. 135).

manifestar no âmbito do ministério público, do juiz e dos entes públicos, à guisa de outros exemplos.

Definida, portanto, a nomenclatura mais adequada, é hora de regressar ao passado do Brasil para revelar como se deu a valoração da vontade das partes no decorrer dos séculos. Sobre o tema, Pedro Henrique Nogueira narra que:

[...] nota-se que desde o período colonial, no alvorecer do século XVI, até o século XIX, as Ordenações do reino (extensíveis ao Brasil-colônia) estavam marcadas pela rigidez das regras cogentes, deixando pouco ou praticamente nenhum espaço à livre estipulação das partes, não obstante tratar-se de modelo de processo marcado pela predominância do princípio dispositivo. Assim sucedeu com as Ordenações Affonsinas, Manoelinas e Filipinas. Uma das exceções a serem apontadas estava na livre estipulação entre as partes para eleição de juízes árbitros para julgar a causa (Ordenações Filipinas, Livro III, Título XVI, cujas regras vigoraram no Brasil mesmo após a Independência) e também no juízo de conciliação prévia (Ordenações Filipinas, Livro III, Título XX), previsto inclusive na própria Constituição imperial brasileira de 1824, em seu art. 161. Apesar do florescer da revolução francesa, já no século XVIII, durante a vigência das Ordenações Filipinas, o voluntarismo próprio da renovação iluminista até então não penetrara nas disposições processuais das Ordenações (2017, p. 140).

Como se observa, o Brasil seguia na contramão das tendências processuais do mundo europeu, haja vista que àquela época, entre os séculos XVI e XIX, predominava nos países mais desenvolvidos o modelo processual adversativo, a conceder às partes maiores poderes para dispor do processo, consoante delineado em linhas anteriores. Em contrapartida, as Ordenações do Reino no Brasil conferiam muito pouco espaço para a expressão da vontade das partes, destoante do ideal iluminista, o qual visava mitigar a intervenção do Estado na vida das pessoas.

Apesar disso, o artigo 161 da Constituição Imperial do Brasil determinava que: “Sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum”. Significa dizer que já àquele tempo se intentava dar vazão à vontade das partes na demanda, buscando a reconciliação (por vontade das partes) antes de propriamente dar início à marcha processual.

Por seu turno, conforme bem lembrado por Pedro Henrique Nogueira no trecho supratranscrito, as seminais do negócio jurídico processual podiam ser encontradas na faculdade que as partes tinham de eleger os árbitros, nos moldes do Livro III, Título XX, das Ordenações Filipinas (2017, p. 140).

Seguindo na linha do tempo apresentada por Pedro Henrique Nogueira, merece ressalva a seguinte passagem:

Na vigência do Regulamento nº 737, de 1850 – considerado o primeiro Código Processual nacional, que regulava o processo das causas comerciais, revogando-se no particular a legislação filipina –, previram-se vários atos (hoje) de possível enquadramento na categoria de negócios processuais, tais como: a conciliação prévia nos processos judiciais (art. 23), a convenção para estipulação do foro (art. 62), a estipulação de escolha do procedimento sumário (art. 245), o juízo arbitral voluntário, instituído por acordo das partes antes ou na pendência da demanda (art. 411). Até mesmo antes do Regulamento nº 737, estava prevista a necessidade de se realizar a prévia conciliação nos processos civis, sob pena de nulidade, e já se admitia na legislação processual brasileira do Império a celebração de pacto de escolha do procedimento para conversão do rito sumário para o ordinário (2017, p. 140–141).

Apesar de algumas previsões timidamente favorecedoras do autorregramento da vontade, é bem de se ver que a sentença arbitral no Brasil, sob a égide do Código Civil de 1916, necessariamente dependia da homologação judicial para que tivesse força executiva, o que fora reafirmado pelo Código de Processo Civil de 1939, o qual, aliás, sequer considerava como sentença o pronunciamento final do árbitro, mas sim como laudo, a denotar clarividente protagonismo do juiz, em detrimento da vontade das partes.

É curioso como na Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939 já se reconhecia a necessidade de tornar o processo menos burocrático e formalista, posto que na prática pouco se via disso. De qualquer modo, cumpre colacionar trecho da Exposição, a dar conta de intenções do legislador da época:

Pode-se dizer, porém, que não foi de caráter meramente técnico a crise do nosso Direito Judiciário. As profundas transformações operadas em todos os campos da atividade humana, particularmente as transformações sociais e políticas, concorreram para manifestar a extensão dessa crise, pois levaram os benefícios da ordem jurídica a terrenos que a velha aparelhagem judiciária não estava capacitada para alcançar. O processo em vigor, formalista e bisantino, era apenas um instrumento das classes privilegiadas, que tinham lazer e recursos suficientes para acompanhar os jogos e as cerimônias da justiça, complicados nas suas regras, artificiosos na sua composição e, sobretudo, demorados nos seus desenlaces. As transformações políticas que entre nós se cumpriram abrem entretanto o gozo dos instrumentos de governo a uma imensa massa humana, que antes não participava deles senão indireta e escassamente, e assim impõem um novo regime à administração da justiça. Antes, esta podia ser assimilada a certos serviços públicos, destinados ao uso de alguns, e em relação aos quais pode o Estado revelar menos vigilância, deixando aos interessados o cuidado de melhorá-los. Em tal atmosfera o processo poderia continuar a ser um conjunto de regras

destinadas a orientar a luta judiciária entre particulares, que delas se serviriam à mercê do seu interesse ou dos seus caprichos. É ainda a concepção duelística do processo judiciário, em que o Estado faz apenas ato de presença, desinteressando-se do resultado e dos processos pelos quais foi obtido. A transformação social elevou, porém, a Justiça à categoria de um bem geral, e isso não apenas no sentido de que ela se acha à disposição de todos, mas no de que a comunidade inteira está interessada na sua boa distribuição, a ponto de tomar sobre si mesma, através dos seus órgãos de governo, o encargo de torná-la segura, pronta e acessível a cada um. Responsável pelos bens públicos, o Estado não poderá deixar de responder pelo maior deles, que é precisamente a Justiça. Na sua organização e no seu processo, não poderia deixar de imprimir os traços da sua autoridade. A concepção duelística do processo haveria de substituir-se a concepção autoritária do processo. À concepção do processo como instrumento de luta entre particulares, haveria de substituir-se a concepção do processo como instrumento de investigação da verdade e de distribuição da justiça (BRASIL, 1939).

Noutra passagem, revela-se:

Nesse sentido, o novo processo é eminentemente popular. Pondo a verdade processual não mais apenas a cargo das partes, mas confiando numa certa medida ao juiz a liberdade de indagar dela, rompendo com o formalismo, as ficções e presunções que o chamado “princípio dispositivo”, de “controvérsia” ou “contradição”, introduzira no processo, o novo Código procura restituir ao público a confiança na Justiça e restaurar um dos valores primordiais da ordem jurídica, que é a segurança nas relações sociais reguladas pela lei (BRASIL, 1939).

Da leitura desses excertos constata-se uma tentativa de abrir o processo para todos do povo, possibilitando o acesso à justiça e transformando em ferramenta a serviço do bem geral aquilo que antes se prestava apenas ao interesse individual (o processo como instrumento para solução do conflito), a conferir autoridade ao Estado para se impor sobre as partes para a concretização da justiça, em clarividente busca de superação do princípio dispositivo (modelo processual adversarial) pelo sistema inquisitivo (modelo processual inquisitorial).

A ideologia que cercava o processo civil brasileiro do século XX, por influência do contexto político vivenciado no continente europeu, era no sentido de concentrar os poderes nas mãos do Estado-juiz, o que se revelava, processualmente, de forma autoritária, pouco ou nada importando a vontade das partes.

A Exposição de Motivos do Código de 1939 ainda menciona que:

Somente a intervenção ativa do Estado no processo pode remover as causas de injustiça, que tão freqüentemente ocorrem nas lides judiciárias criando em torno da justiça uma atmosfera, muitas vezes imerecida quanto aos juizes, de desconfiança e de desprezo público (BRASIL, 1939).

Verifica-se, pois, que o contexto histórico influenciou a tomada de posição do legislador de 1939, haja vista que se superava àquele tempo a perspectiva liberal do processo, para então conferir maiores poderes ao juiz. Neste sentido, também o Código Buzaid (CPC/1973) demonstra bem a presença da cultura jurídica europeia em solo brasileiro, com relevo ao neutralismo de um processo individualista e patrimonialista, “dominado pelos valores da liberdade e da segurança, pensado a partir da idéia de dano e vocacionado tão somente à prestação de uma tutela jurisdicional repressiva” (MITIDIERO, 2010, p. 191).

Apesar do prestígio à doutrina europeia, àquele tempo concentrada no publicismo de um processo preocupado com o aspecto social¹⁸, no Brasil se viu um fenômeno peculiar de miscelânea entre o aspecto liberal e, ao mesmo tempo, autoritário do processo. Sobre a matéria, vale trazer à baila as palavras de Robson Renault Godinho:

O processualismo brasileiro prosseguiu nessa assepsia cultural e, ainda que apostando na preeminência judicial, concedendo, ao menos abstratamente, amplos poderes para juiz, o Código de Processo Civil de 1973 é considerado uma legislação individualista, patrimonialista e, originalmente, com cunho eminentemente repressivo.

Diante desse cenário, com evidente descompasso entre a ideologia da codificação processual civil e a realidade cultural, houve uma “rebelião da prática” e entrementes surgiu uma legislação dedicada aos direitos transindividuais a partir da década de oitenta, culminando com a edição da Constituição, que deve – ou deveria – imprimir um novo modelo de processo civil. Entretanto, o que se viu na década de noventa do século XX, ao lado de importantes afirmações de direitos fundamentais e dos direitos transindividuais, foi uma incessante busca pela celeridade, ainda que em prejuízo precisamente de alguns direitos fundamentais (...) (2013, p. 36–86).

Na década de 1990, com forte influência da Constituição Federal de 1988 (constitucionalização do processo), o processo civil ganha nova roupagem, de modo que o Código Buzaid começa a perder grande parte de seu formalismo, para dar espaço ao Código Reformado, a partir de 1994.

Neste diapasão, forçoso reconhecer que o processo vai se amoldando aos costumes e contextos em que passa, conforme bem assinalado por Oscar G. Chase: “(...) las formas de solución de conflictos son en gran parte um reflejo de la cultura en la cual se integran; no son

¹⁸ Forte na teoria de Klein, o processo começava a ser visto como importante instrumento para a manifestação social do povo, com vistas a tutelar e preservar os interesses das massas, e não apenas com foco individualista, ou seja, preocupado com o bem público. Neste sentido caminham as lições de Rainer Sprung (1980, p. 149), Dierle Nunes (2008), Carlos Alberto Alvaro Oliveira (2010), todas bem explicitadas por Robson Renault Godinho (2013).

un sistema autónomo fundamentalmente producto de expertos y especialistas aislados” (2011, p. 21).

Sendo assim, e dentre outras nuances históricas, a característica essencialmente publicista do processo, que persistiu mesmo com o advento das mudanças legislativas ocorridas na década de 1990 e início dos anos 2000, serviu para criar no Brasil aquilo a que se denominou de “dogma da irrelevância da vontade”, de tal feita que ainda há doutrinadores que negam o reconhecimento do negócio jurídico processual, declarando haver apenas ato jurídico processual.

Importa frisar que a tentativa de conciliar no Brasil o público com o privado não estava tanto ligada à necessidade de conferir maior espaço ao autorregramento da vontade, mas sim de harmonizar o individualismo proeminente e a concentração de poderes nas mãos do juiz, ou seja, a abrangência que poderia ser tomada com a aplicação do processo (direitos transindividuais)¹⁹.

De fato, a influência publicista no processo brasileiro inicialmente se ligava mais à reunião dos poderes em favor do Estado, do que à tutela de direitos coletivos/transindividuais, ao passo que o caráter privatista estava mais atrelado à perspectiva de solução individual do conflito, obscurecendo ainda o autorregramento da vontade das partes.

Conforme apontado por Leonardo Carneiro da Cunha:

A vontade das partes seria, então, irrelevante na determinação dos efeitos que os atos processuais produzem. Os efeitos dos atos processuais não seriam, em outras palavras, moldáveis. A única disponibilidade que as partes teriam seria a opção de praticar ou não o ato previsto numa sequência predeterminada pelo legislador. Qualquer que fosse a opção da parte, os efeitos dos atos processuais já estariam tabelados (2016, p. 50).

Significa dizer que as raízes históricas do processo civil brasileiro conduziram a doutrina a não dedicar a atenção devida ao autorregramento da vontade, fazendo com que o processo fosse visto exclusivamente como coisa pública, em que a vontade das partes não era suficientemente capaz de possibilitar a tratativa de efeitos das regras processuais.

¹⁹ É válido destacar que as tutelas coletivas no Brasil tiveram sua primeira previsão legal na Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 (Ação Civil Pública), antes mesmo da Constituição Federal de 1988. Contudo, foi com a Constituição que houve maior impulso às ações coletivas/transindividuais, o que teve o condão de ampliar os horizontes da demanda, para atingir e tutelar o interesse de maior número de pessoas, conforme se percebe do artigo 5º, inciso XXI, que possibilita a representação dos filiados por entidades associativas; artigo 5º, inciso LXX, que estendeu a legitimidade do mandado de segurança, podendo ser de impetrado de maneira coletiva; artigo 8º, inciso III, que autoriza a defesa dos direitos dos filiados pelos sindicatos.

Nas palavras de Remo Caponi:

Até os dias de hoje, a teoria e a prática da proteção judiciária dos direitos são obrigadas a se mover no campo de tensão provocado por dois polos conceituais contrapostos (direito público, direito privado). (...) É chegado o momento de nos libertarmos dos reflexos mentais dessa dicotomia para trabalhar na construção de um direito intermédio e intersticial (2014, p. 359).

Diante disso, parece mesmo ser o caso de superação da “dicotomia” entre o público e o privado, situação em que o negócio jurídico processual, se bem utilizado e comungado com a cooperação processual, poderá facilitar o começo de uma nova era, qual seja a do processo com efetiva e democrática participação de todos, sem que isso implique, por certo, em afronta ao princípio da legalidade (porque é preciso observar as regras), muito menos em privatização do processo.

CAPÍTULO 2 – A ESTRUTURA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Neste capítulo, disserta-se sobre a estrutura dos negócios jurídicos processuais, a compreender uma análise acerca do fato e fato jurídico em sentido lato no plano da teoria geral do direito (fato e ato jurídicos), regime jurídico e objeto, bem assim apontamentos em torno da cláusula geral estampada no artigo 190 do Código de Processo Civil (negócios típicos e atípicos)²⁰, para enfim versar-se sobre os planos da existência, da validade e da eficácia dos negócios jurídicos processuais.

Pode-se afirmar que o negócio jurídico processual tem sua matriz no negócio jurídico estabelecido pelas relações de direito material, o que não implica dizer que sejam institutos idênticos, vez que um está sediado na seara processual, ao passo que o outro está afeito, conforme dito alhures, às relações jurídicas de direito material.

Fredie Didier Junior assenta que:

Não se trata de negócio sobre o direito litigioso — essa é a autocomposição, já bastante conhecida. No caso, *negocia-se sobre o processo, alterando suas regras, e não sobre o objeto litigioso do processo*. São negócios que derogam normas processuais — *Normdisposition*, conforme designação de Gerhard Wagner (2016, p. 65).

Portanto, falar de negócio processual cobra a tratativa do que seja fato jurídico, tal como é necessário falar de fato antes de abordar o fato jurídico, a fim de estabelecer premissas conceituais para o entendimento acerca da matéria ora analisada. Com efeito, o fato antecede a noção de fato jurídico, assim como este antecede a noção de negócio jurídico; sem isso, infelizmente, não é possível compreender e estabelecer possibilidades e limites do negócio jurídico processual.

O leitor mais apressado pode achar que tudo isso soe desnecessário, porque anseia logo descobrir a problemática do trabalho, e não essas linhas propedêuticas que, é bom que se confesse, por vezes cansam. Mas, depois do alicerce histórico fundado no capítulo anterior, a

²⁰ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

pretensão neste momento é erguer pilares para o bom desenvolvimento do trabalho ora realizado, dado que não se pode tratar de negócios jurídicos processuais sem antes entender o que são, na essência, os negócios jurídicos.

2.1 O fato e o fato jurídico no plano da teoria geral do direito

Cumpra assinalar, logo de início, que a conceituação dos institutos jurídicos varia por conta da ambiguidade própria da linguagem, daí por que se faz necessária a definição do referencial teórico adotado, sendo que aqui se parte dos ensinamentos de Miguel Reale sobre o que sejam fato e fato jurídico.

Em poucas palavras, o fato só se torna jurídico quando sobre ele recai uma previsão normativa anteriormente estabelecida, ou seja, se determinado fato não se enquadra na moldura da lei, este fato é tão somente um fato, sem nenhuma qualificação jurídica. Por exemplo, um raio que atinge um pedaço de grama na vastidão de um campo isolado, despovoado, sem criação de animais de qualquer espécie, certamente não passa de um fenômeno da natureza que, apesar de ocorrido, não ingressou na esfera jurídica, logo, um mero fato da natureza.

Outra seria a conclusão se esse raio (fenômeno da natureza) caísse sobre um poste de energia elétrica e, por conseguinte, queimasse os aparelhos eletrônicos de uma ou de várias casas, situação em que o fato da natureza se tornaria jurídico, ante o prejuízo causado e as consequências dele advindas.

Portanto, a *contrario sensu* se lê que todo fato jurídico foi antes um fato, que se qualificou como jurídico a partir da sua ocorrência e infringência ou pertinência a determinada lei.

A partir de Miguel Reale, o direito não pode ser tido como um experimento que se realiza a partir da conformação dos resultados dos fatos. Neste sentido:

Quem pensa que o Direito provém do fato, assim como uma lei física resulta de uma experiência realizada em laboratório, engana-se redondamente. Como tantas vezes já salientamos, não há símile possível entre as leis físico-matemáticas, que procuram retratar de maneira neutra e objetiva a realidade, e as leis jurídicas, que marcam sempre uma posição espiritual, uma atitude crítica e valorativa do homem perante os fatos. Não raro, essa tomada de posição perante os fatos, tais como os lesivos a pessoas e bens, culmina na instauração de regras tendentes a impedir que os mesmos se repitam, ou que fiquem impunes os seus autores: longe de se conformarem aos fatos, como ocorre com as leis físicas, as regras jurídicas se contrapõem aos fatos, quando assim o exige o bem comum. Uma das características, aliás, do

Direito atual é o seu sentido dinâmico e operacional, interferindo positivamente no processo social (REALE, 2012, p. 200).

De efeito, não se pode resumir o direito ao fato, muito embora não se olvide que a ocorrência do fato é que possibilita a atuação do direito, já que não é possível aplicá-lo sem a existência de um fato. Dessa feita, é preciso ter em mente que o direito pode exatamente se contrapor aos fatos, ou seja, pode se servir do fato para aplicar sanção capaz de impedir a sua repetição indevida, com a vantagem de ter em seu favor o poder jurisdicional conferido pelo Estado.

Lehmann apontava que: “El supuesto de hecho es el conjunto de requisitos precisos para que se produzca um efecto juridico (nacimiento, extinción o modificación de una relación jurídica” (1956, p. 195).

É dizer, o fato pode ensejar a subsunção à norma, a concretização real daquilo que até então figurava apenas entre letras e linhas no texto legal. Sem o fato não há como aplicar o direito (REALE, 2012, p. 200), a partir de quando o mero fato se tornará *fato jurídico*, porque qualificado juridicamente como algo relevante para a tutela do direito.

Em Reale encontra-se a conceituação do que seja *fato*:

O fato, em suma, figura, primeiro, como *espécie de fato prevista na norma (Fattispecie, Tatbestand)* e, depois, como *efeito* juridicamente qualificado, em virtude da correspondência do fato concreto ao fato-tipo genericamente modelado na regra de direito: desse modo, o *fato* está no início e no fim do processo normativo, como *fato-tipo*, previsto na regra, e como *fato concreto*, no momento de sua aplicação (2012, p. 200–201).

Ainda de acordo com Reale:

O fato, numa estrutura normativa, dá origem ao *fato jurídico*, mas também pode pôr termo a ele, como acontece por exemplo, com a morte, que extingue a relação jurídica penal. Como há fatos que apenas modificam a relação jurídica, distinguem-se eles em *constitutivos, extintivos e modificativos* (2012, p. 201).

Portanto, o fato jurídico, conforme frisado anteriormente, foi antes um mero fato que mereceu a tutela jurídica, como se da multiplicidade de possibilidades da natureza e do acaso se extraísse, com base nas previsões legais estabelecidas, aquele fato que repercute na esfera de direitos, de modo que todos os outros fatos incapazes de gerar tal consequência permanecerão no campo do mero acontecimento.

No que respeita à definição de fato jurídico, cumpre pontuar que significa “todo e qualquer fato que, na vida social, venha a corresponder ao modelo de comportamento ou de organização configurado por uma ou mais normas de direito” (REALE, 2012, p. 201).

Vale repisar que o fato jurídico é constituído de uma qualificação prevista anteriormente no texto legal. Por outras palavras, enquanto o fato está livre no mundo, ao redor de todos, sem precisar quando ou onde e contra quem ocorrerá, o fato jurídico está adstrito à norma, porque tipificado e com as consequências já previstas em lei. Desta forma, o fato é mais abrangente que o fato jurídico, de modo que o primeiro pode ou não repercutir na esfera jurídica, ao passo que o segundo, qualificado pela juridicidade, inevitavelmente sofrerá a aplicação do direito.

Destarte, o fato jurídico em sentido amplo pode estar atrelado a fatos da natureza ou a atos humanos, de tal feita que se for mero fato da natureza, tornar-se-á jurídico na medida em que sobre ele incidir alguma norma legal (fato jurídico *stricto sensu*), ou seja, que ganhou realce, importância jurídica, como no caso do raio que atinge um poste de energia elétrica e danifica equipamentos eletrônicos de uma ou de mais casas. Se originado de um ato humano, o fato jurídico será classificado como i) ato jurídico, ii) negócio jurídico, iii) ato ilícito ou iv) ato-fato.

2.1.1 O ato jurídico em sentido estrito e o ato-fato jurídico

O ato jurídico em sentido estrito necessita da ação humana para existir, a qual pode se dar com base na manifestação de vontade do sujeito, na manifestação de conhecimento ou, ainda, na manifestação de sentimento.

Averigua-se, pois, a complexidade gerada na distinção entre ato jurídico em sentido estrito e negócio jurídico, tendo em vista que também o ato jurídico em sentido estrito pode ser formado sobre o alicerce da manifestação da vontade. Neste aspecto, cumpre fazer uma ressalva logo de início, no sentido de que todos os negócios jurídicos são consubstanciados pela manifestação da vontade, diferentemente do ato jurídico em sentido estrito, que pode ser concluído com base em manifestações que não aquelas da vontade.

De mais a mais, é importante que se diga que o ato jurídico em sentido estrito prescinde do autorregramento da vontade, ou seja, muito embora possa ser concretizado com esteio na vontade da parte, o sujeito não está autorizado a escolher a categoria jurídica ou a estruturação do conteúdo, ao contrário do que ocorre no negócio jurídico, em que os sujeitos têm autonomia para adequar o conteúdo negociado conforme seus interesses.

Os atos-fatos jurídicos, por sua vez, “são atos humanos, em que não houve vontade, ou dos quais se não leva em conta o conteúdo de vontade, aptos, ou não, a serem suportes fáticos de regras jurídicas” (CUNHA, 2016, p. 41). Em outros termos, o ato-fato jurídico verdadeiramente despreza, inutiliza e abstrai a vontade humana, em que pese depender da ação do homem.

2.1.2 O negócio jurídico

O negócio jurídico, por seu turno, está ligado ao autorregramento da vontade, de tal sorte que a cada um é dado negociar livremente sobre aquilo que lhe interesse, desde que o objeto seja lícito, capaz e determinado/determinável, além de outros requisitos legais estampados notadamente no artigo 104 do Código Civil.

Orlando Gomes leciona que negócio jurídico é “ato de autonomia privada que vincula o sujeito, ou os sujeitos que praticam, a ter conduta conforme o regulamento dos interesses que traçaram” (1995, p. 269).

Portanto, o negócio jurídico representa o ato decorrente do autorregramento da vontade, isto é, depende necessariamente da manifestação da vontade dos contratantes, *vontade expressamente declarada ou não*, que tem o condão de vincular os sujeitos envolvidos, os quais deverão agir conforme aquilo que entabulado no indigitado negócio.

A vontade pode ser expressamente declarada ou não para a consolidação do negócio, haja vista que há hipóteses em que a vontade da parte é ficar em silêncio, com o que se constitui fator conclusivo para a negociação, dado que o sujeito pode quedar-se silente e, assim, tacitamente concordar com os termos negociados, conforme bem explanado por Pontes de Miranda (1954, p. 10).

Além disso, por meio do negócio jurídico os sujeitos praticam atos que criam, modificam ou extinguem situações jurídicas já contempladas, anteriormente, pelo ordenamento jurídico, razão pela qual as partes contratantes em nenhuma hipótese criam os efeitos jurídicos derivados dos atos, porquanto todos eles encontram previsão antecipada em lei.

José de Oliveira Ascensão classifica que o negócio jurídico está pautado no autorregramento da vontade, o qual, por sua vez, detém um complexo de poderes que pode ser dividido em zonas de liberdades, a identificar até que ponto os sujeitos dispõem de liberdade para negociar e praticar atos concernentes a seus interesses, quais sejam: i) liberdade de

negociação; b) liberdade de criação; c) liberdade de estipulação; e d) liberdade de vinculação (1999, p. 79).

A liberdade de negociação está atrelada à possibilidade de os sujeitos tratarem de aspectos relacionados àquilo que será objeto do negócio formalizado, quer dizer, diz respeito às tratativas pré-contratuais, preliminares, em sede de propostas e contrapropostas que, como sói acontecer, os negócios jurídicos, via de regra, desvelam. Portanto, antes da consumação do negócio.

A liberdade de criação vincula-se à ideia de que os contratantes podem moldar o negócio de forma atípica, o que significa que a falta de previsão legal acerca do modelo negocial pretendido não veda a criação pelas partes, de conformidade com os interesses que estejam em jogo.

Registre-se, aqui, que o negócio jurídico atípico não pode, por óbvio, contrariar as disposições gerais relacionadas à obrigatoriedade de licitude, validade e possibilidade do objeto, além das regras referentes à capacidade para contratar.

Já a liberdade de estipulação diz respeito à faculdade conferida aos sujeitos de, com base na noção de autorregramento, estipularem as regras e o conteúdo do negócio jurídico, o que denota a força de lei assumida pelo negócio (*pacta sunt servanda*). Neste ponto, Antonio Menezes Cordeiro vai dizer que, em não havendo liberdade de estipulação inexistirá a autonomia da vontade (2000, p. 298), a exemplo dos contratos de adesão.

Disso decorre a liberdade de vinculação, que nada mais é senão a liberdade conferida às pessoas para celebrarem ou não o negócio, dado que ninguém seja obrigado a vincular-se a determinado negócio, mas uma vez entabulado, a vinculação é algo inerente e atinge somente as partes envolvidas.

Em sentido contrário ao defendido por Antonio Menezes Cordeiro (2000, p. 298), Pedro Henrique Nogueira pontua que:

Remanescendo um desses níveis de incidência, preserva-se, ainda que em limite mínimo, a “autonomia privada”. Por isso, nas situações em que só resta ao sujeito a faculdade de praticar ou não praticar o ato, sobra somente a liberdade de vinculação, mas o negócio jurídico mantém-se de pé, nada obstante com um mínimo de autorregramento (2017, p. 137).

Sendo assim, o negócio jurídico manifesta-se sempre a partir do autorregramento da vontade, ainda que consolidado somente com a vontade/liberdade de vinculação do sujeito, situação em que não se atentará à liberdade de negociação, à liberdade de criação e à

liberdade de estipulação. Apesar disso, manifestada a liberdade de vinculação, estar-se-á diante de um negócio jurídico.

É exatamente nesse ponto que reside a diferença entre o negócio jurídico e o ato jurídico em sentido estrito, vez que, conforme já assinalado, o negócio jurídico faculta às partes o poder de escolha, o autorregramento, enquanto no ato jurídico em sentido estrito a vontade não tem o condão de determinar a categoria jurídica, vale dizer, uma vez manifestada a vontade, produzir-se-á o efeito previsto em lei, sem interferência do homem sobre o resultado.

Em qualquer das espécies comentadas, haverá três planos encartados: i) existência, ii) validade e iii) eficácia (abordados mais adiante no trabalho), sendo certo que os fatos jurídicos em sentido estrito (fatos da natureza) passam pelo plano da existência, mas não pelo da validade, assim como se dá em relação aos atos-fatos jurídicos, de modo que apenas os negócios jurídicos e os atos jurídicos em sentido estrito é que devem observar a vontade, isto é, a validade.

2.2 Os fatos jurídicos sob a ótica processual

Já se nota que tudo o quanto falado até aqui diz respeito a uma noção geral daquilo que seja o fato, bem assim o fato jurídico, muito mais enviesada para a seara do direito civil do que propriamente processual. Acreditando que já se expôs o quanto necessário para a conceituação de fato e fato jurídico, passa-se agora a discorrer sobre tais institutos sob o prisma do direito processual.

De acordo com Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira:

Os fatos jurídicos *lato sensu* processuais podem ser definidos como os eventos, abrangendo manifestações de vontade, condutas e fenômenos da natureza, contemporâneos a um procedimento a que se refiram, descritos em normas jurídicas processuais (2011, p. 27).

Não é difícil perceber que no âmbito do processo o fato jurídico *lato sensu* assemelha-se bastante à noção dada a ele em âmbito material, de modo que pode ser classificado em: i) fatos da natureza; ii) atos-fatos; iii) atos jurídicos processuais; iv) negócios jurídicos processuais e v) ilícitos processuais.

O fato da natureza ganha relevo quando é capaz de interferir no bom andamento do feito, pouco importando se ocorrido dentro ou fora do processo, como ocorre quando há

relação de parentesco entre o magistrado e a parte (pai e filho, por exemplo), quando uma chuva forte causa a queda de energia durante uma audiência, quando o advogado do autor ou do réu falece no curso da demanda e se inviabiliza o cumprimento de determinado prazo por tal razão, quando a própria parte morre, quando um raio provoca incêndio no prédio do Fórum etc. Em todas as hipóteses referidas, o fato jurídico tem inicialmente natureza material e se judicializa ao ingressar na esfera processual.

No que respeita ao ato-fato processual, pode-se citar como exemplo a revelia, haja vista que pouco importa se o réu quis ou não ser revel no processo, se quis ou não deixar de oferecer contestação, porquanto uma vez transcorrido *in albis* o prazo para resposta, será considerado revel (ato-fato caducificante); também pode ser mencionado o ato-fato real, a exemplo do que ocorre com o recolhimento das custas processuais; o ato-fato indenizativo, como se dá quando a parte que recebeu antecipação de tutela em prejuízo concreto e comprovado à outra parte, com a revogação superveniente é obrigado a indenizar, nos moldes do artigo 273 do Código de Processo Civil de 2015 (DIDIER JR.; NOGUEIRA, 2011, p. 46).

Em relação ao ato jurídico processual, Alexandre Freitas Câmara o conceitua como sendo “atos jurídicos, praticados pelos sujeitos do processo, que se destinam a produzir efeitos no processo em relação ao qual são praticados” (2017, p. 125).

Leonardo Carneiro da Cunha acentua que:

Os atos processuais em sentido estrito são manifestações ou declarações de vontade em que a parte não tem qualquer margem de escolha da categoria jurídica ou da estruturação do conteúdo eficaz da respectiva situação jurídica. São, em geral, atos de conhecimento ou de comunicação, como, por exemplo, a citação, a intimação, a confissão e a penhora (2015, p. 34).

Portanto, o ato jurídico processual decorre necessariamente da conduta humana, isto é, da vontade do sujeito processual, com a ressalva de que neste caso à parte não é dado o direito de escolher a categoria jurídica que melhor lhe caiba, isto é, os efeitos decorrentes da prática do ato estão todos previstos em lei, não sendo conferida a mesma amplitude de liberdade própria do negócio jurídico, porque no ato processual não é possível estipular condições, termos ou encargos.

Em poucas palavras, porque será tratado a tempo e modo devidos no presente trabalho, o negócio jurídico processual caracteriza-se como sendo o ato jurídico praticado pelos sujeitos do processo, com base no autorregramento da vontade, capaz de possibilitar a escolha da categoria jurídica desejada.

Eduardo Talamini argumenta que:

O negócio jurídico consiste em modalidade de ato jurídico (em sentido amplo) cujo conteúdo e específicos efeitos são delineados pela manifestação de vontade do sujeito que o celebra. A voluntariedade é relevante não apenas na prática do ato em si, mas na obtenção e definição das suas consequências. Ou seja, o conteúdo e consequentemente os efeitos do ato não são todos preestabelecidos em lei, mas delineados, quando menos em substancial parcela, pela vontade do(s) sujeito(s) que pratica(m) o ato (2015, *on-line*).

Não se pode olvidar, contudo, a crítica de parte da doutrina em torno da existência do negócio jurídico processual, que, aliás, conta com grandes nomes do direito processual, a exemplo de Cândido Rangel Dinamarco, segundo o qual:

[...] o processo em si mesmo não é um contrato ou negócio jurídico e em seu âmbito inexistente o primado da autonomia da vontade: a lei permite a alteração de certos comandos jurídicos por ato voluntário das partes mas não lhes deixa margem para o auto - regramento que é inerente aos negócios jurídicos. A escolha voluntária não vai além de se direcionar em um sentido ou em outro, sem liberdade para construir o conteúdo específico de cada um dos atos realizados. Ou seja, podem os sujeitos optar pelo processo arbitral mas não podem regular eles próprios esse processo, seu cabimento, eficácia de sentença arbitral, sua exequibilidade etc.; podem inverter convencionalmente o ônus probatório mas não lhes é lícito ir além dos limites postos pela lei nem estabelecer por si próprios as consequências de seu descumprimento, agravando - as ou minorando - as em contraste com a lei; podem escolher o foro, mas não podem ditar regras sobre o regime do foro escolhido (se de competência absoluta ou relativa) etc. (2001, p. 469).

Com vistas a não adiantar a tratativa de tal matéria, que será, conforme dito, abordada em capítulo próprio, cumpre por ora apenas evidenciar que o negócio jurídico em âmbito processual não é instituto que goza de entendimento pacífico na doutrina, justamente porque o autorregramento da vontade no processo ainda não é visto com bons olhos por todos.

Em resumo, em uma análise comparativa, o ato processual distingue-se do ato-fato processual em razão de aqui (no ato processual) se observar a vontade do figurante, mas não se conferir liberdade para atermar ou condicionar o ato (escolha da categoria jurídica). Do mesmo modo, o ato jurídico processual distingue-se do negócio processual, porque neste (no negócio processual) a liberdade é mais ampla, vez que às partes é facultada a possibilidade de escolher os efeitos jurídicos e processuais que melhor se amoldam ao caso concreto, em harmonia com o autorregramento da vontade.

Entretanto, se o processo for visto apenas pelo prisma do publicismo, em detrimento do autorregramento, certamente se torna difícil considerar a existência de negócio processual, dado que não se pode dispor daquilo que não se tem o domínio ou titularidade, ou seja, sendo

coisa pública o processo não está no alvedrio das partes para disposição e tratativas, porque tudo o que diz respeito a regras processuais está previsto no Código.

Sendo assim, somente temas correlatos ao direito material é que poderiam, em tese, ser objeto de negociação entre as partes envolvidas, de modo que o direito adjetivo (terminologia, aliás, bastante criticável) não se enquadraria em tal condição.

A seu turno, se o ponto de vista for o da cooperação e democratização do processo, em que as partes detêm maiores poderes de influência e participação no curso da demanda, no denominado sistema multiportas de um processo policêntrico, chegar-se-á à conclusão de que é plenamente possível e desejável que os sujeitos processuais possuam autonomia e liberdade suficientes para convencionar a maneira mais adequada de aplicação das regras do processo, porque diretamente interessadas no deslinde do feito.

É dizer, se o direito material é quem dá ensejo à demanda, a vontade de seus titulares não pode ser de todo desprezada, ainda que a natureza do processo seja essencialmente de direito público, o que cobra a harmonia indispensável para não privatizar o processo, tampouco para publicizá-lo de tal feita que se torne estranho aos jurisdicionados, num ritual demasiado formalista e afeito apenas aos profissionais do direito. Busca-se, apenas, ceder maior liberdade às partes no que tange à atuação no processo.

Macedo e Peixoto destacam que:

Um processo civil extremamente burocrático e inapto à flexibilização dificilmente conseguirá se moldar aos anseios das partes e aos seus respectivos direitos materiais, diminuindo a legitimidade do procedimento pela ausência da valorização da autonomia da vontade das partes (MACEDO; PEIXOTO, 2015).

Sobre a liberdade jurídica, Iacyr de Aguilar Vieira pontua que é:

[...] a possibilidade da pessoa atuar com transcendência jurídica. Se encarada sob o ponto de vista do sujeito, realiza-se no poder de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas; se encarada objetivamente, é o poder de regular juridicamente tais relações, dando-lhes conteúdo e eficácia determinada, reconhecida e protegida pelo Direito (VIEIRA, 2001).

Por isso é que o Código de Processo de Civil de 2015 não pode ser visto de forma descuidada, apressada ou desatenta, uma vez que grande parte de seus dispositivos, tal qual a cláusula geral do negócio jurídico processual (CPC/2015, art. 190), possuem profunda complexidade que requer uma necessária mudança de comportamento de toda a sociedade

para sua efetiva consolidação, sob pena de se tornar letra morta na prática forense e, sobretudo, na (re)solução do conflito.

2.3 Considerações em torno dos negócios jurídicos processuais: existência, validade e eficácia

Em sede de considerações acerca dos negócios jurídicos processuais, faz-se necessária a abordagem de pontos relacionados aos planos do negócio (existência, validade e eficácia), ressaltando-se desde já que é misto o regime jurídico dos negócios jurídicos processuais (porque concilia direito material e direito processual) e muito se assemelha ao da regime da arbitragem²¹, que, apesar de ainda pouco utilizada no cenário brasileiro, encontra previsão na Lei nº 9.307/1996, bem assim respaldo no Código de Processo Civil, notadamente no artigo 3º, §§ 1º e 3º.

Pedro Henrique Nogueira escreve que tanto o negócio jurídico em geral (aquele do direito material), quanto o negócio processual são compostos por fatos humanos, conforme, aliás, já asseverado alhures. Dessa maneira, para que existam é preciso haver manifestação da vontade, seja ela declarada ou não (2017, p. 180).

Não se pode olvidar, contudo, que no processo é mais difícil pensar em uma manifestação da vontade diferente da declarada, notadamente em razão da exigência de formalização da prática dos atos processuais, o que exige também a necessidade de conhecimento da vontade pelo destinatário. Além disso, deve-se atentar ao fato de que o autorregramento da vontade no processo é assaz mais restrito do que nas relações de direito material, isto é, de direito privado. Isso porque, no processo os efeitos dos negócios processuais estão todos previstos em lei, o que não retira a essencialidade de tal instituto (NOGUEIRA, 2017, p. 180).

Flávio Luiz Yarshell pontua que:

Ponderáveis opiniões repudiaram taxativamente a existência de negócios jurídicos processuais, em síntese, sob o argumento de que não haveria prevalência da vontade para determinar o conteúdo do processo, determinado antes de tudo pela lei. Mas, quando se assevera que o processo não é um contrato, toma-se como premissa a circunstância de que a

²¹ Neste sentido: “Pode-se dizer, hoje, com tranquilidade, que a cláusula arbitral é um negócio jurídico processual, eis que a vontade manifestada pelas partes produz desde logo efeitos (negativos) em relação ao processo (estatal) e positivos, em relação ao processo arbitral (já que, com a cláusula, atribui-se jurisdição aos árbitros)” (CARMONA, 2009, p. 102).

jurisdição gera estado de sujeição das partes, de tal sorte que ela se impõe de forma inevitável às pessoas, independentemente de sua vontade. Isso quer dizer apenas que a jurisdição é forma de poder, que envolve a capacidade de decidir e de impor decisões. Isso não parece impedir que os sujeitos parciais declarem vontade dirigida à produção de efeitos jurídicos por eles queridos. Então, na premissa de que o negócio exista, seja válido e eficaz, o que existe é a sujeição do órgão jurisdicional — estatal ou arbitral. Conceitualmente, portanto, é possível admitir negócios jurídicos processuais. Problema diverso consiste em saber se e quando eles existem, são válidos e eficazes (2016, p. 76–77).

Portanto, tendo em vista que todo negócio jurídico lastreia-se na vontade das partes envolvidas, necessariamente estará sujeito aos planos da existência, da validade e da eficácia. Em poucas palavras, impende analisar se o suporte fático que dá origem ao negócio contém o mínimo necessário para dar sustentação jurídica ao fato, ainda que o conteúdo negociado esteja de antemão previsto em lei. De resto, portanto, só se deve identificar se o negócio processual entabulado é válido e eficaz.

Neste sentido:

A chave para identificar se o negócio jurídico processual ingressa ou não em determinado plano está, portanto, no suporte fático. No elemento mais importante do suporte fático, o núcleo, está o mínimo necessário para que o fato exista juridicamente. O núcleo pode ser decomposto em elementos (a) cerne — elemento básico, fundamental, que caracteriza o fato jurídico como espécie; e (b) completantes — elemento também determinante do ingresso do fato no mundo jurídico. A presença dos elementos nucleares configura a *suficiência* do suporte fático, fazendo surgir o fato jurídico (NOGUEIRA, 2017, p. 177).

No que respeita ao plano da existência, impende reconhecer que o negócio jurídico processual, para existir, dentre outros requisitos que serão abaixo expostos, precisa contar com os agentes figurantes, porquanto é impossível pensar em qualquer espécie de negócio (seja de direito material, seja de direito processual) sem a presença de sujeitos.

Ademais, o negócio jurídico processual depende de um determinado tempo para existir, sendo que a tal tempo não é outro senão a data em que se deu o negócio, o qual pode ocorrer tanto no curso da demanda (endoprocessual), como também anteriormente à propositura de ação (extraprocessual).

Sem prejuízo, o tempo também é um fator importante para que se determine qual lei deverá ser aplicada ao negócio processual, haja vista que, conforme assinalado anteriormente, o negócio se distingue do ato processual, razão pela qual não se pode falar em regra de isolamento, pois é consabido que a lei nova de cunho estritamente processual deve ser

imediatamente aplicada, enquanto a lei de direito material deve respeitar o ato jurídico perfeito e o direito adquirido.

Deste modo, considerando que o negócio processual tem natureza de direito misto (processual e material), o mais adequado é respeitar aquilo que tiver sido estipulado pelas partes, de sorte que a alteração posterior da regra processual poderá deixar de ser aplicada ao caso concreto, se assim houver previsão no negócio, a menos que se trate de norma cogente (YARSHELL, 2016, p. 80).

Ainda no plano da existência do negócio, é preciso que haja um lugar para a sua celebração, assim como para a sua execução, leia-se, concretização dos efeitos negociados, como sói acontecer nos demais negócios jurídicos²².

Quanto ao plano da validade, o negócio jurídico processual deverá estar consubstanciado em ato volitivo das partes, em um estado de igualdade processual, liberdade e boa fé²³⁻²⁴ dos envolvidos, que estarão a negociar sobre objeto lícito (CC, art. 166, inciso II), em observância ao devido processo legal, sem que se tenha por objetivo fraudar lei imperativa (CC, art. 166, inciso VI), sob pena de acarretar em nulidade do negócio.

Nos termos do artigo 142 do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 142. Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé.

Como se observa, no controle de validade do negócio processual o juiz poderá, de ofício, aplicar as penalidades da litigância de má-fé, se ficar convencido de que as partes agiram em conluio para entabular negócio processual com fim de simulação.

Ainda, o negócio jurídico processual válido deve ser celebrado entre agentes plenamente capazes, conforme dicção do artigo 190 do Código de Processo Civil²⁵, contudo, se realizado por pessoa relativamente incapaz, tal vício gera anulabilidade do ato (CC, art.

²² Enunciado 405 do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis (FPPC): “Os negócios jurídicos processuais devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

²³ Neste sentido: Enunciado 404 do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis (FPPC) “Nos negócios processuais, atender-se-á mais à intenção consubstanciada na manifestação de vontade do que ao sentido literal da linguagem. (Grupo: Negócios processuais)”.

²⁴ No mesmo sentido: “Nos negócios processuais, as partes e o juiz são obrigados a guardar nas tratativas, na conclusão e na execução do negócio o princípio da boa-fé”.

²⁵ Nos termos do Enunciado 403 do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis (FPPC): “A validade do negócio jurídico processual, requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei”.

171, inciso I), dado que o negócio processual, consoante acima delineado, possui natureza mista.

Por tal razão, em que pese o *caput* do artigo 190 do Código de Processo Civil estabelecer a necessidade de os agentes serem plenamente capazes, o vício resultante da incapacidade relativa não tem o condão de gerar a nulidade do negócio, daí por que o juiz não estaria autorizado a reconhecê-lo de ofício, porquanto o parágrafo único do mesmo artigo 190 estatui que somente em casos de nulidade pode o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, recusar aplicação no controle da validade do negócio (YARSHELL, 2016, p. 86).

Apenas a título de complementação, Fredie Didier Junior defende que não há sentido na restrição estabelecida no *caput* do indigitado artigo 190, pois o sujeito pode ser incapaz na esfera do direito civil, mas processualmente capaz, a exemplo do que ocorre com o adolescente de 16 anos, o qual possui capacidade processual para propor ação popular (Lei nº 4717/1965, art. 1º).²⁶ Além disso, de acordo com o autor, também os incapazes, se representados, podem pleitear direitos no processo, inclusive extrajudicialmente (com representação) (2016, p. 04).

De mais a mais, a presença do advogado para a celebração do negócio processual também pode ser vista como um requisito para a sua validade, quando mais o conteúdo abordado é de cunho processual, o que denota maior complexidade para o leigo compreender o objeto negociado.

De outro norte, apesar de bem vinda a intermediação do negócio pelo advogado, é de rigor reconhecer que a lei faculta às partes a sua contratação, conquanto seja presumível a vulnerabilidade no caso de negociação sem a devida assistência técnica do advogado. Neste sentido é o teor do Enunciado 18 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC), a saber: “Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica”.

Por fim, no plano da eficácia, insta salientar que o Código de Processo Civil de 2015 estabelece em seu artigo 200 que: “Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais

²⁶ Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”.

Diante disso, tem-se que a regra é a produção imediata de efeitos no negócio jurídico²⁷, mas haverá casos em que se faz necessária a verificação da validade do negócio jurídico processual e/ou a homologação pelo juiz, quando prevista em lei,²⁸ hipótese em que o negócio entabulado, em que pese surtir efeitos internos entre as partes, não possuirá efeitos externos até que seja verificado ou homologado pelo magistrado, conforme se verá no capítulo sobre a atuação do juiz diante do negócio jurídico processual.

2.4 Negócios jurídicos processuais típicos e atípicos

De modo ilustrativo, para facilitar a compreensão dos negócios jurídicos processuais (típicos e atípicos), o processo deve mesmo ser como aquela canção tocada pelo violeiro, de modo que as partes que o assistem estão mais atentas à beleza da letra (direito material) e ao ritmo da melodia (celeridade processual). E ainda que não observem ou não conheçam o formato do violão (processo), esperam que o instrumento seja apto a garantir e dar sentido à composição. E como é do bom gosto de todo boêmio, as músicas tocadas pelo violeiro devem ser do agrado de quem ouve, vez que o repertório não pode ser imposto de forma única e exclusiva por aquele que toca o instrumento (juiz), sem descurar do fato de que a qualquer pedido não condizente com o ambiente, também o violeiro poderá recusar-lhe serventia (homologação e/ou verificação do negócio).

A parábola acima serve bem para demonstrar como se dá a concretização do negócio processual sob a égide no Código de Processo Civil de 2015, porque revela o anseio das partes em ter um processo mais democrático, mais acessível e no qual possam, de fato, exercer poder de influência sobre a decisão. Contudo, conforme já discorrido nos capítulos anteriores, tal pretensão não simboliza, nem de longe, a privatização do processo, visto que o juiz ainda irá perseverar no controle de validade do negócio, para que então possa surtir seus efeitos no processo.

De acordo com a doutrina:

²⁷ Enunciado 133 (FPPC): “Salvo nos casos expressamente previstos em lei, os negócios processuais do art. 190 não dependem de homologação judicial”.

²⁸ Enunciado 260 (FPPC): “A homologação, pelo juiz, da convenção processual, quando prevista em lei corresponde a uma condição de eficácia do negócio”.

[...] dentro do escopo maior do CPC de promover a solução mais rápida e satisfatória dos litígios, é de abrir espaço à participação das partes na construção do procedimento, tornando-o mais democrático, mas ao mesmo tempo evita que tais pactos funcionem como instrumentos de opressão, pois não admite que essa possibilidade de “negociação” de direitos ocorra quando haja qualquer desigualdade entre as partes ou a lide diga respeito a direitos que não admitam autocomposição (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 701).

Uma coisa é certa: em que pese posicionamentos doutrinários em sentido contrário, o negócio jurídico processual existe e é reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro, e diante disso parece que o problema não gira em torno dos negócios típicos, mas sim dos atípicos (porque sem previsão em lei).

Com efeito, o *caput* do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 estipula que:

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

Em relação ao uso do termo *autocomposição*, cumpre realçar que o direito material não pode ser confundido com o direito processual, sendo que o processo pode versar sobre direito material indisponível e, mesmo assim, estar sujeito ao negócio processual, vale dizer, *autocomposição* sugere a ideia de que apenas direitos disponíveis podem ser negociados no processo, o que não é verdade.

O Enunciado 19 do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis (FPPC) recomenda o quanto segue: "A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual".

Fernando Gajardoni afirma que: “para que seja possível a convenção processual, o objeto do processo – isto é, o direito material a ser debatido ou em debate – deve ser autocomponível (renunciável, reconhecível, transacionável)” (2015, *on-line*).

Dessa forma, a indisponibilidade em comento não deve recair sobre o direito material, mas sim sobre o direito processual, porquanto não é possível dispor daquilo que não se tem, ou seja, às partes não é dado criar negócio jurídico processual sobre norma cogente, não é possível afastar regra de proteção a direito indisponível, não é autorizado, por exemplo, dispensar a intervenção do ministério público nos casos em que a lei a prevê como necessária (CUNHA, 2016).

Sobre a matéria, importa colacionar o Enunciado 253 do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis (FPPC): “É inválida a convenção para excluir a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica”.

Conforme já discorrido no capítulo anterior, o legislador fala que as partes devem ser plenamente capazes, no entanto se o negócio for entabulado por relativamente incapaz, não se está, a bem da verdade, defronte a uma nulidade, mas sim de ato anulável, vício que não pode ser decretado de ofício pelo juiz, dada a natureza mista do negócio processual. Além disso, se o relativamente incapaz alcançar a maioria no curso do processo, parece mesmo ser o caso de conferir sim validade ao negócio para que surta seus efeitos.

Ainda na trilha do dispositivo em comento, é importante que se aponte a diferença entre processo e procedimento, pois o legislador fala que às partes é permitido estipular mudanças no procedimento, não fala, portanto, em processo.

Processo é

um ato jurídico complexo constituído pela operação de um núcleo de direitos fundamentais sobre uma base procedimental, não somente no âmbito da jurisdição e não apenas para declarar os direitos, mas principalmente para satisfazê-los no mundo dos fatos, na vida dos litigantes (RODRIGUES; LAMY, 2016, p. 09).

Por outras palavras, o processo é o todo, muito mais do que os meros ritos praticados pelos sujeitos no curso da lide, ou do processo administrativo; é um instrumento que se presta para declarar os direitos e, sobretudo, satisfazê-los, isto é, concretizá-los de forma eficaz e em tempo razoável, como forma de garantir o pleno acesso ao bem da vida.

Por sua vez, o procedimento “é o elemento que materializa o processo. É o conjunto de atos consecutivos e dialéticos que permitem a materialização do processo” (RODRIGUES; LAMY, 2016, p. 09).

É interessante pensar que o procedimento é a prática, enquanto o processo pode ser visto como a ciência, como o “local” que serve para a prática dos atos procedimentais, sendo estes a forma pela qual os sujeitos falam no processo, a exemplo da petição inicial, da contestação e da sentença.

Para finalizar, calha trazer uma vez mais as lições de Horácio Wanderlei Rodrigues e Eduardo Lamy:

É por meio da distinção entre processo e procedimento que o operador do Direito diferencia a Teoria do Processo da prática forense. Estar ciente de

que o objeto de estudo é o processo, e não o procedimento, significa pensar criativamente a disciplina, em vez de simplesmente reproduzir a realidade prática a que se acostumou ou que já se experimentou na profissão, já que o procedimento diz respeito à realidade corpórea da disciplina, correspondendo a um dos elementos que compõem o Direito Processual (2016, p. 09).

Deveras, a distinção entre processo e procedimento se perfaz de importância na medida em que não basta apenas saber as regras e ritos do procedimento, se o que se busca é aprofundamentos na ciência processual. É preciso, pois, pensar o processo. E nessa senda, quando se fala em negócio jurídico processual, via de regra, as partes estão negociando sobre regras do procedimento, no universo daquilo que representa o processo. Bem por isso, adotou o legislador, de forma correta, a definição de que as partes podem estipular mudanças no *procedimento*.

Voltando à análise do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, não parece ter agido com acerto o legislador ao assinalar que tais mudanças se prestam para se ajustar às especificidades da causa, vez que é consabido que o negócio processual, inclusive com previsão no mesmo artigo 190, pode ser realizado antes ou durante o processo, logo, se entabulado antes do processo não se tem, propriamente, uma causa, mas apenas um caso.

Por último, o legislador adota o termo convenção, ao invés de negócio processual, para identificar o que pode ser objeto de tratativas pelas partes (ônus, poderes, faculdades e deveres processuais). Neste diapasão, importa trazer as lições de José Rogério Cruz e Tucci:

Deve-se ter em mente, nesse particular, que as convenções sobre os atos procedimentais têm natureza estritamente processual, não se confundindo com os negócios propriamente ditos, que ocorrem incidentalmente no âmbito do processo e que têm por objeto o próprio direito litigioso.

Diante de tais premissas, sob o aspecto dogmático, o gênero negócio jurídico processual pode ser classificado nas seguintes espécies: a) negócio jurídico processual (*stricto sensu*), aquele que tem por objeto o direito substancial; e b) convenção processual, que concerne a acordos entre as partes sobre matéria estritamente processual (2016, p. 26).

Consoante se denota, para o autor o negócio jurídico processual é gênero, em relação ao qual a convenção processual é espécie, ao lado do negócio em sentido estrito. Referido autor assinala que há uma distinção entre negócio processual e convenção, qual seja: o negócio processual estaria atrelado ao direito substancial, a exemplo da conciliação, que ganha força no processo a partir da homologação pelo juiz, ou seja, se processualiza com a

homologação; enquanto a convenção processual teria por objeto matéria estritamente processual, vale dizer, não teria como pano de fundo tema vinculado ao direito material.

2.4.1 Possibilidades decorrentes dos negócios jurídicos processuais típicos

Feita essa abordagem em torno do artigo 190 do Código de Processo Civil, cumpre agora apresentar alguns negócios processuais que podem ser celebrados pelas partes, sendo certo que os típicos não encontram tanta dificuldade de avaliação, mas aqueles que não têm previsão legal como espécies negociais (atípicos), esses sim reclamam maior cuidado no uso, notadamente por parte do magistrado, que atuará como verificador da validade e/ou homologador daquilo que as partes lhe trouxeram para análise.

Por negócio jurídico processual típico entende-se aquele em que a lei fixa o seu regime, ou seja, a própria lei quem regula o tipo de negócio, o que torna despidendo o esforço das partes para a sua regulação (CUNHA, 2016, p. 54).

Há diversas previsões no texto legal a possibilitar a feitura de negócio jurídico processual entre as partes e eventuais terceiros, cite-se a já conhecida cláusula de eleição de foro (CPC/2015, art. 63)²⁹; a desistência da ação, que pode ser apresentada até a sentença e ocorrer de forma unilateral — se antecedente à contestação — ou de modo bilateral — se já contestada a demanda (CPC/2015, art. 485, inciso VIII, §§ 4º e 5º)³⁰.

A desistência do recurso (CPC/2015, art. 998)³¹ também é forma típica de negócio jurídico processual, com a ressalva de que não obsta a análise do mérito, nos casos em que a repercussão geral já tiver sido reconhecida, assim como nos casos em que a questão for objeto de julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos (CPC/2015, art. 998, parágrafo único)³²; a opção do autor pela realização ou não da audiência de tentativa de conciliação ou mediação (CPC/2015, art. 319, inciso VII)³³.

²⁹ Art. 63. As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações.

³⁰ Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: (...)VIII - homologar a desistência da ação; (...) § 4º Oferecida a contestação, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação. § 5º A desistência da ação pode ser apresentada até a sentença.

³¹ Art. 998. O recorrente poderá, a qualquer tempo, sem a anuência do recorrido ou dos litisconsortes, desistir do recurso.

³² Art. 998. (...) Parágrafo único. A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos.

³³ Art. 319. A petição inicial indicará: (...) VII - a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação.

Além disso, o aditamento ou alteração do pedido e da causa de pedir, até a citação, é outro exemplo de negócio jurídico processual típico e unilateral (CPC/2015, art. 329, inciso I)³⁴, ao passo que se já citado o réu, somente poderá haver alteração ou aditamento com a sua anuência até o saneamento do processo, o que não desnatura o negócio processual, mas apenas o torna bilateral (CPC/2015, art. 329, inciso II)³⁵.

O saneamento consensual do processo também é um exemplo típico de negócio processual, oportunidade em que a delimitação das questões de fato e de direito, depois de homologada, vincula as partes e o juiz (CPC/2015, art. 357, § 2º)³⁶; outrossim, o saneamento pode ser compartilhado, quando então contará com a participação do juiz no negócio (CPC/2015, art. 357, § 3º)³⁷.

Por vontade das partes, pode a audiência ser adiada para outra data (CPC/2015, art. 362, inciso I)³⁸; o pedido genérico de produção de provas na inicial é igualmente um negócio jurídico processual unilateral (CPC/2015, art. 369)³⁹, ao passo que a distribuição diversa do ônus da prova, quando por vontade das partes, é negócio bilateral (CPC/2015, art. 373, § 3º)⁴⁰.

A indicação consensual de perito é forma de negócio processual típico e bilateral (CPC, art. 471)⁴¹; mesmo a conciliação e a mediação são negócios processuais, sendo inclusive regidas de acordo com a livre autonomia dos interessados, o que inclui a definição

³⁴ Art. 329. O autor poderá: I - até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu (...).

³⁵ Art. 329. O autor poderá: (...) II - até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar.

³⁶ Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: (...) § 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

³⁷ Art. 357. (...) § 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

³⁸ Art. 362. A audiência poderá ser adiada: I - por convenção das partes (...).

³⁹ Art. 369. As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

⁴⁰ Art. 373. O ônus da prova incumbe: (...) § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando (...)

⁴¹ Art. 471. As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que: I - sejam plenamente capazes; II - a causa possa ser resolvida por autocomposição.

das regras procedimentais, conforme dispõe o artigo 166, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015⁴².

A calendarização do processo também é um exemplo de negócio jurídico processual típico, porque finca raiz no artigo 191 do Código de Processo Civil de 2015⁴³, hipótese em que o juiz atuará como sujeito/agente do negócio, desde que de comum acordo entre o juiz e as partes (negócio jurídico processual plurilateral). Implica reconhecer que ao juiz não é dado fixar de ofício o calendário processual.

É certo dizer que o calendário processual pode ser formulado a qualquer tempo no processo, mas é mais comum que o seja na fase de saneamento, quando então serão fixadas as datas para a realização dos atos instrutórios (CUNHA, 2016, p. 64).

Homologado o calendário dos atos processuais, fica dispensada a intimação das partes para cumprimento dos prazos estipulados no calendário por elas e pelo juiz estipulado, fato que representa significativa economia de tempo no processo. Deveras, a grande vantagem do calendário processual é a possibilidade de se antever o tempo aproximado que durará o processo (concorrendo, assim, para a consolidação da razoável duração do processo).

Apesar das inegáveis vantagens conferidas pela calendarização, é preciso assinalar que os grandes litigantes do País (Fazenda Pública, bancos, grandes conglomerados empresariais etc.) podem desprezar a formação do calendário processual justamente por não lhes interessar, via de regra, o ganho de tempo no processo.

No que se refere aos prazos processuais, o Código revogado não autorizava a redução ou prorrogação de prazos peremptórios (CPC/1973, art. 182).⁴⁴ Tal restrição não existe mais no panorama atual, vez que se admite a redução de tais prazos peremptórios (prazos previstos em lei), ante a expressa autorização do artigo 222, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015⁴⁵, a configurar portanto hipótese de negócio processual típico.

⁴² Art. 166. (...) § 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

⁴³ Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. § 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. § 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

⁴⁴ Art. 182. É defeso às partes, ainda que todas estejam de acordo, reduzir ou prorrogar os prazos peremptórios. O juiz poderá, nas comarcas onde for difícil o transporte, prorrogar quaisquer prazos, mas nunca por mais de 60 (sessenta) dias.

⁴⁵ Art. 222 (...) § 1º Ao juiz é vedado reduzir prazos peremptórios sem anuência das partes.

A propósito, as partes também podem convencionar sobre a suspensão do processo de conhecimento, assim como da execução (negócios típicos), consoante regras dos artigos 313, inciso II⁴⁶, e 922⁴⁷ do Código de Processo Civil de 2015, respectivamente.

Importa pontuar que as partes podem, em comum acordo, requerer o desentranhamento de documento supostamente falso, com o que se tornará desnecessária a realização de exame pericial (CPC/2015, art. 432, parágrafo único).⁴⁸

Por questões de recorte metodológico, a opção escolhida foi de pinçar alguns exemplos de negócio jurídico processual típico, apenas para evidenciar algumas hipóteses legais em que se admite a convenção pelas partes, de forma que no tópico seguinte serão abordados os casos de negócios atípicos.

2.4.2 Possibilidades decorrentes dos negócios processuais atípicos

A cláusula geral estabelecida no artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015 abre uma gama muito grande para a criatividade das partes e dos demais sujeitos do processo, de modo que diversas podem ser as adaptações feitas no procedimento, para que se amolde da melhor forma possível aos interesses dos envolvidos.

Em uma palavra, os negócios atípicos são aqueles que não encontram previsão exata na lei, ou seja, não são informados pelo legislador como espécies negociais, mas decorrem do exercício do autorregramento da vontade (NOGUEIRA, 2016, p. 249).

Acerca dos negócios atípicos, Fredie Didier Junior pontua que:

O negócio processual *atípico* tem por objeto as situações jurídicas processuais — ônus, faculdades, deveres e poderes (“poderes”, neste caso, significa qualquer situação jurídica ativa, o que inclui direitos subjetivos, direitos potestativos e poderes propriamente ditos). O negócio processual atípico também pode ter por objeto o ato processual — redefinição de sua forma ou da ordem de encadeamento dos atos, por exemplos (DIDIER JUNIOR, 2016, p. 65).

Daniel Amorim Assumpção Neves registra que:

⁴⁶ Art. 313. Suspende-se o processo: II - pela convenção das partes (...).

⁴⁷ Art. 922. Convindo as partes, o juiz declarará suspensa a execução durante o prazo concedido pelo exequente para que o executado cumpra voluntariamente a obrigação.

⁴⁸ Art. 432. Depois de ouvida a outra parte no prazo de 15 (quinze) dias, será realizado o exame pericial. Parágrafo único. Não se procederá ao exame pericial se a parte que produziu o documento concordar em retirá-lo.

O Novo CPC, seguindo tendências do direito inglês (*case management*) e francês (*contrat de procédure*), cria uma cláusula geral de negociação processual, que pode ter como objetivo as situações processuais das partes, o procedimento e a fixação de um calendário procedimental (NEVES, 2015, p. 169).

Tal como se deu no tópico anterior, as linhas seguintes contêm breve análise sobre as hipóteses que envolvem o negócio processual atípico, sem a pretensão, por certo, de esgotar o tema, haja vista que se trata de matéria suscetível à imaginação e criatividade dos profissionais do direito, o que implica reconhecer que é deveras complexa, quiçá impossível, catalogar todas as situações antes que elas aconteçam no dia a dia da prática jurídica.

Dito isso, aqui vai um caso em que o negócio jurídico se dá de forma atípica, a saber: é prática comum nos tribunais brasileiros o desembargador presidente da sessão, na condição de sujeito do negócio, propor ao advogado, no início do julgamento, a faculdade de não realização da sustentação oral ante o resultado favorável do recurso.

Trata-se, pois, de negócio processual atípico, na medida em que se adianta o dispositivo do acórdão para evitar que o advogado sustente, com o que se ganha tempo e agilidade durante as sessões de julgamento, normalmente com pautas abarrotadas. Outro exemplo, também no âmbito dos tribunais, é a dispensa da leitura do relatório, com a anuência expressa e verbal do advogado (reduzida a termo), antes de iniciar a sustentação.

Com base no Enunciado 490 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis (FPPC), dentre outras hipóteses, são admissíveis os seguintes negócios jurídicos processuais: i) pacto de inexecução parcial ou total de multa coercitiva; ii) pacto de alteração de ordem de penhora; pré-indicação de bem penhorável preferencial (CPC/2015, art. 848, inciso II)⁴⁹; iii) pré-fixação de indenização por dano processual prevista nos artigos 81, § 3º⁵⁰, 520, inciso I⁵¹, e 297, parágrafo único⁵² (cláusula penal processual) do Código de Processo Civil de 2015.

⁴⁹ Art. 848. As partes poderão requerer a substituição da penhora se: II - ela não incidir sobre os bens designados em lei, contrato ou ato judicial para o pagamento (...).

⁵⁰ Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou. (...) § 3º O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

⁵¹ Art. 520. O cumprimento provisório da sentença impugnada por recurso desprovido de efeito suspensivo será realizado da mesma forma que o cumprimento definitivo, sujeitando-se ao seguinte regime: I - corre por iniciativa e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido (...).

Do Enunciado 19 do mesmo Fórum extraem-se como negócios processuais atípicos:

i) pacto de impenhorabilidade; ii) acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza; iii) acordo de rateio de despesas processuais; iv) acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso; v) acordo para não promover execução provisória; vi) pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no artigo 334; vii) pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; viii) pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, subrogatórias ou indutivas; ix) previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; x) acordo de produção antecipada de prova; xi) escolha consensual de depositário-administrador no caso do artigo 866⁵³; e xii) convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal.

Por fim, segue o Enunciado 21 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): i) acordo para realização de sustentação oral; ii) acordo para ampliação do tempo de sustentação oral; iii) julgamento antecipado do mérito convencional; e iv) redução de prazos processuais.

Sobre a redução de prazos processuais, cumpre ressaltar que o Código de Processo Civil de 2015, diferentemente do artigo 181 do Código revogado⁵⁴, não previu expressamente a possibilidade de redução ou prorrogação de prazo dilatório por vontade das partes. Neste caso, a redução de prazos processuais dilatórios (ou seja, aqueles que podem ser reduzidos ou ampliados pelas partes) tornou-se com o Novo Código uma espécie de negócio processual atípico.

Além da redução ou ampliação dos prazos, as partes podem convencionar prazos em dias corridos (NOGUEIRA, 2016, p. 253), consoante prevê o Enunciado 579 do Fórum Permanente de Processualistas Civis: “Admite-se o negócio processual que estabeleça a contagem dos prazos processuais dos negociantes em dias corridos”.

⁵² Art. 297. O juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória. Parágrafo único. A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber.

⁵³ Art. 866. (...) § 2º O juiz nomeará administrador-depositário, o qual submeterá à aprovação judicial a forma de sua atuação e prestará contas mensalmente, entregando em juízo as quantias recebidas, com os respectivos balancetes mensais, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida.

⁵⁴ CPC/1973. Art. 181. Podem as partes, de comum acordo, reduzir ou prorrogar o prazo dilatório; a convenção, porém, só tem eficácia se, requerida antes do vencimento do prazo, se fundar em motivo legítimo.

Ainda, é possível que as partes negociem entre si o afastamento da fase recursal, de modo a ocorrer o trânsito em julgado a partir da prolação da sentença, uma vez que o que se veda é a proibição de acesso à primeira instância, mas não o acesso à segunda instância. De acordo com Pedro Henrique Nogueira:

As partes poderão firmar o *pacto de não recorrer*, ou *acordo de instância*, o que significa a estipulação, antes ou no curso do processo, para que uma demanda tramite apenas em uma determinada instância. Trata-se de um acordo de exclusão do procedimento em grau de recurso (2016, p. 253).

A propósito, também podem ser utilizados os artigos 999⁵⁵ e 1000⁵⁶ do Código de Processo Civil de 2015, de modo que conste no negócio jurídico processual (antes ou no curso da lide) que as partes se servem de tais artigos como forma de renúncia recíproca ao direito de recorrer.

Feitas essas considerações a respeito dos negócios jurídicos processuais atípicos, caberá ao capítulo seguinte a abordagem sobre a dialética processual entre as partes do processo (autorregramento da vontade) e a atuação juiz, em busca da harmonização necessária para o bom desenvolvimento do processo.

⁵⁵ Art. 999. A renúncia ao direito de recorrer independe da aceitação da outra parte.

⁵⁶ Art. 1.000. A parte que aceitar expressa ou tacitamente a decisão não poderá recorrer. Parágrafo único. Considera-se aceitação tácita a prática, sem nenhuma reserva, de ato incompatível com a vontade de recorrer.

CAPÍTULO 3 – A DIALÉTICA SOB A ÉGIDE DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

A partir da Constituição Federal de 1988, que irradia seus efeitos em todas as searas das relações havidas na sociedade brasileira, deu-se azo a uma variada e ampla gama de direitos fundamentais calcados, sobretudo, na dignidade da pessoa humana para a consolidação e manutenção do Estado Democrático de Direito.

Afora a crítica factível em torno da banalização do princípio da dignidade da pessoa, que se presta a embasar todo tipo de argumentação jurídica, é preciso notar que tal princípio serviu e serve para justificar, dentre outras razões, a constitucionalização das relações jurídicas, públicas e econômicas no País, pois em todas elas se exige a observância primeira à dignidade humana.

Essa mesma sociedade, composta por pessoas que têm dignidades reconhecidas pelo texto constitucional, já não espera mais que o Estado supra as suas necessidades por si só, sem a participação social e o diálogo, ela vai atrás, por assim dizer, pois deseja participar da construção das decisões, tanto na esfera pública quanto na privada.

Grosso modo, quando o Estado não cumpre com aquilo que prometera na Constituição, ou quando particulares se desentendem acerca de algum interesse comum, o processo é o local em que desemboca as mais diversificadas irresignações em busca da tutela de direitos, o que ocasiona no Brasil uma inegável judicialização das relações públicas e privadas, ou seja, cada vez mais se bate à porta do Judiciário para resolução de conflitos ou para a consecução de um direito fundamental.

Diante desse cenário, com vistas a desafogar o já abarrotado Poder Judiciário, o Código de Processo Civil de 2015 aposta na resolução consensual dos conflitos, na cooperação necessária entre todos os sujeitos do processo, no contraditório pleno e substancial, na democratização do processo e, mais detidamente (porque objeto precípua da presente dissertação), no negócio jurídico processual — o que exige a formação de um diálogo entre o autorregramento da vontade e os poderes do juiz e a sua atuação perante o negócio processual.

3.1 Dos poderes do juiz

Com perspicácia poética e sensibilidade singular, Piero Calamandrei (1995, p. 197) redigiu aquela que talvez seja a mais bela retratação da relação entre o advogado (patrono da parte) e o magistrado, na célebre obra *Eles, os juízes, vistos por um advogado*.

Disse o escritor italiano:

Se os folgazões, voltando do teatro, passarem alta noite debaixo da janela do advogado, irão vê-la iluminada: ele estará lá, à sua mesa, redigindo na calma noturna para a mulher amada, disputada por um rival, ardentes cartas, prolixas, enfáticas e tediosas, como todas as cartas de amor. Essas cartas se chamam petições e essa amada se chama Corte (CALAMANDREI, 1995, p. 197).

De efeito, toda vez que se fala em poderes do juiz, deve-se ler no avesso disso os poderes da parte, neste caso, os poderes do advogado. A relação profissional entre juízes e advogados pode ser, por vezes, contraditória, pois é comum observar juízes reclamando de advogados em seu mister, na prática forense do dia a dia, tal como é corriqueiro notar advogados criticando a atuação desse ou daquele juiz, de modo que para o leigo tais provocações podem ressoar como expressão de sentimentos odiosos entre um e outro, mas Calamandrei bem revelou que não se trata mais do que amor pela Corte, tanto da parte dos juízes, quanto da parte dos advogados.

Deste modo, os poderes do juiz é tema que normalmente acentua as opiniões, vez que haverá aqueles que defendem fortemente a necessidade de se mitigar, tanto quanto possível, tais poderes, ao passo que outros defenderão a necessidade de se conferi-los cada vez ao magistrado no exercício da atividade judicante, por acreditarem que só haverá ordem e justiça plena se o juiz puder conduzir cada processo de acordo com as peculiaridades do caso (a partir do seu livre convencimento motivado), bem assim podendo, por exemplo, gozar de poderes instrutórios para a busca da denominada, e não menos utópica, “verdade real”.

O professor Eduardo Cambi, em referência à obra de Flávio Dino de Castro e Costa⁵⁷, repisa que:

Os juízes não podem tudo, embora possam muito. Têm enorme responsabilidade de atuar na alteração das desigualdades sociais e na

⁵⁷ De acordo com Flávio Dino de Castro e Costa: “Os juízes não podem tudo, nem devem poder. Mas podem muito, e devem exercer esse poder em favor da grandiosa e inesgotável utopia de construção da felicidade de cada um e de todos” (2008, p. 172).

promoção da justiça social. Para isso, devem garantir a *complexidade estrutural* do direito no Estado Constitucional, vale dizer, assegurar a necessária e dúctil coexistência entre leis, direitos e justiça, sem se tornarem “Senhores do Direito”, como pretenderam ser os legisladores, na origem do Estado Liberal, por ser papel incompatível com o Estado Democrático de Direito (COSTA, 2008, p. 172 *apud* CAMBI, 2016, p. 614).

Por tais razões, não se pode ter no juiz a figura do “todo poderoso” e “salvador da pátria”, conforme, aliás, já apontado alhures, sobretudo porque cada vez mais se cobra maior poder de influência às partes, especialmente porque em “jogo” estão interesses que coexistem entre as leis e a justiça, tornando ainda mais necessário o “convite” para que as partes negociem entre si regras procedimentais, assim também a necessidade que cooperem entre si todos os sujeitos do processo, como forma de se alcançar resposta de mérito justa e efetiva, em tempo razoável.

Mas quais seriam, afinal, os ditos poderes do juiz?

Alguns dos poderes do juiz estão alocados no artigo 139 do Código de Processo Civil de 2015:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento; II - velar pela duração razoável do processo; III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias; IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária; V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais; VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito; VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais; VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso; IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais; X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficiar o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva. Parágrafo único. A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular.

Uma questão é bastante controvertida na doutrina, a saber: os poderes instrutórios do juiz. Parcela considerável de doutrinadores entende que o juiz teria sim poder para determinar,

de ofício, a produção de prova não pleiteada pelas partes, ao passo que outra parcela entende que agindo dessa forma o magistrado estaria perdendo a sua imparcialidade e, além disso, favorecendo exclusivamente a parte interessada que deixou de produzir a prova.

A discussão finca raiz no anseio de se descobrir a verdade real, haja vista que os poderes instrutórios do juiz se prestariam para o alcance da verdade dos fatos ocorridos preteritamente. Estaria, assim, o juiz, designado a descobrir aquilo que efetivamente ocorreu, realizando uma função que, a princípio, competia às partes.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart narram que:

A doutrina moderna busca ampliar os poderes do juiz na instrução da causa, sob a bandeira de que o processo é instrumento público que deve buscar a verdade sobre os fatos investigados. Ao se autorizar que o juiz determine, de ofício, a produção de provas – suprimindo, pois, a atividade que competiria primeiramente às partes –, novamente pretende-se dar ênfase à busca da verdade substancial, trazida como dogma para o direito processual (2015, p. 34).

A verdade real, no entanto, não passa de desejo subjetivo, ilusão ou pretensão inalcançável. Isso porque, jamais, em nenhuma hipótese, será possível reconstruir *ipsis litteris* no presente um fato sempre ocorrido no pretérito. Com base em Sérgio Cotta (1995), Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart comentam a contradição engendrada pela busca da verdade real:

Quer-se um juiz que seja justo e apto a desvendar a essência “verdadeira” do fato ocorrido no passado, mas reconhece-se que a falibilidade humana e o condicionamento dessa descoberta às formas legais não o permitem. O juiz não é um ser divino, mas ainda assim tem, como objeto de sua pesquisa, a verdade objetiva – verdade esta que lhe é, assim como a todos os demais, inatingível. Exige-se, portanto, que o juiz seja um deus, capaz de desvendar a verdade velada pela controvérsia das partes, onde cada qual entende estar com “verdadeira” verdade e, portanto, com a razão (2015, p. 40).

Portanto, porque inatingível a verdade real, as provas conduzem apenas e tão somente à probabilidade de como tenha ocorrido o fato, logo, à verdade factível ou conjectural, ou seja, “a mais próxima representação da verdade que se consegue obter dentro de certas circunstâncias” (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 47). Superada a “crença” pela verdade real, pode-se afirmar que os poderes instrutórios do juiz, por tudo o quanto exposto, não se sustentam.

3.2 O autorregramento da vontade e atuação do juiz no processo

De início, impende destacar que a liberdade dedicada às partes não pode dar ensejo a situações de abuso, uma vez que uma das vigas mestras do Estado Democrático de Direito é exatamente a necessidade de se respeitar o princípio da legalidade, pelo que se conclui que a ninguém é dado negociar objeto ilícito ou com fins ilícitos, tal qual não se pode explorar o processo para consolidar uma situação de fraude, dentre outros tantos exemplos que ferem a dignidade da justiça.

Com efeito, ainda que se valorize cada vez mais o autorregramento da vontade, é temeroso descuidar de uma verdade que ainda salta aos olhos: o processo — visto sob o prisma publicista — tem o compromisso de pacificar a sociedade, de modo que também a sociedade espera que o processo seja mais do que um instrumento a serviço do direito material, para que seja justo na medida em que proporcione decisões que efetivamente decorram da análise amíúde do mérito e que tenham contado com a plena participação das partes.⁵⁸

Neste sentido:

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

Daí vai que é preciso reconhecer que a cláusula geral para os negócios jurídicos processuais, se mal utilizada, poderá desvirtuar o processo, razão pela qual, repita-se, a atuação do profissional do direito será determinante para garantir que o direito material seja alcançado da forma mais plena e eficaz, de modo a consolidar meios de combater comportamentos não cooperativos e evitar o solapamento ou a privatização da jurisdição.

Fredie Didier Jr. lembra que:

Defender o autorregramento da vontade no processo não é necessariamente defender um processo estruturado em um modelo adversarial. O respeito à

⁵⁸ O Direito Processual Civil, conforme abordamos anteriormente, continua sendo um ramo do Direito Público. Há, contudo, certa margem de liberdade entre os sujeitos litigantes ou potencialmente litigantes. A liberdade de escolha procedimental é, no CPC/1973, visualizada apenas na tipicidade. A evolução legislativa nesse aspecto encontra respaldo principalmente na cláusula geral do art. 190 do NCPC (...) (BOCALON, 2016, p. 64–65).

liberdade convive com a atribuição de poderes ao órgão jurisdicional, até mesmo porque o poder de autorregramento da vontade no processo não é ilimitado, como, aliás, não é em nenhum outro ramo do direito. Se não existe autonomia da vontade ilimitada nos demais ramos do Direito, não faria sentido que logo no Direito Processual Civil ela aparecesse (2016, p. 34).

Sendo assim, apesar da valorização ao autorregramento das vontades no atual Código de Processo Civil, às partes não é dado o total e ilimitado controle sobre o processo. A bem ver, nem ao juiz incumbirá o controle total e ilimitado sobre o processo, porque a *mens legis* do Código de Processo Civil de 2015 é justamente harmonizar as atuações de todos os sujeitos processuais entre si, dentro daquele ideal que já se abordou alhures: a democratização do processo.

Murilo Teixeira Avelino discorre que:

O NCPC exige um estudo a respeito da atuação do magistrado, diferenciando as hipóteses em que atua prestando a atividade jurisdicional no controle dos atos das partes, daquelas em que o próprio magistrado é sujeito do negócio jurídico processual (2016, p. 377).

Destarte, a atuação do juiz deverá ser pautada na busca do diálogo com as partes, de tal feita que haverá casos em que, inclusive, participará ativamente do negócio processual como sujeito, num encontro de vontades das partes e do juiz (negócio jurídico plurilateral), a exemplo da calendarização do processo, do saneamento consensual e do saneamento compartilhado (AVELINO, 2016, p. 386).

Dessa feita, o processo que se quer cooperativo visa sopesar de maneira harmônica a atuação das partes e do juiz, por meio da pretendida cooperação processual, de modo a proporcionar um processo nem tão liberal a ponto de distorcer o jaez publicista, nem tão estadista que signifique sobreposição exacerbada aos interesses privados.

Dentro destes aspectos, é de se assinalar que o Código de Processo Civil de 2015 em diversos momentos trouxe previsões que verdadeiramente visam alcançar esse fim — a harmonização da atuação das partes e do juiz —, a exemplo daquilo que estampado no artigo 6º do Código, isto é, o *dever* de cooperação processual entre todos os sujeitos do processo.

José Rogério Cruz e Tucci escreve que:

A moderna concepção publicística do processo civil não implica dilatação do poder estatal, mediante o exercício ilimitado da atividade jurisdicional, mas, sim, pressupõe a existência de um juiz, independente e imparcial, na direção dos atos processuais, seguindo normas legais predispostas, tendentes a tutelar direitos que reclamam proteção, submetidos à cognição do Poder

Judiciário por exclusiva iniciativa dos respectivos titulares ou de quem é legitimado a agir em nome próprio defendendo interesses alheios. Viceja destarte a instrumentalidade do processo como vetor institucionalizado em prol da efetivação do direito material (2015, p. 49–67).

Em outros termos, para o autor referenciado há uma moderna concepção publicista do processo, a qual preceitua que a atividade jurisdicional do magistrado seja exercida de forma independente e imparcial, e lastreada pela exclusiva iniciativa dos titulares do direito, seja em relação aos legitimados ordinários, seja também em relação aos extraordinários.

3.2.1 O controle judicial do negócio jurídico processual

O juiz deverá exercer o controle para que as partes não façam do processo um meio para atacar a dignidade da justiça, da boa-fé, da lealdade e da cooperação processual, nos termos dos artigos 139, inciso III⁵⁹, e 142⁶⁰, ambos do Código de Processo Civil.

Sem prejuízo, é preciso reconhecer que o negócio jurídico processual prescinde da homologação pelo juiz, em conformidade com o que dispõe o artigo 200 do Código de Processo Civil: “Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”.

Na mera verificação do negócio, o juiz deverá observar se não há ofensa ao ordenamento jurídico, a fim de que se assegure de que a negociação foi feita entre pessoas capazes, se o objeto é lícito, se o direito negociado não é indisponível, se fora observada a igualdade processual, dentre outros requisitos que devem necessariamente passar por uma espécie de filtro pelo magistrado, em verdadeiro exame prévio do negócio posto em juízo, nos exatos termos do parágrafo único do artigo 190 do Código de Processo Civil de 2015, a saber:

Art. 190 (...). Parágrafo único: De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

⁵⁹ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias.

⁶⁰ Art. 142. Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé.

Portanto, para os casos em que não haja a necessidade de homologação judicial, bem assim inexistindo invalidade sobre o negócio, é dever do juiz “abster-se de contrariar o que foi convencionado (CPC/2015, art. 139, V), além de tomar as medidas necessárias para implementar aquilo que foi objeto da convenção (CPC/2015, art. 3º, § 3º)” (NOGUEIRA, 2016, p. 232).

Murilo Teixeira Avelino entende que a homologação é ato indispensável à eficácia externa do ato das partes e assinala:

É como se o ato, ainda que plenamente válido e eficaz entre elas (eficácia interna), exige para a sua produção de efeitos no processo (eficácia externa) a homologação do juiz, como elemento integrativo. Esta é a função da homologação, *conditio iuris* para que o ato possa adentrar no plano da eficácia processual. Nas hipóteses em que não se fala em homologação, o negócio já está aperfeiçoado pela manifestação volitiva das partes, produzindo eficácia interna e externa (2016, p. 378).

Por eficácia externa pode ser entendida a concretização dos efeitos no processo, haja vista que um negócio jurídico pode ser estabelecido previamente ao início da lide, hipótese em que o negócio vincula apenas as partes envolvidas, sem efeitos processuais (eficácia interna).

Quando o juiz funcionar como homologador do negócio, caberá a ele “permitir que o negócio produza os seus efeitos específicos no processo, funcionando a atuação do juiz como *conditio iuris* para a eficácia externa do ato” (AVELINO, 2016, p. 381).

Em tais casos, previstos em lei, a atuação do juiz terá o condão de “processualizar” os efeitos do negócio, porque antes disso os efeitos são delimitados apenas e tão somente às partes envolvidas⁶¹, a exemplo do acordo firmado em conciliação, que só ganhará força jurídica-processual após a devida homologação, assim também a desistência da ação (negócio jurídico processual unilateral), consoante dicção do parágrafo único do artigo 200 do Código de Processo Civil de 2015.

Significa dizer que a regra é a prevalência da vontade no processo, porque os atos das partes surtem efeitos imediatamente no que respeita à constituição, modificação ou extinção de direitos processuais. Deste modo, a homologação judicial somente será exigida quando prevista em lei, como ocorre com o parágrafo único do supracitado artigo 200 do Código de Processo Civil.

⁶¹ Enunciado 402 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis (FPPC): “A eficácia dos negócios processuais para quem deles não fez parte depende de sua anuência, quando lhe puder causar prejuízo”.

3.3 Entre limites aos negócios jurídicos processuais

Tão importantes quanto às possibilidades advindas dos negócios processuais, são as limitações que serão impostas pela jurisprudência e orientadas pela doutrina, conquanto dada a idade prematura do Código de Processo Civil de 2015 ainda não é possível aprofundar em tal mister, sob pena de lançar mão de previsões e respostas anteriores às próprias perguntas.

Neste emaranhado, os limites aos negócios jurídicos se confundem com o controle de verificação feito pelo juiz, dado que ao constatar haver nulidades no negócio trazido à sua análise, o juiz estará autorizado a recusar-lhe validade ou eficácia. Portanto, a regra do artigo 104 do Código Civil de 2002⁶² já é, por si só, uma imposição de limites ao autorregramento da vontade no processo, como igualmente ocorre na esfera do direito material.

Oportuno mencionar que a necessidade de observar a igualdade processual, a liberdade e a boa fé⁶³⁻⁶⁴ dos envolvidos, além da obrigatoriedade de que o objeto seja lícito (CC, art. 166, inciso II), sem que se tenha por objetivo fraudar lei imperativa (CC, art. 166, inciso VI), também são expressões de limites impostos aos negociantes processuais, nos exatos termos dispostos no retrocitado artigo 142 do Código de Processo Civil de 2015, a saber:

Art. 142. Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé.

Uma vez convencido de que as partes se serviram do processo para fins ilícitos (fraude ou simulação), poderá o juiz, de ofício, aplicar as penalidades da litigância de má-fé.

Outra limitação expressa ao autorregramento diz respeito à impossibilidade legal de, por meio de negócio jurídico processual, as partes criarem recurso que não tenha previsão expressa em lei, ou seja, para além daqueles previstos taxativamente no rol do artigo 994 do Código de Processo Civil, segundo o qual:

⁶² Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.

⁶³ Neste sentido: Enunciado 404 do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis (FPPC). Nos negócios processuais, atender-se-á mais à intenção consubstanciada na manifestação de vontade do que ao sentido literal da linguagem. (Grupo: Negócios processuais).

⁶⁴ No mesmo sentido: “Nos negócios processuais, as partes e o juiz são obrigados a guardar nas tratativas, na conclusão e na execução do negócio o princípio da boa-fé”.

Art. 994. São cabíveis os seguintes recursos: I - apelação; II - agravo de instrumento; III - agravo interno; IV - embargos de declaração; V - recurso ordinário; VI - recurso especial; VII - recurso extraordinário; VIII - agravo em recurso especial ou extraordinário; IX - embargos de divergência.

Nessa trilha, o mesmo se aplica à impossibilidade de se criar hipótese de cabimento de recurso, desprovida de previsão expressa em lei, como se dá no caso do agravo de instrumento no Código de Processo Civil de 2015, cujo rol de cabimento é igualmente taxativo.⁶⁵

Aqui, é interessante notar que no inciso XIII o legislador abre a possibilidade de cabimento do agravo de instrumento, quando em outros casos previstos em lei; tivesse o legislador usado o termo “ordenamento jurídico”, poder-se-ia discutir a hipótese de estipulação negocial entre as partes, haja vista que o negócio jurídico processual integra o ordenamento jurídico, mas ao usar o termo “lei” restringiu ao texto legal, apenas.

Nestes dois casos mencionados, a impossibilidade de adequação por vontade das partes está ligada ao fato de que a Constituição Federal de 1988 foi expressa ao preceituar que compete à união, privativamente, legislar sobre direito processual, logo, está fora do alvedrio das partes, por sinal, até dos Estados, Municípios e Distrito Federal.

Dáí, a importância da distinção entre processo e procedimento, pois a cláusula geral do negócio jurídico processual já aponta outra limitação inerente à atuação das partes: a estipulação de mudanças se restringe a regras procedimentais.

Ademais, as partes não podem dispor de regras cogentes, porquanto estariam negociando objeto processual ilícito, vez que tais normas se destinam à “proteção de alguma finalidade pública. É ilícito, por exemplo, negócio processual para afastar a intimação obrigatória do Ministério Público nos casos em que a lei a reputa obrigatória (art. 178 do CPC/2015)” (DIDIER JUNIOR, 2016, p. 06).

Chiovenda já assinalava que:

⁶⁵ Art. 1.015. “Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: I - tutelas provisórias; II - mérito do processo; III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem; IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica; V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação; VI - exibição ou posse de documento ou coisa; VII - exclusão de litisconsorte; VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio; IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros; X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução; XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º; XII - (VETADO); XIII - outros casos expressamente referidos em lei. Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário”.

As normas processuais nem sempre são absolutas ou cogentes, mas eventualmente dispositivas, seja porque, por vezes, a lei pode ter em vista o interesse individual, como no caso em que a derrogação de tais normas se afigure como a renúncia a um benefício, seja porque a lei pode, outras vezes, ter em conta o conhecimento, pelas partes, das circunstâncias concretas da lide para deixá-las regular alguns pontos na relação processual. Não existe, pois, um processo convencional, quer dizer, ao juiz e às partes não é permitido governar arbitrariamente o processo; mas em certos casos é livre às partes desatenderem a norma processual, já por acôrdo expresso ou tácito, já deixando de assinalar-lhe a inobservância. Se as partes gozam ou não dessa liberdade, deve ressaltar dos termos expressos da lei ou do escôpo da norma determinada: na dúvida, as normas processuais devem reputar-se cogentes (1965, p. 74).

O Enunciado 20 do Fórum Permanente de Processualistas Civis prevê que não é admissível o negócio jurídico bilateral que tenha por conteúdo o afastamento, a supressão da primeira instância ou a modificação de competência absoluta. Em relação à supressão do acesso à justiça, por óbvio que as partes não podem negociar sobre tal matéria, especialmente porque a Constituição de 1988 prevê expressamente, no artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Às partes, igualmente, não é conferido o direito de fraudar terceiros e tirar proveito de sua própria torpeza, porquanto o processo visa valorizar o sujeito que trabalha de forma digna e leal, e não o especulador, conforme bem disse Flávio Tartuce ao comentar as normas do Código Civil, que “fica à espreita esperando um *golpe de mestre* para enriquecer-se à custa de outrem” (2011, p. 282).

Finalmente, um último exemplo de limite ao negócio jurídico processual pode ser aquele que diz respeito à impossibilidade de as partes afastarem a atuação do ministério público como fiscal da ordem jurídica, conforme dispõe o Enunciado 254 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis.

3.4 Entre possibilidades de negócios jurídicos processuais (um pouco mais...) complexos: três hipóteses possíveis

Poderiam as partes convencionar de modo bilateral no sentido de limitar os meios de provas? Aqui, toma-se a liberdade de colacionar na íntegra as palavras de Carlos Medeiros da Fonseca, em artigo publicado no XXIV Congresso Nacional do CONPEDI, na Universidade Federal de Minas Gerais:

Imagine-se que as partes convençionem sobre a utilização unicamente de prova documental durante a instrução probatória de uma eventual demanda judicial. O julgador, diante do conjunto probatório produzido, entende que as questões fáticas não restaram completamente solucionadas e que ainda não encontra elementos suficientes para fundamentar sua decisão nas provas existentes nos autos. Diante desse cenário hipotético, poderia o juiz determinar a realização de outras provas que entender necessárias para a resolução do mérito, como apregoa o artigo 370 do CPC/2015? Ou, vinculado ao negócio jurídico processual celebrado pelas partes, o juiz deve resolver o litígio com base na prova já produzida – e exclusivamente documental? A questão não é simples e coloca em conflito valores muito caros ao Direito brasileiro. De um lado, o relevante e tradicional “livre convencimento motivado”, cânone processual de independência da magistratura. De outro, a efetividade do negócio jurídico processual, que valoriza a manifestação hígida de vontade de partes capazes (prestigiando o princípio da liberdade), que vai ao encontro dos reclamos sociais por celeridade processual e que, além disso, confere maior densidade normativa ao princípio constitucional da razoável duração do processo, nos termos do artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal. Se se adotar a opção teórica de privilegiar o “livre convencimento motivado” e os amplos poderes instrutórios do juiz, o que é condizente com o modelo inquisitorial, a figura do negócio jurídico processual, tão encarecida com o advento do CPC/2015, perderá muito de sua efetividade. Todavia, se se optar pela tese de vinculação do magistrado ao disposto no negócio realizado pelas partes, em matéria probatória, o julgamento livre e racional pelo magistrado poderá restar comprometido, aproximando-se, então, do modelo adversarial de organização do processo (2015, p. 144–145).

E agora? Privilegiar os poderes do juiz ou o autorregramento da vontade? Como superar esse entrave?^{66–67}

⁶⁶ De acordo com Oliveira: “Mesmo a iniciativa do órgão judicial no campo dos poderes instrutórios deve ser entrevista num quadro de dimensões mais amplas, de modo a permitir a adequada formação da convicção do julgador. Inadmissível, por tais razões, submetam-se os litigantes pura e simplesmente ao impulso do órgão judicante e ao seu empenho em chegar a uma correta definição da causa, ou restrinja-se este a apaticamente recolher o resultado da atuação das partes. Em vez do juiz ditador, dono de um processo inquisitório e autoritário, ou de um processo totalmente dominado pelas partes, como anteparo ao arbítrio estatal — a exemplo do sucedido na idade média com o processo romano-canônico —, importa fundamentalmente o exercício da cidadania dentro do processo, índice da colaboração das partes com o juiz, igualmente ativo, na investigação da verdade e da justiça.

Não se trata, portanto, de superar a idéia de KLEIN, mas de reformulá-la mediante o necessário reforçamento dos poderes das partes, dentro de uma visão mais contemporânea do problema. E, realmente, nos quadros dessa direção, parece haver hoje consenso quanto às linhas do apogeu do processo pós-moderno nesse início do século XXI, evoluindo-se para o que se convencionou chamar de máxima da cooperação (Kooperationsmaxima), acima mencionada” (OLIVEIRA, [2003], p. 10).

⁶⁷ Para Robson Renault Godinho: “Se a iniciativa probatória oficial for considerada uma faculdade, o descontrole do critério judicial é absoluto e o arbítrio será coonestado; se for considerado um dever, ou poder dever, o processo se tornará cada vez mais inquisitivo e a obrigatoriedade da instrução oficial ensinará problemas outros; se se eliminar a instrução oficial, será padronizada a omissão, mas os valores que fundamentam a participação do juiz serão sacrificados; se se limitar a atividade instrutória judicial em alguns casos, como somente em direitos indisponíveis, haverá a admissão que a disponibilidade ensaja a indiferença no resultado do processo, sem contar a dificuldade intrínseca de se definir o que deve ser considerado indisponível, o que poderia ser sanado com a indicação taxativa

O enunciado do artigo 370 do Código de Processo Civil de 2015 determina que caberá ao juiz, a requerimento das partes ou mesmo de ofício, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Mas a questão em debate é mais complexa, porque coloca em cena um conflito entre o autorregramento e os poderes do juiz, também porque traz à baila outra discussão: a preclusão sobre os atos do juiz.

Em regra, o juiz pode determinar as provas que entender necessárias para o deslinde da causa (CPC/2015, art. 370). Pode, ainda, distribuir de forma diversa o ônus da prova, caso se convença da impossibilidade ou da excessiva dificuldade de cumprimento do encargo por uma das partes (CPC/2015, art. 373, § 1º).⁶⁸

Contudo, nos casos em que as partes, com vontades livres e agentes plenamente capazes, entabulam negócio processual que limita os meios de provas ou que distribui de forma diversa o ônus probatório, há previamente estipulação negocial formulada entre os sujeitos envolvidos (e que, via de regra, surte efeitos imediatamente, nos termos do já citado artigo 200 do CPC/2015).

Ademais, mesmo que se considere imprescindível a homologação judicial de tal negócio, não se pode negar que uma vez válido e existente, não poderá o juiz negar-lhe eficácia. Uma vez homologado, ainda que tacitamente, o juiz estará vinculado estará aos termos do negócio⁶⁹, não podendo posteriormente ir contra aquilo que estabelecido pela vontade das partes, sobretudo em decorrência da preclusão sobre referido ato.

Carlos Medeiros da Fonseca conclui que:

Isso porque o juiz, ao proceder ao controle do ingresso do negócio jurídico no feito, atestando a validade de suas cláusulas, vincula-se ao seu conteúdo, especialmente no que diz respeito às possibilidades probatórias. Dessa forma, não se pode considerar admissível que o julgador determine a realização de provas em desacordo com o disposto no negócio jurídico. Nesse caso, incidirá a preclusão lógica sobre a atividade do juiz, a impedir a adoção de conduta logicamente incompatível com outros atos anteriormente

de determinadas hipóteses. Essas são algumas inquietações que podem ser extraídas desse instigante tema, revelando como o maniqueísmo é prejudicial a uma discussão ampla, e que precisam ser debatidas e refletidas” (2013, p. 75).

⁶⁸ Art. 373 (...). § 3º. Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

⁶⁹ Para Pedro Henrique Nogueira: “O juiz se vincula diretamente aos negócios jurídicos processuais, seja quando relacionados ao procedimento, seja quando relacionados a ônus, poderes e deveres processuais, devendo promover a implementação dos meios necessários ao cumprimento do que avençado entre as partes” (2016, p. 231).

realizados, a saber: o controle e a homologação tácita da avença. Em resumo: a aceitação do negócio jurídico processual pelo julgador (homologação tácita) implica sua vinculação ao convencionado, obstando sua futura atividade probatória para além dos parâmetros validamente fixados no negócio (pela incidência de preclusão lógica) (2015, p. 148).

Demais disso, com espeque naquilo que discorrido anteriormente acerca do fundamento precípua dos poderes instrutórios do juiz — sobre uma busca pela verdade real que não se sustenta —, também parece mais adequado que se prestigie a vontade das partes em relação à problemática acima referenciada⁷⁰, vez que a pseudo preocupação com a busca da verdade não pode se sobrepor à vontade das partes, tampouco transverter o instituto processual da preclusão.

A segunda hipótese que se traz à baila diz respeito à flexibilização da *perpetuatio jurisdictionis*. Sabe-se que o fundamento determinante da perpetuação da jurisdição/competência é a segurança jurídica, para que a jurisdição esteja protegida dos caprichos particulares das partes, como forma de se garantir a efetividade do processo.

Apesar disso, há casos nos quais o Código autoriza a mudança de foro, tanto antes quanto depois de fixada a competência, a exemplo da cláusula de eleição de foro e da permissão legal à mudança de competência, por ato unilateral do credor-exequente, no cumprimento de sentença, consoante expressado pelo parágrafo único do artigo 516 do Código de Processo Civil de 2015.

Com efeito, o parágrafo único do artigo 516 do Código de Processo Civil de 2015 prevê a possibilidade de o exequente optar na fase de cumprimento de sentença, de forma unilateral, por outro juízo que não aquele no qual tramitou o processo durante a fase de conhecimento, requerendo a remessa dos autos para o juízo do local em que se encontrem os bens do devedor, ou para aquele onde deva ser executada a obrigação, como também àquele em que atualmente tenha domicílio o executado.

A propósito, impende notar o sincretismo do processo em relação ao cumprimento de sentença, consoante inovação trazida pela Lei nº 11.232/2005, que tornou a execução do título judicial fase do processo cognitivo, e não mais ação de execução autônoma, daí por que a

⁷⁰ Robson Renault Godinho defende, dentre outras hipóteses de acordos probatórios atípicos, as que seguem: “excluir ou incluir meios de provas, permitir ou proibir determinadas provas atípicas, modificar aspectos procedimentais referentes a provas (como prazos e sequência de depoimentos), ampliar ou limitar a admissibilidade de meios de provas, ampliar ou limitar a inadmissibilidade de meios de provas, único meio, permuta de documentos, excluir presunções, hierarquizar provas” (2016, p. 553).

possibilidade de escolha do juízo pelo exequente (CPC/2015, art. 516, parágrafo único)⁷¹ implica em verdadeira alteração da competência no curso do mesmo processo.

Dessarte, muito embora a intenção do legislador seja garantir segurança jurídica por meio da perpetuação da competência, tal princípio não é absoluto, como tudo no direito, de modo que é possível extrair da regra mencionada acima a busca pela efetividade do processo, razão pela qual se autoriza a flexibilização da *perpetuatio jurisdictionis*, nesse caso, através da vontade unilateral do exequente.

A própria regra do § 3º do artigo 63 do Código de Processo Civil traz à baila outra flexibilização da perpetuação da competência, quando autoriza o juiz, depois de já fixada a competência, e antes da citação, a determinar *ex officio* a remessa dos autos ao juízo do domicílio do réu, nos casos em que considere abusiva a cláusula de eleição de foro.

A recuperação judicial é outro exemplo de flexibilização da perpetuação da jurisdição/competência, haja vista que as execuções em curso perante outro juízo ou foro devem ser encaminhadas ao juízo da recuperação, competente para apreciar medidas expropriatórias que envolvam os bens e ativos financeiros da empresa recuperanda, de acordo com entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUIZADO ESPECIAL CÍVEL. EXECUÇÃO SINGULAR MOVIDA CONTRA A RECUPERANDA. PRÁTICA DE ATOS DE CONSTRIÇÃO PATRIMONIAL. IMPOSSIBILIDADE. RELAÇÃO DE CONSUMO. IRRELEVÂNCIA. 1 - Conflito de competência suscitado em 9/11/2015. Recurso especial interposto em 28/3/2016 e concluso à Relatora em 30/9/2016. 2 - Controvérsia que se cinge em definir se o juízo onde se processa a recuperação judicial da recorrente é o competente para processamento e julgamento de ação indenizatória derivada de relação de consumo em fase de cumprimento de sentença. 3 - A interpretação conjunta das normas contidas nos arts. 6º, 47 e 49 da LFRE, bem como o entendimento do STJ acerca da questão, permitem concluir que o juízo onde tramita o processo de recuperação judicial - por ter à sua disposição todos os elementos que traduzem com precisão as dificuldades enfrentadas pelas devedoras, bem como todos os aspectos concernentes à elaboração e à execução do plano de soerguimento - é quem deve decidir

⁷¹ Art. 516. O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante: I - os tribunais, nas causas de sua competência originária; II - o juízo que decidiu a causa no primeiro grau de jurisdição; III - o juízo cível competente, quando se tratar de sentença penal condenatória, de sentença arbitral, de sentença estrangeira ou de acórdão proferido pelo Tribunal Marítimo. Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o exequente poderá optar pelo juízo do atual domicílio do executado, pelo juízo do local onde se encontrem os bens sujeitos à execução ou pelo juízo do local onde deva ser executada a obrigação de fazer ou de não fazer, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem.

sobre o destino dos bens e valores objeto de execuções singulares movidas contra a recuperanda, ainda que se trate de crédito decorrente de relação de consumo. 4 - Recurso Especial Provido (STJ. REsp n. 1.630.702-RJ. Ministra Relatora Nancy Andrighi. j. 02/02/2017).

Ademais, o artigo 63 do Código de Processo Civil estabelece que: “As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações”.

Da leitura do artigo, vê-se que não há qualquer menção ao tempo em que pode ser modificada a competência em razão do valor e do território, se antes ou depois de proposta a ação. O que há é a previsão de eleição de foro, por natureza, antes da propositura da demanda, de forma que também a modificação de competência se configura uma nova eleição de foro, antes, portanto, da *repropositura* e distribuição/registro da demanda.

Ao restringir hipóteses de derrogação da competência por convenção das partes, o Código de Processo Civil isenta a competência territorial, em conformidade com o artigo 62: “A competência determinada em razão da matéria, da pessoa ou da função é inderrogável por convecção das partes”.

O Enunciado nº 20 do Fórum Permanente dos Processualistas Cíveis prevê a impossibilidade de modificação da competência absoluta, do que se conclui que tal vedação não abrange a alteração da competência relativa, como sói acontecer com a eleição de foro e com a flexibilização negociada da competência territorial no curso do processo (eleição de foro incidental), desde que de forma bilateral.

Outrossim, não há que se falar em afronta ao princípio do juízo natural, pois a mera alteração incidental de competência não sugere a escolha por um juízo específico, já que após a remessa dos autos um novo registro será feito, e uma nova competência será devidamente fixada.

Nesse sentido, Daniel Gomes de Miranda esclarece que:

O negócio processual de eleição de foro ocasionará (...) nova distribuição da demanda, de sorte que as partes não terão ingerência na determinação do juízo de destino. Escolhe-se o foro; o juízo será determinado por distribuição, dentre aqueles que sejam, conforme as normas de organização judiciária do destino, competentes (2016, p. 474).

Denota-se, pois, que as partes não estarão escolhendo o juízo, mas apenas optando pela modificação da competência territorial, sendo que a escolha do juízo se dará a partir de nova distribuição da demanda. Relevante consignar que o Código de Processo Civil de 2015,

diferentemente do Código revogado (CPC/1973, art. 132)⁷², não adotou o princípio da identidade física do juiz, daí por que se pode concluir pela admissibilidade da eleição de foro incidental negociada entre as partes (MIRANDA, 2016, p. 475).

Em verdade, a arbitragem representa verdadeiro negócio jurídico processual acerca da competência, pois retira do Poder Judiciário a apreciação sobre a matéria, e pode ocorrer a qualquer momento — antes ou no curso do processo (CPC, art. 3º, § 3º) —, o que se revela ainda mais emblemático que a mera alteração de foro por vontade das partes, uma vez que a alteração de competência ainda mantém sob o crivo do Estado-juiz a definição da causa.

A terceira hipótese de negócio processual que poderia gerar dúvidas é aquele relacionado à legitimação extraordinária negociada. De fato, há dois tipos de legitimidade no processo: a ordinária e a extraordinária. Com base no artigo 18 do Código de Processo Civil, a ninguém é dado pleitear direito alheio em nome próprio, a menos que tal situação seja autorizada pelo ordenamento jurídico. Caso a parte que ingresse em juízo não possua legitimidade para tanto, a petição inicial será indeferida pelo Magistrado e o mérito não será resolvido, nos termos do inciso II do artigo 330 e inciso VI do artigo 485 do Código de Processo Civil, respectivamente.

Assim, a regra é a legitimidade ordinária, ou seja, pleiteará em juízo aquele que sofreu o dano na seara do direito material, ou, nos casos expressamente previstos, aqueles que a própria lei lhes conferiu legitimidade, como é o caso, por exemplo, dos legitimados para propor ação direta perante o Supremo Tribunal Federal.

Em relação à legitimidade extraordinária, Sergio Bermudes leciona que terá incidência “quando, por disposição expressa, a lei autoriza alguém a acionar ou a sofrer a ação em seu próprio nome, mas defendendo pretensão de outrem ou respondendo por resistência alheia” (2006, p. 55).

De fato, o artigo 6º do Código de Processo Civil revogado determinava: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”.

Note-se, pois, que o dispositivo falava em “lei”, e não em “ordenamento jurídico”, tal qual ocorre com o artigo 18 do Código de Processo Civil de 2015, a saber: “Ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”.

Daniela Santos Bomfim explica que:

⁷² CPC/1973. Art. 132. Art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor.

A novidade legislativa não se resume apenas à substituição do termo “lei”. O que há de mais novo, neste aspecto, é o contexto em que o texto está inserido, que traduz os valores e a ideologia subjacente à nova sistemática processual. O texto do art. 18 deve ser interpretado em consonância com as reconstruções das demais normas do CPC de 2015 (2016, p. 458).

Deveras, há uma diferença significativa entre “lei” e “ordenamento jurídico”, pois enquanto aquela se limita apenas e tão somente àquilo que expressamente normatizado, entendida a norma como parte do sistema jurídico, esse compreende um campo mais vasto de regras e princípios, de forma que a possibilidade de legitimação extraordinária negociada deve ser entendida a partir da ideia de que o legislador consagrou expressamente os negócios jurídicos processuais atípicos.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr. destaca que:

Este negócio jurídico é processual, pois atribui a alguém o poder de conduzir validamente um processo. Não há, assim, qualquer obstáculo a priori para a legitimação extraordinária de origem negocial. E, assim sendo, o direito processual civil brasileiro passará a permitir a legitimação extraordinária atípica, de origem negocial (2014, p. 04).

Deste modo, considerando que não há regra cogente que impeça a negociação acerca da legitimidade *ad causam* no processo, bem assim que o artigo 190 do Código de Processo Civil estatuiu verdadeira cláusula geral para os negócios jurídicos processuais, não há razão plausível para impedir que as partes atribuam sua legitimidade a terceiros que não tenham participado da relação de direito material, ou seja, trata-se apenas de substituição processual e não de sub-rogação do direito material.

Uma vez mais, imperioso que se diga que a legitimação extraordinária negociada *ad causam* não emana seus efeitos no que concerne à relação jurídica de direito material, ou seja, o legitimado no polo ativo não se tornará credor do réu, tampouco o legitimado passivo se tornará devedor do autor.

Demais disso, além da transferência de legitimidade processual, nos termos expostos, também é possível que a legitimidade seja ampliada, isto é, que o autor estenda sua legitimidade a outrem para integrar o polo passivo da ação (legitimidade concorrente), o que, por óbvio e a princípio, não será suficiente para causar qualquer prejuízo ao autor, razão pela qual nessas ocasiões não se exige a notificação do autor.

Na hipótese de o juiz não acolher o negócio jurídico processual e se apoiar na regra do artigo 330, inciso II, do Código de Processo Civil de 2015, para indeferir a petição inicial

por manifesta ilegitimidade de parte, caberá recurso de apelação da decisão, consoante artigo 331 do mesmo Diploma Legal.

É certo que as partes não podem negociar a legitimidade com o fito de fraudar a lei. De modo hipotético, basta pensar no caso em que o credor figure como executado em diversas execuções, de modo que se “aparecesse” discutindo judicialmente algum crédito correria o risco bloqueio, por seus credores, do valor auferido na ação em tese. Transferir a sua legitimidade *ad causam* para outrem poderia ser uma “saída” para o problema, pois numa simples pesquisa no portal do Tribunal de Justiça não seria possível identificar o processo em nome do executado.

3.5 O almejado diálogo entre as partes e o juiz

Considerando a importância da matéria e a amplitude que lhe é peculiar na ordenação jurídica brasileira, busca-se trazer no presente tópico aspectos atuais e controvertidos em relação à forma como se almeja o diálogo entre as partes e o juiz, com o fito de estabelecer uma verdadeira ponte entre a teoria e a realidade, razão pela qual é sempre importante destacar a necessária mudança de comportamento dos atores do direito (juízes, promotores, advogados, serventuários da justiça, partes, terceiros interessados etc.). A rigor, o prisma deve ser direcionado não só às partes envolvidas na lide, como também aos profissionais das ciências jurídicas.

A tendência contemporânea caminha no sentido de se proporcionar uma concepção diferenciada e mais refinada do devido processo legal, porque já não basta mais que sirva apenas à limitação do poder estatal, como também não basta que apenas observe a lei. É preciso mais. É necessário, pois, que as partes possam efetivamente participar do processo, que elas possam influenciar na construção da decisão (e de modo geral, na construção do País), através da negociação de regras procedimentais.

Historicamente, o devido processo legal esteve ligado a proteger somente a nobreza, sem se preocupar com outros princípios processuais, tais como isonomia, cooperação, instrumentalidade etc. O objetivo principal, portanto, era limitar o poder do Estado, por meio de regras que obrigassem o governante a respeitar a liberdade (tanto corporal quanto patrimonial), mitigando, assim, a arbitrariedade (COSTA, 2001).

No Brasil, Gilmar Ferreira Mendes destaca que:

Embora decorra do próprio sistema constitucional de proteção dos direitos e garantias fundamentais, o *devido processo legal* foi expressamente positivado no inciso LIV do art. 5º da Constituição do Brasil de 1988. A explicação textual de algo que já estava implícito nas ordens constitucionais pretéritas, portanto, constitui uma inovação do constituinte de 1988 em relação às constituições anteriores (art. 179, XI, da Constituição de 1824; art. 72, § 15, da Constituição de 1891/ art. 102, § 8º, da Constituição de 1934; art. 141, § 27, da Constituição de 1946) (2013, p. 429).

A preocupação do constituinte de 1988, em insculpir no Texto Constitucional a previsão do devido processo legal, decorre do fato de que a sociedade brasileira saía, àquela época, de um longo período ditatorial no País, tornando ainda mais necessário o reconhecimento expresso de que as relações jurídicas e governamentais devem respeito às normas, ao devido processo, inclusive para evitar agressões à dignidade da pessoa humana.

Aliás, é sempre importante destacar que a Constituição Federal de 1988 tem justamente como epicentro normativo a dignidade da pessoa humana, de sorte que tal princípio, aliado ao devido processo legal, “cumpre função subsidiária em relação às garantias constitucionais específicas do processo” (MENDES, 2013, p. 430). Por tudo isso, o processo é mais do que um procedimento previsto em lei, é um instrumento a serviço da Justiça, consentâneo de uma sociedade livre e democrática.

Neste sentido, colaciona-se novamente a lição de Gilmar Ferreira Mendes:

O devido processo não é apenas o processo legal, mas o processo legal, justo e adequado. Por isso, a cláusula constitucional do devido processo não exige apenas um processo previamente estabelecido em lei; ela vincula a própria atividade legislativa na feitura do processo justo, o qual pode ser entendido como um processo estabelecido de forma adequada e proporcional à garantia efetiva dos direitos e liberdades básicas dos indivíduos (2013, p. 430).

Portanto, para além de se falar em devido processo legal, fala-se também em devido processo justo, o qual, apesar da complexidade de delimitação do que seja, possui como perfil mínimo para consecução a necessidade de observância da cooperação entre as partes e o juiz (CPC/2015, art. 6º), da igualdade entre todos os sujeitos processuais (CF/1988, art. 5º, incisos I e LV; CPC/2015, arts. 7º, 9º e 10), do acesso fácil ao Poder Judiciário e da eficácia do processo (CF/1988, arts. 5º, inciso XXXV; CPC/2015, art. 3º), da ampla defesa (CF/1988, art. 93, inciso IX; CPC/2015, arts. 11 e 489), da publicidade (CF/1988, arts. 5º, inciso LX, e 93, inciso IX; CPC/2015, arts. 11 e 189), com lastro na duração razoável do processo (CF/1988, art. 5º, inciso LXXVIII; CPC/2015, arts. 4º e 6º), de modo que somente em consonância a tais

regras e princípios estar-se-á diante de um processo justo (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2015, p. 491).

O devido processo legal, justo, adequado e, agora, convencional (haja vista o negócio jurídico processual) ocupa singular importância na ordem democrática e constitucional brasileira, pois é através dele que o Estado proporciona e assegura a resolução do conflito entre as partes.

Quando se busca trazer as partes para dentro do processo, isto é, para que possam efetivamente influenciar o deslinde da demanda, o devido processo legal sai fortalecido, ao contrário do que ocorre quando se reserva aos jurisdicionados apenas o cumprimento e observância das regras estampadas no texto normativo. É dizer, o negócio jurídico processual concede aos figurantes da lide um papel de maior relevância, a gerar a expectativa sempre boa de que com isso se alcançará resposta de mérito mais justa e adequada aos interesses em conflito.

Para Murilo Teixeira Avelino:

O diálogo processual legitimador de uma prestação da atividade jurisdicional, deve ser o mais amplo possível, consequência do direito fundamental ao contraditório, apto a conformar situações jurídicas relativamente a todos os sujeitos do processo, não só às partes, mas também ao juiz e aos demais auxiliares, informados pela necessidade premente de submeter seus posicionamentos à ciência e oportunidade de influência dos demais (2016, p. 370).

Por essas razões que o diálogo processual ganha especial relevo para a concretização e consolidação do instituto do negócio jurídico sobre matéria procedimental, e tal diálogo tem como nascedouro o contraditório, o qual, por seu turno, se fortalece com a cooperação e no modelo cooperativo de processo.

De acordo com Eduardo Cambi: “o processo colaborativo surge como uma tentativa de se alcançar o ponto de equilíbrio no estabelecimento da divisão do trabalho entre juiz e partes, transformando o processo em uma verdadeira comunidade de trabalho” (2014, p. 283–307).

Novamente, Murilo Teixeira Avelino pontua que:

O princípio da cooperação não mais admite seja o processo visto como uma estrutura hierarquizada, onde as partes se submetam a um Estado-juiz superpoderoso ou, muito menos, um Estado ausente, expectador do embate livre entre as partes exercendo mero papel de mediador; hoje o Estado-juiz é membro do contraditório, somente se sobrelevando no momento de proferir

a decisão, fruto de um diálogo democrático, ético e participativo na prestação da jurisdição (2016, p. 370).

Neste sentido, é desejável que haja verdadeira harmonização entre a atuação do juiz e a participação efetiva das partes no desenrolar processual, com vistas a propiciar melhor qualidade nos debates, bem assim o pleno acesso à justiça. Em tempo, os negócios jurídicos processuais podem ser o alicerce para a construção do diálogo no processo, haja vista que flexibilizam, dinamizam e adéquam os ritos procedimentais às características individuais do litígio.

Certamente, alcançar esse ambiente harmônico não é matéria das mais fáceis, notadamente porque o processo é ordenado e trilhado por pessoas, falíveis por natureza e, no mais das vezes, orgulhosas de si o bastante para impedir uma atuação cooperativa e aberta para o diálogo, porque, via de regra, o processo é visto como um campo de batalha, em que vence o melhor advogado — não é a toa que se fala em paridade de armas no processo, como se uma guerra fosse.

No entanto, a complexidade não pode afastar a intenção de tornar o processo policêntrico, participativo e, por que não, democrático, pois já não se admite a concentração exclusiva de poderes em favor do juiz, o que muitas vezes se faz por conta do medo de regressar ao liberalismo exagerado de outrora (aliás, nunca predominante no Brasil), conforme esposado nos capítulos anteriores.

É preciso, pois, uma mudança de comportamento dos profissionais do direito, e não apenas do juiz, conforme bem lecionam Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron:

A defesa “atual” de que, para uma melhora do sistema jurídico, deve haver a procura de uma formação plural (humanística, jurídica, social e econômica) *tão somente* dos juízes, e não de todos os sujeitos processuais, parte do equívoco do protagonismo judicial que impede a compreensão da interdependência e do policentrismo processual, que importaria uma participação/cooperação e um reforço da importância e do papel de todos que se apresentam no processo (2015, p. 55, *on-line*).

Com razão, pois se a ideia é tornar o processo policêntrico, participativo e cooperativo, a crítica à precariedade do Poder Judiciário não pode se resumir apenas ao juiz, mas sim a todos aqueles envolvidos no processo, ainda mais na esfera dos negócios jurídicos processuais, que, por si sós, suscitam uma alta carga de criatividade em relação aos procedimentos, o que exigirá dos juristas um desprendimento dos dogmas estabelecidos, sem

descurar das limitações próprias a todas as atividades no âmbito do Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Toda e qualquer mudança naquilo que está posto não é fácil de ser concretizada, havendo sempre resistência por parte daqueles mais conservadores, bem como exageros por aqueles que se dizem da vanguarda. Sem embargos, tudo o que é novo dá vez a debates, e são esses debates que ao longo do tempo vão apresentando teses e antíteses para a formação de uma (nova) síntese capaz de enriquecer e consolidar o tema discutido.

O negócio jurídico processual é desses temas emblemáticos, e chama a atenção, sobretudo, no que concerne ao negócio atípico, à cláusula geral estipulada pelo legislador a possibilitar às partes que ajustem o procedimento de acordo com as especificidades do caso, bem assim convencionem sobre ônus, poderes, faculdades e deveres processuais (de forma antecedente ou incidental).

Conforme maciçamente afirmado no transcorrer do trabalho, é preciso lembrar que o negócio jurídico processual já encontrava previsão no Código de Processo Civil revogado, mas de forma mais tímida se comparada com a do Código em vigência.

Apenas para ilustrar o domínio do juiz sobre o processo civil e o esquecimento consequente em relação às partes, sob a égide do Código revogado, a inquirição das testemunhas era feita apenas pelo magistrado, no denominado sistema presidencialista de audiência, vez que as perguntas formuladas pelos advogados não podiam por eles serem realizadas diretamente às testemunha ou às partes.

Somente com o Código de Processo Civil de 2015 que houve, finalmente, alteração do referido sistema, possibilitando aos patronos a inquirição direta das testemunhas ou das partes em audiência, o que deveras se mostra mais afeito à pretendida democratização do processo, porquanto descentraliza os poderes antes reservados somente ao juiz.

Com a proposta de demonstrar como o negócio processual pode proporcionar às partes o pleno acesso à justiça, em decorrência da democratização que o autorregramento pode gerar no processo, o trabalho teceu apontamentos históricos em torno da necessidade humana na criação de um Estado para a regulação das relações sociais, oportunidade em que foram abordados os modelos processuais havidos no curso da história, a saber: adversarial, inquisitorial e cooperativo. Delimitando o tema, o primeiro capítulo encerrou-se com a análise histórica do autorregramento da vontade no processo civil brasileiro.

Adiante, foram investigados os fatos e atos jurídicos, com o propósito de trazer à baila os elementos que compõem o negócio jurídico processual, o regime jurídico e o objeto

que o torna possível, respeitados os planos de existência, validade e eficácia, com o que encerrou o capítulo com hipóteses de realização de negócios típicos e atípicos.

O terceiro capítulo trouxe como questão problema a conciliação entre a vontade as partes e os poderes do juiz, de modo a não se perder o espírito cooperativo, nem obnubilar os papéis representados por cada um dos sujeitos processuais, na medida do devido processo legal. Discorreu-se, assim, sobre a dialética processual entre as partes e o juiz, revelando hipóteses nas quais o negócio jurídico processual está sujeito ao controle judicial pelo magistrado, para então circunscrever os limites e possibilidades aos ditos negócios.

É de se notar que a negociação processual, se consubstanciada no diálogo e na cooperação, tem o condão de proporcionar um processo mais consentâneo com o ideal de uma sociedade democrática e pluralista, porque traz as partes para dentro do processo, com efetivo poder de influência sobre a condução do processo.

Uma análise do Processo Civil pelo viés constitucional faz com que as normas processuais deixem de ser estanques e as relações (entre as partes e entre as partes e o juiz) fortalecidas pelo caráter democrático, de forma que a observação ao autorregramento da vontade, para além da mera visão dogmática e exclusivamente publicista do processo, tende a garantir respostas de mérito mais justas e adequadas à lide, porque consentâneas à vontade das partes e aos princípios constitucionais dos mais diversos matizes.

Dito isso, não se pode descartar a assertiva de que é preciso se estabelecer um diálogo entre todos os sujeitos do processo, especialmente entre as partes e o juiz, de modo que a relação processual será tão mais rica e virtuosa à medida que for partilhada de forma cooperativa, sem protagonismos direcionados apenas ao juiz, tão menos às partes exclusivamente, já que o processo não tem dono, porque também se trata de instrumento a serviço do bem comum.

Em verdade, o protagonismo reservado ao juiz no controle do processo se vê obrigado a compartilhar espaço com o autorregramento da vontade, em uma participação capaz de tornar o processo uma comunidade de trabalho, em uma nova dimensão dos poderes do juiz e também da liberdade conferida às partes para se autorregerem nos limites e possibilidades estampadas em lei.

Nesse aspecto, as inúmeras previsões albergadas pelo Código de Processo Civil de 2015, especialmente a concretização do negócio jurídico processual, visam trazer as partes efetivamente para dentro do processo, para os bastidores da decisão, com o fito de garantir o devido processo legal/constitucional e melhorar a qualidade da decisão, muito além, portanto, da mera busca de um pronunciamento do juiz, objetivos os quais, para serem alcançados,

passam também pela necessária mudança de comportamento dos atores do direito (juízes, promotores, advogados, serventuários da justiça, professores e demais sujeitos processuais), e não só do texto normativo.

REFERÊNCIAS

ALEXYY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito Civil: Teoria Geral**. Coimbra: Coimbra, 1999.

AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais — já uma releitura. In: DIDIER, Fredie Didier; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). **Negócios Processuais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

BAGGIO, Hiago da Silva. **O princípio da cooperação processual no Novo Código de Processo Civil brasileiro: Fundamento para o aprimoramento da prestação jurisdicional**. 2015. 90 f. Monografia (Curso de Direito). Faculdades Integradas de Ourinhos/SP (FIO).

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos Constitucionais do Princípio da Cooperação Processual**. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. **Fundamentos Constitucionais do Princípio da Cooperação Processual**. Dissertação de Mestrado. 237 f. Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2011. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10725/1/Lorena.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2017.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios do Juiz**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

BERMUDES, Sergio. **Introdução ao processo civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BOCALON, João Paulo. **Os negócios jurídicos processuais no Novo Código de Processo Civil Brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2016. 241 p.

BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 1939**. Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. **Código de Processo Civil de 1973**. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. **Código de Processo Civil de 2015**. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 25 abr. 2017.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 abr. 2017.

_____. **Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cívis**. Disponível em: <<http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2017.

_____. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. Decreto-Lei n. 4.657, de 04 de setembro de 1942. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. **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: 05 ago. 2016.

_____. **Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005**. Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111232.htm>. Acesso em: 14 set. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.630.702–RJ**. Ministra Relatora Nancy Andrighi, j. 02/02/2017. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1567744&num_registro=201602618791&data=20170210&formato=PDF>. Acesso em: 04 out. 2017.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

_____. **Processo e Democracia**. Trad. Mauro Fonseca Andrade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

CAMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CAMBI, Eduardo. Colaboração no processo previdenciário. **Revista de Processo**. v. 228. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____; NEVES, A.R. Flexibilização procedimental no Novo Código de Processo Civil. **Revista de Direito Privado**. v. 64. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Alamedina, 2016.

CARMONA, Calors Alberto. **Arbitragem e Processo**: um comentário à Lei 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CAPONI, Remo. Autonomia Privada e Processo Civil: os acordos processuais. **Revista de Processo**. v. 228. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di Diritto Processuale Civile**. v. 1. I. Padova: Cedam, 1936.

CHASE, Oscar G. **Derecho, cultura y ritual**: sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural. Trad. Fernando Martín Diz. Madrid: Marcial Pons, 2011.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1965.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CORDEIRO, Antonio Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**. 2. ed. Coimbra: Alamedina, 2000.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. A função realizadora do Poder Judiciário e as políticas públicas no Brasil. In: MONTESCO, Cláudio José *et.al.* **Direitos sociais na Constituição de 1988**. São Paulo: LTR, 2008.

COTTA, Sérgio. **Quidquid latet apparebit**: le probleme de la vérité du jugement. Archives de philosophie du droit. t. XXXIX. Paris: Dalloz, 1995.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: DIDIER, Fredie Didier; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). **Negócios Processuais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Fonte normativa da legitimação extraordinária no Novo Código de Processo Civil**: a legitimação extraordinária de origem negocial. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/fonte-normativa-da-legitimacao-extraordinaria-no-novo-codigo-de-processo-civil-a-legitimacao-extraordinaria-de-origem-negocial/>>. Acesso em: 03 ago. 2017.

_____. Negócios jurídicos processuais atípicos no Código de Processo Civil de 2015. In: YARSHELL, Flávio Luiz (coord.). **Revista Brasileira da Advocacia**. Ano 1. v. 1. abr.-jun./2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. In: _____; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). **Negócios Processuais**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

_____; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: JusPodivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. **Instituições de direito processual**. v. II. São Paulo: Malheiros, 2001.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de Direito Processual Civil**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FONSECA, Carlos Medeiros da. Negócio jurídico processual e preclusão lógica: limitações aos poderes instrutórios do juiz. In: **XXIV Congresso Nacional do CONPEDI**. Universidade Federal de Minas Gerais. Disponível em: <www.conpedi.org.br em publicações>. Acesso em: 16 mai. 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca et al. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015**. Parte geral. São Paulo: Forense, 2015.

GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. **Civil Procedure Review**, v.4, n.1: 36-86, jan-apr., 2013.

_____. A possibilidade de negócios jurídicos processuais atípicos em matéria probatória. In: DIDIER, Fredie Didier; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). **Negócios Processuais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. **Revistas USP**. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66950/69560>>. Acesso em: 23 out. 2017.

_____. **Por que tenho medo dos juízes: A interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 7. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2016.

KELSEN, Hans. **A democracia**. 2. ed. Trad. Ivone Castilho Benedetti; Jefferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla; Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEHMANN, Henrich. **Tratado de Derecho Civil**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.

LOURENÇO, José. **Limites à liberdade de contratar: princípios da autonomia e da heteronomia da vontade nos negócios jurídicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

MACEDO, L. B. de.; PEIXOTO, R. de M. Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova. **Revista de Processo**. v. 241. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Prova e convicção: de acordo com o CPC de 2015**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

MIRANDA, Daniel Gomes de. Sobre afastamento negocial da *perpetuatio jurisdictionis*, ou sobre a convenção de eleição de foro incidental. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo III. Rio de Janeiro: Borsói, 1954.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1947.

MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. **Revista de Processo**. v. 35, n. 183. p. 165–194. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Convenções das partes sobre matéria processual**. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. **Privatização do processo?** Temas de Direito Processual (sétima série). São Paulo: Saraiva, 2001.

NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. de A. **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo CPC: Inovações, alterações e supressões comentadas**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

NUNES, Dierle. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. **Do Formalismo no Processo Civil**: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo I. In: **Academia Brasileira de Direito Processual Civil**. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/carlos%20a%20a%20de%20oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/carlos%20a%20a%20de%20oliveira%20(8)%20-formatado.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2017.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Horácio Wanderley; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

_____. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2016.

SANTOS, Hugo Rafael Pires dos; CAMARGO, Daniel Marques de. Flexibilização negociada da *perpetuatio jurisdictionis* no processo civil. In: **XXV Congresso Nacional do CONPEDI**. Universidade de Curitiba (UNICURITIBA). Disponível em:

<<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/xk5x794s/PW78pPqs9AISRlqc.pdf>>. Acesso em: 13 set. 2017.

_____. BUENO, Marcela Pradella. A cooperação processual como instrumento da paz. In: COSTA, Ilton Garcia da; CACHICI, Rogério Cangussu Dantas; Leão Júnior, Teófilo Marcelo de Arêa Leão (orgs.). **Paz, direito e fraternidade**. Curitiba: Instituto Memória, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. In: **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1**. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2018.

SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual austríaco. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro/março de 1980.

SCHMITZ, Leonard Ziesemer. **Fundamentação das decisões judiciais**: a crise na construção de respostas no processo civil. Teresa Arruda Alvim Wambier, Eduardo Talamini (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do direito processual civil austríaco. **Revista de Processo**. São Paulo, ano V, n. 17, jan./mar. 1980.

STRECK, Lenio. **O pamprincipiologismo e a flambagem do Direito**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-out-10/senso-incomum-pamprincipiologismo-flambagem-direito>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**: ensaios. Apresentação, organização e tradução Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC** – fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Natureza e objeto das convenções processuais. In: DIDIER, Fredie Didier; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). **Negócios Processuais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

_____. **Contra o processo autoritário**. Revista de Processo. v. 242. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia da vontade no Código Civil brasileiro e no Código de Defesa do Consumidor. **Revista dos Tribunais**. v. 791. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: DIDIER, Fredie Didier; CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). **Negócios Processuais**. 2. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.