

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

Alisson Silva Martins

AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Belo Horizonte

2019

Alisson Silva Martins

AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias.

Área de Concentração: Direito Processual.

Belo Horizonte

2019

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

M386c Martins, Alisson Silva
As convenções processuais no Estado Democrático de Direito / Alisson
Silva Martins. Belo Horizonte, 2019.
407 f.

Orientador: Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias
Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Estado democrático de direito. 2. Neoliberalismo - Brasil. 3. Direito processual - Legislação - Brasil. 4. Acesso à justiça - Brasil. 5. Convenções - Aspectos jurídicos. 6. Devido processo legal - Brasil. 7. Autonomia da vontade - Brasil. 8. Fato jurídico - Brasil. I. Dias, Ronaldo Brêtas de Carvalho. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 347.9

Ficha catalográfica elaborada por Fernanda Paim Brito- CRB 6/2999

Alisson Silva Martins

AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor em Direito.

Área de Concentração: Direito Processual.

Prof. Dr. Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias – PUC Minas (Orientador)

Prof. Dr. Dierle José Coelho Nunes – PUC Minas

Prof. Dr. Vitor Salino – PUC Minas

Prof. Dr. Igor Raatz dos Santos - FEEVALE

Profa. Dra. Nathane Fernandes da Silva - UFJF

Prof. Dr. Maurício Ferreira da Cunha – PUC Minas (Poços de Caldas)

Prof. Dr. Mario Lúcio Quintão Soares – PUC Minas (suplente)

Belo Horizonte, 01 de novembro de 2019.

A todos aqueles que se empenham em construir um direito processual mais democrático e participativo para (todo) o povo brasileiro.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à Deus que na sua infinita grandeza tem me permitido realizar meus projetos e por me cercar por pessoas incríveis.

Ao meu orientador, Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, pela confiança e liberdade para conduzir a pesquisa; pelos vários livros e o permanente estímulo ao aperfeiçoamento; por me lembrar que a ciência não se constrói por saltos – lição de extrema sensibilidade e responsabilidade, que só pode advir dos verdadeiros mestres. A seriedade na condução de seus trabalhos é uma grande fonte de inspiração. Professor fica o meu reconhecimento e admiração.

Ao Professor Dierle Nunes, que gentilmente me permitiu ser ouvinte de uma de suas disciplinas, antes mesmo de ser um aluno do PPGD, abrindo as portas da PUC-MG, lugar que seria minha casa por mais cinco anos. Sem qualquer obrigação formal, discutiu comigo ideias que compõem o trabalho, recebeu-me em seu escritório, indicou bibliografia, enviou materiais, criticou, elogiou... Na figura do jovem e talentoso Professor, encontrei mais que lições preciosas sobre o direito processual democrático; encontrei exemplo de generosidade, paciência e humildade.

Aos demais professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas, que contribuíram para a minha formação e desenvolvimento também fica o meu agradecimento.

É importante reconhecer, porém, que nenhuma atividade de pesquisa se desenvolve sem um importante suporte de pessoas queridas, que aliviam nossos passos quando a jornada e seus desafios parecem ser maiores que nossas próprias forças. Tenho consciência que não serei capaz de expressar em palavras a minha gratidão a todos que se fizeram presentes nesse período tão importante de minha vida, mas gostaria de tentar...

Ao meu pai, Gilson (Papito), e a minha mãe, Maria de Fátima (Mamãe Fá), pelo apoio, carinho, cuidado, dedicação e amor. Sem o esforço de vocês ao longo de toda a vida teria sido muito difícil, senão impossível, que seus filhos tivessem a oportunidade de escrever com maior liberdade a própria história pessoal e profissional.

Aos meus irmãos, Sâmia e Lucas, pelo carinho e companheirismo de sempre. Ter vocês como parceiros da vida transformou minha trajetória mais especial e com certeza mais divertida.

À Bruna pelo amor, carinho, dedicação e pelo exemplo de luta e determinação. Muito obrigado pelas ligações diárias, quando a distância física se colocou entre nós, e pelo estímulo nos momentos em que pensei desistir. Tenho sorte de ter uma mulher tão especial na minha

vida!

À minha família estendida, mas visceralmente impregnada em meu ser: Vó Júlia, Tia Norma e Tia Julinha (minhas outras três mães) pelas orações e carinho em todos os momentos de minha vida.

À Léia amiga fiel desde sempre; minha irmã que escolhi adotar e que também me adotou.

Ao João Pedro e à Luíza, crianças que renovam minha esperança que o futuro será melhor!

Ao Bruno e à Raffaella pela amizade de sempre. Vocês foram parceiros, aliás, mais que isto, vocês foram abrigo, na mais lata acepção do termo. A amizade de vocês é um privilégio!

Aos amigos queridos Eder, Nathane e Siddharta. Fomos aproximados pela UFJF/GV, mas tenho certeza que se não fosse por isto o universo conspiraria de qualquer outra forma para que nos encontrássemos. Além da amizade, não posso deixar de reconhecer que vocês estão intimamente ligados à esta etapa de meus estudos. Sem nenhuma dúvida, o exemplo e o talento de vocês é um convite ao crescimento acadêmico. Ao Eder meu agradecimento por incutir em minha cabeça a necessidade de continuar os estudos; pela leitura atenta do texto e pelas críticas sempre pertinentes; por seu tempo, mesmo com tantos afazeres, especialmente após a constituição de família “comercial de margarina”. Ao Siddharta pelo amor incondicional aos estudos que contagia a todos que estão por perto; pelo primeiro livro sobre o tema de meu trabalho; por sempre acreditar em mim. À Nathane que me apresentou a necessidade de se pensar um direito processual mais rente com a realidade do povo brasileiro; por dividir comigo seus conhecimentos e suas dúvidas; pelas oportunidades de crescimento nas práticas de ensino, pesquisa e extensão. Queridos, perto de vocês, é impossível não querer mais!

Aos amigos Daniel Carnaúba (meu civilista favorito!) e ao Jean Domingos pelas discussões que me permitiram amadurecer as ideias sobre vários pontos da pesquisa.

Ao André Roldão - meu primeiro leitor, ou melhor, minha primeira cobaia – pela leitura atenta do texto e por discutir comigo as ideias do trabalho. Mas não só por isto. Por ter sido um amigo tão generoso e paciente. Tenho certeza que conviver, sob o mesmo teto, com um pesquisador estressado, ansioso e destruidor de dietas não era bem o que você imaginou quando passamos a dividir o apartamento... Seu apoio e companheirismo foram fundamentais nesta etapa!

Aos meus alunos que me ensinaram e continuam a ensinar o direito e a vida; por me trazerem a certeza que o meu amor pela docência é um dogma que não preciso desconstruir.

(Vocês não têm a menor ideia como foi difícil ficar fora da sala de aula durante o meu período de licença!)

Aos amigos Érica Aragão, Helena Freitas, Cristiano Duro, Renato Ourives, Rodrigo Fonte Boa, Luís Gustavo Mundim, Natanael Lud, Lidiane Reis, Felipe Vaz, Allan Milagres, Alexandre Varela, Alexandre Rocha, Cristia Barbosa, Sidney Duarte, Clenderson da Cruz, Aurélio Viana e Zirley M. Pinheiros Santos.

À UFJF/GV que sempre favoreceu à conciliação de meus compromissos profissionais com aqueles decorrentes do curso de doutorado em outra cidade. Aos amigos Jéssica Galvão, Daniel Duarte, Murilo Procópio, Mary Sather, Lorena Dourado, Mário César, Thiago Henrique, Cynthia Lessa.

A todos que de alguma forma direta ou indiretamente contribuíram com a realização deste trabalho.

“Eu não sou ministro, eu não sou magnata
Eu sou do povo, eu sou um Zé Ninguém
Aqui embaixo as leis são diferentes”
(Biquini Cavado)

RESUMO

O objetivo geral da presente pesquisa é construir e propor um parâmetro de controle da validade das convenções processuais, e, desta forma, estabelecer balizas para uma atuação cooperativa por parte de todos os atores do processo. Trata-se de tema relevante, especialmente após a promulgação do Código de Processo Civil, que pela primeira vez na história do direito processual brasileiro trouxe a previsão de uma cláusula geral de convencionalidade processual. Não obstante, a pesquisa, longe de uma perspectiva eufórica que marcou o primeiro ciclo de estudos sobre o tema, procura problematizar o discurso neoliberal que impregnou o assunto, desvelando o romantizado “discurso da harmonia” ou do “consenso” tão comum na literatura processual brasileira. Sob essa tônica, o dimensionamento da autonomia privada dentro do processo passa a ser percebida com as devidas ressalvas, as quais são indispensáveis em contextos sociais marcados por severos quadros de desigualdade, de desníveis de poder e de barganha, como é o caso brasileiro. Em tais contextos, renova-se a necessidade de manter estrita obediência ao modelo constitucional de processo, evitando-se a pilhagem de direitos processuais e, por consequência, dos direitos materiais discutidos em juízo. Para tanto, houve a necessidade de se proceder uma reconstrução histórica dos modelos de processo liberal e social, para apresentar o modelo cooperativo de processo, que não se confunde com o modelo neoliberal de processo. Também foi necessário revisitar a teoria do fato jurídico processual, na tentativa de estabelecer o regime jurídico aplicável em tema de controle de validade das convenções processuais. A hipótese que se levanta é que a maior abertura à customização processual não traduz em autorização para que se desnature a estrutura técnica do processo e nem desconsidere os princípios diretivos da jurisdição no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Convenções Processuais. Neoliberalismo. Modelo Constitucional de Processo

ABSTRACT

The general objective of this research is to construct and propose a parameter to control the validity of procedural conventions, and thus to establish guidelines for cooperative action by all actors in the process. This is a relevant issue, especially after the promulgation of the Code of Civil Procedure, which for the first time in the history of Brazilian procedural law brought the provision of a general clause of procedural conventionality. Nevertheless, the research, far from a euphoric perspective that marked the first cycle of studies on the subject, seeks to problematize the neoliberal discourse that has pervaded the theme, unveiling the romanticized "discourse of harmony" or the "consensus" that runs rampant in the Brazilian procedural literature. Under this tonic, the dimensioning of private autonomy within the process is now perceived with due reservations, which are indispensable in social contexts marked by demeaning frames of inequality, disparities of power and bargaining, as in the Brazilian case. In such contexts, the need to maintain strict compliance with the constitutional model of the process is renewed, so it's to avoid the accumulation of procedural law and, consequently, the substantive law discussed in court. Therefore, there was a need for a historical reconstruction of the liberal and social process models, so as to present the cooperative, which should not be confused with the neoliberal process model. It was also necessary to revisit the theory of procedural legal fact, in an attempt to establish the applicable legal regime on the subject of controlling the validity of procedural conventions. The hypothesis that arises is that greater openness to procedural customization does not translate into authorization to deform the technical structure of the process nor disregard the governing principles of jurisdiction in the democratic State based on the rule of law.

Keywords: Procedural Conventions. Neoliberalism. Constitutional Process Model.

RESUMÉ

L'objectif général de la présente étude est celui de construire et de proposer un paramètre de contrôle de la validité des conventions procédurales et ainsi établir des balises pour une action coopérative de toutes les parties concernées à la procédure judiciaire. Il s'agit là d'une question importante à débattre, notamment à la suite de la promulgation du Code de Procédure Civile brésilien, pour la première fois dans l'histoire du droit procédurale brésilien a apporté la prévision d'une clause générale pour le contrôle de la conventionnalité procédurale. Cependant, loin d'une perspective euphorique qui a marqué le premier cycle des études sur le thème, cette étude vient problématiser le discours néolibéral qui a imprégné ce sujet et, ainsi, dévoiler les discours idéalisés de "l'harmonie" ou du "consensus" qui propagent libres d'oppositions dans la littérature procédurale brésilienne. Sous cette thématique, le dimensionnement de l'autonomie privée dans le procès judiciaire passe à être perçue avec les réserves énoncées ci-dessus, lesquelles sont indispensables dans des contextes sociaux marqués par cadres infamantes de l'inégalité et des disparités en termes de pouvoir et de négociation comme c'est le cas brésilien. Dans ces contextes, la nécessité de maintenir la stricte obéissance au modèle constitutionnel du procès se renouvelle, ce qui permet d'éviter la pillage des droits procéduraux et, en conséquence, des droits matériels discutés dans des procédures légales. Pour atteindre cet objectif, il a fallu une reconstruction historique des modèles de processus libéral et social pour présenter le modèle coopératif de procès, lequel ne doit être pas confondu avec le modèle néolibéral du processus. Il a également fallu procéder à une revisitation de la théorie du fait juridique procédurale avec l'objectif de tenter déterminer le régime juridique applicable en matière de contrôle la validité des conventions procédurales. L'hypothèse soulevée est que la plus grande ouverture à la customisation procédurale ne correspond pas ni à une autorisation de dénaturation de la structure technique du procès ni au mépris des principes directeurs de la juridiction dans l'État démocratique de droit.

Mots-clés: Conventions sur procédures judiciaires. Néolibéralisme. Modèle constitutionnel du processus.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

a.C.	Antes de Cristo
ACP	Ação Civil Pública
ADC	Ação declaratória de constitucional
ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
ADO	Ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão
ADPF	Arguição de descumprimento de preceito fundamental
ADR	<i>Alternatives Dispute Resolution</i>
AgRg	Agravo Regimental
AREsp	Agravo de denegação de Recurso Especial
Art.	Artigo
Arts.	Artigos
Arts.	Artigos
Atual.	Atualizado
BIRD	Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento
c/c	Combinado com
CC	Código Civil (Lei n.º 10.406/02)
CDC	Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90)
Cf.	Conforme
CF/88	Constituição Federal de 1988
CIA	<i>Central Intelligence Agency</i>
CJF	Conselho da Justiça Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n.º 5452/43)
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
Coord.	Coordenador, coordenadores
CPC	Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/15)
CPC/73	Código de Processo Civil de 1973 (Lei n.º 5.869/73)
d.C.	Depois de Cristo
Des.	Desembargador
DJE.	Diário Oficial da Justiça do Estado
DJU.	Diário Oficial da Justiça da União
e.g.	<i>Exempli gratia</i>

e-book	Livro eletrônico
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8069/90)
Ed.	Edição
<i>Et. seq.</i>	E seguintes
PGFN	Procuradoria Geral da Fazenda Nacional
FMI	Fundo Monetário Internacional
FPPC	Fórum Permanente de Processualistas Cíveis
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IRDR	Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas
j.	Julgado em
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n.º 4.657/42)
MG	Minas Gerais
Min.	Ministro
MP	Ministério Público
n.º	Número
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
Org.	Organizador, organizadores
p.	Página, páginas
p. ex.	Por exemplo
PUC-Minas	Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
Rel.	Relator
REsp	Recurso Especial
s/d	Sem data
s/n	Sem número
Séc.	Século
SP	São Paulo
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
T.	Tomo
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TJMG	Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
Trad.	Tradução, tradutor
TRF	Tribunal Regional Federal

UFJF/GV Universidade Federal de Juiz de Fora *campus* Governador Valadares

v.g. *Verbi gratia*

ver. Revista

Vol. Volume

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	19
2 OS MACROMODELOS PROCESSUAIS E OS SISTEMAS PROCESSUAIS PRÉ-LIBERAL E LIBERAL	27
2.1 Os paradigmas jurídicos e os macromodelos processuais	28
2.2 O formalismo processual e o formalismo processual democrático: noções iniciais ...	32
2.3 O formalismo no processo pré-liberal	38
<i>2.3.1 O processo romano</i>	<i>38</i>
<i>2.3.2 Os processo romano-canônico e comum.....</i>	<i>44</i>
<i>2.3.3 O processo na Idade Moderna.....</i>	<i>50</i>
<i>2.3.3.1 A reforma prussiana</i>	<i>54</i>
2.4 O paradigma liberal de Estado e o liberalismo processual.....	55
<i>2.4.1 A ressonância do paradigma liberal no âmbito processual</i>	<i>62</i>
<i>2.4.2 Uma nova dimensão para o papel do juiz no processo: a reforma de Bellot de 1.819 ..</i>	<i>66</i>
3 DO PARADIGMA SOCIAL E DA SOCIALIZAÇÃO PROCESSUAL.....	68
3.1 As mudanças sociopolíticas que pavimentaram a consolidação do paradigma social	68
3.2 A mudança do papel do Estado: do modelo abstencionista liberal ao intervencionismo social	77
3.3 Da ressonância do paradigma social no direito processual	82
4 O INFLUXO NEOLIBERAL E AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS.....	94
4.1 Breves considerações sobre o neoliberalismo	95
4.2 O neoliberalismo e a “nova razão do mundo”: o influxo neoliberal nas relações subjetivas.....	101
4.3 O Estado de Direito e a pilhagem: o neoliberalismo e a conformação do direito dos países periféricos	108
4.4 A ressonância neoliberal no direito processual	114
<i>4.4.1 A padronização decisória e a busca da eficiência.....</i>	<i>115</i>
<i>4.4.2 A questão dos métodos alternativos de solução de conflitos e a ideologia do consenso</i>	<i>119</i>
<i>4.4.3 Os impactos neoliberais na estruturação processual e as convenções processuais</i>	<i>130</i>
<i>4.4.3.1 As convenções processuais, a ideologia da harmonia e os litigantes habituais</i>	<i>137</i>

4.4.3.2 <i>As convenções processuais, o sujeito neoliberal e os contratos empresariais</i>	140
4.4.3.3 <i>A gestão processual cooperativa e as convenções processuais</i>	142
5 O PARADIGMA DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO	145
5.1 A autonomia pública e privada	146
5.2 O modelo cooperativo de processo	153
5.2.1 <i>Noções iniciais</i>	155
5.2.2 <i>Os fundamentos do modelo cooperativo de processo: a garantia fundamental à participação em contraditório e a autonomia privada</i>	161
5.2.3 <i>O modelo cooperativo de processo e o juiz</i>	177
5.2.4 <i>A oralidade e escritura como técnicas de aperfeiçoamento do debate processual</i>	184
6 AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS NA TEORIA DO FATO JURÍDICO	190
6.1 A teoria dos fatos jurídicos e sua relevância para o direito processual	191
6.1.1 <i>A tipologia dos fatos jurídicos</i>	196
6.1.2 <i>A tipologia dos negócios jurídicos</i>	200
6.1.3 <i>Os planos do mundo jurídico</i>	202
6.2 Dos fatos jurídicos processuais	204
6.2.1 <i>A polêmica em torno dos critérios da definição dos fatos/atos jurídicos processuais</i> ..	205
6.2.2 <i>A tipologia dos fatos jurídicos processuais</i>	213
6.2.3 <i>Os negócios jurídicos processuais</i>	217
6.2.4 <i>As convenções processuais como espécie de negócios jurídicos processuais</i>	221
6.2.4.1 <i>O juiz pode ser sujeito de uma convenção processual?</i>	225
6.2.4.2 <i>Do conceito de convenções processuais</i>	236
6.2.4.3 <i>A distinção entre convenções processuais e os protocolos ou acordos institucionais e os acordos processuais coletivos</i>	236
6.2.4.4 <i>A classificação das convenções processuais</i>	240
6.2.4.4.1 <i>Quanto à existência de previsão legal: convenções processuais típicas e atípicas</i> ..	242
6.2.4.4.2 <i>Quanto ao momento do ajuste: convenções pré-processuais e incidentais</i>	243
6.2.4.4.3 <i>Quanto ao objeto do ajuste: obrigacionais e procedimentais</i>	250
6.4.5 <i>Os planos do mundo jurídico e os fatos jurídicos processuais</i>	272
7 LIMITES PARA CELEBRAÇÃO DA CONVENÇÕES PROCESSUAIS	277
7.1 Regime jurídico aplicável: a teoria da correção de normas	278

7.1.1 <i>Da inaplicabilidade da máxima in dubio pro libertate em tema de negócios jurídicos processuais</i>	284
7.2 Do requisito funcional: A boa-fé objetiva como instrumento de controle da validade das convenções processuais celebradas com abuso de direito	290
7.3 Dos requisitos subjetivos de validade da convenção processual	297
7.3.1 <i>A capacidade para celebração das convenções processuais</i>	298
7.3.1.1 A questão da capacidade funcional para celebrar convenções processuais atípicas pelos representantes da Fazenda Pública	311
7.3.2 <i>A integridade da manifestação de vontade</i>	316
7.3.2.1 A questão da convenção processual simulada ou fraudulenta	320
7.3.3 <i>Inexistência de vulnerabilidade</i>	321
7.3.4 <i>A manifestação da vontade viciada pela inserção abusiva de convenção processual em contrato de adesão</i>	331
7.4 Dos requisitos objetivos de validade da convenção processual: objeto lícito, possível, determinado ou determinável	335
7.4.1 <i>Licitude do objeto: direitos que admitam autocomposição</i>	336
7.4.2 <i>Licitude do objeto: a questão da reserva de lei e a inviabilidade dos critérios da moral e dos bons costumes</i>	340
7.4.3 <i>Licitude do objeto: a inviabilidade do critério do interesse público</i>	343
7.4.4 <i>Licitude do objeto: a questão das normas cogentes</i>	344
7.4.5 <i>Licitude do objeto: a questão da ordem pública</i>	347
7.4.6 <i>Licitude do objeto: a questão da proteção do núcleo essencial e a tese de Passo Cabral</i>	353
7.4.7 <i>A possibilidade do objeto</i>	356
7.4.8 <i>A determinabilidade do objeto</i>	357
7.5 Do requisito temporal: sobre o momento da celebração da convenção processual .	359
7.6 Do requisito formal	362
7.7 Do requisito externo: a invalidade da convenção processual decorrente da transferência de externalidades	366
7.8 O descumprimento da convenção processual válida	368
7.9 O controle de validade das convenções processuais	370
7.9.1 <i>Inexistência de nulidade sempre prejuízo</i>	376
7.9.2 <i>Da autonomia da convenção</i>	377

8 CONCLUSÃO.....	379
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	386

1 INTRODUÇÃO

A interação entre os atores do processo¹ constitui questão central do direito processual. É, pois, através da divisão de trabalho entre as partes e o tribunal que se traça os contornos fundamentais do formalismo processual², estabelecendo os poderes de iniciativa e respectivos limites na gestão e nos resultados do processo.

Importa perceber, contudo, que o formalismo processual reflete uma amalgama de fatores ideológicos, políticos, culturais e sociais, em permanente tensão, numa determinada quadra histórica³. Em rápida análise panorâmica do direito processual, percebe-se interessante movimento pendular a partir do século XVIII. Num primeiro momento, apostou-se no protagonismo das partes na gestão e na condução do processo (liberalismo processual) em detrimento do juiz. No entanto, este quadro muda substancialmente a partir da segunda metade do século XIX, a reboque do forte influxo dos movimentos de socialização jurídica e de publicização do processo (socialização processual). Agora, reservando ao magistrado a posição de protagonismo não apenas na condução do processo, mas também na definição de seus resultados.

Entretanto, o direito processual que se pretende construir na presente quadra histórica não mais aposta em soluções que preconizam o protagonismo de qualquer dos atores do processo, designadamente na conformação que receberam no liberalismo e na socialização processual, porquanto incapazes de suprir, simultaneamente os déficits de eficiência e

¹ A expressão “atores do processo” está sendo utilizada no sentido empregado por Troller, incluindo-se, pois, o juiz, ou um tribunal colegiado, e as partes. Cf. TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*, p. 19.

² Sobre o formalismo no processo civil, vide especialmente: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*; TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*; NUNES, Dierle José Coelho. *Apontamentos Iniciais de um processualismo constitucional democrático*. Muito embora sem adotar especificamente a terminologia colocada em evidência, mas demarcando a importância em se estabelecer mecanismo de fiscalidade e interdependência entre as atividades dos atores processuais, dentre outros, confira-se: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e parte: aspectos terminológicos*; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Sobre a “participação” do juiz no processo civil*; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Privatização do Processo?*; NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*; DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual português*; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*.

³ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*; NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*; CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*; CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologia e sociedade*. Vol I e II.

legitimidade das sociedades contemporâneas⁴.

Nessa linha, o influxo dos direitos e garantias fundamentais processuais, a partir de uma leitura dinâmica, vai permitir visualizar na estrutura processual – procedimento e conjunto de situações jurídicas processuais (direitos, ônus, faculdades e deveres) – um espaço de participação e de controle recíproco das atividades de todos os atores do processo, sugerindo que a legitimidade e eficiência do sistema normativo não estão nos extremos, mas no equilíbrio entre as atividades coordenadas das partes e do tribunal. Sob essa perspectiva, o processo é encarado como uma comunidade (comum-unidade) de trabalho entre os atores processuais, que em eixos policêntricos interdependentes, sem vínculos de subordinação, passam a ser corresponsabilizados pela gestão e resultados do processo⁵.

Se o processo não mais deve ser encarado como “coisa das partes”, como pretendeu o liberalismo processual, a visão contemporânea do direito processual tampouco autoriza que ele seja “coisa sem partes”⁶, conforme foi possível entrever de uma leitura de exacerbado cariz socializador do fenômeno processual. Nessa direção, avulta-se em importância o esforço teórico em visualizar os espaços de participação dos afetados pela decisão, de ponta a ponta, ao longo do procedimento, como importante fator de legitimação da atividade jurisdicional do Estado.

A partir do influxo neoliberal, cujos efeitos ainda não se exauriram, tem-se novamente uma tentativa de reestruturação do papel dos atores processuais, dentro de um esquema maior de conformação das relações entre o Estado e os indivíduos, bem como das próprias relações intersubjetivas travadas no interior da sociedade, segundo uma lógica de mercado.

Desse modo, longe de genuinamente se trilhar o caminho de um processo cooperativo, resultante da atividade concertada entre os atores processuais, sem protagonismos, a ideologia neoliberal avança, ora reforçando o papel do tribunal na definição jurídica das controvérsias, dentro de matriz industrial de produção de soluções, minimizando o papel do processo como mecanismo de legitimação da atividade jurisdicional do Estado, ora reforçando o protagonismo das partes na desregulamentação das soluções dos conflitos e, mais recentemente, na própria gestão e conformação da estrutura processual, suggestionando a exclusão do tribunal nessa dinâmica, em prestígio à autonomia privada e às soluções de consenso. Em ambos os casos, o discurso de eficiência e celeridade tomam de assalto a compreensão do fenômeno processual.

Naquilo que concerne às convenções processuais, designadamente dentro do contexto

⁴ NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, p. 44-45.

⁵ Cf. NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*.

⁶ GODINHO, Robson. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no Novo Código de Processo Civil*, p. 41.

de homogeneização jurídica, o instituto ⁷ é apresentado como expressão de processo democrático, uma ode à liberdade e ao empoderamento privado ante a ineficiência e o autoritarismo estatal; um ativo importante na atração de investimentos, de redução de custos de transação e de minimização das incertezas processuais. Enfim, a liberdade para moldar o processo, a partir das convenções processuais, é apresentada como uma porta para a modernidade jurídica, um caminho inevitável decorrente de uma nova racionalidade processual, mais preocupada com a satisfação dos interesses dos litigantes e menos suscetível ao autoritarismo estatal.

Na sombra das virtudes das convenções processuais, obliteram os estudiosos do tema, especialmente diante do fascínio com as possibilidades advindas de maior maleabilidade do sistema processual, que, sob véu redentor do consenso, podem esconder relações de dominação e de verdadeira pilhagem de direitos e garantias processuais.

Em contextos sociais marcados por severa desigualdade social e econômica, com desníveis de poder e de barganha, a flexibilidade da estrutura processual pode agravar ainda mais as desigualdades entre os litigantes e esvaziar o papel institucional do processo de servir como meio de controle e contenção dos abusos públicos e privados que emergem em contextos de disputa.

Na narrativa hegemônica, o direito é encarado como espécie de produto tecnológico (tecnodireito), uma ferramenta eminentemente técnica e neutra, e, portanto, adaptável à realidade de qualquer país; as convenções processuais seriam, então, apenas mais um produto tecnológico exportável, capaz de aliviar as crises de gestão do sistema judicial, a partir do protagonismo privado neste campo.

Essa narrativa (convenientemente) trabalha com um quadro idealizado dos litígios submetidos aos estuários judiciais de solução de conflitos. Ocorre, porém, que esse quadro idealizado é também um quadro distorcido da realidade, na medida em que pressupõe que os conflitos submetidos ao Judiciário são normalmente litígios entre particulares, ou envolvendo temas de direito privado, sugerindo, em todo caso, uma disputa entre iguais.

Especificamente no caso brasileiro, uma sociedade marcada por severos níveis de desigualdade social – um dos maiores do mundo, frise-se – e com baixo nível educacional, é necessário problematizar o quadro idealizado no qual o instituto das convenções processuais é apresentado. É preciso colocar sob o escrutínio reflexivo a suposta possibilidade fática de se

⁷ A palavra vai empregada no sentido de conjunto de normas que regem uma criação legal, uma categoria jurídica (SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico*, p. 754; GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário Jurídico*, p. 153).

moldar cada cláusula contratual, da existência de uma real paridade entre os convenientes, da plena circulação de informações jurídicas indispensáveis para manifestação de vontade livre e consciente para encetar negócio jurídico envolvendo a engenharia da estrutura processual.

Nessa linha, para o autogoverno responsável da vontade em tema de convenções processuais, é imprescindível que o declarante disponha das informações técnico-jurídicas indispensáveis para o consentimento esclarecido. A partir desta constatação, é importante destacar que não concorre para aquele quadro idealizado a verificação de que no país a garantia de assistência jurídica integral e gratuita para aqueles que comprovarem a insuficiência de recursos é promessa constitucional ainda não concretizada, apesar dos ingentes esforços empreendidos nos últimos anos no aparelhamento das Defensorias Públicas em todo o país.

Pensar em um modelo de convenções processuais alinhado ao modelo constitucional de processo brasileiro deve levar em conta não apenas as questões socioeconômicas do país, mas também o perfil da litigiosidade que desagua nos estuários judiciais e, de modo muito particular, o perfil do litigante brasileiro. À vista disso, a frequência de grandes *players* do mercado e da própria Administração Pública no rol dos maiores litigantes do país⁸ estão a denotar grande suscetibilidade de preterição do princípio da igualdade entre os litigantes na construção do processo judicial customizado.

A desigualdade aqui referida, é, antes de tudo, uma desigualdade fática, radicada no desequilíbrio do poder entre os convenientes, especialmente naqueles casos em que um deles é litigante habitual. Desta circunstância resulta na ingenuidade acadêmica (ou cinismo) de que seria possível desenvolver o encontro do consenso entre contendores (ou potencial contendores), vazada no diálogo, na paridade e na democraticidade a partir da formulação de cláusulas processuais travadas entre empregadores e empregados, entre o Poder Público, o Ministério Público e o mero particular, entre litigantes habituais e eventuais, entre fornecedores

⁸ Atribui-se a Galanter a distinção entre os litigantes habituais (jogadores eventuais ou *repeat-players*) e eventuais (participantes eventuais ou *one-shotters*), tomando-se como critério a frequência de certos atores no sistema de oficial de justiça (GALANTER, Marc. *Por que “quem tem” sai na frente: especulações sobre os limites da transformação do direito*). Segundo a produtiva distinção estabelecida pelo autor, os *repeat-players*, dada a sua frequência no sistema de justiça, vão amealhar algumas vantagens estratégicas, decorrentes de sua atuação em larga escala, comparativamente àqueles que apenas ocasionalmente acessam o sistema de justiça. As vantagens dos litigantes habituais foram muito bem sintetizadas por Cappelletti e Garth: “1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, por tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidade de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros.” (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*, p. 25). Em tema de convenções pré-processuais é importante esclarecer que estas vantagens estratégicas do litigante habitual também transparecem na modulação dos instrumentos de contrato, que são por eles redigidos, com auxílio de grandes especialistas, circunstância visualizada por Galanter de há muito (GALANTER, Marc. *Por que “quem tem” sai na frente: especulações sobre os limites da transformação do direito*, p. 48).

e consumidores. Em suma, é necessária redobrada cautela para que as convenções processuais não constituam válvula de ampliação de vantagens processuais para o litigante que já tem vantagens nos contextos judiciais de disputa dentro de uma perspectiva conglobante.

De toda forma, não há que negar que, com a previsão de cláusula geral de convencionalidade atípica (art. 190 do CPC) o sistema processual civil se abriu ao poder de autorregramento privado das partes, sendo necessário encontrar limites para que o instituto não constitua instrumento de pilhagem de direitos e garantias processuais, especialmente da população com menor poder econômico e de barganha, coonestado pelo véu do consenso. É com base nesta necessidade que se desenvolveu a presente pesquisa.

Na tentativa de deixar o controle de validade dos negócios jurídicos processuais – gênero no qual se insere as convenções processuais – a literatura jurídica processual tem se valido dos requisitos de validade produzidas no campo do direito privado, o que a meu ver, quando da apresentação do projeto de pesquisa, não parecia ser um critério suficientemente claro e objetivo para a verificação da validade dos ajustes processuais. Então, o problema que lastreou a presente pesquisa foi justamente investigar a suficiência desse critério para o controle de validade das convenções processuais.

A finalidade deste trabalho é, então, propor critérios para o controle das convenções processuais, evitando-se que o instituto se torne gaza apta a arrombar os direitos e as garantias que compõem o modelo constitucional do processo a partir de uma leitura de exacerbada matriz (neo)liberal na compreensão das convenções processuais.

Corre de modo subjacente àquela finalidade a necessidade de se construir genuíno modelo cooperativo de processo no qual todos os atores processuais assumem um papel constitutivo na gestão e nos resultados do processo, daí porque uma maior participação das partes em qualquer daqueles âmbitos não implica em esmaecimento do papel do juiz, indispensável para a manutenção do equilíbrio do formalismo processual, e vice-versa.

Assim, o objetivo central deste estudo é propor critérios de controle das convenções processuais, colocando sob suspeita uma suposta virtude intrínseca do instituto, o que, salvo melhor juízo, não foi feito suficientemente pela literatura processual brasileira, muito embora grandes passos nesta direção tenham sido dados nos últimos anos. Os critérios propostos baseiam em dois pilares: no equilíbrio ente as atividades exercidas pelos atores processuais e nos direitos fundamentais. Uma compreensão densa destes pilares, a meu juízo, tem a potencialidade de se evitar a prevaricação de direitos e garantias processuais das partes vulneráveis dentro da dinâmica processual.

Sem negar a importância do papel das partes na gestão do processo e da previsão de

uma cláusula geral de convencionalidade processual, intenta-se pensar as convenções processuais dentro da perspectiva do modelo cooperativo de processo, alinhado ao processo constitucional e à realidade socioeconômica brasileira, evitando-se a captura da estrutura processual por uma lógica de mercado.

Como marcos teóricos deste estudo tomou-se a ideia de modelo cooperativo (comparticipativo) de processo desenvolvida por Nunes e também encampado por Brêtas, realçando a necessidade de construir um sistema processual a partir de eixos policêntricos e interdependentes, que tem nos direitos e garantias fundamentais a condição de possibilidade de interação entre os atores processuais ao longo do processo; a partir deste modelo, propõe-se a pensar as convenções processuais como mecanismo para ampliação do debate processual e de melhora da gestão e dos resultados do processo⁹. Para problematizar o influxo neoliberal na dinâmica de processo, tomou-se como base a ideia de pilhagem de direitos formulada por Mattei e Nader, bem assim a ideia do neossujeito formulada por Dardot e Laval; estas ideias são relevantes para se estabelecer um discurso menos romantizado acerca das convenções processuais¹⁰. Na tentativa de reconstruir a teoria dos fatos processuais, de modo a contemplar a possibilidade de se instituir ajustes processuais fora do processo, levou-se em consideração a teoria dos fatos jurídicos formulada por Pontes de Miranda, com as didáticas contribuições de Bernardes de Mello¹¹. Não obstante, para a formulação de proposta de limites para as convenções processuais também se levou em conta as propostas de limites aos ajustes processuais a partir do esquema de correção de normas processuais e materiais apresentadas por relevantes monografistas brasileiros¹².

A hipótese que se levantou é que a transposição acrítica da teoria geral dos negócios jurídicos talhada no campo do direito privado não é aceitável para explicar de modo satisfatório os requisitos de validade do negócio jurídico processual, especialmente porque não vislumbra o processo dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito e como instrumento de realização do ordenamento jurídico e de reação ao ilícito.

⁹ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*.

¹⁰ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*; DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal*.

¹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomos I, II, III, IV e IV; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*; MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*.

¹² Dentre os quais destaco: CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*; BARREIROS, Lorena Miranda. *Convenções Processuais e Poder Público*; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Negócios jurídicos processuais*; RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*.

Para cumprir com os objetivos propostos, bem assim para investigar a viabilidade da hipótese apresentada, o trabalho foi dividido em sete partes.

Na primeira delas (capítulo 2), parte-se da premissa de que os fatores sociopolíticos refletem no formalismo processual, (re)desenhando o esquema de divisão de trabalho entre os atores processuais, após breves noções sobre a relação entre os paradigmas jurídicos e os macromodelos processuais e o formalismo processual, discorreu-se sobre os sistemas processuais pré-liberal e liberal, bem assim sobre os fatores sociopolíticos que estavam em seu pano de fundo e que permitiram o assenhramento do processo pelas partes em detrimento do tribunal (*sache der parteien*).

Na segunda parte (capítulo 3), investigou-se como a alteração paradigmática da relação Estado-indivíduo, decorrente das fortes pressões sociais, também impactaram na percepção do fenômeno processual, designadamente a partir da construção de modelo processual que tinha no tribunal figura central.

Na terceira parte (capítulo 4), buscou-se demonstrar como influxo neoliberal tem tencionado a manutenção de um modelo processual calcado em protagonistas, ora do julgador, ora das partes. Nesse capítulo, foi assinalado, a partir das lições de Mattei e Nader, como o neoliberalismo tem avançado na formatação das estruturas do Estado numa feição agradável à política mercado. Também se apresentou a ideia de neossujeito formulada por Dardot e Laval, no afã de demonstrar que a ideia neoliberal de privatização da vida social mais recentemente tem lançado seus tentáculos para as estruturas processuais.

Na quarta parte (capítulo 5), investigou-se os contornos de um novo macromodelo processual, que tem como grande desafio conciliar as conquistas do liberalismo processual e do socialismo processual, permitindo a convergência entre a autonomia pública e privada no contexto processual, sem, contudo, incidir em uma proposta neoliberal de processo. Nesta linha, apresentou-se as bases de sustentação da dinâmica de interação entre os atores processuais no modelo cooperativo de processo, dentro de concepção que reputamos mais adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direito.

Na quinta parte (capítulo 6), procurou-se estabelecer a noção conceitual de convenções processuais, bem assim sua tipologia, levando em consideração a insuficiência das construções processuais clássicas para explicar de modo satisfatório as projeções do poder de autorregramento da vontade no âmbito do direito processual, máxime em relação aos ajustes celebrados fora do processo.

Na sexta parte (capítulo 7), apresentei proposta de controle de convenções processuais, cotejando as várias propostas e leituras empreendidas pela literatura processual brasileira sobre

o tema. Esta proposta finca-se em seis requisitos, quais sejam: funcional, subjetivo, objetivo, temporal, formal e externo.

2 OS MACROMODELOS PROCESSUAIS E OS SISTEMAS PROCESSUAIS PRÉ-LIBERAL E LIBERAL

Os modelos processuais centrados no protagonismo das partes – liberalismo processual – ou do juiz – socialização processual, são incapazes de suprir, simultaneamente, os déficits de eficiência e legitimidade dos sistemas normativos nas sociedades contemporâneas, altamente complexas. Daí porque a legitimidade e a eficiência do sistema normativo devem ser pensadas a partir do fluxo interativo estabelecido entre os atores processuais dentro da plataforma processual, estruturado a partir de uma perspectiva dinâmica das garantias constitucionais¹³.

Assim, dentro dessa perspectiva, o processo pode ser visto como eixo de interação policêntrico – uma comunidade de trabalho – no qual todos os atores processuais, a partir de diferentes papéis, repartem a responsabilidade pela gestão e pelos resultados do processo. Afigura-se indispensável para o êxito desse modelo processual a inexistência de vínculos de subordinação entre os sujeitos processuais, a despeito das diferentes atividades por eles desenvolvidas ao longo do processo¹⁴.

A compreensão da dinâmica existente na interação entre as partes e o órgão julgador – leia-se: a divisão do trabalho entre os atores processuais – perpassa pela compreensão do formalismo processual¹⁵, fruto de uma ideologia política e de variados fatores que desembocam na legislação processual, dentro de determinada quadra histórica. É, pois, o formalismo processual que irá disciplinar a extensão dos poderes, faculdades e deveres dos atores processuais, a coordenação das respectivas atividades, a organização do processo, com vistas ao atingimento de certas finalidades¹⁶.

Dentro desta perspectiva, o primeiro capítulo tem o objetivo de demonstrar, em grossos traços, as vicissitudes sociopolíticas que impactaram no desenho do formalismo processual no período pré-liberal e liberal.

Antes, porém de avançar rumo ao objetivo antes enunciado foi necessário estabelecer a noção de paradigmas e sua relação com os macromodelos processuais, bem como melhor

¹³ NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, p. 39-53.

¹⁴ NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, p. 39-53.

¹⁵ Sobre o formalismo no processo civil, vide: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*; TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*; NUNES, Dierle; CRUZ, Clenderson Rodrigues da; DRUMMOND, Lucas Dias Costa. *A regra interpretativa da primazia do mérito e o formalismo processual democrático*.

¹⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 7.

precisar a ideia de formalismo processual. Essas tarefas foram feitas na primeira e na segunda parte do capítulo.

A partir das noções apresentadas, na terceira parte, investigou-se a dinâmica entre as partes e o julgador no processo pré-liberal, tomando como corte cronológico o direito romano. Nesta parte, buscou-se demonstrar a importância da *litiscontestatio* na estruturação processual daquele período; em seguida buscou-se evidenciar as novas perspectivas daquela dinâmica no contexto dos processos romano-canônico e comum da Idade Média e da Idade Moderna. Na quarta parte, perquiriu-se as mudanças político-ideológicas e sociais sobre as quais se ergueu o macromodelo liberal de processo.

2.1 Os paradigmas jurídicos e os macromodelos processuais

Em Kuhn, a partir da obra *A estrutura das revoluções científicas*¹⁷, o termo paradigma ganha significado epistemológico, de ampla capilaridade nos vários âmbitos do conhecimento humano¹⁸. A concepção kuhniana de paradigma, com os aportes de outros autores, designadamente os feitos por Habermas, fornecem interessantes elementos para a compreensão de como a relação estabelecida entre o indivíduo e Estado, dentro de um determinado contexto, impacta na percepção do direito, e, por consequência, do próprio formalismo processual.

No pensamento de Kuhn o conhecimento científico não progride de forma contínua, linear, gradual e evolutiva, a partir da acumulação das conquistas produzidas pelas gerações precedentes, mas por rupturas, por revoluções, por quebra de paradigmas¹⁹.

Para o autor, os paradigmas são definidos como “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência.”²⁰.

Na didática lição de Carvalho Netto e Scotti, os paradigmas constituem “pano de fundo compartilhado de silêncio”, que sem nos darmos conta, molda nossa visão, permitindo a melhor apreensão de determinados aspectos do fenômeno ou do objeto observado²¹.

Na medida em que a familiaridade com o paradigma se aprofunda é possível verificar

¹⁷ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*.

¹⁸ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, p. 864.

¹⁹ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, p. 864.

²⁰ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*, p. 40; CARVALHO NETTO, Menelik de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito: a produtividade das tensões principiológica e a superação do sistema de regras*, p. 31; HUISMAN, Denis (diretor da publicação). *Dicionário dos filósofos*, p. 581; SILVA, Ovídio A. Baptista. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, p. 33-34.

²¹ CARVALHO NETTO, Menelik de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito: a produtividade das tensões principiológica e a superação do sistema de regras*, p. 31.

fenômenos cuja ocorrência não se opera segundo a ordem esperada, isto é, amplia-se a percepção da ocorrência de *anomalias*, que nada mais são do que fenômenos para o qual o paradigma não prepara o investigador²².

Se de um lado os paradigmas vão fornecer respostas para certos problemas colocados em evidência, de outro lado, outros aspectos e nuances colocados à sua sombra vão desafiar-los constantemente. Em razão disto, é possível afirmar que a perspectiva paradigmática guarda certos limites, já que é incapaz de apreender todos os aspectos e nuances do fenômeno ou objeto observado.

Nesta linha, Huisman afirma que “[o] paradigma é constantemente confrontado com *anomalias*”²³. Na maior parte dos casos, essas anomalias podem ser reduzidas ou absorvidas dentro do mesmo paradigma, sem que ele seja alterado substancialmente; mas em certos casos, a anomalia se torna irresistível, colocando o paradigma em *crise*. Tomando esta crise proporção séria, acompanhada da percepção da comunidade científica de que o paradigma então vigente, à conta de suas insuficiências e de seu funcionamento defeituoso, deixa de oferecer respostas satisfatória para os problemas emergentes, tem-se a condição para uma *revolução científica*, “uma verdadeira subversão da *visão do mundo*”²⁴, uma ruptura com o paradigma anterior.

A sucessão de paradigmas a partir das revoluções científicas leva à conclusão de que eles fazem parte da condição humana, de modo que não é possível desvencilhar completamente de uma perspectiva paradigmática, muito embora seja possível substituí-la por outra mais satisfatória para solução de problemas (quebra-cabeças) não suficientemente absorvidos pelo paradigma predecessor²⁵.

A concepção de paradigmas de Kuhn, partindo de perspectiva revolucionária, ganhou grande capilaridade científica, inclusive no pensamento de Habermas, que o aplicou no âmbito das ciências sociais, especialmente no âmbito do jurídico ao perceber que o direito enquanto sistema de ação também se encontra imerso em concepções que modelam a percepção social e do próprio jurista acerca da ideia de como este sistema dever operar²⁶.

Assim, os paradigmas jurídicos atuam como um pano de fundo não tematizado que modelam a percepção de todos os atores sociais (cidadãos, legisladores, juristas, juízes e

²² KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*, p. 90.

²³ HUISMAN, Denis (diretor da publicação). *Dicionário dos filósofos*, p. 580.

²⁴ HUISMAN, Denis (diretor da publicação). *Dicionário dos filósofos*, p. 581; SILVA, Ovídio A. Baptista. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*, p. 33-34.

²⁵ CARVALHO NETTO, Menelik de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito: a produtividade das tensões principiológica e a superação do sistema de regras*, p. 33.

²⁶ ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*, p. 864; HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. II, p. 123.

gestores públicos) acerca da concepção ideal da própria sociedade e de como o direito nela deve atuar²⁷. Isto é: “Os paradigmas jurídicos constituem-se em horizontes de sentido para o desenvolvimento, num dado contexto histórico, de uma sociedade, orientando internamente a práxis jurídica.”²⁸.

A partir da lição habermasiana, Cattoni de Oliveira esclarece que:

O uso da noção de paradigma jurídico pretende, portanto, estabilizar a tensão entre a realidade e idealidade, ao defender a tese de que haveria um horizonte histórico de sentido, ainda que mutável, para a prática jurídica concreta, que pressuporia uma determinada “percepção” do contexto social do Direito, a fim de se compreender em que perspectiva as questões jurídicas devem ser interpretadas para que o Direito possa cumprir seu papel nos processos de integração social.²⁹

Como o paradigma atua como uma especial *visão de mundo*, servindo como lente para a observação de objetos e de fenômenos, a alteração paradigmática vai permitir a comunidade descortinar novas nuances daquilo que é observado, e desta forma, a partir da consideração de particularidades até então ofuscadas, é possível a construção de novas respostas para conhecidos problemas. Na analogia fornecida por Kuhn, é como se o observador (a comunidade profissional) tivesse sido transportada para um novo planeta, onde os objetos familiares são vistos sob nova luz³⁰.

Sob nova luz e sob nova perspectiva, a observação da relação entre Estado e indivíduo podem permitir descortinar soluções para antigos problemas sem respostas satisfatórias. Nesta linha, a dinâmica interna do processo, percebida a partir dos vínculos intersubjetivos estabelecido entre os atores processuais ao longo do procedimento constitui rico campo de investigação sob diferentes perspectivas paradigmáticas como se verá nos capítulos subsequentes deste trabalho.

Antes, porém de avançar nesta empreitada, cumpre retomar o pensamento habermasiano para registrar que segundo o autor, do ponto de vista da história da Modernidade, os paradigmas liberal (formal burguês) e social (direito materializado do Estado Social) são os mais bem acabados modelos para os ingentes problemas sociais³¹.

A partir daqueles paradigmas, é possível inferir os nexos interativos entre os atores processuais e da própria técnica processual absorvidos dentro dos modelos processuais,

²⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, vol. II, p. 129.

²⁸ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, p. 339.

²⁹ OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. *Direito Constitucional* p. 82-83.

³⁰ KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*, p. 132.

³¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a facticidade e a validade*. Vol. I, p. 242.

dimensionando o papel das partes e do tribunal no esquema de desenvolvimento e de resultados do processo, com especial destaque para os macromodelos liberal e social. Estes macromodelos podem assim ser designados levando em conta suas características técnicas fundamentais, a despeito de variações particulares na versão encapada em determinados Estados, levando-se em todo caso, porém o *horizonte de sentido partilhado* no qual estão imersas as práticas jurídicas³².

Com o avanço da ideologia neoliberal no último quarto do século passado novamente tencionar o redimensionamento da relação Estado-cidadão, verifica-se uma retomada da aspiração modular do arranjo entre atores processuais, naquilo que tem sido designado por neoliberalismo processual³³. Por ora, consigne que este modelo neoliberal de processo em questão não se confunde com a proposta de modelo cooperativo de processo sustentado neste trabalho, porque ainda se funda na figura de protagonistas processuais e também não oferta mecanismos contrafáticos satisfatórios para indução de comportamentos cooperativos.

Sem embargo das observações apresentadas mais à frente, esclareça-se que em face das degenerações dos paradigmas liberal e social, Habermas propõe outro, o procedimental, mais alinhado para as democracias de massas dos Estados sociais. Este novo paradigma proposto pelo autor busca absorver os outros dois que o precederam, permitindo no âmbito concreto da aplicação do direito a consideração crítica e reflexiva dos discursos liberal e de bem-estar³⁴.

É, pois, levando em conta o paradigma procedimental é que se propõe um genuíno modelo cooperativo de processo, sem protagonismos entre os atores processuais; sem uma relação de precedência entre a autonomia pública e privada; que percebe na estrutura normativa do processo espaço de participação dos interessados na tomada de decisões capaz de lhes vincular; que tem os direitos e garantias fundamentais processuais uma blindagem contra a pilhagem de direitos e para correção de comportamentos não cooperativos.

Feitos esses breves registros acerca da concepção de paradigmas (jurídicos) e já deixando assentado que eles repercutem na formatação da dinâmica interna do processo, faz-se necessário tecer algumas noções acerca do formalismo processual.

³² Cf. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*.

³³ Cf. HOFFMAN, Fernando; MORAIS, José Luiz B. de. *Fundamentos hermenêuticos para um processo civil constitucionalmente adequado*; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*; NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*.

³⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a facticidade e a validade*. Vol. I, p. 242; OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. *Direito Constitucional*, p. 84; NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*, p. 56-57.

2.2 O formalismo processual e o formalismo processual democrático: noções iniciais

O presente trabalho tem como objetivo estabelecer critérios de controle das convenções processuais, o que impõe investigar os nexos de interação entre partes e tribunal dentro do esquema de organização e funcionamento interno do processo. Conforme já antecipado, esta tarefa perpassa pela investigação do *formalismo processual* e sua conexão com os rumos e os resultados do processo.

Entretanto, para evitar desavisos na compreensão do tema, é importante estabelecer a noção de formalismo processual que será empregada ao longo do trabalho, especialmente porque a expressão em questão é comumente confundida com o fenômeno jurídico ligado à degeneração da forma no processo – o formalismo excessivo –, eclipsando o seu aspecto virtuoso de contenção do arbítrio e de ordenação do procedimento.

Em verdade, o formalismo processual, compreendido como a totalidade das formas processuais, tem a pretensão de organizar o processo, conferindo-lhe previsibilidade, em razão do estabelecimento da disciplina, do tempo e do modo dos atos processuais, e, desta maneira, coordenando as atividades dos diferentes atores do processo. Sem esta organização o processo se tornaria uma disputa incontida, sem qualquer mecanismo de controle dos atos abusivos praticados pelo julgador ou pelas partes³⁵.

Sob o aspecto externo, a forma processual – ou a forma em sentido estrito – traduz no modo de exteriorização da vontade na prática dos atos processuais, isto é, ela representa o conjunto de signos pelos quais a vontade se manifesta. Sob o aspecto interno, porém, a forma processual – em sentido amplo – vai impor um esquema organizatório do conjunto de situações jurídicas processuais – ônus, faculdades, poderes e deveres processuais – dos sujeitos processuais³⁶.

Conforme esclarece Alvaro de Oliveira, o formalismo, por se ocupar com a totalidade formal do fenômeno processual, para além da forma em sua acepção restrita, também investe em aspecto muito rico da disciplina interna da interação e coordenação de atividades dos atores processuais, como vistas ao atingimento das finalidades do processo, a partir da delimitação dos poderes, faculdades e deveres processuais³⁷.

Assim, é bem de ver que o formalismo processual cuida “da tarefa de indicar as

³⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 7.

³⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*, p. 16; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 5; TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*, p. 19.

³⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 6-7.

fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento”³⁸.

Dentro do fluxo interativo entre partes e tribunal, o formalismo processual, caso esteja copiosamente estruturado a partir do modelo constitucional de processo (formalismo processual democrático), conforme se pretende na presente quadra histórica, constitui garantia democrática contra os abusos públicos e privados que emergem nos contextos judiciais de disputa³⁹.

Nesta vertente, Troller lembra que “[s]e de vez em quando quisermos amaldiçoar o formalismo processual, pensemos que em um importante domínio jurídico ele ata as mãos da arbitrariedade (...).⁴⁰”.

Com efeito, dentro do fenômeno processual, o formalismo constitui importante mecanismo de domesticação do poder do Estado-juiz, evitando-se o exercício arbitrário da função jurisdicional no desenvolvimento e nos resultados do processo. Em outra vertente, ele também se presta a servir como fator de igualação dos contendores a partir da distribuição equilibrada das situações jurídicas processuais, de modo que a eles seja assegurada, a partir da garantia do contraditório, a simétrica paridade nas oportunidades de participar do procedimento que serve de preparação da decisão que os vinculará⁴¹. Corre subjacente à estas ideias a noção de distribuição de papéis entre os atores processuais, bem assim a existência de mecanismos de fiscalidade e de controle recíproco dos micropoderes exercidos ao longo do procedimento⁴².

É importante, contudo, deixar assentado que o desenvolvimento do formalismo processual não encontrou ao longo da história movimento linear, oscilando entre momentos de apego ao formalismo exagerado e de afrouxamento das formas⁴³, impactando na distribuição de tarefas entre as partes e o tribunal. É bem por isto que, como se verá ao longo do trabalho, a dinâmica entre Estado e cidadão marca profundamente o formalismo processual, especialmente

³⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 7.

³⁹ Expressamente reconhecendo o formalismo processual como uma garantia: NUNES, Dierle; CRUZ, Clenderson Rodrigues da; DRUMMOND, Lucas Dias Costa. *A regra interpretativa da primazia do mérito e o formalismo processual democrático*, p. 88-89; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 7-8. Também reconhecendo a forma como garantia contra atos arbitrários GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*, p. 15-16.

⁴⁰ TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*, p. 109.

⁴¹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 6-9, 83 et. seq.; TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*, p. 22-23; NUNES, Dierle; CRUZ, Clenderson Rodrigues da; DRUMMOND, Lucas Dias Costa. *A regra interpretativa da primazia do mérito e o formalismo processual democrático*, p. 91.

⁴² THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, p.113 et. seq.; Cf. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*.

⁴³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 6-9, 83 et. seq.; TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*, p. 11-12.

levando em conta as alterações paradigmáticas que operam no seu *background*.

De toda forma, a dinâmica de divisão e coordenação das atividades entre os atores processuais revolve pontos sensíveis do direito processual, impactando, por exemplo, na iniciativa da instauração do feito e delimitação do objeto litigioso, o modo pelo qual o procedimento deve se desenvolver e a quem compete o seu impulso, a formação da cognição em relação à matéria de fato e de direito que serão utilizados na fundamentação da decisão e a extinção do processo por ato dispositivo. Em todos estes temas perpassa de modo transversal o grau de deferência dado pelo sistema processual à autonomia privada no âmbito do direito processual, seja como elemento limitador dos confins da demanda e da investigação do material de fato e de direito relevante para a causa, reftreando, em todo caso, os poderes judiciais e as iniciativas das partes⁴⁴.

A partir da contribuição de Nunes e outros, em breve linhas, é possível inferir como o liberalismo e a socialização impactaram e influíram na intensidade do formalismo processual, ora cobrando uma conformação com acentuado apego à forma, ora rumando para o seu desprestígio, confiando na sensibilidade do julgador para depurar uma suposta pauta axiológica compartilhada por toda a sociedade⁴⁵.

Conforme esclarecem os autores, durante o liberalismo processual, a dinâmica intersubjetiva interna do processo é marcada por posição de protagonismo das partes em relação ao tribunal; o exacerbado apego ao formalismo constituía em mecanismo de fiscalização das partes e especialmente das condutas do julgador, que deveria se manter em posição de distanciamento ao debate travado pelos contendores. A escrituração como expressão emblemática do excessivo apego à forma, bem sinalizava o maior prestígio da forma em detrimento do conteúdo⁴⁶.

Não obstante, desde os meados do século XIX, a aplicação do direito pelo Poder Judiciário e a especial exaltação da figura do juiz dentro da dinâmica processual encontram forte respaldo no contexto doutrinário e legislativo, promovendo-se importante alteração paradigmática dentro do direito processual, a qual permitiu a transição de um modelo liberal para o modelo social de processo⁴⁷.

⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos*, p. 35; MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios Processuais e a desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*, p. 45.

⁴⁵ NUNES, Dierle; CRUZ, Clenderson Rodrigues da; DRUMMOND, Lucas Dias Costa. *A regra interpretativa da primazia do mérito e o formalismo processual democrático*, p. 91.

⁴⁶ NUNES, Dierle; CRUZ, Clenderson Rodrigues da; DRUMMOND, Lucas Dias Costa. *A regra interpretativa da primazia do mérito e o formalismo processual democrático*, p. 91-92.

⁴⁷ Cf. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*.

Não obstante, a intensificação dos poderes do juiz, sem, contudo, incrementar mecanismos destinados a contê-los, esmaece o formalismo processual, abrindo margem ao arbítrio e o decisionismo do Estado-juiz, especialmente pelo excesso de confiança nas virtudes subjetivas do julgador⁴⁸.

Ocorre, porém, que, na contemporaneidade, não é sustentável qualquer modelo processual fundado na figura de protagonistas, seja das partes ou do tribunal, capaz de aliviar os cidadãos de escolhas difíceis, designadamente nas complexas sociedades contemporâneas, como a brasileira, que tem no pluralismo um de seus fundamentos (art. 1º, V da CF/88).

Assim, mesmo após os fortes sinais de desgaste do modelo social de processo e das projeções no campo processual das novas descobertas no campo da filosofia da linguagem, as quais colocaram em xeque a defensabilidade de uma suposta virtude cognitiva do decisor, ainda se assiste ressoar nas decisões judiciais, na literatura processual e na produção legislativa as ideias que impregnavam as construções teóricas da socialização processual, sem se problematizar suficientemente a compatibilidade dessa produção com o modelo de Estado Democrático de Direito, que exige a participação (constitutiva) cidadã em todos os atos de poder emanados pelo Estado⁴⁹.

A questão avulta-se em complexidade quando se percebe muito recentemente a apropriação (degeneração) do discurso típico da socialização processual por parte de agentes econômicos (neoliberalismo processual), que, na busca pela recuperação de posições de poder e maximização de ganhos, acabam por reduzir a importância do processo ou mesmo encará-lo como um entrave para a decisão jurisdicional⁵⁰.

Nessa senda, conforme se verá, o neoliberalismo processual ainda se calca no protagonismo entre os atores processuais, sem, contudo, manter a linearidade de outrora. Segue-se, então, esquema desequilibrado dos papéis e de responsabilidades dos sujeitos processuais, arrastado pela racionalização tecnocrática da justiça, que a partir de valores ligados à eficiência, típicos da lógica de mercado, tencionam (seletivamente) pelo afrouxamento do formalismo processual, e, por conta disto, colocam em risco o aspecto técnico do processo de servir como

⁴⁸ NUNES, Dierle; CRUZ, Clenderson Rodrigues da; DRUMMOND, Lucas Dias Costa. *A regra interpretativa da primazia do mérito e o formalismo processual democrático*, p. 92-93.

⁴⁹ Cf. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*.

⁵⁰ Cf. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*; FREITAS, Helena Patrícia. *Eficiência da jurisdição: necessidade de sua (des)construção para efetivação do modelo constitucional de processo*. Discorrendo sobre a formatação da estrutura oficial de solução de conflitos pela ideologia neoliberal: Cf. MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*; NADER, Laura. *Harmonia Coercitiva: a economia política dos modelos jurídicos*; NUNES, Dierle, TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*.

a mais bem acabada e democrática estrutura de preparação de uma decisão⁵¹.

Atentando ao formalismo processual, em seu aspecto interno, agrada a concepção de processo participativo sustentada por Nunes, que visualiza dentro da dinâmica intersubjetiva interna do processo a existência de eixos policêntricos, interdependentes e sem vínculos de subordinação entre as partes e o tribunal. A partir deste aspecto interativo entre os atores processuais, o autor percebe no conjunto de situações jurídicas logicamente organizadas ao longo do procedimento um espaço-tempo capaz de permitir a flutuação de argumentos de fato e de direito indispensáveis para co-construção da decisão, bem assim mecanismo técnico capaz de viabilizar o controle compartilhado, recíproco e equilibrado sobre as atividades desenvolvidas por todos os atores processuais. Neste sistema policêntrico, os rumos e resultados do processo passam a ser de responsabilidade de todos os sujeitos processuais⁵².

Demais disto, na presente quadra histórica o formalismo processual deve assumir feição democrática. É esta, pois a nota que deve marcar o formalismo processual contemporâneo, rompendo com outros modelos de formalismo que vingaram em períodos de liberalismo e socialização processual, sem, contudo, permitir que sistema processual seja capturado pelo fenômeno neoliberal. Em suma: a partir do denso conteúdo normativo dos direitos e garantias fundamentais, máxime daqueles que compõem o modelo constitucional de processo, *é necessário construir (e reconstruir)*⁵³ o formalismo processual democrático, porquanto comprometido com a aplicação dinâmica das normas processuais fundamentais⁵⁴.

Nesta linha, o formalismo processual democrático enquanto esquema ordenador das situações jurídicas processuais distribuídas ao longo do procedimento, não tem como base a existência de uma pretensa unidade axiológica compartilhada (dotada de sentido unívoco)⁵⁵, mas a normatividade dos direitos e garantias fundamentais, que confere ao processo dimensão

⁵¹ NUNES, Dierle; CRUZ, Clenderson Rodrigues da; DRUMMOND, Lucas Dias Costa. *A regra interpretativa da primazia do mérito e o formalismo processual democrático*, p. 104 et. seq. Cabe registrar a lição de Gonçalves sobre a instrumentalidade técnica do processo: “A instrumentalidade técnica do processo, nessa perspectiva do Direito contemporâneo, não poderia jamais, significar a técnica se desenvolvendo para se produzir a si mesma. A instrumentalidade técnica do processo está em que ele se constitua a melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para a sentença que dele resulta se forme, seja gerada, com garantia de participação igual, paritária, simétrica, daqueles que receberão os seus efeitos.” (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*, p. 150).

⁵² NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, p. 49-50.

⁵³ Como lembra Brêtas, o Estado Democrático de Direito é um projeto que se encontra permanentemente em estágio de inacabada consolidação, é “espécie de projeto constitucional principiológico *in fieri*.” (BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 3.

⁵⁴ NUNES, Dierle; CRUZ, Clenderson Rodrigues da; DRUMMOND, Lucas Dias Costa. *A regra interpretativa da primazia do mérito e o formalismo processual democrático*, p. 102.

⁵⁵ Alvaro de Oliveira trilha uma perspectiva de formalismo processual de fundo axiológico, por ele designada de formalismo-valorativo. Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo*.

técnica de preparação da decisão, coordenando a atuação dos sujeitos processuais e depurando comportamentos não cooperativos⁵⁶.

É de se ter com reservas o discurso de desformalização do processo que coloca o formalismo processual no banco dos réus, sob acusação de ser ele o responsável pelos descaminhos do sistema jurisdicional, desconsiderando que ele, caso seja construído sob perspectiva democrática, assume relevante dimensão técnica de preparação da decisão, além de reprimir os abusos e excessos nas condutas dos atores processuais.

Não se pode deixar de perceber, com apoio em Theodoro Júnior e outros, que o sistema processual brasileiro é marcado pela prevalência de interesses não cooperativos, de todos os atores processuais⁵⁷. Estes interesses não cooperativos, em muitos casos, nascem e se desenvolvem alinhados à ideologia neoliberal, que fomenta a obsessão busca por resultados (quantitativos) dentro das estruturas oficiais do sistema jurisdicional, negando o aspecto contrafático da estrutura técnica do processo, na mitigação de comportamentos estratégicos e utilitários⁵⁸.

As ingentes preocupações com construção de um sistema processual responsivo às necessidades de uma sociedade cada vez mais multifacetada e imersa em litígios de massa, premida pela urgência decorrente do tráfego jurídico acelerado não podem caminhar ao largo do aspecto normativo dos direitos e garantias processuais fundamentais, sob pena de se permitir a manipulação utilitária da forma processual, seja pelo tribunal, seja de uma parte em detrimento

⁵⁶ NUNES, Dierle; CRUZ, Clenderson Rodrigues da; DRUMMOND, Lucas Dias Costa. *A regra interpretativa da primazia do mérito e o formalismo processual democrático*, p. 98 et. seq.; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, p. 49 et. seq. Essa finalidade técnica de preparação da decisão é designada por Gonçalves como *instrumentalidade técnica do processo* (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*, p. 148 et. seq.).

⁵⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, p. 87.

⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, p. 87 et. seq. Sobre o aspecto contrafático da estrutura processual, observam os autores: “O juiz imerso na busca por otimização numérica de seus julgados e as partes (e seus advogados) no âmbito de uma litigância estratégica (agir estratégico) com a finalidade de obtenção de êxito. **Esta patologia de índole fática não representa minimamente os comandos normativos impostos pelo modelo constitucional de processo, nem mesmo os grandes propósitos que o processo, como garantia, deve ofertar.** Ao se partir desta constatação cabe ao direito, dentro de seu pressuposto contrafático, ofertar uma base normativa que induza um comportamento de diálogo genuíno no qual estes comportamentos não cooperativos sejam *mitigados*. Isto induz a assunção do processo como um *locus* normativamente condutor de uma **comunidade de trabalho**, na qual todos os sujeitos processuais devam atuar em viés interdependente e auxiliar, com responsabilidade, na construção dos pronunciamentos judiciais e em sua efetivação. (...) **Em caráter contrafático (inibidor dos referidos comportamentos) se trata de uma releitura democrática normativa da cooperação em perfil participativo, que leva a sério o contraditório como influência e não surpresa, de modo a garantir a influência de todos na formação e satisfação das decisões e inibir aqueles atos praticados em má-fé processual. A correção normativa que se extrai da participação (ou cooperação, desde que relida em perspectiva democrática), afasta as visões estatelistas e tenta primar por um comportamento objetivamente vinculado à boa-fé.**” (THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, p. 87-89; negritei).

da outra com menor poder de barganha.

Nesse sentido, concorda-se com Santos, Nunes e outros quando afirmam que os modelos reformistas ligados à desformalização do processo tem a potencialidade de agravar o arbítrio e a opressão do sistema processual⁵⁹.

Repensar o formalismo processual dentro de perspectiva democrática, guardando a devida reverência à força normativa dos direitos e das garantias processuais fundamentais, é tema que guarda acrescida importância no estudo do direito processual civil brasileiro, especialmente nestes anos que seguem a promulgação do vigente Código de Processo Civil. Isto porque é importante repensar a dinâmica intersubjetiva do processo, de modo que se consolide modelo processual entre partes e tribunal genuinamente equilibrado, isto é, o modelo cooperativo de processo (art. 6º do CPC).

Nessa linha, é necessário, dentro da perspectiva do formalismo processual democrático, pensar a comunidade de trabalho entre juiz e partes no dimensionamento de atividades coordenadas destinadas a promover o melhor desenvolvimento do processo, bem assim de seus resultados. Entra na ordem dessas cogitações a necessidade de construir uma teoria das convenções processuais efetivamente alinhada ao *equilíbrio policêntrico processual*⁶⁰, sem desconsiderar, contudo, a realidade social brasileira e a existência de parâmetros normativos instituídos pelos direitos e garantias processuais fundamentais na distribuição de papéis entre os atores processuais.

2.3 O formalismo no processo pré-liberal

2.3.1 O processo romano

Ao longo da história o processo foi muitas vezes forçado a abrir mão de formas rígidas e em momento posterior recobrá-las⁶¹. A história do direito processual também foi testemunha da alteração das atividades dos diversos atores processuais, impactando na percepção (e na mutação) dos papéis desempenhados dentro da estrutura processual. Muito embora o direito processual não tenha seguido uma história linear, as marchas e contramarchas da dinâmica e

⁵⁹ SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução à sociologia da administração da Justiça*, p. 121; NUNES, Dierle; CRUZ, Clenderson Rodrigues da; DRUMMOND, Lucas Dias Costa. *A regra interpretativa da primazia do mérito e o formalismo processual democrático*, p. 109. SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução à sociologia da administração da Justiça*, p. 121.

⁶⁰ Cf. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*.

⁶¹ TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo do processo civil*, p. 17.

coordenação entre as atividades dos diversos atores do processo (seus papéis) e do formalismo na busca de conter os abusos e excessos constitui importante norte para o estudo do direito processual, e de modo muito particular, a compreensão da cláusula geral de negociação processual.

Madeira, com apoio em Fiuza, adverte que o direito processual romano constitui fonte remota do direito processual brasileiro, razão pela qual o seu estudo possibilita que não se perca a memória histórica, a qual permite divisar um rumo para o futuro⁶². Muito embora não se queira adentrar no mérito da gravidade dessa afirmação, acredita-se que uma breve análise do sistema romano de solução de disputas seja adequado corte cronológico para investigação das negociações processuais, já que a *litisconstestatio* romana é considerada por vários estudiosos como a gênese das convenções processuais.

O processo civil romano pode ser dividido em três períodos distintos: inicia-se pelo período da *legis actiones* (séc. VIII a séc. V a.C.), passa pelo período *per formulas* (séc. V a.C. até o séc. III d.C) e tem seu último ciclo no período da *extraordinario cognitio* (séc. III d.C até o fim do Império Romano)⁶³.

Os períodos da *legis actiones* e *per formulas* compõem a chamada ordem dos juízos privados (*ordo iudicium privatorum*), onde se pode visualizar os traços privados do processo com maior clareza em relação àqueles vistos no período da *extraordinario cognitio*. Nessa época, a iniciativa do processo e o seu impulso estavam entregues prioritariamente nas mãos dos contendores⁶⁴.

No período da *legis actiones*, o procedimento de resolução de disputas era bifásico e continha um misto de atos privados, públicos e sacramentais. Todo procedimento era marcado por exacerbada formalidade, sem nenhuma correlação com a questão a ser decidida. O menor equívoco na emissão de uma palavra ou a preterição de qualquer forma considerada solene era o suficiente para gerar nulidades ou tornar um ato processual imprestável, ou, em casos extremos, para determinar a perda da causa⁶⁵.

É bastante conhecido o exemplo fornecido por Gaio no qual um cidadão romano

⁶² MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de Conhecimento & cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito*, p. 48.

⁶³ CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*, p. 76; ARGÜELLO, Luiz Rodolfo. *Manual del derecho romano: historia e instituciones*, p. 537; ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, p. 220; LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*, p. 45; MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*, p. 46 et. seq.

⁶⁴ ARGÜELLO, Luiz Rodolfo. *Manual del derecho romano: historia e instituciones*, p. 537; MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*, p. 46.

⁶⁵ SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*, p. 76; ARGÜELLO, Luiz Rodolfo. *Manual del derecho romano: historia e instituciones*, p. 538, p. 551; MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de Conhecimento & cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito*, p. 56; ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, p. 233.

pretendendo a concessão de uma *actio*, referente ao correte irregular de videiras, mencionou a expressão “videiras” ao invés de “árvores” (expressão constante na Lei das XII das Tábuas), e apenas por ter mencionado uma palavra diferente não teve sua pretensão acolhida pelo pretor, muito embora ninguém questionasse que na expressão árvores (gênero) incluía as videiras (espécie)⁶⁶.

A primeira fase do procedimento (*in iure*) se desenvolvia perante o pretor – um agente do Império –, no qual o cidadão romano buscava a concessão da *actio*, isto é, o reconhecimento da existência de uma ação típica que correspondesse à violação de determinado direito.

Muito embora o pretor desempenhasse uma função pública de impedir o turbamento da paz⁶⁷, não lhe competia o julgamento da causa. Tal julgamento somente seria realizado na segunda fase do procedimento (*apud iudicem*), perante o *iudex*, um árbitro privado, escolhido pelas partes⁶⁸.

A intervenção estatal por meio da figura do pretor limitava-se, pois, à *datio* ou à *denegatio actionis*, a partir da verificação do preciso encaixe da pretensão em uma ação prevista na lei. A solução da controvérsia na fase *apud iudicem*, no entanto, dependia da celebração de negócio jurídico, mais especificamente, uma convenção processual – a *litiscontestatio* –, balizando os limites da controvérsia⁶⁹. Em razão do caráter contratual da *litiscontestatio* e de sua importância para o desenvolvimento do processo romano, os juristas não tardaram em entrever uma natureza contratual ou quase-contratual ao processo⁷⁰.

Baptista da Silva, discorrendo sobre a função da *litiscontestatio* no direito romano, e se valendo de lição de antigo romanista, L.B. Bonjean, mostra que ela tinha precipuamente três

⁶⁶ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, p. 101-102. “O que importa não é a vontade de quem pratica o ato, mas que este seja realizado com a observância da forma.” (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, p. 102).

⁶⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 16.

⁶⁸ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, p. 233.

⁶⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 19-20; MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de Conhecimento & cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito*, p. 57; SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*, p. 78; MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*, p. 47.

⁷⁰ Na esteira das lições de Pothier, o processo se afiguraria como uma espécie de contrato, porque a *litiscontestatio* era condição para instauração do processo. Era, pois indispensável que a partes se comprometessem em acatar a decisão proferida pelo árbitro, pois como lembra Leal, a vontade individual era a única fonte de direito e dever, nada mais cabendo ao Estado senão atender o que por elas foi ajustado (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*, p. 77). Para outros, como Savigny e Guényvau, o processo não seria um contato, mas um quase-contrato, pois a parte ao ingressa em juízo já estaria consentindo com a futura decisão que seria proferida, mesmo que o réu não aderisse espontaneamente ao debate da lide. Ao depois, se o processo não poderia ser enquadrado como um contato ou como um ilícito, ele só poderia ser um quase-contrato, figura utilizada pelos romanos para justificar a existência de direitos e obrigações que não decorriam da vontade das partes ou da prática de um ato ilícito (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*, p. 78; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, p. 300; MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*, p. 388).

finalidades: a) constituir um compromisso do demandado de aceitar o processo e suas consequências, pela via do julgamento da lide; b) produzir um efeito novatório, de modo que, a partir de sua celebração, a primitiva relação litigiosa não mais poderia ser alegada em juízo; c) determinar os elementos da própria lide (efeito conservatório)⁷¹.

Por meio da *litiscontestatio* também se admitia a escolha do *iudex*. Acaso inexistisse consenso entre as partes quanto à escolha, ao próprio pretor caberia esta definição, valendo-se de nomes indicados em uma lista (*album iudicium*)⁷².

A possibilidade de escolha do árbitro pelas partes desapareceria paulatinamente no sistema *per formulas*, em razão do progressivo aumento da autoridade do Império Romano. A arbitragem facultativa se transformaria em obrigatória, na qual o Império passa a nomear como *iudex* jurisconsultos (peritos que se notabilizaram no desempenho de suas funções)⁷³.

O excesso de formalidades da Lei das XII Tábuas aliado à necessidade de se imprimir respostas mais práticas aos conflitos ocorridos na sociedade, dentro de um contexto de Império Romano em plena expansão, cuidou de imprimir um esquema procedimental mais flexível do que aquele experimentado no período das *legis actiones*: o sistema *per formulas*⁷⁴.

No período formulário, muito embora o procedimento para solução de conflitos continuasse a manter a estrutura bifásica do procedimento (*in iure e apud iudicem*), sensíveis mudanças foram operadas, em especial a superação dos esquemas rígidos e formais das *legis actiones*, fundadas na *lex*, para uma pluralidade de fórmulas, muitas das quais elaboradas de modo discricionário pelo pretor, com base nos fatos alegados⁷⁵.

Ao final da primeira fase do procedimento, o pretor redigia a fórmula, que constituía o “alicerce procedimental” da fase *apud iudicem*. Essa fórmula – que introduz importante elemento escrito no processo romano –, a um só tempo, delimitava o objeto da controvérsia e o direito a que deveria ser aplicado, vale dizer: o pretor instruía o árbitro “*per formulas*, sobre

⁷¹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*, p. 78. Cumpre registrar, com base nesse mesmo autor, a existência de dissenso entre os romanistas acerca da existência da *litiscontestatio* no período da *legis actiones* (SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*, p. 72). A despeito dessa divergência, a importância da *litiscontestatio* no período formular é por todos reconhecida.

⁷² ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, p. 226 et. seq.

⁷³ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*, p. 25; MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de Conhecimento & cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito*, p. 65; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, p. 28.

⁷⁴ Alvaro de Oliveira destaca que dois pontos que foram fundamentais para deformalização rigorosa do direito quiritário: a) a criação do Pretor *peregrinus*, do qual se originou o *jus gentium*, espécie de direito comercial dos romanos, que vigorava para os homens livres, fossem eles cidadãos romanos ou peregrinos, e; b) a percepção de dois esquemas de processos distintos: um, aplicável ao cidadão romano, impregnado de formalidades e rigorosos ritos, e outro aplicável aos peregrinos, mais simplificado e dinâmico (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 18).

⁷⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 19.

como deveria conduzir a demanda e proferir a sentença”⁷⁶.

Embora a referida fórmula contivesse vários elementos que balizariam a atuação do árbitro na fase *apud iudicem*, o marcante acento privatista vigente à época não autorizava, de per si, a instauração da segunda fase do procedimento; era, pois, indispensável que os litigantes aceitassem a fórmula, através da celebração de negócio jurídico: a *litiscontestatio*. Vê-se, portanto, que o desenvolvimento do processo ainda ficava atrelado à vontade e a atividade das partes.

Muito embora o *iudex* gozasse de liberdade de julgamento, seja no que concerne à valoração das provas ou mesmo na possibilidade de se liberar do compromisso de julgar através da cláusula *non liquet*, a fórmula aceita pela pelas partes através da *litiscontestatio*, de certa maneira, limitava a atividade do *iudex*, representando mecanismo embrionário de controle da atuação do julgador⁷⁷.

Nesse sentido, Madeira afirma que a experiência formular despertou, pela primeira vez, a necessidade de formulação de regras escritas abstratas de regulação dos padrões de licitude, muito embora os romanos estivessem muito longe de compreender o que era uma norma jurídica e a importância da escrituração para o processo⁷⁸.

Em outra medida, o efeito conservatório operado pela *litiscontestatio* impedia alterações na fórmula, e conseqüentemente limitava a própria atividade das partes. A partir da delimitação do objeto litigioso e das exceções apresentadas pelo demandado, contidas na fórmula escrita, as partes não mais poderiam suscitar questões afetas à relação obrigacional primitiva, que restava consumida pela celebração da *litiscontestatio*⁷⁹.

⁷⁶ MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de Conhecimento & cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito*; LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*, p. 25 (destaque no original). Em mesmo sentido: “É a fórmula, porém, o traço marcante do processo formulário; dela advém-lhe a própria denominação: processo *per formulas*. Trata-se – como veremos adiante – de um documento escrito onde se fixa o ponto litigioso e se outorga ao juiz popular poder para condenar ou absolver o réu, conforme fique, ou não, provada a pretensão do autor. No sistema das *legis actiones*, nada havia de semelhante: o juiz popular julgava a questão que as partes, oralmente, lhe expunham. No processo formulário, não: ele julga o litígio conforme está delimitado na fórmula, elaborada na fase *in iure*.” (ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, p. 249).

⁷⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 20.

⁷⁸ MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de Conhecimento & cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito*, p. 70.

⁷⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 20; MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de Conhecimento & cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito*, p. 58; SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*, p. 72-75. No que concerne ao efeito estabilizador da *litiscontestatio* operado em relação às partes cumpre registrar a observação feita por Alvaro de Oliveira, no sentido de que os princípios da preclusão e da eventualidade estiveram ausentes em todo o processo romano. Para o autor, o árbitro deveria seguir estritamente a fórmula porque nela continha os meios de ataque e defesa autorizados pelo direito reconhecido pelo Estado (limitação da atividade do árbitro por ato do Estado), e não porque a fórmula servia para compelir as partes a apresentar de uma só vez sua argumentação ou submeter a matéria apresentada a ordem e clareza (limitação da atividade do árbitro por ato das partes) (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 23). Não obstante a observação feita pelo autor, a limitação

Nesse sentido, Baptista da Silva esclarece:

É fundamental, para a compreensão da função *consuntiva* da *litis contestatio*, ter presente que as partes, antes de aceitarem o juízo, obrigando-se a submeterem-se à futura sentença, recebiam a *fórmula* criada pelo pretor, em que como vimos pela lição Scialoja, definiam-se os termos do litígio, delimitando-se o conteúdo da ação e das eventuais exceções do demandado, ficando, portanto, a partir daí, assinalando o rumo a ser seguido pela causa e os limites do futuro julgamento. A concepção da *res iudicio deducta*, fixada na fórmula, tornar-se-ia, com a sentença, *res iudicata*. Daí porque todas as alegações que o credor pudesse fazer, assim como as eventuais defesas do devedor, não incluídas na fórmula, seriam por ela igualmente consumidas, tornando-se impossível alegá-las numa demanda futura. A primitiva *obligatio* estava extinta, dando-se, através da *litis contestatio*, um fenômeno análogo à novação da obrigação originária.⁸⁰

Completando o ciclo dos sistemas processuais que sucederam período romano, tem o processo da *cognitio extra ordinem*. Inicialmente, este procedimento não era empregado para solucionar os conflitos de natureza civil, mas para questões de natureza administrativa ou envolvendo a prática de delitos. Não obstante, paulatinamente o processo extraordinário também ganharam espaço perante os litígios privados, a reboque da concepção de que a administração da justiça era assunto público⁸¹.

O papel fundamental da *litiscontestatio*, como mecanismo justificador da autoridade da decisão proferida pelo árbitro, cede espaço para o direito que tinha como único fundamento o poder imperial. É com esse pano de fundo que se inaugura o período da *cognitio extra ordinem*, encerrando o ciclo dos juízos privados, que tinha na vontade das partes o seu eixo central⁸².

O processo, agora com acento publicístico, fundado no poder do imperador, deixa de ser bifásico, desenvolvendo-se integralmente diante do pretor – um funcionário público –, que passa a ter poder de decisão sobre o conflito e predomínio durante a tramitação do processo. A produção da prova, outrora entregue quase que exclusivamente a cargo das partes, passa a ser também assumida pelo pretor⁸³.

Como agora todo o julgamento se desenvolvia perante um funcionário público, com vistas a escapar da suspeita de julgamentos parciais, pouco a pouco se consolidou um sistema

dos confins da demanda, pela aceitação da fórmula – e tudo que nela constava – através da *litiscontestatio*, ainda que de modo indireto, não deixava de limitar o poder de atuação das partes na fase *apud iudicem*, estabilizando o litígio. Parecendo anuir com o que vai: “Assim a formula constitui a delimitação da forma segundo a qual a controversia sera examinada pelo juiz; para este e uma indicação de seu poder.” (SCIASCIA, Gaetano. *Manual de direito romano*, p. 84).

⁸⁰ SILVA, Ovídio Baptista da. *Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica*, p. 77-78.

⁸¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, p. 286 et. seq.; ARGÜELLO, Luiz Rodolfo. *Manual del derecho romano: historia e instituciones*, p. 579.

⁸² MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*, p. 50.

⁸³ ARGÜELLO, Luiz Rodolfo. *Manual del derecho romano: historia e instituciones*, p. 580; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 20 et. seq.

de prova legal, em substituição ao sistema de livre valoração da prova⁸⁴.

O direito processual romano exerceu grande influência na formação do processo canônico e comum, em especial, os contornos por ele assumido nos períodos de 400 a 500 d.C.⁸⁵. Dentre tais contornos, alguns são dignos de nota:

- a) Muito embora durante todo processo romano houvesse predominância da oralidade, em suas sucessivas fases, houve aumento da escritura, consolidando tendência que perduraria por muitos séculos⁸⁶;
- b) Justiniano, o último dos grandes imperadores, cuidou de compilar as *leges* (normas editadas pelo imperador) e a *iura* (pareceres elaborados pelos jurisconsultos do período formular), de seu período e do período anterior. Graças a este trabalho, o direito romano consegue atravessar a Idade Média e ganhar grande prestígio no século XII, com a Escola de Bolonha, que conseguiu impor o *Corpus Iuris Civilis*⁸⁷.
- c) A desconfiança em relação aos julgadores, em especial ao que concerne à apreciação das provas, ressoou nos processos medieval e comum, razão pela qual o sistema de prova legal teve neles terreno fecundo.

2.3.2 Os processos romano-canônico e comum

A fragmentação do poder do Império Romano ocidental (476 d.C.) implicou em retrocesso no sistema de resolução de conflitos advindos pelo processo romano. Os povos bárbaros trouxeram consigo formas pouco seguras de solução das controvérsias, muitas vezes visualizando a utilização da força como forma nobre de desfecho de disputas. A oralidade retorna com todo vigor e as formalidades ritualísticas, típicas da fase processual pré-romana, ganham novamente lugar⁸⁸.

No que concerne à oralidade é importante destacar que ela, no processo bárbaro, nada tem a ver com a eleição de uma técnica processual que privilegia o contato direto do julgador com as provas e busca concentrar a prática de atos processuais, que tanto foi defendida na processualística do século XIX; era uma oralidade fruto da necessidade decorrente da

⁸⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 23;

⁸⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 21.

⁸⁶ STÜRNER, Rolf. *Oralidade e escritura no processo civil europeu*, p. 111.

⁸⁷ MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de Conhecimento & cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito*, p. 71; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 23.

⁸⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 24-25; RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*, p. 27; MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de Conhecimento & cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito*, p. 86 et. seq..

inabilidade do domínio da escrita, ou como bem ressalta Cappelletti: “era a oralidade de quem, não sabendo utilizar adequadamente o instrumento da escrita, estava constrangido a prescindir desse importante e utilíssimo meio de comunicação.”⁸⁹.

No campo probatório, competia ao juiz apenas a fiscalização das solenidades e o resultado das provas. As decisões com base nos “juízos de deus” e nos duelos entre os contendores bem demonstravam o caráter primitivo do sistema germânico de solução de disputas⁹⁰.

No entanto, no final da Idade Média, em especial entre os séculos XII ao XIII, as relações sociais na agricultura e no comércio se tornaram mais complexas, o que despertou a necessidade de repensar o sistema processual, especialmente exigindo formas mais seguras e a contenção de excessos da exacerbada oralidade do processo bárbaro⁹¹.

Raatz ressalta que no período feudal, sem a figura de um poder político central e com autoridade para instituir um novo direito capaz de lidar com as exigências sociais da época, o direito romano (o direito Justiniano) acaba preenchendo o lugar que faltava ao discurso da ciência jurídica da época⁹².

Conforme esclarece o autor, o direito comum em concorrência com com vários direitos particulares (leis locais, estabelecidas em relação à certas pessoas ou à certos tipos de bens e relações), refletia a coexistência de vários centros de poder – com a pretensão de universalidade – bem assim a fragmentação social e da organização feudal⁹³.

Tendo em vista o particularismo jurídico então estabelecido, o direito romano acaba se despontando como mais seguro, por ser escrito, contrastando com a pluralidade de direitos consuetudinários que circulavam na Europa da Idade Média. Não fosse o bastante, este direito erudito tinha a pretensão de ser o direito comum (*ius commune* da Europa Continental), além de ser considerado mais completo e evoluído que outros direitos particulares. À conta destas características ele era visto como útil para o desenvolvimento econômico e social⁹⁴.

Pessoas de todos os cantos da Europa vinham até Bolonha – centro legal do mundo ocidental – estudar o direito ensinado, que tinha como base o direito romano, em especial o *Corpus Iuris Civilis*, e a obra dos glosadores e dos comentadores; estes estudos formaram a

⁸⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologia e sociedade*. Vol. II, p. 125.

⁹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologia e sociedade*. Vol. II, p. 33, p. 125.

⁹¹ MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de Conhecimento & cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito*, p. 85.

⁹² RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*, p. 30.

⁹³ RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*, p. 31-32.

⁹⁴ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, p. 203.

base do direito comum, que se espalhou por vários países da Europa. Não fosse o bastante, a Igreja, que também era responsável pelo ensino universitário, começa a alargar o campo de aplicação do direito canônico – de bases também no direito romano –, para questões não seculares, e desta forma passa a influenciar muitos institutos do direito medieval⁹⁵.

O processo bárbaro, marcadamente oral, público e conduzido por leigos, perde espaço diante do crescimento da influência da Igreja na consolidação de um direito erudito (direito canônico e o direito ensinado nas Universidades), que prezava pela escrituração, formalismo e profissionalização das profissões jurídicas⁹⁶.

Nesse sentido, o quadro desenhado por Stürner:

Em toda a Europa, o regresso à tradição jurídica romana, como teve lugar particularmente no processo romano-canônico da Igreja, era um elemento fundamental cada vez mais influente. Conectado a isso estavam um afastamento, ou até um enfraquecimento, da tradição jurídica germânica e a formação de uma classe jurídica erudita, que começou a dominar as posições de juízes e advogados e, ao fim da Idade Média, terminou por dominá-las praticamente em todas as frentes. O processo civil não era mais um evento público e político, que seria ligado à oralidade como forma de comunicação necessária. Ao em vez disso, desenvolveram-se processos com demanda e contestação escritas, apresentação de fatos escrita, bem como sentenças escritas. Ainda, o procedimento probatório (*Beweisverfahren*) era fixado por escrito (*Beweisarticulo*) pelas pessoas responsáveis pelo interrogatório, cujos resultados eram reportados por escrito à câmara judicial competente para decisão. Ao mesmo tempo, espalhou-se pela Europa a prática notarial (*notarielle Urkundenwesen*) e a tendência à prova documental fortaleceu-se. A extensão do deslocamento da oralidade para a Escritura foi diversificado, ainda que todas as culturas jurídicas de alguma forma tenham sido fortemente influenciadas pelas ideias romano-canônicas de processo.⁹⁷

A escrituração do processo aliada à profissionalização da atividade jurídica produziu importantes alterações em relação à coordenação das atividades desenvolvidas pelos atores processuais.

Como pano de fundo dessas alterações se colocava o acentuado grau de desconfiança em relação à figura do magistrado. Neste particular, basta lembrar, com apoio em Cappelletti, que a administração da justiça não era considerada um serviço público, no sentido moderno: era um direito de propriedade de cada juiz, que havia herdado ou comprado o ofício judiciário

⁹⁵ RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*, p. 31; CARMONA, Carlos Alberto. *Considerações sobre a evolução conceitual do processo*, p. 39.

⁹⁶ “O processo canônico foi responsável pelo retorno da profissionalização jurídica e dos tribunais, porquanto os advogados voltaram a desempenhar funções próprias, assim como os julgadores, em decisão monocrática ou colegiada.” (MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de Conhecimento & cognição: uma inserção no Estado Democrático de Direito*, p. 87).

⁹⁷ STÜRNER, Rolf. *Oralidade e escritura no processo civil europeu*, p. 111.

e o exercício da atividade jurisdicional era remunerado pelas partes⁹⁸.

Picardi lembra que “(...) os processos, naquele tempo, eram cultivados pelos juízes e pelos advogados “*comme son propre héritage*”, com o único fim de aumentar-lhes a duração, o número, e assim, os respectivos proventos.”⁹⁹.

Esse sistema “conduzia o magistrado a prolongar o *iter* processual e encorajar sua parcialidade para a parte mais rica. Assim, a aplicação de tutela, nesta época, era dominada pela corrupção, pela ignorância e pela confusão”¹⁰⁰.

O processo é encarado como “coisa das partes” (*sache der parteien*), já que a imparcialidade do julgador deveria ser preservada a todo custo. Nesta dinâmica, o magistrado exercia um papel completamente passivo durante o *iter* processual.

A escrituração assegurava o distanciamento do magistrado em relação às partes e a produção da prova; ela era, na expressão de Cappelletti, “a muralha que separava o juiz dos outros sujeitos do processo”¹⁰¹.

O contato do magistrado com as partes não podia se dar de modo direto (imediate), mas por meio de petições escritas (e em latim). A prova oral também era colhida de modo indireto – em procedimentos secretos (*in camara*) –, por terceiros (inquiridor), perante tabelião que deveria reduzir os depoimentos e declarações a escritos, para futura avaliação judicial¹⁰². “O caráter secreto da tomada das provas visava, igualmente, a impedir influências indébitas em relação às testemunhas”¹⁰³. Desta forma, o magistrado só poderia decidir com base naquilo que constava nos autos, isto é, com base nos registros escritos constantes dos autos, pois “o que não está nos autos, não está no mundo” (*quod non est in actis non est in mundo*).

A preocupação com controle da atividade judicial também se fez sentir no campo da apreciação da prova. Se de um lado a livre formação da convicção do julgador a partir da livre apreciação dos elementos de prova não harmonizava com a desconfiança lançada em relação aos julgadores, de outro lado, o recurso à violência e aos duelos típicos do processo bárbaro também não encontravam melhor sorte, dada sua falta de racionalidade. A partir de regras de

⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologia e sociedade*. Vol. I, p. 317.

⁹⁹ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*, p. 73.

¹⁰⁰ NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, p. 63.

¹⁰¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologia e sociedade*. Vol. II, p. 130.

¹⁰² Alvaro de Oliveira descreve de forma minudente o procedimento de tomada de depoimento de testemunhas no processo comum luso-brasileiro, a partir das regras das Ordenações Filipinas. Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 31-32. “O depoimento mesmo, quando não era prestado diretamente por escrito, devia ser recolhido (em ata), por escrito e sem a presença das partes, por uma pessoa expressamente empregada para isso, ou seja pelo *actuarius* (ou *notarius*, ou *protonotarius*, ou *cancellarius*): nunca pelo juiz, nem tampouco, jamais na “audiência pública”.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologia e sociedade*. Vol. II, p. 130.

¹⁰³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 25.

experiência, aceitáveis à época¹⁰⁴, forjar-se-iam regras rígidas e abstratas de valoração das provas, que serviram de base de sustentação ao sistema tarifado de provas (prova legal). Assim, este novo sistema de valoração da prova se afigurava como sofisticado instrumento de contenção da atividade judicial.

Nesse sentido, a observação de Cappelletti:

Em uma sociedade, em suma, na qual existiam ainda, ou haviam apenas cessado de existir como meios de prova o duelo e as ordálias ou “juízos de Deus” – a prova do fogo, a prova do ferro incandescente, etc. – e na qual os juízes, posto que homens do seu tempo, eram inteiramente partícipes de uma mentalidade ou ideologia desigualitária; em tal sociedade a fixação de certas normas de valorização numérica e formal das provas representava certamente, de um lado, uma espécie de codificação das desigualdades e de certos preconceitos e superstições: mas representava também, de outra parte, como uma barreira contra excessos ainda piores, que poderiam derivar do arbítrio dos juízes daquela época.¹⁰⁵

O esvaziamento das atividades judiciais se contrastava com o protagonismo processual exercido pelas partes, em especial, o destaque atribuído à atuação dos advogados. De fato, o emaranhado de normas processuais das mais diversas origens, sem sistematicidade, que concorriam com *direito comum* em zonas não bem demarcadas, aliado a um sistema de pluralidade de jurisdições (eclesiásticas e não-eclesiásticas), deturpava o aspecto técnico do processo, transformando-o em labirinto, acaso o patrocínio da causa não estivesse confiado a um advogado habilidoso e esperto¹⁰⁶.

A recalcitrância à oralidade e aos seus corolários técnicos, em especial à imediatidade e à concentração, dava ensejo à construção de um modelo processual com uma série de formalidades, muitas das quais envolvendo a intermediação da prática de atos processuais por terceiros (e.g., inquisidores e tabeliões) ou mesmo a incontável troca de petições por parte dos advogados. Tudo isto conspirava para a configuração de um modelo processual de exacerbada formalidade, de elevados custos e longa duração¹⁰⁷.

Segundo Nunes, as características do processo comum podem ser sistematizadas da seguinte forma: a) o monopólio do processo escrito; b) a proibição da imediatidade do juiz com as partes e as provas, razão pela qual terceiros (*actuarii*, *notarii* e *chanceleres*) substituíam o

¹⁰⁴ A tarifação das provas expressava a ideologia hierarquizada e desigual na qual se organizava a sociedade no sistema feudal. Desta forma, o sistema processual assimilava os arranjos sociais que admitiam a desigualdade entre homens e mulheres e a hierarquia entre nobres e não nobres, valorizando mais o testemunho de uns em detrimento de outros. Sobre o tema, cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologia e sociedade*. Vol. II, p. 32 et. seq..

¹⁰⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologia e sociedade*. Vol. II, p. 33.

¹⁰⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 26-27; NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, p. 62-63.

¹⁰⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 26-27; NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, p. 62-63.

magistrado na coleta da prova oral, que se dava sigilosamente (*in camera*); c) a existência de um sistema de prova tarifado, no qual o legislador abstratamente determinava o valor de cada prova e os critérios de sua análise; d) a ausência de direção formal do procedimento pelo juiz; e) as partes e, em especial, os advogados são senhores incontrolados do procedimento, razão pela qual era comum a utilização de táticas protelatórias e abusivas; f) uma enorme duração dos processos cíveis, sendo comum encontrar processos que tramitavam por várias décadas¹⁰⁸.

Essas características técnicas ressaltam a importância do princípio dispositivo como matriz do formalismo do processo comum, seja no seu aspecto formal, outorgando às partes a iniciativa e impulso do processo, seja no aspecto material, delimitando o material destinado à formação da cognição judicial.

Se é certo que a exaltação exagerada ao princípio dispositivo levou a degeneração do processo comum, sobretudo no que concerne ao seu aspecto formal de impulso da marcha processual, resultando em processos excessivamente lentos e formais, também é igualmente correto vislumbrar no referido princípio aspecto virtuoso de preocupação com a contenção do arbítrio judicial, que sem dúvidas deve ser levado em consideração na construção de uma teoria sobre convenções processuais.

Em outra vertente, a lição histórica a partir das falhas do processo comum, também permite perceber que a direção desgovernada do processo pelas partes e a passividade do juiz no iter procedimental podem dar azo a abusos e conspirar em favor da longa duração do processo, a dominação da parte mais débil pela mais forte e a outros desvios na utilização do processo.

Dessa forma, o formalismo processual deve permitir a fiscalidade das atividades das partes e seus patronos, por parte do magistrado, bem como impulsionar a prática de atos processuais que sejam preparatórios para a decisão, e não para a eternização do processo. De igual modo, os aspectos técnicos do processo também devem atuar como instrumento de contenção de abusos nas iniciativas privadas, especialmente aqueles que rompem com a simétrica paridade que deve orientar a distribuição de oportunidades entre os litigantes ao longo do procedimento.

Com apoio em Alvaro de Oliveira, é importante destacar que muito embora o processo comum alemão fosse “[o] exemplo mais acabado do formalismo de corte racional” – atribuindo ênfase especial à atividade das partes, o predomínio do princípio dispositivo e a escrituração, a reverência às formas prescritas na lei – ele permitiu a introdução com grande força o princípio

¹⁰⁸ NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, p. 64-65.

da eventualidade, e, por conseguinte, um esquema de preclusão formal¹⁰⁹.

A observação é oportuna, porque como se verá mais a frente, a existência de um sistema de preclusão e, a reboque disso, a adoção do princípio da eventualidade, são elementos importantes à otimização da atividade das partes e a preservação de um fluxo contínuo e seguro do processo (vide item 7.5). Mesmo no processo comum alemão já se vislumbrava a partir do princípio da eventualidade e dos rígidos esquemas de preclusão a necessidade de se conter os excessos em relação às atividades das partes e seus advogados. Uma teoria acerca das convenções processuais na contemporaneidade não pode se esquecer daquela lição histórica, sob pena de amesquinhar indispensáveis elementos de organização processual e de autorresponsabilização das partes no exercício de seus ônus e faculdades processuais.

Dessa forma, as convenções processuais procedimentais (dispositivas), a despeito de poderem ajustar o procedimento às peculiaridades da causa, não podem criar procedimentos destinados a durar a eternidade, pelo que o formalismo processual alinhado ao modelo constitucional de processo irá exigir a assimilação dos esquemas de preclusão e atenção ao princípio da eventualidade (vide item 7.5).

2.3.3 O processo na Idade Moderna

Com a queda do Império Romano e a morte de Justiniano (565 d.C.), ergue-se o Império Bizantino (Idade Média), tendo como capital a cidade de Constantinopla, situada na região do Bósforo, localizada no estreito que ligava a Europa à Ásia. A tomada de Constantinopla pelos turcos otomanos (1.453 a 1.789 d.C.) é o acontecimento que marca o início da Idade Moderna, período histórico no qual surgem os Estados modernos e a tentativa exitosa de concentração do poder, que estava altamente disperso durante a Idade Média.

Com a tomada de Constantinopla e o fechamento da passagem que ligava a Europa à Ásia, inicia-se a “Era das Grandes Navegações”, que resultou em inegável avanço no campo da ciência náutica, a qual permitiu a descoberta de novas terras e a fundação de colônias distantes, de onde vinha todo tipo de riquezas e especiarias que reforçariam o mercantilismo¹¹⁰.

No que diz respeito à estrutura social, a sociedade nacional era marcadamente estamental. O pertencimento a determinado estamento¹¹¹ define o *status* social ocupado pelo

¹⁰⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 29.

¹¹⁰ PALMA, Rodrigo Freitas. *História do Direito*, p. 292.

¹¹¹ “O estamento é um grupo social de identidade atribuída pelo nascimento ou por alguma qualidade individual adquirida. Assim, nasce-se nobre ou plebeu (fidalgo ou vilão), judeu ou cristão, livre ou escravo. Algumas outras posições estamentais são adquiridas: alguém ingressa na corporação universitária, obtém o grau de doutor em

indivíduo, e, por conseguinte, o conjunto de direitos e deveres perante a sociedade. A concessão de cargos, funções, encargos e privilégios de toda sorte estavam sempre organizados ao redor do conceito de estamento. No direito processual também ressoava os arranjos estamentais. Basta lembrar, por exemplo, porquê no sistema tarifário de provas se atribuía um maior valor ao testemunho de um nobre em relação ao de um plebeu, ou de um rico em relação ao de um pobre¹¹².

No que concerne ao sistema político, a consolidação dos Estados nacionais perpassou pela superação das ordens jurídicas parciais de poder em prol de um arranjo organizacional capaz de canalizar o poder. Para tanto, era indispensável a colocação do poder político do Estado em patamar de mais elevada hierarquia, capaz, portanto, de sobrepor as ordens jurídicas parciais.

Nessa empreitada, o conceito de soberania era fundamental para a compreensão da ideia de Estado. De fato, a concentração do poder a partir do conceito de soberania permitiu visualizar o Estado como um ente unitário e autônomo, capaz de, dentro do seu território, afirmar sua superioridade interna sobre todos os grupos inferiores particulares¹¹³.

A partir do conceito de soberania, todo o poder passa a ser centralizado nas mãos dos monarcas, o que levou ao surgimento das monarquias absolutistas, como primeira expressão dos Estados Modernos. Neste contexto, o próprio Estado passa a ser personificado na figura do rei, sendo, nesse particular, emblemática a frase de Luiz XIV: “O Estado sou eu” (“*L’État c’est moi*”).

O monarca aparece como senhor absoluto do Estado, exercendo seu poder de *imperium* sobre todo o território. Nas mãos do soberano se concentravam, de modo indemarcado, as funções de legislar, administrar e julgar, muito embora o exercício delas fosse passível de delegação a certos agentes do Estado¹¹⁴.

Nesse panorama, o Estado passa a centralizar a atividade jurídica, já que a pluralidade, seja em relação à definição do direito e de suas fontes, seja em relação à concorrência de

direito (leis ou cânones) e depois de professor (licenciado) e automaticamente torna-se um fidalgo, ou pelo menos passa a gozar de um privilégio de fidalgo; da mesma maneira, uma criança pobre, ou “exposto” (recém-nascido abandonado) é criada por um mosteiro, lá faz sua carreira e ascende à condição de abade, ou se torna bispo e cardeal, e adquire, pois, os privilégios do alto clero. Pode-se eventualmente mudar de estamento (pela aquisição de nobreza por serviços prestados, pela conversão, pela emancipação ou alforria), mas isto significa que o indivíduo saiu de um grupo para entrar em outro.” (LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo Queiroz, ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de História do Direito*, e-book).

¹¹² CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologia e sociedade*. Vol. II, p. 127-128.

¹¹³ RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*, p. 39.

¹¹⁴ RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*, p. 40.

jurisdições poderia colocar em risco a própria existência do Estado.

Muito embora a vontade do soberano fosse lei, o monarca não estava livre para legislar sobre qualquer assunto, exercendo, neste particular, o direito natural, importante limite à atuação legiferante régia¹¹⁵.

Em outro giro, como bem observam Lopes e outros, na esfera do governo, a liberdade regulatória do soberano era maior, daí a gradativa expansão da legislação em matérias afetas à vida econômica, à organização das atividades mercantis, aos pesos e medidas, e assim por diante¹¹⁶. Num primeiro momento, esta expansão legislativa estatal se afigurava importante para a estruturação da burocracia estatal, no entanto, no futuro ela despertaria a revolta da burguesia contra esta expansividade legiferante na seara econômica e governamental.

Na última fase do absolutismo (absolutismo esclarecido), acentua-se o movimento de secularização do Estado, devendo a legitimação do poder se dar por bases racionais, o que resultaria na ideia da construção de um Estado de feições laicas.

Os ventos do Iluminismo trazem excessiva confiança na razão e na capacidade humana, produzindo importantes alterações em relação ao direito. A partir da lei da razão, o direito deveria expressar um sistema simplificado, harmônico, uniforme e completo capaz de regular os mais diversos âmbitos da vida social. Esta pretensão de sistematicidade e completude do direito, capaz de trazer segurança e calculabilidade às relações sociais, que embalaria o movimento codificador no século XVIII, culminando com a promulgação do Código Civil francês (Código de Napoleão), no alvorecer do século XIX (1.804), são decorrências do movimento filosófico, de fundo humanista, de “subjetivação do mundo”¹¹⁷.

O apelo à racionalidade iluminista também se projeta nas teorias jusnaturalistas, colocando o direito no campo das ciências lógicas. A cientificidade do direito está na sua precisão, na sua calculabilidade, ganhando espaço na cena jurídica a lógica dedutivista: “Procurava-se pelo emprego de *standards* epistemológicos cartesianos, fundidas a lógica jurídica e a lógica matemática, fosse alcançada a segurança pelas decisões jurídicas.”¹¹⁸.

O racionalismo trouxe consigo a crença na possibilidade de o sujeito apreender a

¹¹⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*, p. 8-9; LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo Queiroz, ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de História do Direito*, e-book; LANES, Júlio César Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*, p. 33.

¹¹⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo Queiroz, ACCA, Thiago dos Santos. *Curso de História do Direito*, e-book.

¹¹⁷ PALMA, Rodrigo Freitas. *História do direito*, p. 292-293; LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*, p. 34-35. Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*.

¹¹⁸ LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*, p. 36. Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*.

completude do objeto de sua investigação, que no âmbito jurídico traduzira na possibilidade da elaboração de uma lei perfeita, portadora de significado unívoco.

Nesse contexto, Lanes adverte que no racionalismo de corte iluminista a lei aparece tonificada, dispondo sobre tudo, permitindo com facilidade chegar ao certo e ao errado; só existe uma interpretação possível, cuja resposta está na lei, e encontrá-la depende apenas de processo metódico, semelhante ao processo matemático¹¹⁹.

Texto e norma se fundem em uma só coisa; o direito se resume à lei, e nela estaria a chave para toda a regulação social. A pluralidade de fontes normativas típicas da Idade Média passa a não mais serem reconhecidas pelo Estado, que a partir do conceito soberania, vai cobrar o monopólio legislativo como estratégia natural de centralização do poder¹²⁰.

Muito embora na cena jurídica a atividade legiferante gozasse de elevado prestígio em relação às demais funções estatais, nunca se desconsiderou a importância de controlar os processos de aplicação da lei. No centro do projeto estatal estava o direito, daí a necessidade de controlá-lo de ponta a ponta, isto é, de sua criação até sua efetiva aplicação¹²¹.

Bem por isso, a jurisdição não mais poderia ser encarada como fenômeno extraestatal, como o fora feito no período medieval, em razão da sua importância no processo de aplicação do direito. Logo, a partir da estruturação dos Estados Modernos, os soberanos também vão reivindicar o monopólio da legislação em matéria processual, como estratégia de ampliação de seus poderes a partir do direito aplicado¹²². Emblemático exemplo desse empreendimento é a *Ordonnance Civile* de 1.667, elaborada durante o governo de Luiz XIV.

Na Idade Média, o processo foi encarado como manifestação de racionalidade prática e social, que operava a partir das praxes criadas pelos juízes, advogados, com a prestigiosa colaboração da doutrina. Daí porque os tribunais detinham o poder de deliberar sua forma de atuação. Não obstante, paulatinamente, o Estado começa a legislar diretamente sobre aspectos dos estilos e usos judiciários, sem, no entanto, ter a pretensão de construir um sistema orgânico e autossuficiente. Com Luiz XIV, através da *Ordonnance Civile* de 1.667, a intervenção estatal desencadearia um projeto ambicioso de curvar a magistratura à *voluntas principis*¹²³.

Para levar a cabo esse projeto, o soberano afirma o princípio da sujeição do juiz à lei.

¹¹⁹ LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*, p. 37.

¹²⁰ LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*, p. 37-38

¹²¹ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*, p. 79 et. seq.

¹²² RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*, p. 44; NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, p. 65; PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo* (conferir especialmente *Introdução ao Code Louis: Ordonnance Civile, 1667*).

¹²³ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*, p. 70-71.

No entanto, a subordinação do juiz à lei, naquele contexto histórico, não era interpretada como garantia do cidadão contra o arbítrio do Estado, mas como uma estratégia de reconhecimento da soberania absoluta do rei, já que a lei nada mais era que a vontade do soberano¹²⁴.

Caberia à magistratura dar cumprimento à vontade do soberano, isto é, sua função se limitaria a mecanicamente dar execução às leis, sem interferir de qualquer maneira no estabelecimento do direito ou de qualquer forma embaraçar as prerrogativas reais.

Como desdobramento do princípio da sujeição à lei, também se estabeleceu um mecanismo de controle no processo de aplicação da lei, valendo-se da proibição de interpretar. Assim, diante de um caso previsto em lei (*casus legis*), a função do juiz seria tão somente aplicar a lei, sem interpretá-la, porque a hipótese já estava decidida pelo legislador. Nos casos de dúvida ou de dificuldade na aplicação de uma disposição normativa, também estava vedado o recurso à interpretação, devendo o magistrado se dirigir ao rei, o “soberano oráculo”, o único capaz de interpretar a lei e de revelar a *voluntas príncipe*. A *Ordonnance Civile* de 1.667, instituía um *modelo de legislação sem jurisdição*, que serviria de matriz para a concepção liberal do juiz “boca da lei”¹²⁵.

2.3.3.1 A reforma prussiana

Ainda sob os auspícios do Estado Absolutista, na Prússia, sob a batuta de Frederico II, são levadas a efeito reformas destinadas a combater os inconvenientes do procedimento do direito comum.

Assim, com o advento da Introdução à Ordenança Judicial Geral (*Allgemeine Gerichtsordnung*) de 1.793, a legislação prussiana, com vistas à agilização do processo e à busca da verdade, toma como inspiração o modelo inquisitivo de processo, passando a privilegiar a posição do magistrado dentro da dinâmica do processo¹²⁶.

Uma vez proposta a demanda, a condução do processo não mais dependeria da atuação das partes, competindo ao magistrado a prática de atos de impulso processual e de investigação dos fatos da causa. A busca da verdade, alçada a fundamento do novo sistema, foi responsável por retirar as amarras decorrentes do princípio da eventualidade, permitindo-se aos litigantes suscitar novas alegações e provas durante todo o curso do procedimento¹²⁷.

¹²⁴ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*, p. 82-83.

¹²⁵ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*, p. 92-97.

¹²⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 39.

¹²⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 38.

Paradoxalmente, contrastando com intensa participação do magistrado na condução do processo e na busca da verdade dos fatos, o sistema prussiano separava o juiz que instruía daquele que julgaria a causa, bem como instituía regras rígidas acerca da apreciação da prova. Aliás, nenhuma liberdade era dada ao magistrado – ou às partes – acerca do regulamento processual¹²⁸. Conforme observa Alvaro de Oliveira: “o tão proclamado espírito prussiano, cunhado na obediência, retira do juiz toda resolução independente para que não erre no caminho, tudo está previsto, no mais insignificante detalhe.”¹²⁹.

Na tentativa de fazer frente aos abusos praticados pelas partes, a começar por seus advogados, considerados por Frederico II os responsáveis pelos resultados insatisfatórios do sistema de justiça civil, a Reforma Prussiana exagera ao praticamente nulificar a influência das partes na dinâmica processual.

O completo desprezo ao papel contributivo das partes na reconstrução dos fatos em prol de uma tutela estatal inquisitiva e paternalista foi encarada como opressiva aos direitos do cidadão, e quando menos, parcial. Diante destas críticas, o modelo de tutela jurisdicional estatal concebido por Frederico II acaba não resistindo, e se reinstitui o processo do direito comum, tendo como pano de fundo às ideias liberais que emergiam com grande força¹³⁰.

2.4 O paradigma liberal de Estado e o liberalismo processual

A consolidação do Estado Moderno, através da paulatina concentração do poder político altamente disperso no período medieval, correu em paralelo com a consolidação das próprias estruturas econômica do regime capitalista. A burguesia, de classe dominada, passa a ser dominante, assumindo o protagonismo dos movimentos que antecederam a Revolução Francesa do século XVIII e a consolidação do Estado de Direito¹³¹.

A imposição do regime capitalista dependia da limitação dos poderes do “Leviatã” e da implosão de uma sorte de privilégios que caracterizou a sociedade da Antiguidade e da Idade Média para dar vazão à liberdade, e, por conseguinte, à livre iniciativa. De modo geral, a confluência de vários fatores sociais, econômicos, filosóficos e políticos permitiram a ruína das bases absolutistas e o surgimento do Estado de Direito.

¹²⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 38. RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*, p. 44-45.

¹²⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 38.

¹³⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 39.

¹³¹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 42; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 22.

Dentro das estruturas do *ancien régime*, a burguesia e as classes populares (terceiro Estado) gradativamente passam a se revoltar com a especial posição social do clero (primeiro Estado) e da nobreza (segundo Estado), que tinham uma série de privilégios e total ingerência sobre a economia e a vida dos súditos, sem, no entanto, suportar os ônus decorrentes do pagamento de impostos.

A reestruturação das finanças de um Estado falido e a manutenção dos privilégios de uma nobreza perdulária implicava em constante aumento nas exações, então suportadas pelo terceiro Estado.

No campo e na cidade se alastrava o desemprego e o aumento de preços, fazendo surgir uma massa de miseráveis, que seria facilmente aliciada pela burguesia na luta contra o absolutismo monárquico¹³².

Dentro desse contexto, a burguesia passa a reivindicar participação política condizente com a sua expressividade econômica e uma organização estatal que não surpreendesse constantemente os seus interesses.

Os primeiros teóricos do liberalismo encaravam o Estado como inimigo da liberdade: “o fantasma que atemorizou o indivíduo”¹³³. Era necessário controlar o poder estatal, como forma de assegurar o gozo da liberdade. E sob a inspiração da ideia de liberdade se forjam as bases do Estado de Direito.

No campo filosófico, o Iluminismo, fortemente influenciado pelo movimento humanista, vai colocar o homem e a liberdade no centro das cogitações teóricas nos mais diversos campos do conhecimento, pavimentando ideologicamente as profundas alterações que ocorreriam na relação entre o homem e o Estado. Neste contexto, as ideias iluministas, no campo jurídico, permitiriam transformar o “Leviatã” – indomável e inimigo da liberdade – em uma estrutura juridicamente organizada, dotada de instituições capazes de manter a ordem e a segurança, e, em última medida, garantidora da liberdade¹³⁴.

O jusnaturalismo moderno, de corte iluminista, desenvolvido ao longo dos séculos XVII e XVIII, cuidou de sedimentar a ideia da existência de um direito estabelecido pela natureza, de caráter imutável e universal, que deveria ser descortinado pela razão. Este direito, inerente à condição humana, situado em um plano ideal, prescindiria de qualquer reconhecimento estatal, porque instituído em um momento anterior à formação do Estado e suas instituições. Assim, os

¹³² Sobre o contexto pré-revolucionário francês, cf. NUNES, António José Avelãs. *A revolução francesa: as origens do capitalismo a nova ordem jurídica burguesa*, p. 103-107.

¹³³ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 40.

¹³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 45; NUNES, António José Avelãs. *A revolução francesa: as origens do capitalismo a nova ordem jurídica burguesa*, p. 109-111.

direitos naturais se sobreporiam ao direito positivado, limitando, portanto, o poder estatal¹³⁵.

No final do séc. XVII, na Inglaterra, a onipotência do soberano encontra fundamentada crítica no pensamento de John Locke, com a publicação do *Segundo tratado sobre o governo civil* (1.690), considerado o pai do individualismo liberal.

Segundo o autor, os homens são, por sua própria natureza, livres, iguais e independentes, no entanto, a vida em sociedade exige que eles observem as leis, para que a vivência em comunidade tenha o mínimo de segurança, paz e conforto.

Na formulação do Contrato Social lockeano, o homem não abre mão de seus direitos naturais – vida, liberdade, igualdade e propriedade – quando da passagem do estado de natureza para o estabelecimento da sociedade civil, razão pela qual o poder do Estado nasce circunscrito aos direitos pré-sociais, radicados na condição humana. O homem que aceita viver em sociedade, apenas consente com a limitação e restrição de seus direitos naturais naquilo que for indispensável para a vida em comum; inconveniente admitido com vistas a superação das precárias condições de gozo dos direitos no estado de natureza. A missão fundamental da sociedade civil é permitir, na maior medida do possível, o gozo dos direitos naturais do homem, razão pela qual o Estado que abusa de sua autoridade viola o contrato social, que tem como fundamento primeiro a proteção dos direitos individuais¹³⁶.

A concepção dos direitos naturais individuais, zelosamente construída e desenvolvida pela doutrina jusnaturalista permitiu insculpir, no final do século XVIII, nos dois lados do Oceano Atlântico, uma das bases do constitucionalismo moderno: a existência de direitos fundamentais, que podem ser opostos em face do Estado e da sociedade.

De fato, em 1.776, a declaração da independência das 13 ex-colônias da Inglaterra na América do Norte foi seguida da Declaração de Direitos da Virgínia, que enunciava, em seu artigo 1º: “Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.”.

Em mesma direção caminhou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1.789, na França revolucionária, ao enunciar a existência de direitos inerente à condição

¹³⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de direito e constituição*, p. 13; LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*, p. 36-37; DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 26.

¹³⁶ LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo civil*, p. 7 et. seq.; BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 44 et. seq.; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política & teoria do Estado*, p. 33 et. seq..

humana, dentre os quais o direito à vida, à liberdade e à segurança. Estas declarações marcaram um ponto referencial e limite imposto pela própria natureza humana do qual o Estado e suas instituições não poderiam validamente se distanciar.

Não obstante, o constitucionalismo francês, embalado pelo lema revolucionário da “liberdade, igualdade e fraternidade”, bem apropriado pela burguesia, acabou instituindo, como bem observam Dimoulis e Martins, um novo elemento à filosofia política: a hipocrisia¹³⁷.

A defesa da liberdade, compreendida como autonomia da conduta individual, permitiria uma reestruturação estatal fundada no princípio não da intervenção nos domínios da vida privada e na dinâmica econômica, base da doutrina do *laissez-faire, laissez passer*. Nesta linha, o Estado deveria se limitar a manter a ordem e a garantir a segurança dos indivíduos, permitindo que as relações sociais e econômicas se desenvolvessem de modo livre. Trata-se da concepção de Estado mínimo (*État Gendarme*), que deveria, acima de tudo, permitir a autorregulação do mercado. O indivíduo, senhor de suas escolhas, seria o único responsável pelo sucesso ou insucesso de seus empreendimentos pessoais e econômicos, sendo irrelevantes, portanto, as discrepâncias sociais e de oportunidades operadas no seio da sociedade (*homo economicus*)¹³⁸.

Nesse sentido, é possível vislumbrar atrelada à ideia de liberdade a concepção de igualdade liberal, tão importante para a deposição da estrutura estamental herdada da Idade Média. Segundo este pensamento, se o homem possui direitos que preexistem às organizações sociais e ao próprio Estado não haveria espaço para os privilégios oriundos da estrutura estamental de organização da sociedade. Canotilho, neste sentido, destaca que: “Os direitos do homem eram *individuais*: todos os homens nasciam livres e iguais em direitos e não “naturalmente desiguais” por integração, segundo “a ordem natural das coisas”, num dado estamento”¹³⁹. Neste contexto de luta contra os privilégios da sociedade medieval se insculpiria a ideia de igualdade liberal: uma igualdade formal e abstrata, que parte da falsa premissa de igualdade de oportunidades.

O propalado discurso de igualdade permitiu arregimentar as classes populares do terceiro Estado na luta pelos interesses da burguesia, inclusive nos momentos de maior

¹³⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 27. Em mesma direção, esclarece Bonavides que a burguesia após formular os princípios filosóficos da revolta social, generaliza-os, “[m]as, no momento em que se apodera do controle político da sociedade, a burguesia já não se interessa em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens. Só de maneira formal os sustenta, uma vez que no plano da aplicação políticas eles se conservam, de fato, os princípios constitutivos de uma ideologia de classe.” (BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 42).

¹³⁸ RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*, p. 58 et. seq.; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência política & teoria do Estado*, p. 33 et. seq.

¹³⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*, p. 57.

violência. Burguesia e as classes populares, em fraternidade, deveriam lutar pela consolidação de uma sociedade sem privilégios, capaz de assegurar o gozo de direitos inalienáveis, imprescritíveis e universais¹⁴⁰. Não obstante, a universalidade de direitos, enraizada na ideia igualdade – de homens que nascem livres e iguais – não caminhou conjuntamente com a universalização do direito ao sufrágio, advindo para os franceses apenas em 1.848.

Bonavides destaca que a Revolução Francesa, enquanto expressão de uma revolução burguesa, instituiu uma ordem social com base no triunfo total do liberalismo, não da democracia, nem mesmo da democracia política. Isto porque, a despeito do demagógico discurso da universalização de direitos, em especial da liberdade, e da importância da representação política para a construção de um governo de todas as classes, a ausência de condições materiais impedia as massas de transpor as restrições do sufrágio, e, por conseguinte, por via democrática, de participar da formação da vontade estatal¹⁴¹.

Nesse particular, é importante lembrar que a despeito da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão consolida-se o regime de sufrágio censitário, apregoando uma divisão entre cidadãos passivos e ativos. Os primeiros estariam excluídos do direito de votar e de ser eleito, porque não pagavam o mínimo de impostos, os segundos eram divididos em três categorias, conforme o valor de impostos que pagavam: eleitores; eleitores que elegiam os deputados, e; eleitores que poderiam ser eleitos deputados¹⁴².

Avelãs Nunes bem assinala a contradição do comportamento burguês, que, no embalo do movimento revolucionário, critica duramente o sistema de votação estamental por favorecer a nobreza e o clero, mas não se constrange em sustentar um sistema de sufrágio igualmente discriminatório, que privilegia os proprietários e os ricos em detrimento dos pobres e não proprietários; que exclui o direito de sufrágio das mulheres, dos filhos e dos economicamente dependentes, cujos interesses seriam artificialmente considerados idênticos ao do pai de família e do patrão¹⁴³.

Em um contexto social de fortes rupturas políticas e sociais no qual se confiava ao Legislativo a legitimidade para restringir a liberdade e determinar através da lei o “interesse geral”, a colonização do parlamento pela burguesia permitiu que a lei se transformasse em instrumento de manutenção de uma ordem estabelecida, que apenas sob uma perspectiva

¹⁴⁰ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 26 et. seq.; MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*, p. 42 et. seq.

¹⁴¹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*, p. 43-44.

¹⁴² NUNES, António José Avelãs. *A revolução francesa: as origens do capitalismo – a nova ordem jurídica burguesa*, p. 122.

¹⁴³ NUNES, António José Avelãs. *A revolução francesa: as origens do capitalismo – a nova ordem jurídica burguesa*, p. 122-123.

ilusória poderia representar o interesse de toda a sociedade¹⁴⁴.

Em síntese, a representação política burguesa impõe um modelo de Estado Liberal, que não deixa de ser uma ditadura: uma ditadura da burguesia¹⁴⁵.

De toda forma, não se pode perder de vista a devoção que foi tributada à lei dentro do paradigma racionalista¹⁴⁶: ela era expressão da racionalidade humana, instrumento de contenção do Estado, expressão da vontade geral, a garantia da encarecida liberdade que agitava o pensamento político no final do século XVIII.

Nesse particular, são emblemáticos os artigos 4º e 5º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1.789: “A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.”; “A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.”.

O Estado que emerge do constitucionalismo moderno, sob os ventos do liberalismo iluminista, é o Estado de Direito (*Rechtstaat*), cujo governo se dá pela lei – expressão da vontade geral – e não pela vontade dos homens.

Também se encontra na base do moderno constitucionalismo a adesão ao princípio da separação de funções¹⁴⁷. Muito embora no pensamento político de Locke já se vislumbrasse um esboço sobre a teoria da separação de funções, foi em Montesquieu, no *Espírito das leis*, de 1.748, que a mencionada teoria teve uma proposta mais bem acabada, a qual constituiu verdadeira pedra de torque dos movimentos constitucionalistas do século XVIII, lembrando, por oportuno, seu grande destaque na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão: “Art. 16.º A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a

¹⁴⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*, p. 27.

¹⁴⁵ NUNES, António José Avelãs. *A revolução francesa: as origens do capitalismo – a nova ordem jurídica burguesa*, p. 123.

¹⁴⁶ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*; LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*.

¹⁴⁷ Brêtas estribado em fundamentada base teórica, com acerto registra a inconsistência em se sustentar a existência de uma *separação de poderes* do Estado, recomendando a utilização da locução *separação de funções do Estado*. Como bem lembra Brêtas, a locução *separação de poderes* sugere a ideia de fragmentação do poder, e, por conseguinte, da própria soberania do Estado. Nesta linha, ressalta que “o fundamento da concepção jurídica do Estado reside no seu reconhecimento como unidade, do que decorre em consequência, a doutrina da indivisibilidade do poder estatal.”. Dentro dessa vertente, não há falar em *poderes* do Estado, porque inexistente órgão estatal soberano ou que detenha titularidade de parcela do poder estatal. O poder soberano e indivisível é titularidade do Estado, que o exerce em nome do seu povo, nos limites traçados pelo seu ordenamento jurídico. Sobre o tema, cf. BRÊTAS, Ronaldo Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 17-26.

separação dos poderes não tem Constituição.”.

Segundo Montesquieu, a liberdade estaria constante risco acaso os “poderes” do Estado – de criar leis, de executar as resoluções públicas e de julgar - se concentrassem nas mãos de uma só pessoa. Assim, a partir da identificação da existência de três espécie de “poderes” em cada Estado, Montesquieu destaca a importância de que “o poder contenha o poder”, como forma de se evitar o arbítrio. Como técnica de contenção do poder desmedido, as atribuições de criar as leis, de executar as resoluções públicas e de julgar deveriam ser entregues a diferentes pessoas ou grupos de pessoas distintos, que poderiam atuar com independência perante os demais “poderes” do Estado. Montesquieu avança ao tentar estabelecer um mecanismo de controle recíproco entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, através do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), restando reconhecida a relação de interdependência entre si¹⁴⁸.

A cada iniciativa conferida a um dos poderes haveria de implicar, em contramedida, em uma inação, que deveria ser integrada por uma iniciativa conferida a outro poder: aquele que cria as leis, não pode aplicá-la no caso concreto; aquele que julga, não deve criar as regras que serão por ele aplicadas. Neste esquema de distribuição de atividades a partir de um critério orgânico-funcional, dentro da própria estrutura do Estado soberano, forja-se um sistema de descentralização do poder no qual a própria atuação estatal se sujeita a uma interação concertada e harmoniosa entre diferentes órgãos estatais incumbidos e de exercerem funções estatais fundamentais¹⁴⁹.

Conforme observa Brêtas, a genialidade do pensamento de Montesquieu, que o vem imortalizando por séculos, não está na construção de uma teoria de rígida separação de poderes – porque isto o célebre autor francês não defendeu –, mas na defesa da liberdade a partir da distribuição orgânico-funcional das diferentes espécies de poder do Estado segundo o princípio do equilíbrio¹⁵⁰.

Ao arremate, o Estado que emergiu no paradigma liberal é o Estado de Direito, que tem como premissas básicas, na precisa lição do professor mineiro acima citado: a) o império da lei, expressão da vontade geral, produto formal da atividade legiferante, exercida por meio de representantes do povo; b) respeito à separação das funções estatais (legislativa, executiva e judicial); c) legalidade da administração pública, e; d) a garantia jurídico-formal e efetiva

¹⁴⁸ BRÊTAS, Ronaldo Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 20-23.

¹⁴⁹ Cf. BRÊTAS, Ronaldo Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*.

¹⁵⁰ BRÊTAS, Ronaldo Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 19-20.

realização material dos direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos¹⁵¹.

2.4.1 A ressonância do paradigma liberal no âmbito processual

As ideias políticas iluministas que inspiraram a Revolução Francesa caminharam no sentido de consolidar uma agenda de interesses burgueses, em especial a concepção de um governo limitado, no qual o Estado não deveria se intrometer nos interesses privados da sociedade civil. Ao Estado caberia uma atuação predominantemente abstencionista, limitando-se a garantir a ordem e a segurança.

A proteção da propriedade, a autogestão dos interesses individuais e a proscrição de privilégios de toda ordem que se projetavam no plano do direito material, também ressoou fortemente na reformulação da legislação processual francesa.

A despeito do minimalismo que deveria orientar a reorganização das instituições estatais, a resolução de conflitos que não puderam espontaneamente ser dirimidos pelos cidadãos continuava a exigir do Estado um fórum para solução de controvérsias e de proteção da propriedade¹⁵².

Nesse particular, cumpre registrar que a Revolução Francesa trouxe importantes contribuições no campo da organização judiciária, abolindo a multiplicidade de jurisdições, as quais se assentavam como reflexo da sociedade estamental do *ancien régime*, e eliminou o caráter patrimonial e venal da administração da justiça, passando para às expensas do Estado a remuneração dos juízes¹⁵³. Ao depois, a preocupação burguesa no contingenciamento do poder estatal também se fez sentir na sua relação com Poder Judiciário, razão pela qual é compreensível a capilarização da ideologia liberal-burguesa nos aspectos técnicos do processo, e, assim, desenhando o papel que deveria ser desempenhado pelos atores processuais.

Nesse contexto, lembre-se que o século XVIII foi um período de extraordinário desenvolvimento do direito civil, tendo como ápice a promulgação no início do século XIX, o Código Civil francês (1.804), considerado à época o principal diploma legislativo da sociedade. Este documento legislativo tinha como suas vigas de sustentação a livre disposição da propriedade e a autogestão dos interesses privados no âmbito da sociedade. Também sob as mesmas vigas, insculpe-se no plano processual o princípio dispositivo, decorrência da própria

¹⁵¹ BRÊTAS, Ronaldo Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 60-61.

¹⁵² DAMASKA, Mirjan R. *Las caras dela justicia y el poder del Estado: analisis comparado del processo legal*. p. 128-129.

¹⁵³ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologia e sociedade*. Vol. I, p. 317.

natureza privada do direito civil que se pedia proteção pelo processo¹⁵⁴.

Decorrência elementar do princípio dispositivo é a regra segundo a qual o juiz não pode instaurar de ofício um processo (*nemo iudex sine actore*). A intervenção estatal nas questões particulares ocorridas no tecido social só seria tolerada acaso o cidadão expressamente demandasse por ela, bem por isso que sob esse enfoque o princípio dispositivo é reconhecido na literatura processual como princípio da demanda ou princípio dispositivo substancial (ou material). Nesta vertente, a provocação da intervenção do Estado a partir de um ato inaugural da parte, delimitando o objeto litigioso, é técnica que garantiria o livre jogo dos interesses privados na sociedade e resguardaria a imparcialidade do julgador.

Cappelletti ressalta que a mesma lógica que subjaz ao princípio da demanda, orienta a contrademanda, eventualmente oposta pelo réu. Nada obstante, o princípio dispositivo também se projetaria em relação às exceções, as quais só poderiam ser levadas em consideração diante da provocação do demandado, consolidando o que o autor denomina de princípio da exceção¹⁵⁵.

Dessa forma, a delimitação do objeto litigioso e dos temas do debate processual ficariam quase que na totalidade submetidos à conveniência e à oportunidade dos litigantes, senhores de seus interesses privados, que poderiam deles dispor se assim desejassem.

Consectário lógico dos princípios segundo a qual não cabe ao juiz limitar o objeto litigioso (princípio da demanda) e nem substituir a atuação da parte ré na alegação das exceções que lhes parecessem úteis (princípio da exceção), se colocaria o princípio da congruência ou adstrição (*ne eat iudex ultra petita partium*), impondo, portanto, ao juiz a precisa vinculação ao que fora pedido pelas e ao debatido no processo, nem mais, nem menos¹⁵⁶.

Em outra vertente, do poder de disposição dos litigantes sobre o objeto litigioso emanaria o poder das partes em determinar sobre a finalização da atividade jurisdicional, sem necessariamente se chegar a uma decisão. A renúncia, o reconhecimento e a transação seriam faculdades decorrentes da natureza disponível do direito substancial discutido no processo, que estabeleceriam marcos para o encerramento do processo em si¹⁵⁷. Em suma: a lógica que operava em relação à disponibilidade do direito substantivo conduzia ao raciocínio de que os

¹⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologia e sociedade*. Vol. I, p. 318; CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*; RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*, p. 61 et. seq..

¹⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*, p. 27. É bem verdade que o autor distingue as exceções processuais em duas categorias: próprias (*exceptiones iuris*) e impróprias (*exceptiones facti*). O magistrado só estaria vinculado à atividade da parte interessada em relação às primeiras; em relação às segundas – também conhecidas por nós como objeções, o reconhecimento poderia se dar de modo oficioso pelo magistrado.

¹⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*, p. 25 et. seq.

¹⁵⁷ PICÓ I JUNOY, Juan. *O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare secundum allegata et probata, nom secundum conscientiam e sua repercussão atual*, p. 88; CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*, p. 31.

litigantes estariam livres para dispor do processo a seu próprio talante.

De mais a mais, dentro da matriz liberal, o processo é visto como “coisa das partes” (*sache der parteien*), em tudo desaconselhando a intervenção judicial na condução do processo. O minimalismo estatal, no campo processual, conduzia a consolidação de estruturas técnicas capazes de, a um só tempo, embaraçar e refrear a atuação judicial diante da atuação das partes, que tinham seu âmbito de atuação elástico e valorizado. Não é por outro motivo que o princípio dispositivo também lançava forte influência no desenvolvimento do processo, confiando às partes direção formal do procedimento¹⁵⁸.

O magistrado era um árbitro passivo da controvérsia, que como bem lembra Cappelletti, não apenas assistia à disputa dos litigantes por cima, mas também fora da arena¹⁵⁹. Por esta razão, o processo ideologicamente orientado pelo *laissez-faire* toma como irrelevantes as diferenças entre os litigantes operadas no tecido social. A igualdade formal e abstrata das partes conduz ao rechaço de qualquer alívio judicial em favor da parte débil, para que não reste comprometido o equilíbrio da disputa, e, por via de consequência, a imparcialidade do julgador.

Com o magistrado “fora da arena” processual, as partes se convertem em senhores da lide (*dominus litis*), cabendo, a elas, pois, todas as iniciativas no iter procedimental. O magistrado, à mingua de poderes de intervenção direta no desenvolvimento do procedimento e a insuficiente delimitação de prazos de preclusão fixados pela lei, ensejava a lentidão e abusos por parte dos litigantes¹⁶⁰.

No campo probatório, a incidência da máxima *iudex iudicare debet secundo allegata et probata* dimensionava o dever das partes de alegar toda a matéria fática de seu interesse, bem assim a introdução da prova de suas alegações. Em outras palavras: todo o desenvolvimento da atividade probatória estava entregue às partes¹⁶¹.

Nesse particular, é bom que se lembre que, no início do século XIX, maioria dos sistemas processuais europeus, o contato do juiz com o acervo probatório e com as partes só podia se dar de modo indireto, esvaziando a importância da audiência civil, e, em muitos casos comprometendo a própria qualidade da prova produzida *in camera*, longe da observação das partes. O Código de Processo Civil francês de 1.806, muito embora tivesse rompido com o “*principe du secret de l’enquête*”, permitindo, pois a inquirição das testemunhas, na presença

¹⁵⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologia e sociedade*. Vol. I, p. 318; CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*; RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*, p. 61 et. seq..

¹⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*, p. 27

¹⁶⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 7.

¹⁶¹ RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*, p. 64.

das partes, ainda insistia em um modelo mediato de colheita da prova oral, de modo que o interrogatório se dava diante de um *juge-commissaire*, que devia relatar por escrito os depoimentos prestados longe da presença do julgador¹⁶².

Conquanto o Código de Processo Civil francês de 1.806, consagrasse importantes princípios hauridos na Revolução Francesa – separação de poderes, independência da autoridade judicial, organização de um sistema judicial remunerado pelo Estado, proibição de jurisdições privilegiadas e emanção da justiça exclusivamente do poder soberano –, que exerceriam grande influência na organização das nações europeias¹⁶³, para Cappelletti, a legislação napoleônica era, de certa forma, bastante conservadora em muitos aspectos, sendo talvez o seu maior mérito, a abolição do método numérico e formalístico de valoração da prova testemunhal, muito embora não tenha obtido êxito em se liberar completamente do sistema de prova legal¹⁶⁴.

De toda forma, em que pese a abolição do método de aferição abstrata do valor da prova, deveria o magistrado, na última fase do processo, contentar-se com o material fático apresentado pelas partes, a despeito de eventual insuficiência. Deveria, em relação à matéria de fato, se ater a máxima *iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam*. Ademais, “[a] vontade das partes podia dar vida, quase sem limites, a acordos probatórios, tais inclusive que vinculasse ao juiz a colocar como base da sentença fatos manifestamente não acontecidos ou impossíveis; e assim sucessivamente acontecia.”¹⁶⁵.

No campo da aplicação do direito, a lógica mecanicista-legalista reservava à magistratura a mera subsunção do fato à norma; o juiz nada mais era do que a “boca da lei”. A suposta completude e sistematicidade do direito reduziria a atividade judicante em um ato autômato e essencialmente neutro¹⁶⁶.

¹⁶² CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*, p. 77-79.

¹⁶³ CHIOVENDA, José. *Princípio de derecho procesal civil*. Tomo I, p. 21.

¹⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*, p. 77-82. Para o autor o mais grave resíduo do sistema de prova legal na codificação processual napoleônica residia na consagração do sistema dos *reproches*, segundo o qual uma série de testemunhas (*témoins reprochables*) podia ser rejeitada pela parte interessada, à exemplo de parentes das partes, pessoas interessadas no resultado do processo ou que houvessem sido condenadas à penas afliativas ou infamantes. A possibilidade de excluir certas testemunhas era certamente muito relevante no contexto de adoção de um sistema tarifado de provas em que o resultado do juízo dependia do cálculo mecânico do peso de cada testemunho, abstratamente estabelecido pelo legislador; a exclusão de uma testemunha poderia, pois, ser determinante na fixação do resultado final processo. O sistema de *reproches* representava uma dupla desconfiância do legislador francês, que, de um lado, temia que certas testemunhas faltassem com a verdade, comprometendo o resultado do juízo, e, de outro lado, duvidava da capacidade do magistrado de “separar o joio do trigo” na livre e concreta apreciação do valor de cada testemunho (CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*, p. 81-84).

¹⁶⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*, p. 39.

¹⁶⁶ Baptista da Silva se refere ao fenômeno de “geometrização” do direito, que no paradigma racionalista procurou dar a lógica matemática nas operações de aplicação do direito pelos juízes. Em outras palavras: aplicar a lei seria,

A fundamentação das decisões judiciais, hoje encarada precipuamente sob o viés de garantia fundamental, foi ventilada àquela época pelo legislador revolucionário como um instrumento para assegurar que o juiz não proferisse decisões à margem da legalidade. Como forma de controlar a atuação da magistratura, em 1.790, foi criada a Corte de Cassação francesa, órgão de cunho político e vinculado ao Legislativo, que muito embora não pudesse avançar na análise dos argumentos lançados pelas partes e nem tampouco sobre a apreciação da matéria de fato, podia anular as decisões judiciais que desrespeitassem o direito posto pelo legislador¹⁶⁷.

2.4.2 Uma nova dimensão para o papel do juiz no processo: a reforma de Bellot de 1.819

Como se viu, a reforma prussiana de 1.793 constitui um desvio histórico no que concerne ao papel de protagonismo das partes na condução do processo. O incremento dos poderes judiciais na busca de uma justiça mais expedita e alinhada com a busca da verdade que orientou aquela reforma, que não resistiu a forte ideologia liberal que vingava na Europa no início do século XVIII.

Não obstante, outro importante desvio histórico ao modelo liberal de processo pode ser encontrado no *Código de Procédure Civile* do Cantão de Genebra de 1.819, concebido pelo gênio de Pierre-François Bellot.

A nova legislação conferia ao juiz um papel mais ativo, orientado, sobretudo, pela busca da verdade material. Nessa linha, o art. 150 daquele código permitiu ao juiz a investigação dos fatos da causa, determinando de ofício o interrogatório das partes, o juramento e a inquirição das testemunhas, a realização de perícia e a exibição de documentos, bem assim de outras providências necessárias ao esclarecimento da verdade, desde que previsto em lei¹⁶⁸.

Enquanto o modelo processual gestado pelo Código de Processo Civil francês de 1.806 atribuía ao magistrado um comportamento passivo, de modo a permitir o livre jogo dos interesses das partes no processo, desautorizando a intervenção estatal na investigação dos fatos, a reforma de Bellot, em construção diametralmente oposta, não se contenta com a

em última instância, resolver um problema algébrico, cuja resposta não seria outra coisa senão descobrir a vontade do legislador (SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*, p. 90 et seq.).

¹⁶⁷ LANES, Júlio Cesar Goulart. *Fato e direito no processo civil cooperativo*, p. 38-39; FARIA, Márcio Carvalho. *As funções das Cortes Superiores, os recursos excepcionais e a necessária revisão dos parâmetros interpretativos em relação à lealdade processual (parte um)*, p. 265; PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*, p. 82-83. No sentido que vai no texto, Alvaro de Oliveira lembra a partir da história francesa que: “Não é de admirar, portanto, caiba ao Judiciário no melhor estilo francês um papel totalmente subserviente em relação aos demais poderes políticos. Na verdade, a doutrina de Montesquieu, implementada pela Revolução Francesa, embora buscasse fomentar mecanismos de proteção contra o absolutismo, destravou amplas portas para a tirania do legislativo e executivo.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 91).

¹⁶⁸ TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*, p. 56-57.

passividade em relação à atividade probatória.

Nesse sentido, Troller esclarece que a justa solução do conflito deveria ser resultado do trabalho conjunto e desembaraçado do juiz com as partes, de forma, que o juiz deveria ser visto, antes de tudo, como um colaborador; ele não deveria ser indiferente em relação à insuficiente investigação dos fatos promovida pelas partes e a conseqüente injustiça dela resultante. Também no campo probatório, concedeu ao magistrado a possibilidade de livre e ampla valoração da prova, superando as peias da teoria formal das provas¹⁶⁹.

No campo da condução procedimental, a reforma de Bellot rechaçou a concepção italiana e alemã segundo a qual a lei deveria abstratamente determinar a adoção do procedimento sumário ou ordinário para determinados tipos de causa. Nesta linha, caberia ao juiz e às partes determinar o procedimento adequado à complexidade da causa, inclusive dispensando a realização de atos processuais desnecessários (ex. realização de audiência)¹⁷⁰.

A intensificação do papel jurisdicional ao longo do processo, justificada pela busca de maior celeridade, nos moldes da Reforma Prussiana de 1.793, ou pela busca da verdade material, como preconizado por Bellot, na reforma processual de Genebra de 1.819, ganhariam um novo fundamento, a partir do importante reforço teórico em Klein, ainda no final do século XIX.

Em Klein, o processo é encarado como uma instituição de tutela social, e que por esta razão não deveria se contentar com uma postura passiva da magistratura.

Essa nova postura exigida da magistratura vai impactar diretamente nos nexos de interação entre as partes e o tribunal, impondo novo esquema de organização e funcionamento interno do processo (formalismo processual). A socialização processual passa a ser a matriz dos movimentos reformistas europeus, formatando a legislação processual a partir de concepção que coloca o magistrado em posição de protagonismo na dinâmica interna do processo. No entanto, cabe lembrar que a socialização processual econtra-se intimamente conectada com as mudanças paradigmáticas que operadas na segunda metade do século XIX.

No próximo capítulo, serão investigados quais foram os movimentos sociopolíticos que levaram à ruptura com o paradigma liberal, bem assim os reflexos do novo arranjo Estado-indivíduo dentro da dinâmica processual.

¹⁶⁹ TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*, p. 56.

¹⁷⁰ TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*, p. 56; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 47-48.

3 DO PARADIGMA SOCIAL E DA SOCIALIZAÇÃO PROCESSUAL

Se no plano das ideias, o liberalismo pregou um arranjo estatal e social capaz de assegurar uma sociedade livre e igualitária, na prática isso não ocorreu. A severa desigualdade, acobertada pelo manto da igualdade formal, apenas servia para camuflar novas formas de opressão¹⁷¹.

A constatação de que as promessas liberais revolucionárias do final do século XVIII eram irrealizáveis e redundava em privilégios para as classes economicamente dominantes reclamou, ainda na antes da metade do século XIX, novo arranjo na relação Estado-indivíduo.

O Estado, que tinha espectro de atuação limitada, normalmente desempenhando funções de proteção e repressão, típicas do *État Gendarme*, vai assumir papel de protagonismo na esfera pública, passando a imiscuir em assuntos até então considerados privados, em perspectiva promocional (*État Providence*), com o fim de demover barreiras sociais e econômicas, a partir de uma diversificada pauta de direitos sociais¹⁷².

O presente capítulo tem como objetivo demonstrar os fatores sociopolíticos que serviram como pano de fundo para a ruptura com o paradigma liberal, reestruturando a dinâmica Estado-indivíduo na arena pública e como isto impactou na percepção do formalismo processual.

Para cumprir tal objetivo, o capítulo foi dividido em três partes. A primeira delas se destina a apresentar os fatores sociopolíticos que desencadaram o surgimento do Estado de bem-estar social. Na segunda, apresentei a mudança do modelo abstencionista de Estado para o interventivo e as consequências desta alteração. Em seguida, evidenciou-se como a mudança atitudinal do Estado impactou o formalismo processual, redesenhando a forma de atuação dos atores processuais.

3.1 As mudanças sociopolíticas que pavimentaram a consolidação do paradigma social

Os acontecimentos sociopolíticos difusos que insuflaram as Revoluções Americana e Francesa, no final do século XVIII, pavimentaram o nascimento do paradigma do Estado liberal, não obstante, não foi na França, tampouco nos Estados Unidos que se tem o estopim para a sucessão dos eventos que iriam culminar com a superação daquele paradigma no século XIX.

¹⁷¹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*, p. 61.

¹⁷² CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes Legisladores?*

Com efeito, o gérmen dessa mudança brotou na Inglaterra, ainda na década de 1.770, a partir da concepção de novas tecnologias, como a máquina a vapor, de fiar e tecer, que substituiriam em pouco tempo a força humana e animal, permitindo o crescimento da produção de modo exponencial. Era o início de um longo processo de transformações que alteraria de modo profundo a história da humanidade, denominado de Revolução Industrial, considerada por Hobsbawn “o mais importante acontecimento da história do mundo, pelo menos desde a invenção da agricultura e das cidades.”¹⁷³.

A indústria têxtil foi a que primeiro se modernizou, permitindo que a indústria inglesa dobrasse sua exportação entre 1.750-1.770. Este vigoroso exemplo logo entusiasmou a inovação no ramo alimentício e de outros produtos de uso doméstico, cuja produção havia sido fortemente estimulada pelo aceleramento do crescimento das cidades; no final do século XIX a generalização do uso das máquinas já alcançava toda a indústria. A transição da manufatura para a maquinofatura deu ao processo de produção um caráter coletivo, envolvendo dezenas ou centenas de pessoas¹⁷⁴.

Com as limitações naturais, até a metade do século XVIII, o crescimento da produtividade era pífio: desde a Idade Média o aumento rendimento *per capita* era algo próximo de 0,1% ao ano. Com a Revolução Industrial, a produção alcançou níveis jamais vistos ao longo da história, de modo que já na segunda metade do século XIX, a produtividade do trabalho chegou a aumentar em 100%, em algumas economias¹⁷⁵.

Avelãs Nunes lembra que nas sociedades pré-capitalistas, o excedente assumia a forma de valor de uso, de modo que a produção só se desenvolvia na medida do interesse em apropriar daquele valor, o que resultava na baixa taxa de crescimento econômico. Com o advento do capitalismo, o excedente assume forma monetária, que é apropriado pelos detentores dos meios

¹⁷³ HOBBSAWN, Erick J. *A era das revoluções: 1789-1848*, p. 60. Cumpre registrar que as alterações provocadas pela tecnologia no contexto social é um fenômeno inacabado, o que deixa permanentemente a compreensão social e de suas estruturas de modo aberto, sempre sujeita à ressignificações. Nesse particular, relembre-se a concepção de “sociedade em rede”, concebida por Castells, para quem estamos diante uma revolução tecnológica, de consequências tão importantes quanto aquela iniciada na Inglaterra do século XVIII: “No fim do segundo milênio da Era Cristã, vários acontecimentos de importância histórica transformaram o cenário da vida social humana. Uma revolução tecnológica centrada na tecnologia da informação começou a remodelar a base material da sociedade em ritmo acelerado.” (CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede*. Vol. I, p. 39). Certamente estas transformações sociais já têm produzido complexos problemas no campo do direito processual, cito como exemplo, as questões envolvendo a competência de fatos ocorridos em ambiente virtual e a utilização de inteligência artificial e das *law techs* no âmbito decisório.

¹⁷⁴ NUNES, António José Avelãs. *A revolução francesa: as origens do capitalismo – a nova ordem jurídica burguesa*, p. 66, p. 69; HOBBSAWN, Erick J. *A era das revoluções: 1789-1848*, p.72-73.

¹⁷⁵ NUNES, António José Avelãs. *A revolução francesa: as origens do capitalismo – a nova ordem jurídica burguesa*, p. 73.

de produção, permitindo parcialmente a produção do lucro e de sua acumulação¹⁷⁶.

Esclarece o autor que, há dentro da estrutura produtiva uma separação clara entre aqueles que detém os meios de produção e que farão jus aos lucros decorrentes do processo produtivo daqueles trabalhadores assalariados. Nesta linha, a exploração da mão-de-obra sempre constituiu (e ainda constitui) uma das formas mais primitivas de gerar o excedente produtivo, não obstante seja também uma fonte infundável de conflitos entre empregadores e empregados¹⁷⁷.

A Revolução Industrial, no entanto, não era uma mera mudança no processo de produção, com graves repercussões na economia; ela também provocou profundas alterações sociais e no próprio estilo de vida dos homens, pois, o processo de industrialização “arrastou consigo uma revolução econômica, uma revolução social e uma revolução dos costumes”¹⁷⁸.

A primeira grande transformação foi a explosão demográfica da população urbana¹⁷⁹; em 1.851, pela primeira vez, o número de habitantes da cidade superou o da zona rural, na França e na Inglaterra¹⁸⁰. Com a concentração da produção nas cidades, uma boa parte da população rural começa a migrar do campo para a cidade, buscando conseguir emprego nas indústrias, que inicialmente tinha salários mais atraentes, ou mesmo buscando encontrar um posto de trabalho, já que a Revolução Agrícola do início do século XVIII já havia diminuído a necessidade de pessoas nas atividades do campo, sem, no entanto, reduzir a produção.

Entretanto, vale destacar que muito embora a produção agrícola, após a introdução das máquinas, tivesse conseguido alcançar patamar suficiente para abastecer a cidade, com mão-de-obra muito menor, os centros urbanos não estavam preparados para receber a massa de pessoas vindas do campo.

A rápida afluência populacional do campo para cidade provocou o crescimento rápido

¹⁷⁶ NUNES, António José Avelãs. *A revolução francesa: as origens do capitalismo – a nova ordem jurídica burguesa*, p. 72-73.

¹⁷⁷ NUNES, António José Avelãs. *A revolução francesa: as origens do capitalismo – a nova ordem jurídica burguesa*, p. 73.

¹⁷⁸ NUNES, António José Avelãs. *A revolução francesa: as origens do capitalismo – a nova ordem jurídica burguesa*, p. 74.

¹⁷⁹ “A revolução industrial provocou, com efeito, uma autêntica *explosão demográfica* (um crescimento decenal de 10% no final do século XVIII e de 14% na primeira década do século XIX, percentagens elevadíssimas se recordarmos que o maior aumento, numa década, antes de 1751, tinha sido de 3%), explosão que provocou a duplicação da população inglesa em 50 anos. A população do Reino Unido (cerca de 6,5 milhões de 1750) mais que triplicou entre 1750 e 1850 e duplicou entre 1800 (10,5 milhões de habitantes) e 1850 (cerca de 21 milhões). Paralelamente, registra-se um crescimento acelerado da *população urbana*. Em 1750, Londres (então a maior cidade da Europa) tinha 750 mil habitantes, mas nenhuma outra chegava a esta cifra. Em 1801, oito cidades tinham mais de 50.000 habitantes, passando a ser 29 em 1851 (das quais nove com mais de cem mil habitantes). Entre 1801 e 1851, a população de Manchester aumento de 35.000 para 353.000 habitantes; a de Leeds, de 53.000 para 152.000; a de Sheffield, de 46.000 para 111.000; a Birmingham de 23.000 para 181.000.” (NUNES, António José Avelãs. *A revolução francesa: as origens do capitalismo – a nova ordem jurídica burguesa*, p. 75).

¹⁸⁰ HOBBSAWN, Eric J. *A era das revoluções*, p. 298.

e desordenado da cidade, que não acompanhou na mesma velocidade a capacidade de fornecer água e saneamento, redundando em inúmeras epidemias e doenças decorrentes da insalubridade dos grandes centros.

Todas as cidades eram fedorentas e escandalosamente cheias de pobres. As ruas das cidades eram fétidas, mas o mau cheiro que emanava das fossas de cortiços em áreas miseráveis era ainda pior. Bairros viviam infestados de doenças. A pobreza gerava doenças, e as doenças aumentavam a pobreza, arrastando os pobres urbanos para um ciclo de miséria.¹⁸¹

Não fosse o bastante, o desenvolvimento urbano deixava às claras a segregação de classes, confinando as classes mais pobres para os lugares onde os efeitos deletérios da ocupação desordenada da cidade se faziam sentir com mais intensidade. O melhor remédio para se afastar do mau cheiro e dos pobres e suas doenças era comprar uma bela casa em um bairro arborizado e distante, lembra Hobsbawn¹⁸².

A deterioração urbana ocasionou o reaparecimento de epidemias de doenças contagiosas, especialmente as transmitidas pela água. Muito embora as doenças infectocontagiosas tenham se alastrado por toda a Europa (1.831-1.832), com força suficiente para dizimar milhares de pessoas, não houve maiores preocupações com o controle das epidemias, porquanto as classes média e alta ainda estavam a salvo de seus efeitos. No entanto, a partir de 1.848, quando as epidemias começaram a vitimar também os ricos e as massas desesperadas já tinham assustado os poderosos com a revolução social, tomou-se providências para o aperfeiçoamento e a reconstrução urbana sistemática¹⁸³.

A precarização da cidade não se fazia sentir apenas em relação à saúde das classes mais pobres, mas também na degradação humana: para evitar longas caminhadas do subúrbio até as cidades, famílias inteiras se amontoavam, de qualquer forma, em bairros sombrios e superlotados, em habitações insalubres e em condições que favoreciam a promiscuidade. A prostituição, a violência e o alcoolismo eram outros subprodutos do processo de industrialização e de sedimentação do capitalismo predatório no interior das fábricas¹⁸⁴.

Não obstante, era no interior das fábricas que as engrenagens de degradação humana giravam em ritmo ainda mais acelerado. Num primeiro momento, o trabalho nas fábricas

¹⁸¹ MORTIMER, Ian. *Séculos de transformações: em mil anos de história, qual o século passou por mais mudanças e qual a importância disso*, p. 290.

¹⁸² HOBBSAWN, Erick J. *A era das revoluções: 1789-1848*, p. 323.

¹⁸³ HOBBSAWN, Erick J. *A era das revoluções: 1789-1848*, p. 324-325.

¹⁸⁴ Cf. HOBBSAWN, Erick J. *A era das revoluções: 1789-1848*; NUNES, António José Avelãs. *A revolução francesa: as origens do capitalismo – a nova ordem jurídica burguesa*; MORTIMER, Ian. *Séculos de transformações: em mil anos de história, qual o século passou por mais mudanças e qual a importância disso*.

permitia que os trabalhadores obtivessem salários mais atraentes, logo a mecanização do processo produtivo dificultou a absorção da massa de trabalhadores que buscavam emprego nas indústrias. A “[c]ada nova máquina introduzida na organização industrial jogava à rua centenas de milhares de empregados. O trabalho humano passa a ser negociado como mercadoria, sujeito à lei da oferta e da procura.”¹⁸⁵.

Dentro da lei da oferta e da procura, o aumento da massa de desempregados favorecia o achatamento dos salários da classe operária. O trabalhador insatisfeito poderia ser facilmente substituído pela abundante mão-de-obra, “o exército de reserva das fábricas”, ou, em alguns casos, por máquinas, que dariam conta da tarefa, de forma rápida, ininterrupta e sem maiores reclamações¹⁸⁶.

O achatamento dos salários remetia os operários às jornadas extenuantes de trabalho para obter uma renda mínima capaz assegurar a sua subsistência e a de seu núcleo familiar. Os operários das indústrias tinham jornadas de trabalho de aproximadamente 17 horas diárias, todos os dias, no século XVIII e início do século XIX¹⁸⁷. Também se submetiam às jornadas deste tipo as mulheres e as crianças, a mão de obra dócil, que era forçada a ir para a produção industrial para reforçar a renda familiar¹⁸⁸.

Nas fábricas, as péssimas condições laborais tornavam cada vez mais frequentes os acidentes de trabalho, sobretudo envolvendo crianças. As doenças profissionais minavam a saúde dos trabalhadores em proporções altíssimas, nas mais variadas profissões. A expectativa de vida dos trabalhadores do interior das fábricas era baixíssima: 37 anos¹⁸⁹.

¹⁸⁵ MALUF, Said. *Teoria geral do Estado*, p. 130.

¹⁸⁶ Na competição com as máquinas, Hobsbawn lembra que, na cidade Botton, tecelões manuais tiveram seus salários médios semanal reduzidos 33 shillings em 1795 e 14 shillings em 1815, para aproximadamente 5 shillings em 1829-1834. Lembra ainda o autor que em alguns casos os salários foram reduzidos para abaixo dos níveis fisiológicos, o gerou a morte de 500 mil tecelões. (HOBSBAWN, Erick J. *A era das revoluções: 1789-1848*, p. 79).

¹⁸⁷ NUNES, António José Avelãs. *A revolução francesa: as origens do capitalismo – a nova ordem jurídica burguesa*, p. 89. O autor lembra que o *Factory Act* de 1833, permitiu a jornada das 5:30 da manhã às 8:30 da noite, mesmo para crianças; o *Factory Act* de 1.844, restringiu o trabalho diário das mulheres para 12 horas e posteriormente uma lei 1.847, a jornada passou a ser de 10 horas diárias; em 1.853 fixou a jornada de 60 horas semanais para homens adultos na indústria têxtil e em algumas outras. Essa redução jornada sempre foi seguida de relações no sentido de que se tratada de ruínosa intromissão do Estado na liberdade do mercado e contratual. Não obstante, um segmento do patronato passou a reconhecer que a limitação da jornada de trabalho era uma exigência para o bom funcionamento do sistema capitalista, especialmente porque os trabalhadores ficavam menos exaustos e estariam mais propensos a aprender novas técnicas, o que contribuiriam para a produtividade e prosperidade da indústria. Nesse contexto, a partir das décadas de 1.840 e 1.850, em algumas indústrias se instituiu o sistema de *semana inglesa* (sem trabalho no sábado, pela tarde, e durante o domingo). (NUNES, António José Avelãs. *A revolução francesa: as origens do capitalismo – a nova ordem jurídica burguesa*, p. 89-91)

¹⁸⁸ “(...) de todos os trabalhadores nos engenhos de algodão ingleses em 1834-1847, cerca de um quarto eram homens adultos, mais da metade eram mulheres e meninas, e o restante de rapazes abaixo de 18 anos.”. (HOBSBAWN, Erick J. *A era das revoluções: 1789-1848*, p. 92).

¹⁸⁹ NUNES, António José Avelãs. *A revolução francesa: as origens do capitalismo – a nova ordem jurídica burguesa*, p. 78.

Em síntese, a Revolução Industrial proporcionou o fantástico crescimento da produtividade e produção de riqueza, mas, a reboque, escancarou o problema social fraturante do modelo liberal clássico: a desigualdade social. Era cada vez maior e mais profundo o abismo que separava os poucos, que usufruíam as comodidades, luxos e benesses da prosperidade econômica, e os muitos que estavam privados de qualquer vantagem desse novo modelo produtivo¹⁹⁰.

Hobsbawn lembra que 1.848, apenas a Inglaterra era uma economia efetivamente industrializada, não obstante na década de 1.840, os Estados Unidos e uma boa parte da Europa ocidental já tinham ultrapassado ou já estavam na soleira da Revolução Industrial¹⁹¹. Bem por isto, o caótico quadro de exclusão social e de crescente tensão entre a classe operária e burguesa também foram sentidos por toda Europa, ressoando efeitos inclusive além mar.

Diante da miséria e das condições degradantes de vida e de trabalho, num primeiro momento, a cólera da classe operária se dirigiu às máquinas, consideradas as grandes culpadas pelo desemprego e aviltamento dos salários. Estes atos de insurgência contra a ordem posta (liberal) desafiaram a retaliação burguesa, que se valeu inclusive do aparato do Estado, contando com a chancela do Parlamento, cumprindo registrar o *Frame-Breaking Act*, de 1.812, que chegou a punir com a pena de morte a destruição das máquinas, em reação ao movimento luddista. Não obstante, o descontentamento das classes populares e a crescente organização da classe operária reivindicando por melhores condições de trabalho não foram arrefecidos, muito pelo contrário. A agitação popular violenta desafiava cada vez mais o aparato repressivo estatal, resultando dos embates entre as classes populares e o exército verdadeiros massacres, que traziam sempre à memória o poder da fúria popular na tomada da Bastilha, na última fase da Revolução Francesa¹⁹².

Assim, se em um primeiro momento a cólera das classes populares se dirigiram às máquinas, é do gênio dos intelectuais que viria uma correção de rumos: a luta não deveria ser contra as máquinas, mas contra o sistema que permitia a exploração. Em 1.848, Karl Marx, com 30 anos, Frederich Engels, com 28, publicam o Manifesto Comunista, conclamando trabalhadores a se unirem na luta pelo poder, a assumirem a dianteira na luta de classes contra a burguesia e a iniciarem a revolução. No documento, os autores expunham a tensão entre

¹⁹⁰ MORTIMER, Ian. *Séculos de transformações: em mil anos de história, qual o século passou por mais mudanças e qual a importância disso*, p. 292; HOBBSBAWN, Erick J. *A era das revoluções: 1789-1848*, p. 269 et. seq.; NUNES, António José Avelãs. *A revolução francesa: as origens do capitalismo – a nova ordem jurídica burguesa*, p. 80 et. seq.

¹⁹¹ HOBBSBAWN, Erick J. *A era das revoluções: 1789-1848*, p. 269.

¹⁹² HOBBSBAWN, Erick J. *A era do capital 1848-1875*, p. 340 et. seq.; NUNES, António José Avelãs. *A revolução francesa: as origens do capitalismo – a nova ordem jurídica burguesa*, p. 81 et. seq..

classes ao longo da história, bem como seria possível a implantação de um novo modelo de Estado, no qual os meios de produção não deveriam ficar na mão de poucos. O movimento revolucionário se alastrou rapidamente, alcançando boa parte da Europa¹⁹³ com força suficiente para depor vários governos, mas com a mesma rapidez, também minguou em sua força e expressão em quase todos os lugares, especialmente por ter perdido sua iniciativa; “[e]ra a “primavera dos povos” – e, como a primavera, não durou.”¹⁹⁴.

A despeito da curta duração, Mortimer lembra que as revoluções de 1848 não fracassaram em um aspecto muito importante: elas serviram como um severo aviso às forças conservadoras em toda a Europa que suas Bastilhas simbólicas estavam expostas, e eram vulneráveis¹⁹⁵. Bem por isto, pode-se perceber a partir de meados do século XIX uma alteração na forma de atuação estatal, quando ele passa a se obrigar com prestações positivas, com vistas a promover uma justiça social.

Não se pense, porém que as conquistas de novos direitos e avanços em tema de legislação social é fruto da generosidade burguesa ou da compaixão estatal com as classes menos favorecidas, muito pelo contrário, esse programa de ações por parte do capital e dos governos se deu por necessidade, isto é, como estratégia de sobrevivência¹⁹⁶.

De fato, como lembra Hobsbawm, o proletariado que protagonizou a Primavera dos Povos não era aquele que atônito, não compreendendo as rápidas e profundas alterações nas relações de produção, passivamente assistiu a precarização de suas condições de trabalho e de vida no início da Revolução Industrial, mas um proletariado diariamente sacrificado como trabalhador e como ser humano, que havia se percebido como classe, cada vez mais consciente das distorções sociais provocadas pelo modelo produtivo; era um proletariado, que no limite da

¹⁹³ “Tem havido um bom número de grandes revoluções na história do mundo moderno, e certamente muitas delas foram bem-sucedidas. Mas nunca houve uma que se tivesse espalhado tão rápida e amplamente, alastrando-se como fogo na palha por sobre fronteiras, países e mesmo oceanos. (...) Em poucas semanas, nenhum governo ficou de pé em uma área da Europa que hoje é ocupada completa ou parcialmente por dez Estados, sem contar as repercussões menores em bom número de outros. Além disso, 1848 foi a primeira revolução potencialmente global, cuja influência direta pode ser detectada na insurreição de 1848 em Pernambuco (Brasil) e, poucos anos depois, na remota Colômbia.” (HOBSBAWN, Erick J. *A era do capital 1848-1875*, p. 32-33).

¹⁹⁴ HOBSBAWN, Erick J. *A era do capital 1848-1875*, p. 37.

¹⁹⁵ MORTIMER, Ian. *Séculos de transformações: em mil anos de história, qual o século passou por mais mudanças e qual a importância disso*, p. 302.

¹⁹⁶ No sentido que vai, destaca Raatz: “O Estado capitalista assumia a veste de Estado social, o qual não era concebido para a construção de uma nova ordem social, “mas para a salvação e a consolidação da ordem burguesa, mudando alguma coisa para tudo continue na mesma”. Com efeito, ao atuar como agente de implementação de políticas públicas, o Estado passou a enriquecer suas funções de integração, de modernização e de legitimação capitalista. Sua atuação não conduziu a substituição de sistema capitalista por outro, até porque foi chamado a atuar a fim de impedir tal substituição. E, nessa senda, os direitos sociais, de símbolo para uma verdadeira emancipação social, passam a ser esterilizados na forma de direito, na forma de mercadoria, ao passo que a classe trabalhadora se transforma em mero destinatário das políticas públicas, transfigurando-se as políticas em meras promessas.” (RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*, p. 73).

miséria e partilhando condições subumanas de vida, sabia que tinha muito pouco a perder nas lutas revolucionárias¹⁹⁷.

Não por outra razão, o princípio da igualdade é revisitado, produzindo interessantes resultados. Com efeito, o indivíduo abstrato que permitiu forjar o conceito de igualdade formal pelo ideário iluminista é substituído pelo um indivíduo concreto, que tem necessidades materiais, cuja satisfação é condição de possibilidade do gozo de sua liberdade.

Em outro giro, a percepção das necessidades concretas dos indivíduos não deve conduzir à sua atomização, como pretendeu a doutrina liberal clássica, mas à especial consideração de que ele faz parte de uma coletividade, na qual os membros possuem características e interesses comuns (mulheres, crianças e idosos), que demandam iniciativas concretas como o objetivo de assegurar uma efetiva justiça social, como forma de asseguramento da coesão social¹⁹⁸.

Nesse contexto, a partir da luta dos movimentos operários, aos poucos o Estado passa a intervir na regulação das relações produtivas, a partir de normas cogentes, destinadas a proteger a parte mais vulnerável daquela relação, ressignificando o papel da vontade no âmbito contratual, seja, por exemplo, ditando o patamar mínimo do salário, seja controlando a jornada e as condições de trabalho.

Em outro flanco, passa a ser cada vez mais frequentes o reconhecimento de novos direitos destinados à população mais pobre e a grupos vulneráveis, com vistas à satisfação das necessidades materiais dos desamparados e à promoção de uma justiça social. Isto é: na busca da realização dessa justiça social, o Estado passa a se comprometer com os chamados direitos econômicos, sociais e culturais, como saúde, educação e assistência social. Estes novos direitos vão colocar cada vez mais em evidência a atividade executiva do Estado, que haveria de concretizá-los, por meio de ações¹⁹⁹.

A necessidade de consagrar uma base jurídica para o reconhecimento da igualdade econômica e social começa a refletir de modo mais consistente nos movimentos constitucionais do início do século XX, cabendo consignar, por exemplo, a Constituição do México de 1.917 e a Constituição de Weimar de 1.919.

Em 1.913, os Estados Unidos já se despontavam como a maior economia do mundo, responsável por aproximadamente um terço da produção industrial. A primeira guerra mundial reforçou ainda mais sua pujança econômica, não apenas como produtor, mas também como

¹⁹⁷ HOBBSAWN, Erick J. *A era do capital 1848-1875*.

¹⁹⁸ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*, p. 182 et. seq.

¹⁹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*, p. 186; BARREIROS, Lorena Miranda dos Santos. *Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual*, p. 111 et. seq.; CAPPELETTI, Mauro. *Juizes legisladores?*, p. 34 et. seq.

credor²⁰⁰. No entanto, isto não os poupou do *crack* da Bolsa de Nova York de 1.929 e da severa crise econômica do período da “Grande Depressão”.

No berço da maior economia mundial, marcadamente liberal, o poder de compra dos consumidores reduziu drasticamente, ao mesmo passo cresceu consideravelmente o índice de desemprego e a reboque o número de endividados, milhares de casas eram executadas diariamente, empresas faliam aos montes²⁰¹.

Como reação à crise, a partir do *New Deal*, de Roosevelt, o Estado passa a intervir na economia e a investir em políticas sociais, como forma de preservar o poder de compra dos consumidores e movimentar a economia²⁰².

A despeito das severas críticas ao *New Deal*, de suas marchas e contramarchas, o novo papel desempenhado pelo Estado foi indispensável para minimizar os severos impactos da recessão na economia norte-americana, a qual permaneceu cambaleante por um longo período, só se restabelecendo com todo vigor após a segunda guerra.

Não obstante, não só nos Estados Unidos, mas em vários outros Estados, a atitude intervencionista estatal no pós-segunda guerra não se retraiu, antes pelo contrário: o modelo de Estado de bem-estar social se estrutura de modo ainda mais complexo, quer seja pelo reconhecimento da importância da intervenção estatal na economia – lição aprendida à duras penas com crise de 1.929 –, quer seja pela assunção do papel de agente conformador da realidade, que tem a função de compensar as desigualdades sociais, através da prestação de serviços e da concessão de direitos sociais, postura assumida como reação a ameaça socialista, que haviam se tornado ainda mais concreta com a Revolução Russa de 1.917 e com o avanço dos partidos populares na Europa Ocidental²⁰³.

Na análise de Ferreira Filho, o Estado Social, depois da segunda guerra, vai além da proposta interventiva. Paira sobre esse Estado uma concepção de que ele é uma divindade benevolente, onisciente, quase onipotente, capaz de tornar a sociedade mais justa e o homem mais feliz. Segundo o autor, esta postura inspira uma concepção do Estado demiurgo, no qual tem infundido a clarividência e a vontade de transformar o mundo, corrigindo erros e injustiças.

²⁰⁰ HOBBSBAWN, Erick J. *A Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*, p. 101.

²⁰¹ HOBBSBAWN, Erick J. *A Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*.

²⁰² Voltarei ao assunto no próximo capítulo, procurando demonstrar a ascensão e queda da proposta keynesiana na regulação da econômica e orientadora do papel do Estado na relação com seus cidadãos, designadamente pela importância do tema para a compreensão do avanço da ideologia neoliberal no último quarto do século XX. De toda sorte, cumpre neste ponto do trabalho ressaltar que estava dentro da proposta econômica keynesiana a intervenção estatal com o objetivo de reativar a produção, rompendo com princípios do liberalismo clássico. Em síntese, para ele, caberia ao Estado o papel de restabelecer o equilíbrio econômico, por meio de políticas fiscais, creditícia e de gastos, realizando investimentos nos períodos de depressão como estímulo à economia.

²⁰³ OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. *Direito Constitucional*, p. 59; DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. *O Estado de bem-estar social no capitalismo contemporâneo*, p. 22.

Ao depois, o Estado Social, numa exaltação do coletivo, “presume-se o povo como dotado de uma infalibilidade de visão”, de forma que sua vontade nunca está errada ou a merecer qualquer reparo²⁰⁴.

Há uma pauta de “vida boa”, eleita pelo Estado, que deve ser implementada, e para a consecução desse objetivo, forja-se uma tendência em reduzir o espaço de autonomia privada, em favor de uma autonomia pública.

Nessa linha, como bem destaca Damaska, o direito ativista deste período antes de emanar da sociedade e de suas práticas, surge do próprio Estado, o que impede ou, quando menos, reduz bastante, a possibilidade dos cidadãos elegerem seus próprios objetivos. Este direito – que pretensamente catalisaria uma pauta uniforme de “vida boa” – não pode ser alterado por aqueles cuja conduta intenta regular, muito embora o seja pelo Estado. Sob a perspectiva do Estado, o direito ativista tem uma faceta maleável e flexível, que pode cambiar diante do fracasso da medida por ele preconizada, de forma a permitir que o Estado atinja seus ideais; o direito não pode ser obstáculo para a realização de programas estatais, razão pela qual pode ser modificado sempre que se mostre contraproducente²⁰⁵.

3.2 A mudança do papel do Estado: do modelo abstencionista liberal ao intervencionismo social

Enquanto no modelo liberal insistiu-se em modelo abstencionista de Estado, que deveria se limitar a garantir a ordem pública e a segurança, de modo a permitir a autodeterminação do indivíduo, sob a fórmula do Estado Social, a efetiva autodeterminação pressupõe um mínimo de condições materiais, para que a liberdade não se transforme em discurso retórico de defesa de cidadãos formalmente livres, porém materialmente escravizados²⁰⁶.

De fato, a desigualdade social gravemente encruada na base da sociedade industrial demonstrou a incapacidade do modelo estatal liberal (não-intervencionista) de garantir um mínimo de coesão social, especialmente diante da permanente ameaça de levante, com apelo à violência, da massa economicamente espoliada, especialmente após a segunda metade do século XIX. Não fosse o bastante, as graves crises econômicas experimentadas em países desenvolvidos, no início do século XX, colocou em xeque a conveniência da gestão econômica

²⁰⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*, p. 42-43.

²⁰⁵ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras dela justicia y el poder del Estado: analisis comparado del proceso legal*, p. 143.

²⁰⁶ MALUF, Said. *Teoria geral do Estado*, p. 130.

livre de qualquer intervenção estatal. Daí porque o Estado Social passa a influenciar os mais variados âmbitos da vida social, muitos dos quais, outrora absolutamente reservados à iniciativa privada, seja na proteção dos vulneráveis e dos desamparados, seja interferindo no circuito econômico, minimizando danos, precipitando resultados ou controlando crises²⁰⁷.

Diante do novo papel desempenhado pelo Estado, a formatação liberal de Estado mínimo, que se comprometia a uma atuação predominantemente abstencionista (negativa), logo se tornou inadequada, especialmente porque a efetivação dos direitos sociais passa a demandar atuações positivas, muitas vezes de forma prolongada no tempo.

Não obstante, a transição do modelo de Estado Liberal clássico para o de Estado Social provocou uma releitura do princípio da separação de funções, cujo arranjo interativo entre as funções estatais não cabia nos rígidos limites preconizados pela leitura liberal do mencionado princípio²⁰⁸.

A emergência de uma postura mais ativa do Estado frente às novas demandas no campo social e econômico acabou por resultar em um esquema de cooperação entre o Legislativo, Executivo e Judiciário extremamente mais complexo do que o experimentado nas bases do constitucionalismo moderno, o qual ainda desperta tormentosos problemas na cena constitucional contemporânea, especialmente no que concerne na delimitação do campo de atuação de cada uma das funções essenciais do Estado²⁰⁹.

De toda forma, cumpre registrar que essa nova leitura do princípio da separação de funções operadas pelas emergentes tarefas do Estado de bem-estar, nas cenas econômica e social, deu ênfase a atividade administrativa tanto pela necessidade de criar e de organizar o aparato estatal para a prestação de serviços e para a intervenção adequada no domínio econômico, quanto na concretização e na integração legislativa. Conforme sustenta Cappelletti: “O *welfare state*, na origem essencialmente um “estado legislativo”, transformou-se, assim, e continua permanentemente se transformando, em “estado administrativo”, na verdade em “estado burocrático”, não sem o perigo de sua perversão em “estado de polícia”. ”²¹⁰.

Como se viu, no paradigma do Estado Liberal, o papel desempenhado pelo Legislativo gozava de elevado prestígio, senão de certa predominância em relação ao Poder Judiciário e ao Executivo. Dentro deste quadro, nada mais natural que as intervenções estatais se dessem

²⁰⁷ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, p. 31 et. seq.; Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologia e sociedade*. Vol. I e II.

²⁰⁸ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*; Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, ideologia e sociedade*. Vol. I e II; PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*.

²⁰⁹ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*, p. 5 et. seq..

²¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, p. 39.

inicialmente no plano legislativo²¹¹.

Dentro dessa premissa, a exponencial ampliação do campo de atuação do Estado impulsionou a multiplicação da produção legislativa, a qual estava frequentemente premida pelo ritmo acelerado das novas agendas sociais e econômicas. Inevitavelmente várias decisões legislativas tomadas às pressas ensejavam sua revisão em curto espaço de tempo, de modo que, “*O que era proibido torna-se permitido. Para logo mais voltar a ser proibido, para um instante depois voltar a ser permitido. O lícito e o ilícito assim flutuam, desorientando e confundindo a todos os que querem curvar-se à lei.*”²¹².

A oscilação da legislação não era o único problema no plano legislativo, pois em alguns setores a atividade legiferante se apresentava frenética, convivendo com a absoluta apatia, senão verdadeiro descaso em relação a outros setores²¹³.

No campo da técnica legislativa, também houve significativas modificações, pois como bem lembra Cappelletti, inicialmente as leis eram elaboradas a partir de técnicas legislativas tradicionais, isto é, fixando regras de condutas. No entanto, esta forma de legislar não se revelou adequada em outros domínios, como, por exemplo, no âmbito da segurança nacional ou no de investimentos e concorrência: além de fixar regras de conduta, as leis passaram criar entes sociais e instituições, além de conceder ao Executivo ou a outras entidades, em certos casos, o poder de decidir e de regulamentar a lei. O aumento do âmbito de atuação estatal, pouco a pouco, emergiu um novo tipo de legislação, as que indicam certas finalidades e princípios²¹⁴.

Nessa linha, definidas as finalidades a serem alcançadas e princípios que devem nortear a atuação estatal, o governo passa a dispor de certa maleabilidade em relação aos meios a serem empregados para o cumprimento da legislação.

Assim, é bem de ver que da mera previsão normativa até a efetiva concretização das normas, em especial das que consagram direitos sociais, existe trajeto a ser percorrido, e isto irá exigir um programa de atuação do governo e de desenvolvimento de políticas públicas que frequentemente se protraem no tempo, nem sempre avançando de forma clara, coerente e gradativa rumo a finalidade apontada pelo legislador. A maleabilidade normativa passa a ser

²¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, p. 39.

²¹² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*, p. 50. Conforme lembra Picardi, a sucessão de leis no tempo vai exigir técnicas sofisticadas de acomodação dos efeitos temporais das leis, tarefa nem sempre realizada de modo satisfatório pelo legislador, de modo que parte importante dessa tarefa passa a demandar do Judiciário uma maior atuação, na solução dos conflitos resultantes dos efeitos de regras de limites insatisfatoriamente demarcados. Neste sentido, o autor esclarece: “(...) a aceleração progressiva do *ius superveniens* termina por transferir para a jurisprudência tarefas consideradas próprias da legislação: da determinação dos efeitos da lei no tempo (ab-rogativos e retroativos) à própria organização das fontes do direito.” (PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*, p. 6).

²¹³ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*, p. 5.

²¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, p. 40-41.

justificada pela permanente exigência de correção de rumos e de substituição de meios para consecução de certos objetivos, que em determinado contexto histórico e econômico, se apresentam menos satisfatórios do que outros.

Damaska lembra que o esforço em alcançar os objetivos estatais, dentro de um quadro legal de tessitura aberta, sem a interposição de normas relativamente estáveis, pode gerar um nível perigoso de incerteza e um amplo espaço para o cometimento de arbitrariedades. Muito embora a política geral do Estado ativista possa servir de guia, seus postulados nem sempre podem traduzir em ações políticas claras e coerentes. A separação das normas legais dos objetivos políticos subjacentes cria, lamentavelmente, tensão na administração da justiça, de forma que traçar os limites desta separação representa problema sério para as culturas legais autenticamente ativistas²¹⁵.

Em definitivo, o ordenamento jurídico passa por processo de complexificação, no qual as fontes primárias passam a conviver com as fontes secundárias, oriundas do Executivo, resultando em sistema normativo nem sempre coerente, mas certamente pouco dócil.

Nesse contexto, como bem ressalta Picardi, o aumento do número de regras acaba permitindo o desenvolvimento exponencial das possibilidades de combinações normativas: “quanto mais regras, maior a possibilidade de antinomias e de contradições do ordenamento”²¹⁶.

Não fosse o bastante, Damaska adverte que o direito ativista não pode ser facilmente invocado em reclamações pessoais dos cidadãos implicados nos esquemas regulatórios, porque muitos decretos expressam as tarefas dos agentes governamentais na implementação de programas estatais e não estão dirigidos aos cidadãos²¹⁷.

Ainda no âmbito da técnica legislativa, outro fenômeno igualmente relevante surge da proliferação de diplomas legais intencionalmente elaborados com a textura aberta (sistema aberto²¹⁸), permitindo a obtenção de normas jurídicas adaptáveis às situações concretas, no momento da aplicação do direito, ou com a finalidade de se evitar uma obsolescência prematura das leis frente às aceleradas mudanças sociais e econômicas. Ao depois, a partir de um sistema

²¹⁵ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras dela justicia y el poder del Estado: analisis comparado del processo legal*, p. 144-145.

²¹⁶ PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*, p. 5.

²¹⁷ DAMASKA, Mirjan R. *Las caras dela justicia y el poder del Estado: analisis comparado del processo legal*, p. 144-145.

²¹⁸ Anjos, a partir das lições de Larenz e Canaris, define sistema aberto como aquele com capacidade evolutiva e de modificação a partir de influências externas, as quais permitem superar sua incompletude; o sistema fechado, por outro lado, não apresenta essas características. (ANJOS, Luís Henrique Martins dos. *O sistema jurídico e a influência dos fatores metajurídicos*).

jurídico aberto passa a conviver com conceitos jurídicos indeterminados²¹⁹ e cláusulas gerais²²⁰, expondo o permanente o direito a permeabilidade de introdução de elementos metajurídicos e axiológicos, pressupondo sistema de valores compartilhados pela sociedade. “O Direito passa a ser interpretado como sistema de regras e de princípios otimizáveis, consubstanciadores de valores fundamentais (“ordem material de valores”, como entendeu a Corte Constitucional alemã), bem como de programa de fins, realizáveis no “limite do possível”.”²²¹.

Parece absolutamente acertada a conclusão de Picardi no sentido de que a passagem do

²¹⁹ “Os conceitos determinados são formulações ou expressões normativas em regra especificamente técnico-jurídicas, com sentidos jurídicos ao máximo claros e invariáveis, quer no tempo, quer perante a diversidade dos casos, constituindo os elementos-chave para a certeza e segurança do sistema jurídico (v.g., capacidade de exercício, hipoteca), além dos conceitos numéricos (medidas de distâncias, prazos e valores monetários). Os conceitos indeterminados são formulações ou expressões normativas que deixam ao intérprete ou aplicador do Direito a tarefa de preencher o significado da expressão do legislador, tarefa a realizar fazendo evoluir o normativo jurídico atendendo precisamente ao tempo (momento) da aplicação e/ou ao caso concreto (v.g., usos da praça, bons costumes). Todo conceito indeterminado possui um núcleo perfeitamente definido e um halo conceitual a definir.” (ANJOS, Luís Henrique Martins dos. *O sistema jurídico e a influência dos fatores metajurídicos*).

²²⁰ Segundo Martins-Costa, relevante autora sobre o tema no direito brasileiro, “(...) a cláusula geral constitui uma disposição normativa que utiliza, no seu enunciado, uma linguagem de tessitura intencionalmente “aberta”, “fluida” ou “vaga”, caracterizando-se pela ampla extensão do seu campo semântico. Esta disposição é dirigida ao juiz de modo a conferir-lhe um mandato (ou competência) para que, à vista dos casos concretos, crie, complemente ou desenvolva normas jurídicas, mediante o reenvio para elementos cuja concretização pode estar fora do sistema; esses elementos, contudo, fundamentarão a decisão, motivo pelo qual não só resta assegurado o controle racional da sentença como, reiterados no tempo fundamentos idênticos, será viabilizada, por meio do recorte da *ratio decidendi*, a ressystematização desses elementos, originariamente extra-sistemáticos, no interior do ordenamento jurídico.” (MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro*, p. 8). Em mesma direção, dispora Didier Jr: “Cláusula geral é uma espécie de texto normativo, cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o consequente (efeito jurídico) é indeterminado. Há, portanto, uma indeterminação legislativa em ambos os extremos da estrutura lógico-normativa.” (DIDIER JR. Fredie. *Cláusulas gerais processuais*, p. 69). Muito embora em torno da definição de cláusula geral exista certa discrepância no âmbito doutrinário, os conceitos apresentados grassam com grande aceitação na literatura processual. De toda forma, a possibilidade de introdução de elementos metajurídicos no âmbito jurisdicional deve ser visto com cautela, com vistas a se evitar abusos e arbitrariedade por parte do decisor. De fato, a partir dos conceitos indeterminados e especialmente diante das cláusulas gerais evidencia-se a importância do processo como espaço para a fixação do sentido e significado dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais. É isto porque dentro de uma concepção de Estado Democrático de Direito não se pode tolerar que a fixação de sentido e significado seja fruto de concepções morais e axiológicas baseadas no *ethos* exclusivo do magistrado, ou de uma suposta unidade moral e axiológica social compartilhada, mas que seja fruto do debate em contraditório, do qual possam emergir diferentes concepções de mundo, típicas de uma sociedade plural. Assim, muito embora as cláusulas gerais tenha trazido a vantagem de permitir a permanente adaptabilidade do direito, permitindo a transição de uma ordem jurídica burguesa para uma ordem social e assumido uma importância ainda maior do papel dos tribunais no pós-segunda guerra, como bem adverte Wieacker, não se pode negar com, base no mesmo autor, algumas de suas desvantagens, pedindo vênias para transcrever a lição do autor: “Se a disciplina dogmática do juiz se torna mais rigorosa, dá-se uma tentativa de «fuga para as cláusulas gerais» (Hedemann), para uma jurisprudência voltada exclusivamente para a justiça e liberta de obediência aos princípios; em épocas de predomínio da injustiça elas favorecem pressões políticas e ideológicas sobre a jurisprudência e o oportunismo político. Mesmo abstraindo destas épocas de degenerescência, elas possibilitam ao juiz fazer valer a parcialidade, as valorações pessoais, o arrebatamento jusnaturalista ou tendências moralizantes do mesmo gênero, contra a letra e contra o espírito da ordem jurídica. Por outro lado, o uso inadequado, hoje cada vez mais frequente das cláusulas gerais pelo legislador atribui ao juiz uma responsabilidade social que não é a do seu ofício. (...) Enquanto a teoria do direito e a tradição judicial não desenvolverem uma técnica refletida do uso correcto da cláusula geral, ela constitui um perigo crescente para as nossas ordens jurídicas.” (WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*, p. 546-547).

²²¹ OLIVEIRA, Marcelo Cattoni de. *Direito Constitucional*, p. 59.

Estado Liberal para o Estado Social foi testemunha do aumento quantitativo do número de disposições legislativa, mas também da diminuição qualitativa de seu poder normativo²²².

Assim, a proliferação legislativa sintomática da ampliação das funções do Estado e a produção do direito cada vez mais aberto e instável vai caminhar em sentido diametralmente oposto ao preconizado pelo paradigma racionalista e positivista-legalista, que pressupunha a capacidade de se instituir o direito a partir de um sistema simplificado, completo, harmônico e seguro para as relações sociais. Neste quadro, passa a ser particularmente importante o processo de aplicação do direito, colocando em foco a atuação do Poder Executivo e de modo muito particular a do Poder Judiciário.

3.3 Da ressonância do paradigma social no direito processual

A moldura de Estado Social, que tinha como uma de suas vertentes maior intervenção estatal, provocou profundas mudanças no direito, especialmente a partir da segunda metade do século XIX, em resposta às novas exigências sociais e da forte contestação das bases do liberalismo clássico.

A influência da nova ideologia política, embalada com o vigor dos movimentos sociais daquele período, marcaram decisivamente o novo desenho da legislação processual, e por via de consequência, do formalismo processual, ainda no final do século XIX.

Sob esse novo enfoque, o processo não poderia ser encarado como “coisa das partes”, e, como tal, pensado e orientado para tutela de interesses privados – verdadeira ode à projeção liberal clássica na cena processual –, mas prioritariamente como fórum de realização de interesses públicos.

Essa nova forma de encarar o fenômeno processual não se harmonizava com engenharia de formalismo processual na qual o juiz tinha poderes oficiosos bastante limitados, resultando em postura de contemplação e passividade em relação aos conflitos que lhe eram submetidos e de indiferença quanto às desigualdades materiais dos litigantes.

Na dinâmica de distribuição de trabalho entre as partes e juiz, o direito processual passa a estruturar-se em modelagem que privilegia a figura deste último, reforçando os poderes do juiz no curso do processo, o que certo modo refletia a ampliação da atuação do Estado nos mais diversos confins da vida civil.

Certamente um grande passo dado nessa empresa foi dado por Bülow a partir da sua

²²² PICARDI, Nicola. *A vocação do nosso tempo para a jurisdição*, p. 5.

concepção publicística acerca da natureza jurídica processual, na célebre obra *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, de 1.868, considerada por muitos como a “certidão de nascimento do direito processual”²²³.

Se é verdade que o direito processual nasce a partir da concepção bulowiana, quando ganha sua autonomia científica, também é igualmente certo que seu berço foi o publicismo²²⁴.

No pensamento do alemão, o processo é encarado como uma relação jurídica de natureza pública – já que estabelecida entre as partes e o tribunal –, que se desenvolve de modo progressivo, e que não se confunde com a relação jurídica de direito material debatida no processo²²⁵.

Nas palavras de Büllow:

Nunca se ha dudado que el derecho procesal civil determina las facultades y los deberes que ponen en mutua vinculación a las partes y al tribunal. Pero, de esa manera, se ha afirmado, también, que el proceso es una relación de derechos y obligaciones recíprocos, es decir, una *relación jurídica*. (...) Se acostumbra a hablar, tan sólo, de relaciones de derecho privado. A éstas, sin embargo no puede ser referido el proceso. Desde que los derechos y obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se les toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, *una relación jurídica pública*. (...) El proceso es una *relación jurídica* que *avanza* gradualmente y que se *desarrolla* paso a paso.²²⁶

No pensamento do autor, as mais importantes e básicas ideias processuais ficavam obscurecidas com uma construção conceitual inadequada, herdada do direito medieval, que impedia o progresso do direito processual.

Nessa esteira, a expressão “exceções processuais”, mais especificamente no termo “exceção”, amplamente difundido em sua época, era malfada herança que resultava em desdobramentos inaceitáveis.

Conforme registra Cordeiro Leal, o vocábulo exceção – originário da *exceptio* dos romanos – era utilizado para referir-se aos limites da argumentação feita pela defesa do réu, isto

²²³ São várias as referências nacionais e estrangeiras que marcam o surgimento da autonomia científica do direito processual em relação a outros ramos da ciência jurídica a partir da demarcação da autonomia da relação jurídica processual em face daquela de direito material. Como resultado desta autonomia se verificou que o direito processual tem objeto próprio, qual seja, a prestação jurisdicional. No mais, é desnecessária arquivologia acadêmica nesse particular. Não obstante, merece o registro da ácida crítica de Cordeiro Leal no sentido de que Büllow não demarcou a fundação da ciência processual, mas tão somente elaborou uma *tecnologia da jurisdição*, apresentando técnicas de uma atuação judicial salvadora capaz de salvaguardar os interesses de sociedades interditadas. Sobre o tema, cf. CORDEIRO LEAL, André. *Instrumentalidade do processo em crise*.

²²⁴ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p. 99.

²²⁵ Cf. BÜLOW, Oskar. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*.

²²⁶ BÜLOW, Oskar. *La teoria de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, p. 9-10.

é, dizia respeito à articulação fático-jurídica afeta ao direito privado que o réu poderia se valer para evitar a vitória do autor²²⁷. A relação jurídica processual, no entanto, tinha pressupostos próprios, os quais poderiam ser oficiosamente verificados pelo magistrado – leia-se: independentemente de qualquer provocação do réu – já que se tratava de uma relação de natureza pública. Portanto, quando Bülow sugere a substituição do termo “exceções” por “*pressupostos processuais*”, acaba promovendo a libertação do magistrado no que concerne ao controle dos elementos fundamentais da relação processual²²⁸.

A concepção de processo que resulta da ideia de relação jurídica se sedimenta na existência de vínculo de exigibilidade de condutas entre sujeitos. Muito embora aparentemente possa transparecer que a exigibilidade de condutas é recíproca, na realidade, mesmo tendo em conta os pressupostos da teoria bulowiana, a reciprocidade em relação ao poder de exigibilidade não existe, pois, as partes jamais poderiam exigir do juiz o cumprimento de qualquer prestação. Bem por isto, a concepção processual de relação jurídica revela posição de assimetria entre os sujeitos processuais, enfatizando o papel do juiz em relação ao das partes.

O forte acento publicista das ideias de Bülow, especialmente a partir da proeminência da figura do juiz dentro da relação jurídica processual, pavimentou o terreno que dificilmente poderia florescer o tema da negociação processual, sempre atrelado à imagem do privatismo reinante nas concepções liberais de processo.

Nesse particular, Passo Cabral registra que muito embora o Josef Kohler, em 1.887, tenha tratado profundamente o tema dos acordos ou contratos processuais, admitindo que as partes poderiam determinar a conformação de situações jurídicas processuais, elegendo uma alternativa dentre as várias ofertadas pelo ordenamento, o tema não ganhou maiores projeções na jurisprudência alemã do século XIX. Para autor, isto talvez tenha se dado pela disseminação do publicismo de Bülow, não apenas em solo alemão, mas em toda Europa, com forte adesão na processualística italiana²²⁹.

²²⁷ CORDEIRO LEAL, André. *Instrumentalidade do processo em crise*, p. 40.

²²⁸ Nesse particular cumpre registrar, com apoio em Cintra e outros que o mérito de Bülow não foi o de perceber a existência de uma relação entre as partes e o juiz, já que esta premissa já estava em Búlgaro (*judiciu est actum trium personarum: judicis, actoris et rei*), séculos antes, mas no realce dado a distinção entre a relação de direito material discutida no processo e a relação de direito processual, inconfundível com a primeira, seja pelo sujeitos, pelo objeto (a prestação jurisdicional ou pelos seus pressupostos (pressupostos processuais) (CINTRA, Antônio de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, p. 317).

²²⁹ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*, p. 97-99. Kohler também sustentava ser o processo uma relação jurídica, entretanto, de natureza privada. Inversamente do que propõe Bülow, seria o juiz o colaborador de uma relação jurídica travada entre as partes. Neste sentido, em Kohler: “O processo é uma relação jurídica entre as partes, não o é entre elas e o juiz. A colaboração deste não o faz partícipe da relação jurídica.”; “Participar de uma relação jurídica é ter um interesse dentro dela e o juiz não tem qualquer interesse no processo.” (KOHLER, Josef. *Der prozess als Rechtsverhältniss. apud*. TORNAGHI, Hélio. *A relação processual penal*, p. 19-20).

Em Bülow, a natureza pública da relação jurídica processual inibiria as partes de disciplinar sobre os poderes do Estado-juiz, as regras processuais ou suspender a eficácia de normas cogentes. A atuação das partes como condição para deflagração dos efeitos de atos jurídicos se dava por força de lei e não pela manifestação de vontade das partes em si²³⁰.

Para o autor, a estrutura dos atos jurídicos processuais praticados pelas partes seria unilateral, dirigido exclusivamente ao juiz (concepção de relação jurídica angular). As exceções processuais, muito embora assegurassem uma margem de disponibilidade em relação à matéria processual, seriam manifestações unilaterais e reativas, pelo que os negócios ou acordos não seriam categorias processuais²³¹.

A concepção de processo como relação jurídica estaria na base da formulação da teoria da jurisdição de Bülow, dentro da linha de cogitação do movimento do direito livre, o que só fica claro a partir de sua obra *Lei e função judicial (Gesetz und Richteramt)*, de 1.885²³².

A partir desse texto, vê-se que o protagonismo processual do juiz em Bülow não aprece apenas no rígido controle do processo e seus pressupostos, mas também no âmbito da relação estabelecida entre o Judiciário e a lei. Para ele, o juiz não apenas aplica norma acabada, mas também exerce atividade criadora do direito²³³.

Como bem registra Nunes, é justamente nesse campo que Bülow deixa seu fruto mais discutível, não apenas por tolerar a criação de um direito *contra legem*, mas também por permitir uma decisão subjetiva por parte do juiz, que atuaria como um porta-voz avançado do sentimento jurídico do povo. Nesta linha de cogitação, o processo estaria completamente esvaziado no seu aspecto técnico e institucional, servindo apenas para legitimar as pré-compreensões privilegiadas do juiz²³⁴.

Em outro flanco, o modelo de processo liberal clássico, no final do século XIX, foi alvo de duras críticas de Menger – professor da Universidade de Viena –, um dos principais expoentes da socialização processual.

No pensamento do autor, a disparidades materiais entre ricos e pobres afeta diretamente na persecução dos direitos em juízo, favorecendo as classes mais abastadas. Por esta razão, a

²³⁰ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*, p. 99-101.

²³¹ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*, p. 99-101.

²³² BÜLOW, Oskar. *Statutory law and the judicial function*; LEAL, Andre Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*, p. 45 et. seq.; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma crítica das reformas processuais*, p. 100 et. seq.; RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*, p. 83-84;

²³³ Cf. CORDEIRO LEAL, André. *Instrumentalidade do processo em crise*; RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*, p. 83-84

²³⁴ NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, p. 105.

diferença de posição social entre ricos e pobres exigiria uma diferença de tratamento como forma de abrandar os efeitos da desigualdade econômica projetados no processo. Assim, a lei deveria proteger os mais débeis contra os mais fortes, assegurando àqueles a parte mínima dos bens necessários para viver, sem que isto implicasse em qualquer vulneração ao princípio da igualdade, pois não existe maior desigualdade do que aquela que permite o tratamento igual aos desiguais²³⁵.

Menger ressalta que, em geral, nas classes mais abastadas o conhecimento do direito está, em geral, mais difundo do que entre os pobres. Isto porque, em parte, os economicamente favorecidos têm maior cultura e conhecimento, e em parte porque o maior conhecimento infunde nelas maior interesse pela vida jurídica. Os mais favorecidos, mesmo quando lhes falta o conhecimento acerca dos assuntos da vida jurídica, terão os recursos econômicos indispensáveis para se aconselhar com advogado. Os mais desvalidos não terão esta mesma oportunidade, orientando suas condutas por um mundo obscuro e muito ilusório do sentido do direito, estando, na realidade, toda sua vida jurídica à mercê do acaso²³⁶.

Para Menger a presunção de que todos conhecem a lei é a mais ridícula das invenções e que de forma muito significativa prejudica ainda mais a classe pobre, especialmente quando se tem em conta a complexificação do sistema normativo de qualquer Estado civilizado. Por isto, muitas vezes, quando os direitos dos pobres chegam a ser defendidos em juízo, apresentam aspecto de abandono e descuido, e, não raro, a ignorância é confundida com negligência. Não fosse o bastante, as instituições complicadas e custosas beneficiam sobre tudo as pessoas ricas e cultas, conferindo-lhes extrema superioridade para fazer seus direitos em face dos mais pobres²³⁷.

Diante dos obstáculos enfrentados pela classe economicamente desvalida, em especial em relação à falta de informação acerca de seus direitos, Menger sustenta, de modo inovador, a existência de função educadora a ser desempenhada pelo juiz.

Segundo ele, se o Estado exige dos pobres e ignorantes o conhecimento do complexo labirinto legislativo para a defesa de seus direitos, nada mais natural que este mesmo Estado assumisse o compromisso de fornecer o caminho para o acesso a este conhecimento; esta tarefa, sustentava o autor, não seria difícil de ser cumprida pelo juiz²³⁸.

Vê-se, desde logo, que essa nova tarefa a ser desempenhada pelo juiz, marca um rechaço

²³⁵ MENER, Antonio. *El derecho civil y los pobres*, p. 100 et. seq..

²³⁶ MENER, Antonio. *El derecho civil y los pobres*, p. 105-106.

²³⁷ MENER, Antonio. *El derecho civil y los pobres*, p. 103

²³⁸ MENER, Antonio. *El derecho civil y los pobres*, p. 121, 126.

a postura supostamente neutra e imparcial tão arduamente defendida pelos arautos do liberalismo processual.

Em outro flanco, Menger, em manifesto repúdio a postura de passividade do juiz na dinâmica processual, busca na Introdução à Ordenança Judicial Geral (*Allgemeine Gerichtsordnung*) de 1.793 a inspiração para ampla intervenção do juiz no processo.

Assim, muito embora o juiz não possa se intrometer nos assuntos privados das partes, especialmente obrigando-as a defender seus direitos em juízo, uma vez apresentada a demanda perante o tribunal pelo interessado, o juiz deveria se valer de todos os meios necessários para fazer triunfar o direito.

Em Menger, o sistema processual que fica à mercê da atividade das partes para o seu desenvolvimento, mesmo após a deflagração do processo, é cômodo e benéfico para as classes ricas, já que elas – bem informadas e economicamente providas – poderiam oportunamente exercer de modo satisfatório as iniciativas de seu interesse, o que não ocorreria com os pobres. Estes, para defenderem seus direitos em juízo, sem as informações necessárias e mal representadas, tropeçariam frente a procedimento complicado, na qual a passividade judicial representaria um grave prejuízo²³⁹.

Dessa forma, Menger encontra nas distorções econômico-sociais novo fundamento para a atribuição de poderes de direção formal do processo ao juiz, mas, porém, a isto não se limita: no pensamento do autor o juiz deveria assumir o papel de “representante dos pobres”, como forma de reequilibrar as partes dentro do processo²⁴⁰.

O pensamento mengeriano sobre a forma da administração da justiça influencia de modo muito particular um de seus alunos: Franz Klein²⁴¹. Klein, a partir de 1.891, passa a ocupar diferentes cargos no Ministério da Justiça do Império austro-húngaro, dedicando-se, em todos

²³⁹ MENER, Antonio. *El derecho civil y los pobres*, p. 123, 126.

²⁴⁰ MENER, Antonio. *El derecho civil y los pobres*, p. 126-127. É bem verdade que o autor, antevedendo as dificuldades dessa função técnica a ser desempenhada pelos magistrados, antes de uma profunda reformulação das leis que disciplinavam as funções dos Tribunais, sustenta que essa função deveria ser desempenhada provisoriamente por “advogados dos pobres”, nomeados em número suficiente e remunerados pelo Estado, os quais não deveriam se dedicar ao patrocínio de outras causas senão aquelas dos desvalidos. Muito embora Menger sustente este sistema de assistência jurídica para os pobres com a marca da provisoriedade, vê-se no autor as ideias de que estes advogados deveriam ser remunerados pelo Estado, nomeados em número suficiente e com atuação funcional adstrita ao patrocínio das causas da população pobre; ideias estas que inspiram muitos sistema jurídicos contemporâneos no que concerne ao patrocínio das causas da população carente, dentre os quais se inclui a modelagem da Defensoria Pública feita pela CF/88.

²⁴¹ Klein foi juiz e advogado, e sua experiência nestas áreas lhe permitiu perceber na prática os abusos e as condutas maliciosas dos advogados, bem como os espaços para tais comportamentos na legislação vigente de seu tempo. No plano acadêmico, a conduta dos advogados e a permissividade da legislação foi objeto da preocupação acadêmica de Klein, que no seu pós-doutorado se ocupou em estudar a conduta maliciosa das partes. Cf. PÉREZ RAGONE, Álvaro. *El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach: precisiones sobre eficiencia y derechos procesales*.

eles, a reformular as “leis da justiça” sobre novas bases, em manifesto contraponto com o sistema processual liberal até então vigente²⁴².

No Império austro-húngaro, desde 1.781, vigorava o “Código Josefino” (*Allgemeine Gerichtsordnung - AGO*), que instituía um processo secreto, estruturado com base na escrituração e no sistema de prova legal; as atividades instrutória e decisória estavam entregues a juízes distintos. Trava-se de estrutura processual complexa, caracterizada por excessivo formalismo e com juiz tolhido em seus poderes de iniciativa; se na aplicação da lei surgissem dúvidas interpretativas, elas deveriam ser dirimidas pela Corte Imperial, numa espécie de “referendo legislativo”²⁴³. Enfim, tratava-se de um autêntico processo de matriz liberal clássico, gestado para dirimir conflitos envolvendo o direito de propriedade e outros temas correlatos, permitindo-se, pois, a ampla vazão do princípio dispositivo em suas duas vertentes, com as virtudes e defeitos já vistos.

Ao depois, como se viu, no século XIX uma série de alterações sociais caminharam no sentido de pressionar o Estado a desenvolver novos papéis e o surgimento de novos direitos: neste novo contexto, o direito processual deveria ser responsivo não apenas aos litígios voltados a questões inerentes ao direito civil, marcadamente patrimonial, mas também a um direito substancial de natureza social, de perfil muito diferente daquele instituído pela legislação dos setecentos. Para além da necessidade de adaptação do sistema processual às novas reivindicações do direito substancial, na cena processual já se afigurava uma tendência em valorização da oralidade, da publicidade e da livre apreciação das provas²⁴⁴.

No plano ideológico, Klein encara o processo como instituição de bem-estar social, já que os conflitos de interesses discutidos no processo não importam somente às partes, na medida em que eles atingem as normas da vida em sociedade, desordenando a circulação regular do organismo social; cada conflito que dá pretexto a uma causa tem um significado social que não pode ser desconsiderado. Bem por isto, o processo, enquanto instituição de direito público, não deveria se limitar apenas a tutelar interesses privados, mas também salvar valores sociais mais elevados²⁴⁵.

Em Klein o processo civil deveria ser simples, barato e rápido: simples, especialmente

²⁴² PÉREZ RAGONE, Álvaro. *El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach: precisiones sobre eficiencia y derechos procesales*, p. 527; NUNES, Dierle José. *Processo jurisdiccional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, p. 81-82.

²⁴³ PÉREZ RAGONE, Álvaro. *El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach: precisiones sobre eficiencia y derechos procesales*, p. 527-528.

²⁴⁴ PÉREZ RAGONE, Álvaro. *El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach: precisiones sobre eficiencia y derechos procesales*, p. 529.

²⁴⁵ SPRUNG, Rainer. *Os fundamentos do processo civil austríaco*, p. 138.

nas causas insignificantes, para que a pobreza e a falta de familiaridade com assuntos jurídicos não seja empecilho para que o processo cumpra sua missão de produzir igualdade social; barato, porque o custo do processo não pode impedir a persecução legal justa; rápido, para que se reestabeleça o quanto antes os processos sociais de cooperação pacífica e as conexões econômicas, abaladas diante da pendência do conflito²⁴⁶.

Sprung registra que “[o] grande êxito de Klein consistiu na compreensão sociológico-econômica da instituição processual e na orientação das instituições processuais singulares aos fins mencionados”²⁴⁷.

Como se viu, as profundas mudanças operadas na sociedade durante o século XIX produziram impactos na atividade legislativa e nos processos de aplicação da lei, seja pelo Executivo, seja pelo Judiciário. A legislação já não era capaz de andar *pari passu* com a velocidade das mudanças sociais, tampouco de regular de modo descritivo os comportamentos sociais, colocando cada vez mais em xeque a suficiência do tradicional método de subsunção como forma aplicação do direito, estando cada vez mais presentes nos textos normativos conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, reflexo de um sistema normativo cada vez mais aberto e flexível.

Klein foi sensível a esse fenômeno, sustentando que as normas jurídicas se compõem, em parte, com conceitos estreitos, e em outra parte, com conceitos amplos, estes com menor substância e precisão (*e.g.* “bons costumes” e “boa-fé”). Segundo o autor, a técnica legislativa que se contenta com a metade do trabalho acaba por jogar a outra sobre o juiz, que deverá escolher, dentre as várias possibilidades ligadas ao conceito, aquela que deve valer dentro do espírito da lei. O juiz possui um campo para a atuação original e por isso a jurisdição passa a ser mais pessoal²⁴⁸.

Klein, todavia, iria marcar decisivamente a história do direito processual com o advento da ÖZPO do Império austro-húngaro, de 1.895, em vigor a partir de 1.898. Tratava-se de um Código de Processo Civil genuinamente original, com uma “visão completamente renovada da administração da justiça, uma autêntica revolução copernicana”²⁴⁹, que iria operar profundas

²⁴⁶ SPRUNG, Rainer. *Os fundamentos do processo civil austríaco*, p. 138. No sentido que vai no texto, confira-se: “Curiosamente también para Klein el proceso se ha convertido en un fenómeno social de masas; el proceso es un mal social y, por tanto, el interés del Estado es terminarlo cuando antes y al menor coste posible. Estas son las bases ideológicas de Klein, para el que el proceso debía entenderse como una especie de procedimiento administrativo en el que se tutelan, desde luego los intereses individuales, pero también los sociales.” (MONTERO AROCA, Juan. *Sobre el mito autoritario de la “buena fe procesal*, p. 87).

²⁴⁷ SPRUNG, Rainer. *Os fundamentos do processo civil austríaco*, p. 138.

²⁴⁸ KLEIN, Franz. *Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse*. (apud) NUNES, Dierle José. *Processo jurisdiccional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, p. 84-85.

²⁴⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 50.

modificações nas legislações processuais da Europa Continental no século XX, em especial da França, Alemanha e Itália; sua marca cruzaria o Atlântico e desembarcaria no Brasil, a partir do gênio da processualística italiana.

No novo processo austríaco estava impresso de modo muito marcante a remodelagem do papel do juiz, que atuaria, na advertência de Sprung, como uma espécie de “timoneiro do Estado”, o guardião dos interesses sociais mais elevados; o juiz, apresentando o Estado na cena processual, atuaria como “representante profissional do interesse geral”²⁵⁰.

No campo da técnica de estruturação do processo, a dinâmica de interação entre partes e juiz também é redimensionada, conferindo maiores poderes oficiosos ao juiz ao longo do procedimento, em modelagem de estrutura inquisitiva, como forma de assegurar um processo rápido e responsivo aos comportamentos abusivos e maliciosos das partes e seus advogados, refletindo de modo muito emblemático na legislação processual a experiência profissional e acadêmica de Klein sobre o tema. Não é por outra razão que, sob a matriz inquisitiva, a direção material do processo vai recair predominante sobre as mãos do juiz, quem deveria conduzir o processo com rapidez, mantendo o ritmo e a regularidade da marcha, reprimindo comportamentos abusivos e protelatórios praticados pelas partes se acaso necessário, como forma de recobrar o equilíbrio social e econômico, turbados após a eclosão do conflito. Se o processo pode curar a desordem e reconstituir o tecido social, pois bem, que isso seja feito o mais rápido possível, podendo o médico – leia-se: o juiz – se valer das terapias necessárias para alcançar a cura, o quanto antes, porque a cura rápida é um desejo social²⁵¹.

Em outra vertente, a direção material levada a cabo pelo juiz caminharia no sentido de evitar que as partes, especialmente as menos informadas e mal representadas, tropeçassem em formalidades no curso do iter procedimental capazes de impedir, em primeiro plano, a realização do direito objetivo (fim social), e, em segundo plano, o reconhecimento do direito

²⁵⁰ SPRUNG, Rainer. *Os fundamentos do processo civil austríaco*, p. 138.

²⁵¹ No sentido que vai no texto, Sprung falando sobre a concepção processual de Klein registra: “A “rapidez” do processamento é exigida já pelo caráter de bem público desta instituição. A oportunidade de processo perturba uma cooperação pacífica, viola conexões econômicas ordenadas, liga valores e retira-os do tráfego ordinário. A sociedade tem portanto todo o ensejo de prover cura, quanto possível rápida, para as feridas do seu corpo. Mas não se deve passar por cima do componente prático da duração do processo. Ele é importante para a exatidão da sentença porque geralmente os seus fundamentos se tornam mais inseguros e duvidosos, quanto maior é a distância entre o conflito e a sua resolução. O pensamento econômico exige também um processamento rápido. Processos vagarosos paralisam a economia porque o processo detém valores aguardados e já tidos em conta ou transforma capital considerado para investimentos, em reserva para exigências incertas (= desfecho de processos). O comércio está, portanto, especialmente interessado num processamento rápido, pelo que deve ser impedido que o culpado consiga, através duma simples contestação, em processo, um adiamento barato. Não menos interessada num processamento rápido, está, por fim, a própria Administração do Estado. O aparelho da Justiça teria ou de aceitar dimensões grotescas ou cair em paralisação.” (SPRUNG, Rainer. *Os fundamentos do processo civil austríaco*, p. 138).

subjetivo das partes (fim particular).

Como esclarece Alvaro de Oliveira, a direção do processo a cargo do juiz atuaria no sentido de concretizar a igualdade material entre os litigantes, razão pela qual o fortalecimento dos poderes do órgão jurisdicional permitiria atuação supletiva e auxiliar das partes, de modo a se evitar a perda de uma causa por inabilidade da parte ou seu representante²⁵².

O reconhecimento de finalidades públicas ao processo não apenas passa a exigir decisões rápidas, mas, na maior medida do possível, corretas, razão pela qual a atividade probatória também não poderia ser encarada como “coisa das partes”, já que decisões corretas tem como pressuposto a correta aplicação da lei aos fatos. Tudo isto concorria para justificar e fomentar a existência e a utilização dos poderes de iniciativa probatória por parte dos juízes e da imposição às partes do dever de dizer a verdade²⁵³.

Sob essa perspectiva, as partes têm o dever de dizer a verdade, isto é, não podem deduzir fatos sabidamente falsos e nem tampouco negar fatos alegados por seu adversário que sabe serem verdadeiros; na defesa de seus interesses fica facultada a iniciativa probatória, a qual deve ser autorizada pelo tribunal, que deve zelar pelos fins públicos do processo, dentre os quais o da rápida solução do litígio, mas não apenas isso: cabe ao tribunal se certificar que todos os fatos relevantes para o julgamento da causa foram descortinados, podendo, se necessário for, inquirir as partes, solicitar documentos, convocar testemunhas não arroladas pelos litigantes. Como observa Troller: “Klein pretendia não mais permitir que o juiz aguardasse passivamente o resultado das apertações fáticas das partes que apreciasse o material processual assim reunido sem consideração subsuntiva de sua completude.”²⁵⁴.

Em paralelo ao fortalecimento dos poderes oficiosos do juiz de direção e instrução, coloca-se a técnica da oralidade como meio para se alcançar as modernas exigências de justiça social. Não se tratava, porém daquela oralidade sob a qual se estruturou a Ordenança Processual Civil alemã de 1.877, que só reconhecia a atividade oral praticada durante a audiência pelas partes e seus advogados e que desconsiderava os elementos escritos já introduzidos no processo²⁵⁵, com o equívoco metodológico de que a superação dos inconvenientes do processo escriturado estaria no mais absoluto desprezo da forma escrita, mas uma oralidade que colocava o debate público e oral, que tinha como ápice a audiência (colocada numa posição central

²⁵² OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 137.

²⁵³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 49 et. seq; PÉREZ RAGONE, Álvaro. *El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach: precisiones sobre eficiencia y derechos procesales*, p. 530 et. seq..

²⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*, p. 42; TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*, p. 63.

²⁵⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 42-43.

dentro da estrutura técnica do processo).

O contato direto e imediato do juiz com as partes e seus advogados, bem assim com as testemunhas (princípio da imediatidade), a concentração de tantos atos processuais quantos fossem possíveis em uma ou em poucas audiências (princípio da concentração) e a limitação dos recursos, via de regra, às decisões definitivas, passam a ser pedras de torque da nova legislação processual.

Sob as balizas técnicas da oralidade, não mais havia razão para separar o juízo que instruída daquele que julgava a causa, tal qual preconizado pela reforma prussiana de 1.793, já que a imediatidade, agora traduzia a aspiração de justiça substancialmente superior e mais alinhada com verdade, e, portanto, livre de amarras formais, como aquelas que instituíam o sistema de prova legal ou que cindiam a atividade de instruir e julgar²⁵⁶.

Tarello registra que a oralidade, no regime de impulso oficial, não deveria se restringir a um mero debate, mas devia se estender por toda atividade preparatória e instrutória, colocando as partes em permanente contato com o juiz; ao depois, a eliminação do sistema de prova legal, dava ao juiz, no regime de impulso oficial, um senhorio de seu processo (o que era até então impensável em outro sistema continental), já que o juiz austríaco podia agora, por sua iniciativa, ordenar a produção de uma prova mesmo sem requerimento das partes. O limite ao poder dos juízes estava apenas nas questões de mérito postas pelas partes, não obstante, o domínio do tempo do processo ficava a cargo do juiz, excluindo-se a possibilidade de qualquer acordo das partes sobre o tema²⁵⁷.

Como bem lembra Cappelletti, o triunfo do sistema da oralidade, que coloca a audiência como o momento mais importante e dramático do processo, pressupõe um “grande juiz”: hábil, inteligente e, sobretudo, honesto²⁵⁸.

Os frutíferos resultados práticos gerados pelo modelo processual gestado por Klein serviu de motor para influenciar as reformas dos sistemas processuais por todo o século XX, em maior ou menor medida.

Muito embora, em boa parte as reformas processuais operadas durante o século XX continuasse a fortalecer o papel dos tribunais dentro da dinâmica interna do processo, é curioso perceber como o movimento neoliberal pouco a pouco vai se apropriando da estrutura processual a partir da busca funcional de produtividade, ainda que as custas da compressão do

²⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*, p. 43 et. seq.

²⁵⁷ TARELLO, Giovanni. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*, p. 21-22.

²⁵⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*, p. 42.

espaço-tempo processual²⁵⁹. Em outros casos, os próprio espaço-tempo processual passa a ser tomado como fator que dificulta a realização dos interesses das partes envolvidas no conflito, pressionando desse modo pela desregulamentação das decisões e da própria estrutura do processo, especialmente se valendo do discurso da harmonia (discurso do consenso), como via adequada para o alívio das agruras do processo judicial.

No próximo capítulo, abordar-se-á os acontecimentos sociopolíticos que levaram a guinada do discurso neoliberal no último quarto do século passado, bem assim como esse movimento tem tencionado a estabelecer um esquema de protagonismo processual não linear, distanciando-se, portanto, dos típicos macromodelos liberal e social de processo.

Dentro deste contexto, evidenciará como o crescente interesse nos processos de desregulamentação do litígio, dentre os quais inclua-se a ordenação da estrutura processual por via convencional se encontra diretamente ligada a este fenômeno.

²⁵⁹ NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, p. 141 et. seq.

4 O INFLUXO NEOLIBERAL E AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS

É promissora a linha de investigação do direito comparado que não limita a analisar o intercâmbio de sistemas jurídicos pelas mesclas de técnicas e de institutos jurídicos, mas, sem desconsiderá-las, coloca no centro das cogitações deste tráfego a influência dos interesses de grupos econômicos e a inconfessável busca pela consolidação de um projeto de poder.

Nessa linha, a intensificação das relações internacionais e do processo de globalização – que tem como combustível a ideologia neoliberal –, as opções eleitas por cada sistema processual permanecem continuamente em aberto, não apenas porque estas relações podem permitir a identificação de outras opções normativas de melhor performance até então não cogitadas, mas também porque elas acabam por revelar a incapacidade de alguns ordenamentos jurídicos resistirem à imposições jurídicas de outros modelos, a reboque de fortes interesses econômicos, que no pano de fundo, repercutem (e moldam) (n)o direito.

Dessa forma, a integração internacional dos mercados é possível a partir de unidade econômica e técnica que estariam na base do processo de harmonização/uniformização do direito global, razão pela qual o direito homogêneo é antes uma necessidade colocada pela técnica e pela economia (tecnoeconomia), do que propriamente consenso acerca de uma concepção global de justiça²⁶⁰.

Por essa razão, o processo de planificação jurídica – aqui compreendido como processo de uniformização dos sistemas normativos²⁶¹ – está a exigir detida crítica e reflexão, de modo que não passe despercebidamente as técnicas de dominação, das quais se valem as economias de mercado, na configuração do direito local e da captura das instituições nas quais o Estado atua.

Em paralelo a esse fenômeno, interessa perceber como ideologia neoliberal tem impregnado não apenas as estruturas estatais, mas também as relações subjetivas tomando como base a abstrata figura do neossujeito, bem assim como o “consenso” tem servido como um instrumento retórico para recepção dócil de vínculos de subordinação contemporâneos.

Sob essa perspectiva, o presente capítulo se propõe a investigar a ressonância da ideologia neoliberal dentro do direito processual, designadamente na recente guinada das convenções processuais nos sistemas jurídicos dos mais diversos países.

²⁶⁰ ANDRADE, Rogério Emilio de. *Direito homogêneo: mercado global, administração nacional e processo de harmonização jurídica*, p. 43.

²⁶¹ ANDRADE, Rogério Emilio de. *Direito homogêneo: mercado global, administração nacional e processo de harmonização jurídica*, p. 44.

Na busca de tal objetivo, o capítulo foi estruturado em quatro partes. Na primeira delas, traçou-se breves considerações sobre neoliberalismo, demonstrando a reformulação da pauta de atuação do Estado a partir do enfraquecimento da teoria econômica keynesiana, especialmente na segunda metade da década de 1.970, bem assim o papel do FMI e do Banco Mundial na formatação da estrutura do Estados periféricos em feição agradável aos anseios de uma política de mercado global. Na segunda parte, tomando especialmente como base o pensamento de Dardot e Laval, procurou-se demonstrar que a ideologia neoliberal também procura implantar uma forma específica de governamentalidade que atinge os indivíduos em suas relações subjetivas, a partir da figura do neossujeito. Na terceira parte, a partir do pensamento de Mattei e Nader, evidenciou-se como o direito pode servir aos propósitos imperialistas contemporâneos, especialmente em contexto de mercados globalizados. Na última parte, procurou-se demonstrar como a ideologia neoliberal encontra-se capilarizada no discurso processual contemporâneo a partir da busca desenfreada pela eficiência, pela naturalização da desregulamentação em relação a definição jurídica das controvérsias, bem como na definição da estrutura do processo.

4.1 Breves considerações sobre o neoliberalismo

Tanto a primeira quanto a segunda guerra beneficiaram de modo espetacular a economia dos Estados Unidos: elas permitiram que o país se tornasse o maior produtor industrial e também o maior credor do mundo. Ao final da primeira guerra os Estados Unidos já se apresentavam com a maior economia mundial, responsável por um terço da produção industrial do planeta. Não obstante, nem mesmo a maior economia liberal do mundo se viu livre das graves crises econômicas no período entre as guerras²⁶².

Na severa recessão econômica experimentada no após a primeira guerra, a “Grande Depressão”, o aumento da inflação e do nível de desemprego colocaram em xeque a ideia liberal de que a retirada do Estado do campo econômico seria suficiente para assegurar o desenvolvimento e a saúde econômica dos Estados, a partir da liberação das forças econômicas e da capacidade de autorregulação do mercado²⁶³.

A partir da forte crítica a economia de mercado então vigente, Keynes e Polanyi sustentaram que o Estado não deveria ter apenas a função de “guarda noturno”, como pregavam

²⁶² HOBSBAWN, Erick J. *A era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*, p. 101-112; p. 413-420

²⁶³ HOBSBAWN, Erick J. *A era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*, p. 269-276; NUNES, Antônio José Avelãs. *Neoliberalismo e direitos humanos*, p. 1.

os liberais clássicos, mas deveria exercer determinada regulação e controle, a partir de órgãos centrais de direção, bem como promover a *socialização do investimento*, de forma a assegurar o desenvolvimento contínuo²⁶⁴.

Para se evitar o desemprego involuntário, especialmente em períodos de crise econômica, Keynes defendeu a realização de despesa pública de monta, mantendo e criando novos postos de trabalho, evitando-se a retração do consumo, contrariando o pensamento liberal clássico que confiava no poder autorregulatório da “mão invisível do mercado” nos períodos de crise econômica. Também sustentou a necessidade de o Estado ter em suas mãos algumas empresas públicas essenciais, evitando-se a falta de investimento privado em setores cruciais para o desenvolvimento permanente²⁶⁵.

O período da Grande Depressão cuidou de demonstrar cada vez mais a interdependência das economias e da necessidade de um mecanismo eficiente de estabilização da economia global. A partir da experiência negativa daquele período, antes mesmo do final da segunda guerra, 44 países, realizaram a Conferência de Bretton Woods, nos Estados Unidos, em 1.944, tendo como objetivo fixar as diretrizes de reconstrução da economia internacional, de modo a evitar as grandes recessões e o caos monetário²⁶⁶.

Com vista à promoção da estabilidade da economia global foram criados o Fundo Monetário Internacional (FMI), para administrar o sistema monetário internacional, e Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD), que mais tarde passou a ser conhecido como Banco Mundial, pensado originariamente para atribuir empréstimos para a reconstrução da Europa do pós-guerra, posteriormente, teve seus objetivos alargados para financiar a industrialização de países em desenvolvimento²⁶⁷.

Sob os auspícios da teoria política keynesiana, nos Estado Unidos, o programa do *New Deal* é implantado pelo Presidente Roosevelt, o que permitiu que o país se despedisse dos efeitos devastadores experimentados em sua economia no período da Grande Depressão; no outro lado Atlântico, a concepção intervencionista de Estado e de mercados regulados, também permitiu que a Europa recuperasse o crescimento econômico²⁶⁸.

O timbre de Keynes na teoria liberal, sustentando a ação intervencionista do Estado e dos mercados regulados, constituiu uma doutrina que favoreceu um governo grande, ativo e

²⁶⁴ HOBBSAWN, Erick J. *A era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*, p. 101-112; NUNES, António José Avelãs. *Neoliberalismo e direitos humanos*, p. 5-8; STEGER, Manfred. B; ROY, Ravi K.. *Introdução ao Neoliberalismo*, p. 24.

²⁶⁵ STEGER, Manfred. B; ROY, Ravi K.. *Introdução ao Neoliberalismo*, p. 25-26.

²⁶⁶ HARVEY, David. *Neoliberalismo: história e implicações*, 19 et. seq.

²⁶⁷ STEGER, Manfred. B; ROY, Ravi K.. *Introdução ao Neoliberalismo*, p. 26.

²⁶⁸ HOBBSAWN, Erick J. *A era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*.

regulador da indústria, com impostos elevados para os ricos e extensos programas assistenciais para todos os cidadãos²⁶⁹.

Na síntese de Avelãs Nunes, os 30 anos compreendidos entre 1.945-1.975, foram anos gloriosos para o capitalismo, pois, verificou-se um bom ritmo de crescimento econômico, sem oscilações sérias, com baixas taxas de desemprego e níveis aceitáveis de inflação²⁷⁰.

Entretanto, já no início da década de 1.970 a fórmula keynesiana de contenção das crises cíclicas começa a apresentar falhas: a inflação começa a sair do controle, o número de desempregos aumenta e o lucro das empresas diminui; instaura-se a estagflação. Foi o tanto quanto bastou para colocar as bases das formulações keynesianas no alvo da crítica por parte dos liberais mais conservadores²⁷¹.

A ação intervencionista do Estado e os mercados regulados são colocados no banco dos réus e acusados de serem os grandes responsáveis pelo aumento da inflação e a taxa de desemprego. A acusação mais contundente partiu da Sociedade Monte Pèlerin, na qual se arregimentava vários intelectuais (dentre os quais Hayek), que se esforçaram em reavivar as ideias centrais do liberalismo clássico, designadamente das virtudes do sistema econômico orientado pela economia de mercado²⁷².

Os membros da Sociedade Mont Pèlerin se intitulavam como liberais, porquanto comprometidos com a afirmação dos ideais de liberdade pessoal contra a sanha expansiva do coletivismo. Consoante destaca Harvey, o rótulo neoliberal marcava a adesão destes intelectuais aos princípios do livre mercado da economia neoclássica que emergiu na segunda metade do século XIX, mas sem descartar a base teórica de Adam Smith no sentido de que a mão invisível do mercado é um bem-acabado recurso de mobilização dos instintos humanos mais elementares²⁷³.

Em Hayek muito embora a supressão do desemprego fosse desejável e digna dos mais ingentes esforços, isto não poderia se dar a qualquer preço, com adoção de medidas insensatas que poderiam trazer danos ainda maiores. A expansão da atividade estatal e a regulação da economia, ainda que sob aquele nobre pretexto, produziam distorções capazes de ruir as bases de uma economia de mercado e asfixiar o poder criador de uma civilização livre²⁷⁴.

Friedman, acadêmico de grande prestígio à frente da Faculdade de Economia de

²⁶⁹ STEGER, Manfred. B; ROY, Ravi K.. *Introdução ao Neoliberalismo*, p. 28.

²⁷⁰ NUNES, António José Avelãs. *Neoliberalismo e direitos humanos*, p. 8.

²⁷¹ NUNES, António José Avelãs. *Neoliberalismo e direitos humanos*, p. 8-9.

²⁷² STEGER, Manfred. B; ROY, Ravi K.. *Introdução ao Neoliberalismo*, p. 36-37.

²⁷³ HARVEY, David. *Neoliberalismo: história e implicações*, p. 29-30.

²⁷⁴ HAYEK, Frederich August von. *A caminho da servidão*, p. 16; p.195.

Chicago, fortemente influenciado pelos princípios liberais defendidos pela Sociedade Mont Pèlerin, deu um passo a mais na consolidação das bases do neoliberalismo, disseminando-as de tal modo que, no alvorecer da década de 1.990, elas já estavam arraigadas na teoria econômica dominante. O autor apontava a inflação como o mais perigoso resultado da intervenção do Estado no domínio econômico, bem como condenou o controle de preços por parte do Estado, como forma de assegurar o acesso a bens necessários para a população com salários mais baixos; defendeu que o mercado livre seria capaz de autorregular a produção de bens em quantidade e preços compatíveis com o poder de compra de trabalhadores remunerados segundo os padrões de um mercado livre²⁷⁵.

Hayek e Friedman colocaram as bases da teoria neoliberal em elevado prestígio acadêmico, especialmente com a atribuição do prêmio Nobel de Economia ao primeiro, em 1.974, e ao segundo, em 1.976.

A consolidação definitiva do neoliberalismo como forma de regulação da política pública estatal no mundo capitalista assume uma nova dimensão a partir de 1.979, com a eleição de Thatcher na Grã-Bretanha, e de Reagan, nos Estados Unidos, em 1.980. A primeira promoveu uma série de reformas de matriz neoliberal, reduzindo os impostos, liberando o controle sobre a taxa de câmbio, reduzindo as regulações, privatizando estatais e diminuindo drasticamente o poder dos sindicatos (acusados de interferir na autorregulação dos salários e promover o desemprego voluntário). O segundo caminhou no mesmo sentido, apoiando a desregulação econômica, os cortes de impostos, o enxugamento dos gastos públicos, bem como manteve a política monetária de Volcker, iniciada ainda no governo Carter, que tinha como objetivo primeiro conter a inflação, ainda que as custas do rompimento com os princípios do *New Deal*, que tinha na busca do pleno emprego seu objetivo central²⁷⁶.

Sob a batuta de Regan e Thatcher, no início da década de 1.980, implanta-se de um “novo modelo de gestão pública”, que serviria de paradigma para a reestruturação das burocracias estatais por todo o mundo.

Essa “nova gestão pública”, de um lado, sugere que os cidadãos deveriam ser encarados como consumidores, capazes de fazer escolhas racionais sobre os mais diversos serviços colocados “no mercado de consumo”; de outro lado, incita os administradores e gestores públicos a atuarem como empreendedores, que devem promover a inovação e a eficiência para se tornarem competitivos dentro de uma lógica de mercado. Aliás, a eficiência passa ser palavra

²⁷⁵ STEGER, Manfred. B; ROY, Ravi K.. *Introdução ao Neoliberalismo*, p. 38.

²⁷⁶ HARVEY, David. *Neoliberalismo: história e implicações*, p. 31-32; STEGER, Manfred. B; ROY, Ravi K.. *Introdução ao Neoliberalismo*, p. 64 et. seq.

de ordem, a exigir a constante busca de resultados, de produtividade e de maximização de recursos, indispensáveis para se manterem a salvo nos áridos mercados competitivos, especialmente quando concorrendo em paridade com outros agentes econômicos²⁷⁷.

O neoliberalismo, é importante que se registre, é mais que uma política econômica ou uma ideologia, ele também é uma forma específica de “governamentalidade” – uma forma de “governar” o indivíduo, orientando sua conduta, nos mais diversos âmbitos de atuação –, que finca suas raízes em valores empresariais, como a competitividade, a descentralização, a disciplina, autorresponsabilidade e a competitividade; ela enaltece a delegação da autoridade ao indivíduo e a redução do poder central a unidades menores²⁷⁸.

No âmbito da ordenação da burocracia estatal, conforme esclarecem Steger e Roy, a partir de governamentalidade impregnada pela lógica empresarial, o Estado deve: desenvolver planos estratégicos; esquemas de gestão de riscos; proceder análises de custo-benefício e outros cálculos ligados à lógica de eficiência; deve adotar “boas práticas de governança”, minimizados as interferências políticas na governança; o estabelecimento de metas quantitativas; criação de planos de trabalhos individualizados e supervisão de desempenho. Enfim, como bem registram os autores, os modelos neoliberais de governação transformam mentalidades burocráticas em identidades empreendedoras²⁷⁹.

No campo das políticas públicas, a ascensão neoliberal marca tendência de desregulamentação econômica, de liberalização do comércio e da indústria, de uma onda de privatização de empresas estatais. O gigantesco, perdulário e ineficiente aparato estatal deveria caminhar para o seu enxugamento, seja através de privatizações, redução de pessoal e terceirizações, seja redefinindo e reduzindo os gastos públicos; deveria proceder reforma tributária; adotar medidas de reestabelecimento da economia de mercado, reduzir o controle estatal dos preços, eliminar as restrições aos investimentos estrangeiros e a desregulamentar as

²⁷⁷ STEGER, Manfred. B; ROY, Ravi K.. *Introdução ao Neoliberalismo*, p. 33.

²⁷⁸ CANDIOTTO, César. *A governamentalidade política no pensamento de Foucault*; DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal*, p. 18; STEGER, Manfred. B; ROY, Ravi K.. *Introdução ao Neoliberalismo*, p. 32. Estes últimos identificam a palavra neoliberalismo em três concepções distintas: como ideologia, governamentalidade e um conjunto de políticas públicas. A palavra “governamentalidade” é de criação de Michel Foucault (CANDIOTTO, César. *A governamentalidade política no pensamento de Foucault*).

²⁷⁹ STEGER, Manfred. B; ROY, Ravi K.. *Introdução ao Neoliberalismo*, p. 33. Os autores apontam que o neoliberalismo enquanto nova gestão pública traz dez objetivos de governo, a saber: a) governo catalítico: tomar o leme ao invés de remar; b) governo pela comunidade: delegar autoridade ao invés de servir; c) governo competitivo: injetar a competição na função pública; d) governo orientado para a missão: transformar as organizações orientadas por regras; e) governo orientado para os resultados: financiar resultados e não entradas; f) governo orientado para o cliente: ir ao encontro das necessidades do cliente e não da burocracia; g) governo empresarial: ganhar mais do que gastar; h) governo por antecipação: antes prevenir do que remediar; i) governo descentralizado: da hierarquia à participação e trabalho de equipe; j) governo orientado para o mercado: apoiar as mudanças através do mercado (STEGER, Manfred. B; ROY, Ravi K.. *Introdução ao Neoliberalismo*, p. 34).

atividades econômicas em geral; adotar política de reforma das instituições de modo a facilitar a atividade das instituições privadas, a partir de uma gestão mais eficiente²⁸⁰.

A disseminação das ideias neoliberais passou a rapidamente gravitar no sistema internacional e pelos motivos mais variados. Em alguns casos, essas ideias eram parte da fórmula de uma espécie de “terapia de choque”, necessária para a reconstrução de países que estavam atravessando graves rupturas institucionais, como Chile e a África. Em outros casos, elas eram implantadas por elites e dirigentes locais – educados em universidades de ponta estrangeiras – que estavam dispostos a aplicar em todas partes e sob qualquer circunstância, a “cartilha neoliberal”. Outros países, porém, a contragosto, engolia as exigências estruturais feitas pelo FMI e pelo Banco Mundial como condição para o fornecimento de empréstimos²⁸¹.

Se de há muito as concessões de empréstimos pelo FMI e o Banco Mundial vinham acompanhadas de várias exigências no campo da política monetária, elas, no entanto, caminhavam em paralelo com a aceitação do poder sindical forte e com as políticas de bem-estar social. Porém, com o enfraquecimento da ideologia keynesiana, esses empréstimos passaram a ser condicionados também à adoção de políticas governamentais em diversas áreas, alinhadas à “cartilha neoliberal”²⁸²: o Consenso de Washington.

Segundo as instituições econômicas internacionais, dentre as quais o FMI e o Banco Mundial, as duas principais causas para a crise dos países do hemisfério sul eram: a) o expansionismo estatal, estabelecendo políticas protecionistas, a regulação econômica, bem como o alto número de empresas estatais, normalmente ineficientes; e, b) o populismo econômico, que resultava no déficit público e na incapacidade de controlar as demandas salariais dos setores públicos e privados. A partir deste diagnóstico, o retorno do crescimento econômico aos países da América Latina estava a exigir reformas a curto e médio prazo. A curto prazo, deveria se combater o populismo econômico e recobrar o equilíbrio fiscal, ao depois, a médio prazo, os governos deveriam rumar para diminuição do Estado e na liberação do comércio internacional²⁸³.

²⁸⁰ NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, p. 158; MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*, p. 105;

²⁸¹ STEGER, Manfred. B; ROY, Ravi K.. *Introdução ao Neoliberalismo*, p. 39; BORON, Atílio A. *La sociedad civil después del diluvio neoliberal*, p. 69.

²⁸² HARVEY, David. *Neoliberalismo: história e implicações*, p. 33.

²⁸³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *A crise da América Latina: Consenso de Washington ou crise fiscal?*. Em síntese, o Consenso de Washington propunha um programa de reforma em 10 pontos: 1) Disciplina fiscal e orçamentária e redução déficit público; 2) reordenação da prioridade dos gastos públicos, com redução da despesa especialmente na administração pública e militar; 3) reforma fiscal; 4) liberalização do setor financeiro; 5) manutenção de taxas de câmbio competitivas; 6) liberalização comercial; 7) atração de investimentos estrangeiros; 8) privatização das empresas públicas; 9) desregulação da economia, e; 10) proteção dos direitos autorais (BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *A crise da América Latina: Consenso de Washington ou crise fiscal?*;

A partir da “cartilha neoliberal” do Consenso de Washington, o FMI e o Banco Mundial, ao condicionarem seus empréstimos aos países endividados a adoção de um programa de ajuste estrutural agradável aos interesses das autoridades bancárias globais e do mercado, acabaram por se tornar “centros de propagação e implantação do “fundamentalismo do livre mercado” e da ortodoxia neoliberal”²⁸⁴.

Nessa linha, Mattei e Nader registram:

Hoje, o FMI e o Banco Mundial condicionam seus empréstimos a economias subdesenvolvidas a certo pré-requisitos. Em teoria, essas condições deveriam habilitar o país em processo de ajuste a mudar a estrutura de sua economia de tal modo que, no longo prazo, ele pudesse atender às necessidades de utilização eficiente dos fatores de produção para assegurar o crescimento uniforme. Na prática, essa descrição extensa significa que, uma vez que a economia foi entregue às instituições financeiras internacionais, a economia política de um Estado *deve* ser reestruturada segundo os ditames da ortodoxia neoliberal. Isso implica que “o papel do Estado, em todas as suas funções progressistas e de bem-estar social, está sendo fortemente reduzido e que as próprias economias foram abertas, por meio do comércio e da liberalização financeira, às forças desimpedidas da concorrência mundial dos mercados”.²⁸⁵

De toda forma, o agravamento das desigualdades e da pobreza de vários Estados, mesmo após a adoção do receituário de Washington tem levado a crer que aquelas medidas não constituem panaceia para todas as economias, especialmente por não levar em conta os diferentes contextos sociais nos quais se encontram imersos os diferentes países.

Não fosse o bastante, como bem lembra Harvey, ironicamente as duas grandes potências econômicas que vêm alimentado o mundo após a recessão global, iniciada a partir de 2001 – os Estados Unidos e a China –, tem se comportado muito mais como Estado keynesianos do que propriamente como Estado neoliberais na sua ortodoxia mais genuína²⁸⁶.

4.2 O neoliberalismo e a “nova razão do mundo”: o influxo neoliberal nas relações subjetivas

O neoliberalismo não apenas tem a potencialidade de dissolver as regras, debilitar as instituições e moldar o direito, ele também reinventou a forma com que os homens se comportam e relacionam entre si.

STEGER, Manfred. B; ROY, Ravi K.. *Introdução ao Neoliberalismo*, p. 39; BORON, Atílio A. *La sociedad civil después del diluvio neoliberal*, p. 40-41).

²⁸⁴ HARVEY, David. *Neoliberalismo: história e implicações*, p. 38; HOBBSBAWN, Erick J. *A era dos extremos: o breve século XX: 1914-1991*, p. 90-98.

²⁸⁵ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*, p. 97-98. Em mesma direção: JULIOS-CAMPUZANO Alfonso. *Constitucionalismo em tempos de globalização*, p. 85-86.

²⁸⁶ HARVEY, David. *Neoliberalismo: história e implicações*, p. 165.

Sob essa instigante perspectiva, Dardot e Laval sustentam que o neoliberalismo constitui a “nova razão do mundo”, sendo demasiado redutor tratá-lo como uma mera ideologia ou como uma política econômica. A marca da sociedade neoliberal está muito mais na *reformulação do comportamento na esfera pública*, a partir da lógica empresarial e mercadológica, do que propriamente na “retirada” do Estado e na liberação da atividade econômica²⁸⁷.

Nessa linha, o neoliberalismo é nova forma de *racionalidade global*, não apenas porque lança seus tentáculos para o mundo todo, sem se curvar a limites territoriais dos Estados, atuando como engrenagem ideológica do movimento de globalização, mas também porque alcança todas as dimensões da existência humana²⁸⁸.

Trata-se, de fato, de uma racionalidade que tem lógica própria e com poder suficiente para moldar o Estado e seu aparato, direcionando sua forma de atuação na conformidade dos interesses do mercado. Não obstante, o que não pode ser olvidado é que essa racionalidade também penetra nos sulcos mais profundos da subjetividade humana, impondo aos indivíduos nova forma de atuação a partir de uma lógica de mercado, criando aquilo que Dardot e Laval chamam de “dimensão antropológica do homem empresa”²⁸⁹.

O indivíduo neoliberal – o neossujeito –, é um indivíduo regido por uma forma específica de governamentalidade, a qual lhe exige um estado de permanente competição, aperfeiçoamento, autogoverno e disciplina; este indivíduo é, sobretudo, um indivíduo empreendedor, que sabe aproveitar as oportunidades de lucro, de maximizar a satisfação de seus interesses e de mensurar os riscos que cercam suas atividades²⁹⁰.

A convivência com o risco, e sua conseqüente naturalização, caminha de par com a exigência de elevada flexibilidade desse neossujeito: a permanente competição com outros indivíduos igualmente empreendedores vai reclamar a flexibilidade para se adaptar permanentemente às novas exigências e às tendências do mercado²⁹¹.

Ser flexível, implica em ter liberdade para fazer escolhas, e fazer escolhas significa se responsabilizar pelos reveses que eventualmente decorrem de opções ruins. O sucesso ou o insucesso decorrem sempre das escolhas individuais²⁹².

As relações humanas são vistas como o mercado, capaz de promover a autoformação do

²⁸⁷ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal*, p. 272.

²⁸⁸ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal*, p. 16 et. seq.

²⁸⁹ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal*, p. 133 et. seq.

²⁹⁰ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal*, p. 140.

²⁹¹ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal*, p. 215 et. seq..

²⁹² DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal*, p. 216.

neossujeito, no qual o indivíduo aprende a se conduzir (se governar), com disciplina e responsabilidade, na maximização de seus próprios interesses²⁹³.

Da mesma forma que sob a ideologia neoliberal o Estado não deve interferir na dinâmica do mercado, permitindo a liberação de sua da *mão invisível*, o *homo economicus* neoliberal não deve ter suas escolhas obstadas por forças interventivas estatais, dando-se azo a seu potencial ativo, criativo e construtor, sob pena de diluir sua capacidade de vigilância de oportunidades e de riscos, indispensável para formulação da melhor estratégia para a persecução de seus próprios interesses²⁹⁴.

Nessa linha, assegurar a não intervenção do Estado nas escolhas privadas é uma decorrência inexorável da conclusão de que ninguém é melhor que o próprio indivíduo para tratar de seus próprios interesses. Este indivíduo racional neoliberal, é capaz de sopesar seus interesses em todas as dimensões de sua existência, a curto, médio e longo prazo. Daí porque não deve o Estado o tutelar, prestando-lhe serviços ou regulando seus interesses, que quando menos, promovem o comodismo, a imprevidência, a incompetência, a irresponsabilidade e o imobilismo²⁹⁵.

A privatização da vida social deixa de ser questão limitada ao consumo privado e ao lazer para ganhar dimensão ampla, envolvendo escolhas racionais, que vão exigir o cotejo de informações variadas na determinação de soluções ótimas para questões que envolvem a concretização de interesses relevantes como saúde, educação e previdência²⁹⁶.

Com o afastamento do Estado da áreas afetas ao bem-estar social, este vasto campo que se abre passa a ser ocupado pelo mercado, de modo que o indivíduo se torna responsável pelas escolhas feitas junto aos novos fornecedores de proteções sociais, isto é, ele passa a ser responsável pelo seu próprio plano de saúde e previdência, pela contratação dos seguros dos mais variados tipos e coberturas, pela provisão de reservas para custeio de serviços educacionais e de lazer, bem como para minimizar os percalços de eventual desemprego²⁹⁷. Como a

²⁹³ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal*, p. 139-141.

²⁹⁴ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal*, p. 146.

²⁹⁵ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal*, p. 197-201; 207.

²⁹⁶ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal*, p. 223 et. seq.

²⁹⁷ “A corporitização, a mercadificação e a privatização de ativos até então públicos têm sido uma marca registrada do projeto neoliberal. Seu objetivo primordial tem sido abrir à acumulação do capital novos campos até então considerados fora do alcance do cálculo de lucratividade. Todo tipo de utilidade pública (água, telecomunicações, transporte), de benefícios sociais (habitação social, educação, assistência à saúde, pensões), de instituições públicas (universidades, laboratórios de pesquisa e presídios) e mesmo em operações de guerra (como ilustra o “exército” de contratantes privados que operaram ao lado das formas armadas do Iraque) foi privatizado em alguma medida

privatização da vida social já não limita ao lazer e ao consumo privado, o espaço público cada vez mais se organiza como espécie de “global shopping center”²⁹⁸.

O neossujeito é chamado a decidir em contextos de intensa concorrência, quando nem sempre as vantagens e as desvantagens das diferentes propostas são de fácil percepção para inteligência e olhos menos treinados. A escolha infeliz e o destino trágico são decorrências da “culpa da própria vítima”, que não foi suficientemente previdente, cuidadosa, econômica e responsável na gestão de seu próprio interesse ou daqueles que lhe são caros²⁹⁹.

Não se trata mais, como no “welfarismo”, de redistribuir bens de acordo com certo regime de direitos universais à vida, isto é, à saúde, à educação, à integração social e à participação política, mas de apelar à capacidade de cálculo dos sujeitos para fazer escolhas e alcançar resultados estabelecidos como condições de acesso a certo bem-estar. O que pressupõe que os sujeitos, para “ser responsáveis”, disponham dos elementos desse cálculo, dos indicadores comparativos, da tradução contábil de suas ações, ou ainda, mais radicalmente, da monetarização de suas “escolhas”: deve-se “responsabilizar” os doentes, os estudantes e suas famílias, os universitários, que estão à procura de emprego, fazendo-os arcar com uma parte crescente do “custo” que eles representam, exatamente do mesmo modo como se deve “responsabilizar” os assalariados individualizando as recompensas e as punições ligadas a seus resultados. Esse trabalho político e ético de responsabilização está associado a numerosas formas de “privatização” da conduta, já que a vida se apresenta somente como resultado de escolhas individuais. O obeso, o delinquente ou o mau aluno são responsáveis por sua sorte. A doença, o desemprego, a pobreza, o fracasso escolar e a exclusão são vistos como conseqüências de cálculos errados. A problemática da saúde, da educação, do emprego da velhice confluem numa visão contábil do capital que cada indivíduo acumularia e geraria ao longo da vida. As dificuldades da existência, a desgraça. A doença e a miséria são fracassos dessa gestão, por falta de previsão, prudência, seguro contra riscos. Daí o trabalho “pedagógico” que deve fazer para que cada indivíduo considere detentor de um “capital humano” que ele deve fazer frutificar, daí a instauração de dispositivos que são destinados a “ativar” os indivíduos, obrigando-os a cuidar de si mesmos, educar-se, encontrar um emprego.³⁰⁰

Em mesma direção acena Harvey, quando afirma que

À medida que rediz os recursos destinados ao bem-estar social e reduz o seu papel em áreas como assistência à saúde, o ensino público e assistência social, que um dia foram fundamentais para o liberalismo embutido, o Estado vai deixando segmentos sempre crescentes da população expostos ao empobrecimento. A rede de seguridade social é reduzida ao mínimo indispensável em favor de um sistema que acentua a responsabilidade individual. Em geral se atribuem os fracassos pessoais às falhas individuais, e com demasiada frequência a vítima é que leva a culpa!³⁰¹

por todo o mundo capitalista e para além dele (na China, por exemplo).” (HARVEY, David. *Neoliberalismo: história e implicações*, p. 165).

²⁹⁸ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal*, p. 224.

²⁹⁹ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal*, p. 215 et. seq..

³⁰⁰ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal*, p. 230-231.

³⁰¹ HARVEY, David. *Neoliberalismo: história e implicações*, p. 86.

A privatização da vida social traz consigo a ideia de que a gestão privada é sempre mais exitosa do que aquela promovida pelo Estado, já que a primeira é sempre mais inovadora, flexível, tecnicamente eficaz, mais especializada, menos engessada por regras abstratas de previsão estatutária e vertical³⁰².

Conectado a esse fenômeno, emerge a importância cada vez mais alargada do contrato na vida contemporânea, regendo assuntos antes confiados a outros institutos jurídicos, ou penetrando na regulação de temas há pouco interditados ao domínio regulatório privado.

Hoje, fala-se mesmo em “contratualização” das relações sociais ou “pancontratualismo”, para designar a extensão do modelo contratual a relações antes governadas por outras espécies de estruturas: assim, o contrato imiscuiu-se no Direito de Família por meio dos acordos de convivência e pactos de união estável; no Direito das Sucessões, por meio de diferentes técnicas do chamado planejamento sucessório; no Direito Administrativo, por meio da gradativa migração de técnicas de império (desapropriação etc.) para instrumentos consensuais (v.g., convênios e termos de cooperação), na esteira daquilo que já se denominou como “fuga para o direito privado”; no Direito Processual e no exercício da jurisdição, por meio das cláusulas compromissórias e compromissos arbitrais; no próprio processo civil estatal pela novel figura dos negócios processuais; e até no Direito Penal pela celebração dos acordos de leniência e de colaboração premiada, tão em voga no Brasil de hoje.³⁰³

É, pois, nos contratos que se tem a proteção legal da liberdade de ação do neossujeito, capaz de fazer escolhas responsáveis em uma *vida social privatizada*. O cálculo dos riscos e das vantagens da ação pressupõe que os ajustes livremente pactuados devem ser cumpridos e garantidos pelo Estado, dentro de suas estruturas³⁰⁴.

Na sociedade que enaltece as virtudes subjetivas do indivíduo empreendedor e vê nos mais distintos foros da vida social uma oportunidade de maximizar a satisfação dos interesses privados, em nada surpreende a visão sacralizada dos contratos, como instrumento de estabilização de expectativas e que não menospreza a necessária flexibilidade para acompanhar um mercado dinâmico.

Em nome da eficiência, a autorregulação da vida pela privada (contrato) deve preferir à lei. Na base deste pensamento, a ideia de que indivíduos livres são responsáveis pela satisfação de seus próprios interesses.

A governamentalidade neoliberal se espalhou para todos confins da atuação humana; ela está nos hospitais e nos seguros de saúde; na Administração Pública e na avaliação de

³⁰² DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal*, p. 197, p. 290.

³⁰³ SCHEREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, p. 15.

³⁰⁴ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal*, p. 213, p. 215 et. seq..

desempenho dos servidores públicos; nas universidades e na mensuração quantitativa da produção acadêmica dos professores e nos critérios de concessão de bolsas de estudo em instituições privadas; está nos riscos da modernidade e nos contratos de seguro; está nos *reality shows* e na naturalização da eliminação dos menos preparados; está no combate a corrupção e nas delações premiadas; está na punição e na privatização dos presídios; está, enfim, na exclusão social e na defesa do mérito³⁰⁵. Para os fins que mais nos interessam de perto, não há negar que ela também já penetrou no âmbito do direito processual: está nas metas de produtividade do CNJ³⁰⁶, na pauperização do debate processual em nome da celeridade, na padronização decisória na busca da eficiência, na escolha do método mais adequado de solução do conflito, e porque não dizer, também está na leitura (de forte matriz neoliberal) que se tem feito das convenções processuais³⁰⁷.

Em todos esses campos trafega em alguma medida a figura do sujeito neoliberal, um novo *homo economicus* do qual se exige ações governadas por uma mentalidade empreendedora, indispensável para maximização de seus interesses em sociedade altamente competitiva.

Não obstante, se é questionável a existência disseminada dessa figura do “homem empresa” mesmo nos países mais desenvolvidos e imersos em lógica capitalista mais avançada, é indispensável que se problematize esta imagem no contexto brasileiro, e de forma muito particular na cena judiciária brasileira.

No contexto mais específico do tema das convenções processuais, é preciso colocar sob suspeita a existência generalizada de agentes racionais e munidos de ferramentas informacionais e materiais que lhes permitam uma inferência relativamente segura das suas

³⁰⁵ Cf. DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal*; HARVEY, David. *O neoliberalismo: história e implicações*; BORON, Atílio A. *La sociedad civil después del diluvio neoliberal*; MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*.

³⁰⁶ “Sobre a preocupação com a produtividade estatística do Judiciário, uma advertência se faz necessária nesse particular: os dados estatísticos são fundamentais para o estudo de qualquer ciência e toda iniciativa desse jaez deve ser celebrada e incentivada, especialmente porque o campo jurídico não muito amigo de dados objetivos. Entretanto, há uma faceta do estabelecimento de controle estatístico que é seriamente preocupante (...): há uma espécie de pressão perversa que pode ser impingida aos magistrados, aproximando-se a bem intencionada iniciativa de uma espécie de ditadura numérica. A partir do momento em que se exige um certo número de prolação de sentenças por mês de um juiz, em que a produtividade é o fim principal da atividade jurisdicional, apenas com os olhos voltados pra um programa de “*qualidade total*”, sem preocupações qualitativas, efeitos danosos podem ser produzidos, como o descaso com a instrução do processo pela pressa de produzir sentenças e, inclusive, evitando-se a “difícil” tarefa de se julgar o mérito, buscando artifícios formais para tornar inadmissível a tutela jurisdicional.” (GODINHO, Robson. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no Novo Código de Processo Civil*, p. 32).

³⁰⁷ Cf. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*; NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*; THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*.

chances de êxito nos contextos de disputa reais ou potenciais, de modo a justificar ampla engenharia processual, a partir do redimensionamento da autonomia privada dentro do processo.

A meu aviso, é sob a premissa do “homem empresa” que se tem feito a leitura do jurisdicionado em tema de convenções processuais. Trata-se de premissa que os jurisdicionados têm iguais disposições de comportamento, capacidade e disciplina, autocontrole e autorresponsabilidade. Ocorre, porém, que como só ocorrer com as generalizações, elas não refletem a realidade, ou como diria Barbosa Moreira, são “monismos de todas as cores”, e como tal não passam de caricaturas da realidade³⁰⁸.

Não fosse essa premissa, segundo penso, equivocada o suficiente, no caso brasileiro, os constrangedores níveis de desigualdade social, os pífios indicativos educacionais, a falta de acesso à informações mais elementares acerca de direitos ligados à cidadania e ao funcionamento do sistema oficial de justiça, o desnível de poder entre os jurisdicionados, a disseminação dos contratos de adesão (comum em qualquer sociedade de massa), dentre outros fatores, conspiram para rechaçar com ainda mais força a representação da imagem (surreal) de um cidadão livre para estabelecer engenharia processual adequada para o seu conflito, com o poder e a capacidade de moldar cada cláusula contratual sobre tema processual de seu interesse, de realizar júízo prospectivo seguro das consequências jurídico-processuais que se projetarão a partir da aposição de seu “sim” em um contrato (normalmente de adesão).

A leitura com forte acento liberalizante das convenções processuais pode incorrer em dois equívocos graves, ambos capazes de comprometer o formalismo constitucional democrático: a) presumir que todos os cidadãos brasileiros atuam a partir de uma mesma pauta de comportamento, com a mesma capacidade de disciplina, autocontrole e de informação, generalizando para todos o mesmo poder de autorregulação (com liberdade e consciência), quando, no muito, estas características grassam nas classes mais abastadas da população (e, em alguns casos, nem mesmo lá, quando se leva em conta a disparidade de força quando em cotejo com o próprio Estado ou grandes agentes econômicos), e; b) mercadificar³⁰⁹ de ponta a ponta as vias oficiais de solução de conflitos, impondo padrões de eficiência orientados pela lógica

³⁰⁸ No original: “os monismos de todas as cores não passam de caricaturas da realidade”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Direito e ética no Brasil de hoje*, p. 302

³⁰⁹ Harvey aponta que o neoliberalismo produz a suposição de que tudo pode ser mercadificado. Conforme esclarece o autor: “A mercadificação presume a existência de direitos de propriedade sobre processos, coisas e relações sociais, supõe que se pode atribuir um preço a ele e negociá-los nos termos de um contrato legal. Há aí o pressuposto de que o mercado funciona como um guia apropriado – uma ética – para todas as ações humanas.” (HARVEY, David. *O Neoliberalismo: história e implicações*, p. 178). Corre em paralelo à expansão da mercadificação de tudo a ampliação e o alcance dos contratos.

quantitativa, a redução de direitos processuais fundamentais como um dos fatores a serem levados em consideração na estipulação de preços competitivos, o desprestígio da disciplina processual produzida a partir do devido processo legislativo como forma de autopromoção da disciplina privada, na sanha de contratualizar tudo.

É justamente nesse contexto que se avulta em importância a construção de um formalismo processual democrático, copiosamente alicerçado no processo constitucional, impondo limites contrafáticos, especialmente para minimizar os desníveis de poder entre os atores sociais e econômicos dentro da cena processual, não permitindo que o processo seja tratado como mais uma mercadoria precificável, ou que, no mínimo, a governamentalidade liberal não passe de forma velada e sub-reptícia nos discursos de flexibilização de tudo, da busca de eficiência a todo custo e da construção de pseudos consensos que mascaram as antigas e novas relações de subordinação.

4.3 O Estado de Direito e a pilhagem: o neoliberalismo e a conformação do direito dos países periféricos

Mattei e Nader, em convidativo exercício crítico, na obra *Pilhagem: quando o Estado Direito é ilegal*, colocam sob suspeita a expressão “Estado de Direito”, que muito embora tenha sido utilizada como princípio fundamental do processo civilizatório, tem servido para justificar, administrar e sancionar a conquista e a pilhagem³¹⁰ ocidental, a qual tem resultado em imensas disparidades globais.

Muito embora a expressão “Estado de Direito” seja utilizada com frequência na literatura jurídica, de ciência política, da economia e em documentos oficiais, ela é facilmente absorvida sem, no entanto levar em consideração a sua variação espacial, temporal e em diferentes comunidades jurídicas, isto é, sem se preocupar com definição criteriosa ou formulação de seu conceito, pretendendo fazer crer que tal expressão é clara e objetiva – muito embora frequentemente pareça ela estar associada à ideia de democracia e de outras conotações positivas – criando-se um ideal poderoso, senão quase inquestionável³¹¹.

³¹⁰ Os autores definem pilhagem como sendo a “propriedade roubada por meio da fraude ou de força”, ou em uma acepção mais ampla seria “a distribuição injusta de recursos praticada pelos fortes à custa dos fracos.” (MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*, p. 17).

³¹¹ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*, p. 15-16. Fugindo do limbo conceitual denunciado pelos autores, é importante registrar o exemplo de Brêtas ao precisar sob quais bases se assenta sua compreensão de “Estado Democrático de Direito”, empresa que o levou a estabelecer criteriosas divisões entre as noções de “Estado de Direito” e “Estado Democrático de Direito”. Cf. BRÊTAS, Ronaldo Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*.

O “Estado de Direito” é idealizado como uma “coisa boa”, necessariamente virtuosa, e, portanto, algo a ser implementado, perseguido e promovido, seguindo de modo insuspeito no discurso político dominante, e, neste confortável limbo, ele se torna muito mais um símbolo ou ícone – um objeto de desejo – do que propriamente estrutura institucional da vida real, com vantagens e desvantagens a serem discutidos e compreendidos como qualquer outra instituição resultante do artefato cultural³¹².

Ocorre, porém, que, na visão dos referidos autores, o Estado de Direito não é necessariamente virtuoso, possuindo, pois, lado obscuro que não é alvo das cogitações da literatura jurídica e ciência política, que reiteradamente exaltam seus aspectos positivos³¹³.

Em nome do “Estado de Direito”, guerras são feitas, governos são depostos, recursos naturais são expropriados, a pauperização das condições de trabalho é justificada, a proteção ambiental é desmontada, o desenvolvimento local é sufocado em nome da propriedade intelectual e da eufórica defesa dos mercados abertos³¹⁴.

Nessa linha, o “Estado de Direito” se torna ilegal quando permite a pilhagem, tanto pela força quanto pela fraude, em ambos os casos, os advogados e juristas ilustres tem servido aos propósitos imperialistas e consolidação de pautas hegemônicas³¹⁵.

Assim, embalado pelo discurso retórico do Estado de Direito, o imperialismo euro-americano avança no processo de configuração das instituições e sistemas jurídicos ao redor do globo, legitimando a dominação etnocêntrica e protegendo interesses financeiros³¹⁶.

Muito embora o uso da força seja uma das formas mais tradicionais de pilhagem, o poder não pode ser perpetuamente mantido apenas por meio da força, razão pela qual a sua manutenção passa pela construção de uma ideologia hegemônica, a qual repercute na esfera do consentimento, fazendo parecer crer que as escolhas foram feitas e não impostas de cima para baixo³¹⁷.

Nesse processo de aceitação da matriz hegemônica o direito é importante ferramenta de manutenção do poder, que pode ser exportada para outros modelos, como uma espécie de produto tecnológico, seja de forma explícita, através de imposição legal pela força militar, seja a partir de formas mais sofisticadas, nas quais a imposição do direito se opera de forma mais sutil. Atuando desta última forma, o direito se presta aos propósitos imperialistas, provocando

³¹² MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*, p. 21.

³¹³ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*, p. 8.

³¹⁴ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*, p. 7 et. seq., p. 81.

³¹⁵ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*, p. 32-33, p. 125 et. seq..

³¹⁶ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*, p. 34 et. seq..

³¹⁷ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*, p. 62.

a planificação jurídica, no interesse da hegemonia, através da “imposição por barganha” ou por “disseminação do prestígio”³¹⁸.

Diferentemente da imposição legal pela força militar, na “imposição por barganha” ou “na disseminação por prestígio” a relação entre dominante e dominado aparece camuflada, e, por isso, não pode ser percebida facilmente à primeira vista: a clarificação dos elementos que compõem esta relação irá exigir análises mais complexas e sua desconstituição desafia uma crítica mais elaborada, pois como bem ressalta Souza: “(...) *não é fácil perceber os modos insidiosos pelos quais as práticas dos poderes dominantes constroem a ilusão de liberdade e igualdade.*”³¹⁹.

Conforme esclarecem Dardot e Laval, o poder não se manifesta exclusivamente a partir da coerção sobre o corpo, mas também acompanhando e moldando o desejo individual, a partir da ação da “influência”. O poder, nesta última forma de atuação, precisa penetrar no cálculo individual, ora para reforçar desejos ou para arrefecê-los, ora para desviá-los para novos objetos³²⁰.

A “influência” acaso ministrada em doses lentas, de maneira insidiosa, mas em quantidade adequada, constitui forma de imposição de poder tão ou mais eficiente que qualquer mecanismo coercitivo ostensivo de direcionamento da conduta, na medida em que “a liberdade de escolher” constitui holograma para comportamentos sem nenhuma margem de escolha real, isto é, ela opera como um bem-acabado produto de “engenharia de consentimento”.

Retomando o pensamento de Mattei e Nader, na “imposição por barganha”, o direito é uma das peças de “sutil extorsão”, no qual os países-alvo são “convencidos” a adotar estruturas jurídicas como medida sobrevivência nos mercados internacionais. Na “disseminação por prestígio”, não se estabelece relação de poder imediato entre dominante e dominado, pelo contrário, paulatinamente, a partir de técnicas de estereotipagem cria-se hierarquização de modelos ou institutos jurídicos, segundo a qual o sistema jurídico receptor é encarado como inferior e obsoleto, e, por isso deve ser substituído por outro modelo ou institutos jurídicos mais modernos e eficientes³²¹.

Para que a planificação das estruturas e institutos jurídicos se opere sem o uso da força, em quaisquer de suas manifestações (“imposição por barganha” ou “disseminação por prestígio”), a generalização e a criação de estereótipos constituem poderosas estratégias para

³¹⁸ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*, p. 29-34.

³¹⁹ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*, p. 29-34; SOUZA, Jessé. *A ralé brasileira: quem é como vive*, p. 41.

³²⁰ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal*, p. 216.

³²¹ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*, p. 32-33.

minimizar a complexidade dos diferentes contextos sociais e justificar a dominação e a pilhagem³²².

O direito (hegemônico) encarado como produto tecnológico é apresentado como moderno, sofisticado, flexível, dinâmico, rápido e eficiente, e, portanto mais adequado e responsivo às múltiplas necessidades de uma sociedade (um mercado) multifacetada e que reclama cada vez mais por prontas respostas; por outro lado, o direito dos países-alvo (subordinados) – o “outro” – a partir do processo de generalização e estereotipagem “é descrito como simples, primitivo, básico, estático, carente de princípios ou regras fundamentais e necessitando de coisas mais simples e óbvias (...).”³²³, ou seja, um direito engessado e incapaz de oferecer uma estrutura eficiente para o desenvolvimento econômico³²⁴.

Bem por isso o direito hegemônico é visto como objeto de desejo e veneração, tal qual outros objetos de consumo; ele seria capaz de suprir o sentimento de “falta de”, a partir da substituição de um produto imperfeito ou não suficientemente satisfatório, por um novo (ele mesmo), aperfeiçoado, moderno e mais completo, um legítimo produto advindo de “civilização superior”, fruto de uma racionalidade mais avançada³²⁵.

A necessidade do direito ocidental é criada a partir de miragens: a miragem da superioridade das nações hegemônicas, da superioridade do direito por elas engendrado, de que o reenquadramento das estruturas jurídicas dos países periféricos permitirá a mesma performance no mercado.

Feita a estereotipagem um novo passo deve ser dado: é preciso disseminar nos países-alvos (subordinados) a superioridade da ordem e da civilização dominante em relação a eles, de modo a camuflar a relação entre dominantes e dominados³²⁶.

O sucesso dessa estratégia de convencimento perpassa também pela arregimentação de agentes locais para a transformação de uma lógica cultural interna dos países-alvo, suavizando o processo de incorporação do direito hegemônico e de naturalização de conceitos jurídicos, indispensáveis para o acesso a lugares privilegiados da periferia.

Como bem pontuado por Harvey, pensamento algum se torna dominante sem aparato conceitual que mobilize sensações e instintos, valores e desejos. Se a estratégia de disseminação deste aparato conceitual for bem-sucedida, ele será incorporado ao senso comum de tal modo

³²² MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*, p. 31.

³²³ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*, p. 31.

³²⁴ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*, p. 123.

³²⁵ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*, p. 114 et. seq.

³²⁶ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*, p. 142.

que estará livre de qualquer suspeita³²⁷.

Diretamente ligado a esse fenômeno, encontra-se a formação educacional das elites dirigentes dos países periféricos, no processo de naturalização ideológica e implantação daquele aparato conceitual necessário à planificação neoliberal. Com efeito, a “falta de” de instituições acadêmicas sofisticadas nos países periféricos podem ser contornadas a partir de instrumentos transculturais de capacitação, permitindo que dirigentes dos países-alvo, repliquem e disseminem na periferia a ideologia hegemônica.

Mattei e Nader registram que os advogados e professores de direito da América Latina, através de conhecimentos especializados e doutorados realizados nos Estados Unidos (mas não apenas lá, acrescento) acabam preenchendo as deficiências jurídicas existentes nos seus países de origem, mas sempre levando em conta o *know-how* americano (ou de uma lógica hegemônica). Neste contexto, os autores relembram a presença de poderosas instituições norte-americanas, como a Fundação Ford e as principais faculdades de direito do país, “apoiando” o desenvolvimento jurídico dos países de Terceiro Mundo³²⁸.

Se “a história nunca se repete, mas rima”³²⁹, é possível resgatar na memória o papel da Escola de Bolonha³³⁰ no processo de planificação jurídica operado na Idade Média, contejando-o com o emergente processo de planificação jurídica operado pelo influxo neoliberal, segundo uma matriz euro-americana. Se na Idade Média o direito romano (o direito erudito) pavimentou o processo de planificação jurídica, a partir da concepção de que se tratava de “direito comum”, fruto de uma sociedade mais desenvolvida, e útil ao desenvolvimento econômico; na contemporaneidade, o direito hegemônico (de matriz euro-americana), continua a ser apresentado como fruto de uma civilização superior, bem como atua com a pretensão de servir como um novo “direito comum”, capaz de desatar os nós jurídicos do livre fluxo econômico decorrentes da pluralidade normativa de uma sociedade globalizada. Na contemporaneidade, as novas Escolas de Bolonha (as grandes universidades europeias e americanas) continuam a receber os estudiosos de toda parte, no entanto, diferentemente da Bolonha do século XII, a profusão do conhecimento decorre de movimento centrífugo, agora possível pela configuração de uma sociedade em rede³³¹; quiçá seja esta justamente a razão pela qual a naturalização de ideias e do direito hegemônicos se opere de modo mais acelerado.

³²⁷ HARVEY, David. *Neoliberalismo: história e implicações*, p. 15.

³²⁸ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*, p. 123-124, p. 126. Em mesmo sentido, cf. HARVEY, David. *Neoliberalismo: história e implicações*, p. 50, p. 64.

³²⁹ A frase é atribuída a Mark Twain.

³³⁰ O *insight* sobre o paralelo apresentado no parágrafo é do Prof. Dr. Dierle Nunes, quando da pré-banca deste trabalho, realizada em setembro deste ano (2019).

³³¹ Cf. CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede*.

O direito enquanto mercadoria tecnológica é apresentado como neutro e despolitizado, adaptável a qualquer contexto. Existe, pois subjacente a essa ideia a pretensão de estipular sistema jurídico universal mínimo³³² – um novo direito comum – de performance ótima, independentemente da conjuntura sócio-política em que irá operar.

A bem da verdade, essa forma de pensar o direito nulifica as especificidades dos contextos de cada país, colocando sempre em evidência a satisfação de interesses universais do mercado em detrimento da realização dos interesses locais.

Andrade sustenta que o direito homogêneo é um dos subprodutos do processo de globalização da economia. Na medida em que a atividade econômica se projeta em escala global, livrando-se das peias dos limites territoriais de sua interferência, diminui-se a capacidade da ação interventiva dos Estados nacionais e de manutenção de um direito heterogêneo desalinhado com a política econômica hegemônica. Desta forma, enquanto o Estado permanece como agente nacional, as empresas se tornaram agentes mundiais, o que justifica, em parte, a debilidade dos instrumentos interventivos do Estado. Segundo ele “o processo de globalização veio acompanhado da crença em um modelo econômico único, aplicável à totalidade dos países, desconsiderando, pois, as dimensões sociais, política e éticas, que devem ser integradas à economia.”³³³.

O direito apresentado como mercadoria tecnológica permite a consolidação de projeto neoliberal de pilhagem, que tem como agentes não apenas a sociedade euro-americana, mas também a presença de entidades transnacionais e agentes econômicos, como o Banco Mundial e o FMI. O direito, longe de ser neutro, se insere dentro do conjunto de práticas sociais, políticas e ideológicas levada a efeito por uma variedade de agentes influenciados pela lógica de mercado, dentro do fenômeno neoliberal³³⁴.

O discurso neoliberal se apropria da ideia de que o direito é mecanismo meramente técnico que deve favorecer a eficiência econômica, atrair investimentos e garantir o retorno de investimentos; eficiência, segurança e agilidade são palavras de ordem que se projetam na formatação das instituições, e de modo muito peculiar o Estado³³⁵. A esfera pública deve recuar, em prol de uma ampliação do setor privado, mais ágil, eficiente, desburocratizado e menos

³³² MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*, p. 80.

³³³ ANDRADE, Rogério Emilio de. *Direito homogêneo: mercado global, administração nacional e processo de harmonização jurídica*, p. 43.

³³⁴ “O neoliberalismo é, portanto, um conjunto de práticas sociais políticas, jurídicas e ideológicas levado a cabo por variedade de agentes influenciados pelo que chamamos de “formidável lógica de mercado”.” (MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*, p. 89). Veja-se ainda: HARVEY, David. *Neoliberalismo: história e implicações*, p. 33 et. seq.

³³⁵ Essas ideias já haviam sido reconhecidas por Klein, impactando inclusive na sua concepção de processo. Sobre o tema, pelo didatismo, cf. SPRUNG, Rainer. *Os fundamentos do processo civil austríaco*.

oneroso. A receita do “desenvolvimento” passa pela necessidade de uma “boa governança” e do “Estado de Direito”, lembrando que a determinação do conteúdo do que seja “boa governança” ou “Estado de Direito” possam ser ajustáveis aos interesses hegemônicos³³⁶.

4.4 A ressonância neoliberal no direito processual

A alteração da perspectiva socioeconômica e a política arrastada pelo discurso neoliberal têm produzido profundas alterações no sistema processual, novamente redimensionando o papel das partes e do juiz, na busca de uma nova conformação agradável à lógica competitiva dos mercados.

A eficiência é tomada como palavra de ordem na nova conformação do sistema oficial de soluções de conflitos exigida pelo mercado. Ao redor da eficiência, gravitam as aspirações neoliberais de formulação de sistema de justiça ágil o bastante para acompanhar a velocidade do tráfego jurídico e não embaraçar a competitividade econômica, com a flexibilidade necessária para se ajustar ao dinamismo do mercado e seguro o suficiente para reduzir as variáveis no cálculo da relação custo-benefício indispensável para a maximização dos interesses privados.

Em nome da eficiência, as soluções obtidas a partir do autorregramento privado devem preferir àquelas tomadas abstratamente pela lei. Os contratos devem ser cumpridos, porque são ajustes tomados por homens livres, responsáveis e autossuficientes para disciplinar seus próprios interesses, e, acaso sejam descumpridos, emerge a figura do Judiciário, que deve ser capaz de produzir decisões em escala industrial.

A obsessão pelos números e a busca incessante por resultados – ainda que à custa da compressão do espaço-tempo processual – é apenas sintoma de um sistema que entregou suas veias para a racionalidade utilitária, impondo aos atores processuais incessante adaptação às regras do jogo.

Nos próximos tópicos, seguirá a abordagem de três temas ligados ao fenômeno do neoliberalismo processual: a) a padronização decisória e a busca da eficiência; b) a expansão dos métodos alternativos de solução de conflitos e a disseminação da ideologia do consenso (ou da harmonia), e; c) e o impacto da ideologia do consenso na customização do processo a partir

³³⁶ “Os economistas e advogados com formação em Direito e Economia transformaram-se nos conselheiros mais poderosos do Banco Mundial e do FMI, formulando suas receitas de “boa governança”. Uma vez que dismantelar é mais simples do que construir, esses conselheiros demonstram, dia após dia, como era simples modificar conjuntos complexos de instituições locais em favor de instituições sintonizadas com a lógica de mercado.” (MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*, p. 82).

das convenções processuais.

Antes de prosseguir, porém, parece indispensável ressaltar que muito embora possa parecer à primeira vista que o modelo neoliberal de processo favorece a atuação concertada entre os atores processuais (conforme se aspira a partir do modelo cooperativo de processo), ele, na verdade, mantém o protagonismo de certos atores processuais em contextos específicos, afastando-se da proposta de construção de uma comunidade de trabalho entre juiz e partes na condução e nos resultados do processo. Muito embora na literatura processual se defenda um modelo cooperativo de processo, decorrente de uma atividade concertada entre partes e tribunal, na prática, essa literatura ainda se encontra imersa na lógica de sistemas processuais que não se livraram da figura de protagonistas processuais.

Nessa linha, no primeiro tema sugerido (padronização decisória e eficiência) verifica-se a manutenção do protagonismo judicial, como forma de assegurar o fornecimento de decisões em escala e padrão industrial, minimizando a importância do papel construtivo das partes nos resultados do processo.

No entanto, de modo paradoxal, a expansão da contratualização da vida, vai questionar a virtude de decisões tomadas com base na lei, para confiar aos litigantes a gestão autorresponsável de seus interesses tanto na solução do conflito, como na gestão do processo, sugerindo o afastamento do tribunal em relação a esses temas, numa espécie de liberalismo processual repaginado.

4.4.1 A padronização decisória e a busca da eficiência³³⁷

Campos ressalta que a aferição da eficiência de um processo produtivo passa pela análise da relação esforço e resultado: quanto menor for o esforço para produzir um resultado, mais eficiente será aquele processo. De modo geral, a redução dos esforços com a maximização de resultados, constitui um objetivo gerencial importante³³⁸.

A capilarização da lógica neoliberal nas estruturas das burocracias estatais e nos arranjos subjetivos do “homem-empresa” estão constantemente a exigir a maximização de resultados

³³⁷ As considerações que seguem não têm a pretensão de esgotar o tema, mas apenas delinear, de modo sucinto, o influxo neoliberal na política judiciária, em especial na maximização de resultados (quantitativos) da atividade decisória dos juízes. Para uma abordagem crítica do tema, cf. NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*; VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Precedentes: a mutação do ônus argumentativo*; FREITAS, Helena Patrícia. *Eficiência da jurisdição: necessidade de sua (des)construção para efetivação do modelo constitucional de processo*; MUNDIM, Luís Gustavo Reis. *Segurança jurídica e precedentes no código de processo civil de 2015: uma análise crítico-epistemológica a partir da Teoria Neoinstitucionalista do Processo*.

³³⁸ CAMPOS, Eduardo Luiz Cavalcanti. *O princípio da eficiência no processo civil brasileiro*, p. 4.

na busca do atingimento de padrões cada vez mais eficientes. Nesta linha, não é de se surpreender que os reclamos por crescente eficiência do sistema oficial de justiça estejam na rota direta dos influxos neoliberais.

Com efeito, não anda de par com as reivindicações neoliberais um sistema oficial de justiça em que as decisões sobre o mesmo tema são vacilantes, dificultando o juízo preditivo acerca das questões de direito discutidas, a demora excessiva na tramitação dos processos, a gestão amadora e a não incorporação de instrumentos tecnológicos nas rotinas cartorárias e na administração judicial, o desperdício de recursos materiais e humanos implicados no sistema jurisdicional.

Não é preciso desafiar a paciência do leitor rememorando a agonizante situação do Poder Judiciário brasileiro abarrotado de processos e com altas taxas de congestionamento. Nem mesmo os crescentes investimentos realizados ano a ano em sua estrutura tem conseguido produzir um serviço público mais responsivo às necessidades da população brasileira. E quanto a este particular não há que se objetar a crítica ao desperdício e o convite à busca da eficiência formulada pelos neoliberais. Sob este prisma, de modo algum pode se ter como ilegítimo a busca pela eficiência do serviço oficial de justiça.

Isso não significa, porém, que tomar a eficiência como um dos vetores a orientar a organização do serviço público jurisdicional implique na validade do raciocínio que toma como legítima a busca por resultados a qualquer custo e sob qualquer pretexto, sob pena de cancelar a barbárie, o autoritarismo, a pilhagem de direitos e garantias processuais, a asfixia da participação cidadã nos processos públicos de lites e na formulação das decisões que lhes vincularão, e, em última instância, o próprio sacrifício do direito material que se busca realizar no sistema jurisdicional.

De toda forma, a experiência histórica já cuidou de demonstrar que a liberação das forças do mercado não se faz sem alguma colaboração do Estado e de suas instituições, e quanto a isto não divergem os liberais e os neoliberais. A efusiva defesa da liberdade, que tem no contrato seu ponto alto, vai exigir do Estado instituições que garantam a estabilidade das expectativas geradas pelos pactos assumidos, daí porque não há negar a importância das soluções adjudicadas advindas do Poder Judiciário.

A teoria neoliberal, lembra Harvey, por estar centrada no regime de direito e na interpretação estrita da ordem constitucional, os conflitos que eventualmente emergirem devem ser dirimidos pelos tribunais, já que “[s]oluções remédios para todo e qualquer problema devem

ser buscados por meio do sistema legal.”³³⁹.

Sob o paradigma neoliberal é necessário criar sistema processual que não apresente riscos para o mercado, o que se daria através da uniformização decisória e máxima redução da cognição, a contemplar a excelência, eficiência e celeridade requeridas pelo mercado financeiro, mesmo que isso reduza a função fiscalizadora e construtora dos provimentos jurisdicionais realizada pelo processo³⁴⁰.

Em Hoffman e Moraes também se vislumbra o surgimento de um direito processual orientado pela lógica de mercado-liberal, no qual a economia toma de assalto o espaço de autonomia do jurídico, gerando espaço-tempo processual preocupado com a eficiência, padronização e produtividade, enfim, com a construção de um sistema de justiça de fluxo³⁴¹.

O Banco Mundial, em 1996, através do “Documento Técnico n. 319”, denominado “O Setor Judiciário na América Latina e no Caribe, elementos para reforma”, delinea uma série de “valores” que devem direcionar o programa de reforma do Poder Judiciário.

Dakolias, autora do mencionado documento, não esconde a preocupação em implementar uma reforma capaz de viabilizar o desenvolvimento econômico e a promoção do setor privado:

A reforma do Judiciário faz parte de um processo de redefinição do estado e suas relações com a sociedade, sendo que o desenvolvimento econômico não pode continuar sem um efetivo reforço, definição e interpretação dos direitos e garantias sobre a propriedade. Mais especificamente, a reforma do judiciário tem como alvo o aumento da eficiência e equidade em solver disputas, aprimorando o acesso a justiça que atualmente não tem promovido o desenvolvimento do setor privado.³⁴²

No campo decisório, os vetores de celeridade, eficiência, segurança e produtividade, de modo muito peculiar, vão justificar o aumento do papel da magistratura na definição solitária da interpretação do direito, na satisfação de interesses econômicos, em especial do Banco Mundial. O Poder Judiciário é peça de complexo engenho, cuja tarefa é proporcionar segurança para os investidores, e, por esse motivo as decisões judiciais, em especial do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça devem ser previsíveis e replicáveis da forma mais

³³⁹ HARVEY, David. *Neoliberalismo: história e implicações*, p. 77.

³⁴⁰ NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, p.159

³⁴¹ HOFFMAN, Fernando; MORAIS, José Luiz B. de. *Fundamentos hermenêuticos para um processo civil constitucionalmente adequado*, p. 206.

³⁴² DAKOLIAS, Maria. *Banco Mundial: Documento Técnico 319: Elementos para Reforma*.

expedita possível para dar cabo das dinâmicas exigências do mercado^{343_344}.

Entretanto, essa estrutura processual concebida para permitir uma produção industrial de decisões, acaba gerando estrangulamento do papel participativo das partes na co-construção da decisão através da garantia constitucional do contraditório, da minimização da importância dos princípios que compõem o modelo constitucional do processo e da redução da importância do procedimento que antecede a decisão judicial.

No registro de Nunes, muito embora a doutrina processual se antecipe em sustentar que as reformas processuais se dão com lastro nos princípios constitucionais, dando vazão a atuação judicial democrática e socializadora, o que se verifica é que no discurso de muitos autores já

³⁴³ “Nestes termos, um processo jurisdição eficiente para o mercado, deve possibilitar uma célere, segura e duradoura decisão. Nesse viés, se desenvolve um paradigma processo-temporal calcado na velocidade e nas certezas da decisão, quanto ao que foi decidido e, quanto ao modo como se decide. A estabilidade do sistema jurídico deve estar a favor da estabilidade do sistema financeiro, propiciando o seu amplo e seguro desenvolvimento. Há uma clara tendência à funcionalização do processo, bem como, à padronização da decisão. Mas quando se fala em decisão, fala-se em uma decisão adstrita às lógicas do mercado e, logo, efêmera, pragmática e eficiente.” (HOFFMAN, Fernando; MORAIS, José Luiz B. de. *Fundamentos hermenêuticos para um processo civil constitucionalmente adequado*, p. 207). Cf. NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*; THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*; NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*; FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) crise: Reflexões de Teoria da Constituição e Teoria Geral do Processo sobre o Acesso à justiça e as recentes reformas do Poder Judiciário à luz de: Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas*.

³⁴⁴ Muito embora circule na literatura processual a lição de que com o advento da CF/88 o STF e o STJ passaram a desempenhar um papel contramajoritário e de promoção da cidadania, é importante que se coloque sobre a luz a validade destas lições. Enfim, é importante problematizar, sobretudo, empiricamente, o papel daqueles tribunais na manutenção do *status quo*, isto é, na chancela de uma visão conservadora que mantém as minorias alijadas dos processos sociais, bem como a manutenção do poder dominante por meio da subversão interpretativa de normas destinadas a proteger a parcela da população mais vulnerável. Nesse particular, são relevantes dois estudos: um, levado a efeito por Cappechi Nunes, problematizando as dificuldades das minorias em se fazer ouvir nas decisões proferidas pelo STF, e o outro, realizado por Rosa de Andrade, apontado diversos casos em que as decisões proferidas pelo STJ constituem forma de recuperar, em prol do sistema financeiro e dos grandes agentes econômicos, as perdas decorrentes de decisões políticas tomadas na esfera parlamentar. Na linha do estudo do primeiro autor, muito embora se reconheça a importância de algumas decisões contramajoritárias proferidas pelo STF, após a promulgação da CF/88 (e.g. direito a interrupção da gestação de fetos anencefálicos, a possibilidade de pesquisa em células-tronco embrionárias, que reconheceu juridicamente a união estável entre pessoas do mesmo sexo e, mais recentemente, a que criminalizou a homofobia), existem pesquisas indicando que, na realidade, a atuação do STF na defesa de grupos minoritários ou na manutenção do jogo democrático é uma pequena fração do total do que se decide naquela corte. Aquelas pesquisas indicam que a maior parte do que ali se decide se dá no interesse do próprio Estado ou de elites econômicas e políticas, que conseguem estabelecer um permanente diálogo com o tribunal, contrastando com a posição de minorias suportam as agruras da impermeabilidade das estruturas judiciais, designadamente da mais alta corte brasileira (Cf. NUNES, Daniel Cappechi. *Minorias no Supremo Tribunal Federal: entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania*). Em outro giro, Rosa de Andrade procura demonstrar, a partir de uma série de casos, como a jurisprudência do STJ mudou ao longo do tempo, solidificando uma interpretação em favor de grandes grupos econômicos, que viram seus interesses confrontados a partir das decisões tomadas na esfera política legislativa, máxime em temas envolvendo em relação de consumo (Cf. ANDRADE, Lédio Rosa de. *O Superior Tribunal de Justiça e os ricos: a cartilha neoliberal*). A ponderação feita pelos autores guarda absoluta pertinência com atual contexto do direito processual brasileiro, quando ganha força o discurso de eficiência, que tem no sistema de precedentes uma pedra de torque. Não obstante, como efeito colateral desse sistema, por certo, pode decorrer, segundo penso, a asfixia da dissidência e de pressões contramajoritárias, indispensáveis para manutenção do jogo democrático.

existe contaminação por concepções funcionais e de eficácia que passam ao largo do viés público e garantista do sistema jurídico processual, pois “de modo recorrente, com uma lógica de eficácia sem possuir qualquer compromisso com o aspecto participativo e de correção normativa com que o sistema processual deve atuar”³⁴⁵.

O jurisdicionado é encarado como mero consumidor do serviço jurisdicional, para quem se reserva a um papel subserviente e opaco de provocar a atuação estatal a partir de suas pretensões, daí para frente a solução deve ser dada pelo Judiciário, da forma mais rápida possível³⁴⁶. Nessa ótica, não raro os princípios constitucionais do processo e o formalismo processual, responsável pelo controle dos excessos de uma parte em face da outra, são encarados como obstáculos para um sistema judicial célere e eficiente.

Na síntese de Nunes, o neoliberalismo processual: a) não se ocupa com a busca com fortalecimento da estrutura institucional para a prática decisória, mas apenas com aspectos quantitativos da produtividade do Judiciário; b) busca uma aplicação massificada e em larga escala das decisões judiciais; c) o papel técnico e institucional do processo é esvaziado; d) tenciona pela sumarização da cognição; e e) o incremento dos poderes do juiz é fortalecido para o atendimento dos imperativos do mercado³⁴⁷.

Se no campo decisório o neoliberalismo processual direciona rumo a construção de um sistema processual com o aumento do papel judicial, justificável na lógica mercadológica de eficiência e celeridade, capaz de proteger a propriedade privada e os contratos, em outras vertentes afetas à resolução de conflitos a lógica neoliberal vai caminhar justamente no sentido da libertação das partes da intervenção estatal, permitindo, a um só tempo, a ampla negociação entre os litigantes nos contextos heterocompositivos e a admissão de soluções de consenso diferentes daquelas divisadas pela lei.

4.4.2 A questão dos métodos alternativos de solução de conflitos³⁴⁸ e a ideologia do consenso

³⁴⁵ NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, p. 163.

³⁴⁶ NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, p.163.

³⁴⁷ NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, p. 166

³⁴⁸ A expressão “métodos alternativos de solução de conflitos”, a despeito das várias críticas em relação a sua adequação para reportar a existência de vias plúrimas de solução/tratamento dos conflitos, segue sendo utilizada no texto em razão de sua ampla disseminação na literatura jurídica. De todo modo, com apoio tem Theodoro Júnior e outros, parece relevante ter em conta que a mediação, a conciliação e a arbitragem – os mais conhecidos métodos que integram o “modelo multiportas” – podem ser pensados como *técnicas integradas* de solução/tratamento dos conflitos, ao lado da jurisdição (THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, p. 267 et. seq.). Estes métodos assim entrevistados deixam de ser encarados como instrumentos para aliviar o serviço jurisdicional, acrescendo, pois, a perspectiva qualitativa. Em relação ao tema, em Silva verifica-se crítica contundente acerca da

Interessa particularmente para o tema desenvolvido nesse trabalho o fenômeno da expansão da consensualidade na determinação das soluções dos conflitos, que tem como expressão emblemática a disseminação das *Alternatives Dispute Resolution* – ADRs –, no final do século passado. Assim, ao lado do tradicional método de solução de conflitos pela via jurisdicional se colocaram os meios alternativos de resolução de conflitos, com especial destaque para a arbitragem, a mediação e a conciliação.

Muito embora esses métodos de solução de conflitos tenham sido criados de há muito – valendo registrar que a arbitragem é anterior à formulação da jurisdição (vide item 2.3.1) e as formas consensuais de solução de conflitos sejam tão ou mais antigas que a arbitragem – a novidade surgida especialmente no último quarto do século passado está no reposicionamento das ADRs no quadro de administração da justiça civil, de modo a não mais visualizá-las como mecanismo residual de solução de conflitos, ou confinadas aos casos de conflitos mais singelos³⁴⁹.

De fato, a arbitragem já tinha encontrado lugar cativo nos interesses do mercado, não apenas para escapar da via jurisdicional e seus reveses (morosidade, ineficiência, altos custos), mas também porque nessa sede as partes poderiam eleger árbitros com conhecimento específico em relação à questão a ser decidida, além de ter assegurada a confidencialidade em relação a todos os âmbitos da disputa. Não fossem essas características, per si, interessantes o suficiente para justificar o interesse do mercado pela via arbitral, não se pode perder de vista que esse método de solução de conflitos também permitiu ao mercado, através do uso da cláusula arbitral, a obtenção de uma espécie de desregulação econômica, contendo ao avanço do Estado sobre o setor privado³⁵⁰.

A mediação e a conciliação receberam renovada atenção especialmente em virtude de promover uma superação do conflito, ao invés de acirrá-lo, como normalmente acontece na via jurisdicional.

Em todos os casos, as formas consensuais de solução de conflitos normalmente são apresentadas como mais céleres e sigilosas, menos burocratizadas e economicamente menos custosas, além de permitir a ampliação do acesso à justiça para uma grande parte da população

instrumentalização da mediação como mecanismo de desafogo judicial (Cf. SILVA, Nathane Fernandes. *O diálogo dos excluídos: a mediação social informativa como instrumento de ampliação do acesso à justiça pela via dos direitos no Brasil*).

³⁴⁹ CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistema de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*, p. 136-156.

³⁵⁰ CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistema de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*, p. 136-156.

que não levariam muitas controvérsias às arenas judiciais.

Nader investigando a ascensão daquilo designado por ela de “ideologia da harmonia”, que impregnou no cenário político dos Estados Unidos a partir do final da década de 1.970, após os conturbados anos 1.960, nos quais a população norte-americana agitava pautas de direitos civis, dos consumidores, ambientais e das mulheres e lançavam mordazes críticas às leis e aos advogados, conclui que a substituição dos modelos de soluções de disputa baseados no antagonismo não representa que os modelos de solução de disputas baseados na ideologia da harmonia (ou ideologia do consenso) sejam necessariamente mais benignos. Antes pelo contrário, “a harmonia coercitiva das três últimas décadas foi uma forma de controle poderoso, exatamente devido à aceitação geral da harmonia como benigna”. Para ela, “a história das condições que determinam as preferências na solução da disputas são “compromissos móveis” geralmente envolvendo desequilíbrio de poder.”³⁵¹.

A autora sustenta que a ideologia da harmonia, construída a partir do discurso de que o acordo é melhor do que uma solução binária (vencer ou perder), e de que é preferível a harmonia e o consenso ao confronto, tal qual deve ser a paz em relação à guerra, atraiu muitos parceiros inesperados, que vão desde políticos de direita preocupados com o sucesso das pautas de direitos até comunidades religiosas e grupos de psicoterapia, passando por firmas cansadas de pagar altas quantias por honorários advocatícios³⁵².

Nader situa a emblemática Pound Conference: Perspectivas da Justiça no Futuro, de 1.976, num momento decisivo de substituição do modelo litigioso, até então considerado como procedimento jurídico ideal, por outros fundados na harmonia e na eficiência, marcando, portanto, uma outra maneira de pensar sobre os direitos e a justiça, a partir de modelo menos confrontador e mais suave, mais voltado para a consensualidade do que propriamente preocupado com a justiça (definir o certo e o errado). Segundo ela, “[a] produção de harmonia, a rebelião contra a lei e contra os advogados (vinda muitas vezes dos próprios advogados), o movimento contra o contencioso, foi um movimento para controlar aqueles que foram privados dos direitos civis.”. Acrescenta ainda que “[u]ma intolerância pelo conflito impregnou a cultura para evitar, não as causas da discórdia, mas sua manifestação, e, a qualquer preço, criar consenso, homogeneidade, concórdia.”³⁵³.

Como estratégica retórica, a Pound Conference exaltou as virtudes dos meios alternativos de solução de conflitos regidos pela ideologia de harmonia, em contraste com o

³⁵¹ NADER, Laura. *Harmonia Coercitiva: a economia política dos modelos jurídicos*, p. 9.

³⁵² NADER, Laura. *Harmonia Coercitiva: a economia política dos modelos jurídicos*, p. 3.

³⁵³ NADER, Laura. *Harmonia Coercitiva: a economia política dos modelos jurídicos*, p. 3.

sistema formal de solução de conflitos, nos quais os tribunais estavam abarrotados de causas em um sistema que favorecia acirrada litigiosidade dos advogados e do povo americano.

Nos anos subsequentes à Pound Conference, a pesquisadora ressalta que a solução jurisdicional da controvérsia passou a ser associada a ideia de antagonismo, confrontação e guerra, a metodologia que destrói a confiança e os laços sociais, que não favorece a cooperação e que só produz perdas. Em perspectiva diametralmente oposta, as ADRs foram associadas a ideia de paz e cooperação, ou, como prefere a autora, uma forma de cura suave e sensível dos conflitos humanos, que produz apenas vencedores³⁵⁴.

Para Taruffo as várias ideologias neoprivatísticas influem no sentido de ampliar a desconfiança em relação à via jurisdicional e sugerem a oportunidade de se valer de métodos privados de solução de conflitos, nos quais se realizaria a livre autonomia dos indivíduos, sem a interferência judicial e sem os custos e as disfunções do sistema público de justiça³⁵⁵.

Chase sustenta que o crescimento das ADRs nos Estados Unidos não resultou exclusivamente do crescimento da litigância, a conspirar contra a viabilidade do Judiciário em suprir as demandas que lhes eram submetidas ou a própria eficiência do sistema jurisdicional, mas foi o resultado de exigências institucionais, de manobras políticas e de movimentos culturais³⁵⁶.

Segundo o autor, dentre os fatores culturais que culminaram na expansão das ADRs estaria o movimento de privatização operado em várias áreas da política norte-americana, que tem como produto e símbolo a eleição de Ronald Regan em 1.980.

Como se viu, a ascensão neoliberal na política de governo norte-americana culminou em várias mudanças institucionais promovidas naquele país, as quais tinham como escopo reduzir o poder e a presença governamental nas mais diversas áreas, como, por exemplo, na regulação ambiental e das relações de trabalho, bem assim nas questões afetas ao bem-estar social. Muito embora Regan não tenha endereçado nenhuma medida específica ao âmbito das resoluções de conflitos, os efeitos da mentalidade privatizadora caminharam no sentido de remover os conflitos antes inseridos no Judiciário³⁵⁷.

Não é de surpreender, portanto, que a mentalidade privatizadora da solução de conflitos tenha sido inserida no receituário de reformas do sistema de justiça para os países em

³⁵⁴ NADER, Laura. *Harmonia Coercitiva: a economia política dos modelos jurídicos*, p. 4.

³⁵⁵ TARUFFO, Michele. *Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre processo e justiça civil*, p. 30.

³⁵⁶ CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistema de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*, p. 145-158.

³⁵⁷ CHASE, Oscar G. *Direito, cultura e ritual: sistema de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada*, p. 145-158.

desenvolvimento.

O referido “Documento Técnico n. 319”, elaborado pelo Banco Mundial, por exemplo, coloca as ADRs como um dos elementos para a reforma do sistema de justiça dos países da América Latina e Caribe destinados a promover a ampliação do acesso à justiça, conforme se infere a partir da leitura de Dakolias:

O acesso à justiça pode ser reforçado através de mecanismos alternativos de resolução de conflitos (MARC). A morosidade, ineficiência e corrupção tem estimulado os litigantes a evitar completamente o sistema judiciário formal, optando pela resolução de conflitos extra-judicial. MARC podem proporcionar as partes métodos alternativos de resolução amigável de conflitos, distante da morosidade do sistema formal. Ao mesmo tempo, os MARC ampliam o acesso a grande parcela da população.³⁵⁸

Muito embora não se negue as vantagens da utilização de meios consensuais, em especial da mediação na reconstituição de relações sociais cujo vínculo se projetam para além daquele episódico conflito colocado sob discussão, tal como se dá, por exemplo, nas relações de família ou de vizinhança, ou da arbitragem em relações comerciais ou contratuais nas quais se exija acentuada expertise técnica para solução dos conflitos surgidos em decorrência da avença, também não se pode negar que a generalização e a naturalização da ideologia de harmonia (ou do consenso) pode favorecer a uma injustificável eliminação de resistência contra-hegemônica ou a aceleração de processos de desregulamentação capazes de favorecer a ampliação de vantagens estratégicas de certos litigantes, ou de outros interesses utilitários inconfessáveis.

Nessa linha, novamente com apoio em Mattei e Nader, cabe colocar sob suspeita as soluções alternativas de conflitos, em especial aquelas fundadas na ideologia da harmonia (ou do consenso), a exemplo do que foi feito com a expressão “Estado de Direito”, especialmente tendo em conta a grave advertência dos autores no sentido de que “[os] contextos institucionais não belicosos sempre funcionaram bem para os projetos de colonização, tanto para os do passado quanto para os atuais.”³⁵⁹.

As vias alternativas de resolução de conflitos, apresentadas como benéficas e virtuosas, capazes de quebrantar a formalidade típica do processo adversarial e de aproximar as partes envolvidas na controvérsia, além de menos custosas e mais céleres, seriam elas apropriadas para as necessidades dos países periféricos, não apenas por sua capacidade de evitar o exaurimento do Judiciário, com baixo custo social, mas também porque essas vias são o retrato de uma maior “sensibilidade cultural”. Passa, no entanto, ao largo desse discurso que a

³⁵⁸ DAKOLIAS, Maria. *Banco Mundial: Documento Técnico 319: Elementos para Reforma*.

³⁵⁹ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*, p. 132.

disparidade de poder é ainda mais perversa nas arenas informais do que naquela que resulta da atividade judicial³⁶⁰.

Bem por isso, a ideologia de harmonia precisa ser colocada sob suspeita, designadamente diante da realidade socioeconômica brasileira, marcada por abismos em termos de desigualdade social, que redundam em disparidade de poder entre os litigantes tanto na arena judicial quanto nas vias extrajudiciais de solução de controvérsias.

Como registra Fiss, toda a história da solução de controvérsias toma como pressuposto relativa igualdade entre as partes litigantes e a solução da controvérsia acordada seria tão somente produto de preferência delas. No entanto, o acordo também é produto dos recursos dos quais as partes dispõem para financiar o processo judicial, recursos estes que não são distribuídos de maneira igual³⁶¹, daí ser importante desmistificar a representação idealizada de que os conflitos que desafiam uma decisão judicial se traduzem em disputas entre litigantes com relativa paridade no que se refere ao poder de barganha³⁶².

Os conflitos nos quais existem relativa paridade de poder entre os litigantes não representam parcela substancial do número de processos confiados à decisão judicial, muito pelo contrário, a disparidade de poder entre os litigantes é uma constante.

Segundo pesquisa realizada pelo CNJ que buscou identificar os maiores litigantes do Poder Judiciário brasileiro, constatou-se que o Poder Público (INSS, União, Fazenda Nacional e Estado do Rio Grande do Sul) e os grandes *players* do mercado, em especial do setor bancário (Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil, Banco Bradesco, Banco Itaú, Brasil Telecom Celular e Banco Finasa) ocupam o topo da lista dos 10 maiores litigantes do país, figurando em 66,47% dos processos³⁶³.

Em outra pesquisa realizada pela Associação Brasileira de Jurimetria, procurando identificar quais são os atores mais recorrentes nas demandas envolvendo o direito do consumidor, constatou-se que os setores bancário e de telefonia são os mais acionados, cumprindo registrar, por oportuno, que problemas envolvendo as relações do consumo ocupam boa parte do contingente de processos que tramitam perante a Justiça Estadual. Nesta mesma pesquisa constatou-se que em apenas 20 empresas estão concentradas mais de 50% dos litígios³⁶⁴.

³⁶⁰ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*, p. 134-135.

³⁶¹ FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*, p. 135.

³⁶² Cf. GALANTER, Marc. *Por que “quem tem” sai na frente: especulações sobre os limites da transformação do direito*.

³⁶³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *100 maiores litigantes*.

³⁶⁴ BRASIL. Associação Brasileira de Jurimetria. *Maiores Litigantes na Justiça Consumerista: mapeamentos e proposições*.

Observando detidamente a realidade dos Juizados Especiais, outra pesquisa realizada pelo CNJ reforça as conclusões daquela pesquisa realizada pela Associação Brasileira de Jurimetria, ao constatar que a maior parte dos litígios que desaguam perante os Juizados Especiais dizem respeito às relações de consumo, na grande maioria envolvendo reclamações na prestação de serviços bancários, de telefonia e de planos de saúde³⁶⁵.

Insista-se que o quadro apresentado pelas pesquisas demonstra que a disparidade de poderio econômico entre os litigantes que frequentam o sistema judiciário brasileiro é uma constante, e não uma exceção; não perceber o perfil da litigiosidade e do litigante brasileiro é grave equívoco no desenvolvimento de políticas públicas e de construção de institutos no campo do direito processual, e caminhar no plano das conjecturas e abstrações apenas favorece a assimilação irrefletida dos “produtos jurídicos” pasteurizados (tecnodireito) e exportados pela hegemonia, pretendendo fazer crer que eles são adaptáveis a qualquer contexto social.

Não é ocioso lembrar que em muitos países hegemônicos – França, Itália e Alemanha, por exemplo – o Poder Público sequer frequenta a jurisdição civil tradicional, porquanto adeptos do sistema do contencioso administrativo³⁶⁶. No Brasil, no entanto, à conta do sistema de universalidade de jurisdição adotado, o Poder Público não apenas frequenta o sistema jurisdicional de solução de disputas, mas também figura como o maior litigante do país. Não fosse o bastante, nos países hegemônicos mais desenvolvidos, o Estado exerce um satisfatório controle da prestação dos serviços (telefonia, transporte, saúde e educação) destinados ao atendimento das necessidades da população, resolvendo nas instâncias administrativas boa parte das demandas que aqui desaguam na via jurisdicional.

Retomando o argumento, a disparidade de recursos entre os litigantes pode repercutir nas soluções acordadas de variadas formas. Em primeiro lugar, as partes mais pobres estariam em condição de desvantagem no processo de negociação já que têm menores condições de reunir e analisar as informações necessárias para prospectar a possível decisão do litígio, e a partir deste prospecto mensurar quais concessões poderiam ser feitas de modo correto³⁶⁷.

Na Justiça Federal, por exemplo, no âmbito dos cinco TRFs, as temáticas mais frequentes versam sobre benefícios previdenciários, dentre as quais se destacaram àquelas discutindo aposentadoria por invalidez e auxílio-doença previdenciário, conforme se infere do

³⁶⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça Pesquisa: perfil de acesso à justiça nos juizados especiais cíveis*.

³⁶⁶ Quanto a esse particular vale conferir o trabalho de Schwarz problematizando a importação de construções teóricas estrangeiras produzidas para contextos sociais muito diversos do brasileiro. Cf. SHWARTZ, Reberto. *As ideias fora do lugar*.

³⁶⁷ FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*, p. 135.

relatório Justiça em Números, realizado pelo CNJ, no ano de 2017³⁶⁸. Como se sabe, nestas áreas, os jurisdicionados não encontrarão dificuldades para descortinar seu direito apenas na complexa amalgama de leis (não sistematizadas), portarias e resoluções, isto sem levar em consideração o chamado “direito jurisprudencial”, capaz de tornar mais complexo o enveredamento nesta seara, mas também no campo probatório, amealhando elementos que possam demonstra os agravos à saúde que tornam impossível o retorno ou a continuidade de suas atividades laborais. Não é exagero afirmar a existência de esquema diretamente proporcional, no sentido de que quanto mais precários os recursos do autor, mais difícil será produzir a contraprova capaz de elidir a presunção de legitimidade e de veracidade do ato administrativo que negou o benefício pretendido. Existem casos dramáticos – infelizmente muito frequentes – nos quais a dignidade do jurisdicionado-autor periclita ainda mais: de um lado, sem o restabelecimento de sua capacidade laboral, ele se vê privado da possibilidade de desenvolver suas atividade profissionais, e de outro lado, sem a concessão da tutela provisória, ele, ainda que tenha seu direito reconhecido ao final do processo, ficará privado de qualquer forma de sustento durante a tramitação feito, a qual pode demorar anos a fio, e sabemos também que esta demora é muito comum. A vulnerabilidade do jurisdicionado-autor em quadros deste tipo favorece a prevaricação de direitos e de encetamento de acordos leoninos aos seus interesses.

A demora na tramitação processual nos remete à segunda forma de desequilíbrio de poder na qual os litigantes economicamente mais fracos ficam constantemente expostos em relação aos seus adversários: “um autor muito pobre pode ser explorado por um réu rico, pois a sua necessidade é tão grande que o réu pode compeli-lo a aceitar uma quantia inferior àquela a que tem direito.”³⁶⁹.

Nessa linha, cabe o registro da crítica mordaz feita por Fiss, a qual, quando menos, poderia entrar na ordem de cogitações por parte de ardorosos defensores da ideologia do consenso:

A barganha que, normalmente, ocorre entre os litigantes – caracterizada como então presumi, pela busca de interesses próprios, desequilíbrio de recursos materiais, desigualdade de acesso à informação e comportamento estratégico – não guarda qualquer relação com a justiça. Não se trata de um elemento constitutivo da justiça e tampouco um mecanismo para obter se obter justiça. Ocasionalmente, a barganha pode chegar a um resultado justo, assim como o processo judicial pode falhar e chegar a um resultado injusto. Entretanto, não há razão para se acreditar que o resultado da barganha – acordo – seja fundamentalmente justo. Tudo que podemos presumir em um acordo é que este pacifica o conflito, muitas vezes de forma frágil e temporária, e

³⁶⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em Números 2017: ano-base 2016*, p. 170.

³⁶⁹ FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*, p. 136.

que muito embora a paz seja uma precondição para a justiça, não é a justiça em si. (...) As partes vivem na realidade em um mundo imperfeito e tentam apenas tirar o melhor proveito da situação muitas vezes lamentável em que se encontram. Não há razão para crer que esse acordo negociado seja uma fonte de justiça ou, ainda, que a vontade conduza necessariamente à justiça.³⁷⁰

As críticas aos métodos consensuais de solução de litígios formuladas por Fiss se alinham às de Taruffo.

Taruffo vê dificuldades na realização de uma tutela adequada de direitos no âmbito da mediação, já que, para ele, aquela via só poderia representar alternativa à tutela jurisdicional, acaso existisse equivalência substancial em relação à proteção de direitos numa via e na outra, o que não ocorre: os acordos sempre implicam em alguma dose de renúncia em relação à reivindicação integral do direito³⁷¹.

A questão se torna ainda mais complexa quando se tem em conta a possibilidade de que o litígio surja ao redor dos chamados direitos indisponíveis, os quais, por força de lei, estariam a salvo de atos de disponibilidade de seus titulares.

Em Taruffo também se vê fundada reticência em relação à capacidade da mediação eliminar ou, no mínimo, reduzir eventuais desigualdades que possam existir entre as partes da controvérsia. Para o autor, o modelo de atuação isenta na qual deve se pautar o mediador lhe impede de adotar posturas ativas ou compensatórias em favor da parte débil: “ele [o mediador], de fato, deve ser neutro, se quiser conseguir o objetivo próprio que consiste em assegurar que as partes cheguem, afinal, em um acordo.”³⁷².

Muito embora, esteja correta a conclusão de Taruffo de que a ideologia da harmonia pode servir para cancelar a iniquidade, especialmente quando não se problematiza as disparidades de poder entre as partes envolvidas na controvérsia, a imagem da mediação formulada pelo autor está a exigir algum reparo.

Em primeiro lugar, a abordagem da mediação ligada à solução do conflito e à formulação do acordo não é a única possível, muito embora seja exatamente esta a perspectiva que tenha penetrado nas políticas públicas e judiciárias de tratamentos de conflitos, conforme se infere da leitura do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 13.140/15 (Lei de Mediação): “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.”.

³⁷⁰ FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*, p. 158.

³⁷¹ TARUFFO, Michele. *Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre processo e justiça civil*, p. 32.

³⁷² TARUFFO, Michele. *Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre processo e justiça civil*, p. 32.

Aliás, é bom que se registre, que a mediação encarada como técnica de solução de conflitos, limitada e neutra, é espécie de produto capaz de ser exportado pela hegemonia de um país para o outro, a despeito das diferenças socioeconômicas e culturais, conforme se viu em Mattei e Nader³⁷³.

Sem a pretensão de alongar demasiadamente no tema, que por certo escapa aos limites deste trabalho³⁷⁴, a mediação pensada exclusivamente como forma de solução de conflitos e à formulação de acordos traz dois inconvenientes fundamentais: a) acaba fomentando a crença de que ela será capaz de aliviar o Poder Judiciário de boa parte da sua carga de trabalho, e, sob esta perspectiva, a mediação acaba sendo instrumentalizada a partir de uma lógica quantitativa, e; b) naturaliza o sacrifício de parcela dos direitos da parte débil.

Contudo, sob perspectiva bastante diversa, a mediação pode ser vista como forma de transformar a relação entre as partes em conflito, especialmente naqueles casos nos quais existe relação continuada entre elas, desobstruindo os canais de comunicação e reconstruindo vínculos rompidos com a disputa, o que não necessariamente resulta em acordo³⁷⁵.

Em segundo lugar: a representação de Taruffo do “mediador neutro” que deve contemplativamente assistir as prevaricações da parte mais forte em relação à mais fraca, é uma representação estereotipada da função do mediador, e, de certo modo, atrelada à lógica utilitária de mediação orientada à produção de acordos.

Novamente, sem alongar demasiadamente no assunto, não existe apenas uma proposta de modelo de mediação. Em grossos traços, pode-se dizer que o modelo de mediação formatado nos EUA (e exportado para o mundo afora) é bastante distinto do modelo francês, e para trabalhar com um modelo genuinamente brasileiro, a mediação social informativa, cunhado por Silva, trabalha com a figura do “mediador pluriparcial”, terceiro que, a despeito de não ter o poder de decisão em relação ao conflito apresentado, atua de modo ativo, auxiliando as partes em seus processos de empoderamento e de participação, através do compartilhamento de informações, capacitando-as para a abordagem cooperativa e participativa não apenas no

³⁷³ MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*, p. 132 et. seq.

³⁷⁴ Para uma análise mais aprofundada do tema, cf. SILVA, Nathane Fernandes da. *O diálogo dos excluídos: a mediação social informativa como instrumento de ampliação à justiça pela dos direitos no Brasil*.

³⁷⁵ “Fortalecendo a ideia de que a relação entre a mediação e o conflito não se dá unicamente pela via da resolução, correntes de estudiosos e mediadores defendem que o foco da mediação está na transformação dos próprios envolvidos em relação à situação de conflito que vivenciam e, por conseguinte, na transformação de suas próprias relações interpessoais, e não na produção do acordo. Essa visão, contraposta à mediação modulada em Harvard, tem inspiração francesa, que, ao contrário do conceito estadunidense, aponta que o conflito não se resolve, pois é inerente à vida humana (SENA; SILVA, 2016). A mediação, que é um lugar de esperança, visa à transformação do conflito (SIX, 2001), e não à sua resolução pelo acordo.” (SILVA, Nathane Fernandes da. *O diálogo dos excluídos: a mediação social informativa como instrumento de ampliação à justiça pela dos direitos no Brasil*, p. 110-111).

conflito vivenciado, mas também em eventuais conflitos futuros, bem assim para a conquista e ampliação de direitos³⁷⁶.

Nesse particular, cumpre registrar a exitosa experiência do Projeto de Extensão com interface em Pesquisa intitulado “Educação em abordagens cooperativas de conflitos: práticas de mediação”, desenvolvido junto à Universidade Federal de Juiz de Fora *campus* Governador Valadares, coordenado por Silva. A metodologia de mediação desenvolvida no projeto tem como foco específico trabalhar as relações turbadas pelos conflitos, notadamente aquelas de família e de vizinhança, procurando, precipuamente desobstruir ou reconstituir os canais de comunicação entre os litigantes, sem a preocupação imediata na produção de acordos, muito embora tenham sido expressivos os resultados nesse campo. Em outro flanco, nos conflitos do cidadão com o Poder Público é comum perceber a falta de informação jurídica acerca de direitos básicos e de como acessá-los, razão pela qual os mediadores daquele projeto atuam suprimindo os déficits informacionais, de modo a permitir que o cidadão trafegue com maior facilidade no âmbito burocrático de vários órgãos públicos.

Feitos os reparos necessários à crítica formulada por Taruffo, no que diz respeito ao descaminho de se buscar uma “justiça consensual”, desconsiderando as disparidades entres os contendores, a insurgência do processualista é absolutamente pertinente, especialmente no contexto social brasileiro, marcado por severa desigualdade social e com lamentáveis indicadores de exclusão social.

De qualquer forma é importante não romantizar a ideologia da harmonia nos contextos de disputa, de modo a perceber que as veredas por ela abertas nem sempre levarão a resultados corretos, mas, ao contrário disto, podem encaminhar a parte débil para aviltante posição de subordinação, coonestada pelo manto do consenso.

Sob esse manto, podem estar acobertadas transações lesivas aos direitos das partes economicamente vulneráveis, que não podem dimensionar a extensão dos direitos que lhes assistem; a indiferença do sistema tradicional justiça na realização parcial dos direitos daqueles que não podem suportar o tempo do processo e acabam aceitando parcelas muito inferiores àquelas que seriam devidas; a preocupação utilitária do Poder Judiciário em reduzir a todo custo o número de processos em seu acervo, e; que os litigantes com maior poder econômico, especialmente os litigantes habituais, bem conhecem os gargalos do sistema de justiça oficial e as situações e as pessoas das quais poderá aferir vantagens.

O quadro desenhado até aqui já permite problematizar as convenções processuais dentro

³⁷⁶ SILVA, Nathane Fernandes da. *O diálogo dos excluídos: a mediação social informativa como instrumento de ampliação à justiça pela dos direitos no Brasil*, p. 140.

do contexto do sistema de justiça brasileiro, sem uma visão romantizada do instituto capaz induzir a aceitação dócil de certos pressupostos capazes de acirrar ainda mais as desigualdades entre os jurisdicionados brasileiros.

4.4.3 Os impactos neoliberais na estruturação processual e as convenções processuais

Muito embora os negócios jurídicos processuais – e por reboque as convenções processuais – não sejam necessariamente uma inovação da literatura jurídica processual contemporânea, é bem de ver que a ascensão do publicismo processual no século XIX culminou por reservar ao tema um espaço marginal, quando não a indiferença pela maior parte dos estudiosos do direito processual.

É verdade, porém, que na literatura processual alemã e francesa, ainda na primeira metade do século XX, o tema foi alvo de alguns estudos, mas, ainda colocados à sombra da ascensão publicista do processo³⁷⁷. As ideias para florescerem dependem de um bom solo e o processo construído sob uma arraigada base publicista não era um terreno propício para o cultivo da convencionalidade processual. Neste sentido, parece adequada a observação de Godinho no sentido de que a antecipação pela incompatibilidade da convencionalidade processual com as conquistas publicistas advindas para o direito processual constitui uma espécie de “trauma epistemológico”³⁷⁸.

Não obstante, curiosamente, nos albores da guinada neoliberal operada no início da década de 1.980, especialmente na França, as convenções processuais recuperaram o fôlego, a partir da necessidade de superar problemas práticos experimentados na administração da justiça pelos tribunais daquele país. Desde então, paulatinamente, a contratualização expandiu-se para permitir não apenas a informatização do processo ou para padronizar formalidades processuais, mas também para viabilizar a calendarização do processo e estabelecer a customização da estrutura do procedimento, inclusive antes do surgimento do litígio, por meio das *clauses de différend* apostas no bojo de um instrumento contratual com objeto mais amplo³⁷⁹.

³⁷⁷ Em Passo Cabral é possível encontrar relevante substrato histórico, recuperando o esforço intelectual de vários autores europeus sobre o tema, para onde remetemos o leitor, caso deseje maiores esclarecimentos. Cf. CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p. 114 et. seq.. Ocupando-se especificamente do desenvolvimento do tema na experiência francesa, cf. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Contratualização do processo: as convenções processuais no Processo Civil*, p. 41 et. seq.; CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa: seis lições*, p. 105 et. seq.; CAPONI, Remo. *Autonomia Privada e processo civil: os acordos processuais*, p. 359.

³⁷⁸ GODINHO, Robson. *Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*, p. 29.

³⁷⁹ Cf. CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre os sistemas da justiça civil: seis lições brasileiras*, p. 77et. seq.; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Contratualização do processo: as convenções processuais no Processo Civil*, p. 41 et. seq.

Passo Cabral registra que o sistema processual francês possui algumas características que permitiram a expansão da contratualização processual, designadamente a elasticidade normativa do procedimento, que se desenvolve sem muitas preclusões rígidas e a inexistência de previsão de reserva de lei, pela Constituição da França, para regular o direito processual³⁸⁰.

A experiência no direito francês, envolvendo inclusive, em alguns casos, a atividade concertada entre tribunal e toda a classe dos advogados, cuidou de fortalecer a conclusão pela legitimidade da ampliação da disciplina processual, por meio contratual, seguindo a tendência neoliberal de privatização da vida social.

Cadiet, relevante expoente do fenômeno da contratualização da justiça francesa, não esconde o influxo neoliberal na regência do tema:

De um lado, desde um ponto de vista geral, essas convenções relativas ao processo inserem-se em uma tendência muito clara, na França, à contratualização contemporânea das relações sociais, ligadas ao declínio do centralismo do Estado e seu corolário na ordem de produção normativa, o legicentrismo. Esse fenômeno eclodiu nos anos 1960, foi objeto de nobres estudos doutrinários, os quais são de grande importância independentemente da variedade de posição que exprimem, favoráveis ou desfavoráveis. Já há 15 anos que a reflexão sobre a contratualização da justiça, do processo ou, de maneira mais geral, dos modos de regramento dos litígios participa desse movimento, que traduz a emergência de uma ordem jurídica de negociação entre atores sociais ao lado de uma ordem jurídica imposta pelo Estado, o que identificamos hoje por referência ao conceito de pós-modernidade. Isso tem a ver com ascensão da lógica gerencial dentro do Judiciário, sob a influência da ideologia liberal, que nos leva a pensar a justiça de acordo com o modelo competitivo/concorrencial, o qual pode ser chamado de “mercantilização” da Justiça.³⁸¹

Deixando ainda mais evidente a perspectiva contratual que une os meios alternativos de solução de conflitos e a modulação da estrutura processual a partir das convenções processuais, prossegue o autor:

De outro lado, partindo de um ponto de vista mais particular, a renovação atual nos conduz a uma nova utilização da técnica contratual como uma das respostas à crise da Justiça, ao congestionamento dos tribunais e à longa duração dos processos. Ao lado do uso tradicional, como instrumento da solução do litígio, que o direito contemporâneo tem favorecido fortemente mediante os modos alternativos de solução de conflitos, especialmente perante a conciliação e a mediação, das quais não falarei aqui porque esse aspecto da contratualização já é bem conhecido, a técnica contratual desenvolve-se em duas direções mais novas: primeiro, no âmbito do litígio, as partes recorrem mais e mais à convenção como um instrumento de antecipação convencional de regramento de seus conflitos (I); caso contrário, uma vez já surgido o litígio, as referências ao contrato ocorrem no próprio seio da instituição judiciária como uma forma de gestão do processo (II).³⁸²

³⁸⁰ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p. 117.

³⁸¹ CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa: seis lições*, p. 78-80.

³⁸² CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa: seis lições*, p. 78-80.

Se o publicismo arraigado não constituía um solo propício para germinação da convencionalidade no âmbito processual, com o influxo da ideologia neoliberal em escala crescente e difusa, o solo começava a receber a adubagem e a irrigação adequada para o florescimento de ideias que caminhavam de par com aspiração desregulamentadora da lógica de mercado.

Em relação à produção legislativa, cresce um discurso sugestivo de tê-la como manifestação autoritária e ineficiente por parte do Estado. A lei é constantemente associada a ideia de “imposição unilateral” por parte do Estado; ela é um produto abstratizado que não acompanha as necessidades de uma sociedade caleidoscópica e rapidamente mutável; ela é, em uma palavra, ineficiente.

O declínio do prestígio da atividade legiferante estatal impulsiona a ascensão de novas formas de autorregulamentação, estas sim, democráticas, manifestações da liberdade, de um poder horizontal, da cooperação, da flexibilidade, da eficiência e de uma série de outras palavras de conotações positivas³⁸³, capazes de afrouxar a capacidade de resistência e de crítica ao instituto, designadamente em países com grandes desigualdades sociais.

Como se viu em Mattei e Nader, uma das estratégias para a recepção dócil do direito hegemônico se passa pela construção de estereótipos, que de um lado procuram simplificar o direito local, normalmente descrito como inflexível, estático e primitivo, e de outro lado a idealização do direito de matriz hegemônica, descrito como moderno, flexível, dinâmico e eficiente.

Longe dos parâmetros da racionalidade de uma “civilização superior”, o direito local é incapaz de ofertar uma estrutura eficiente para o desenvolvimento econômico e competitividade internacional. A substituição dos modelos, nessa linha argumentativa, passa ser vista como escolha lógica, senão inexorável.

Para o sucesso dessa estratégia, é fundamental descrever o direito como instrumento meramente técnico e neutro (tecnodireito), e, como tal, perfeitamente adaptável à realidade de qualquer país.

Nessa linha, especificamente no que toca ao tema das convenções processuais não é incomum encontrar na literatura processual brasileira a exaltação do direito de países hegemônicos, que em maior ou menor amplitude endossam o instituto, para depois sustentar a

³⁸³ Veja-se, por exemplo, passagem colhida da obra de Passo Cabral: “O consenso parece ganhar espaço em detrimento da autoridade, e então a lei passa ceder em favor do contrato e do acordo como instrumento de produção normativa. Nesse cenário, as convenções processuais oferece novos espaços de liberdade, uma passagem de ordem imposta para uma ordem jurídica negociada.” (CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p. 165-166).

sua incorporação em terras tupiniquins, na formatação feita alhures, sob a justificativa de que a ampla abertura à convencionalidade processual (especialmente a atípica) traria ao Brasil, por exemplo, vantagens internacionais de atração de negócios jurídicos materiais, a redução de incertezas e absorção dos custos, bem como a eficiência e a economia processual.

A descrição das convenções processuais associadas às vantagens daquele tipo sem dúvida soa agradável aos interesses de mercado, não obstante exista um esforço em fazer parecer crer que aquelas vantagens estarão ao alcance de todos (mesmo porque o tecnodireito deve ser vendido como um produto neutro e igualitário), e nunca como mecanismo para reforçar a “eficiência” de um sistema de justiça civil, modelável pela parte forte (países hegemônicos, empresas multinacionais, instituições financeiras, locadores etc.) em seu favor, em detrimento dos mais fracos (países alvo, pequenos devedores, consumidores, trabalhadores, inquilinos, etc.)³⁸⁴.

No entanto, a flexibilidade processual como fator de promoção daquelas vantagens (bilaterais) se esmaecem, quando não se dissipam, diante de contextos marcados por sérios desníveis de poder entre os contendores (ou potencial contendores), podendo redundar em pilhagem de direitos processuais da parte economicamente mais vulnerável.

Quanto a esse particular, a questão foi muito bem descrita por Santos:

Nos casos em que os litígios ocorrem entre cidadãos ou grupos de poder sócio-econômico parificável (litígios entre vizinhos, entre operários, entre camponeses, entre estudantes, etc.) a informalização da justiça pode ser um genuíno fator de democratização. Ao contrário, nos litígios entre cidadãos ou grupos com posições de poder estruturalmente desiguais (litígios entre patrões e operários, entre consumidores e produtores, entre inquilinos e senhorios) é bem possível que a informalização acarrete consigo a deterioração da posição jurídica da parte mais fraca, decorrente da perda das garantias processuais, e contribua assim para a consolidação das desigualdades sociais; (...)³⁸⁵

A construção de um modelo de convencionalidade processual alinhada ao contexto brasileiro deve ter em conta tanto o perfil dos litígios e dos litigantes do país, de modo a permitir o cotejo crítico do discurso pasteurizado pela hegemonia.

Nesse particular, dois pontos devem merecer atenção: os níveis de desigualdade social e o perfil dos litígios brasileiros.

Muito embora, infelizmente seja um lugar comum a informação de que o Brasil é um país tisonado pela desigualdade, é importante ter em mente que ela se projeta em várias frentes, resvalando na desigualdade econômica e de renda, de oportunidades, de raça, de informação e

³⁸⁴ TARUFFO, Michele. *Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre o processo e justiça civil*, p. 28 et. seq..

³⁸⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução à sociologia da administração da Justiça*, p. 121.

formação e de acesso à saúde, moradia, alimentação, transporte, lazer e educação³⁸⁶.

Em pesquisa fornecida pela CIA americana, mencionada por Steger e Roy, no ano de 2.007, o Brasil figurava entre os 12 países mais desiguais do mundo, ocupando a 10ª posição. Em pesquisa mais recente realizada pela Oxfam Brasil, em parceria com a Data Folha, divulgada neste ano (2.019), o país ocupa o 9º lugar, posição que já ocupava desde de 2.017³⁸⁷.

Em outra pesquisa realizada pela Oxfam Brasil, datada de 2.018, verificou-se que nos últimos cinco anos, aumentou a proporção da população brasileira em condição de pobreza, do nível de desigualdade de renda do trabalho e dos índices de mortalidade infantil, bem assim variação de renda para pior dos 40% mais pobres da população brasileira³⁸⁸.

Segundo dados recentes do IBGE (2.019) o país ainda tem 11,3 milhões de analfabetos entre a população com mais de 15 anos de idade (6,8% do contingente total da população nesta faixa etária). Em outra pesquisa divulgada em novembro de 2.018, verificou-se que na população brasileira com mais de 15 anos, três em cada dez, são analfabetos funcionais (faixa que incluem os analfabetos absolutos e pessoas com alfabetização rudimentar), registrando que apenas 25% brasileiros naquela faixa etária tem alfabetização intermediária e apenas 12% um nível proficiente³⁸⁹.

Em média, segundo pesquisas divulgadas em 2.015, o brasileiro tem, em média, 7,8 anos de escolaridade, enquanto na França e na Alemanha (países normalmente tomados como expoentes da convencionalidade processual), a média é de 11,6 e 13, 2 anos, respectivamente³⁹⁰. Mas não se trata apenas de uma questão quantitativa (anos de estudo): é preciso ter em consideração, sobretudo, a discrepância qualitativa do ensino brasileiro e o daqueles países.

O reflexo mais evidente do baixíssimo nível educacional brasileiro é a permanente exposição deste expressivo contingente da população brasileira, designadamente daquela parcela de adultos que contratualmente se obrigam a todo tempo, à desinformação e à manipulação de informações de todo tipo.

Não seria exagero inferir que especificamente sobre a disciplina processual a ausência de informação ou de manipulação delas estejam em patamares ainda mais elevados, especialmente considerando as complexidades que gravitam em torno do sistema oficial de

³⁸⁶ SCHUARTZ, Lilia Mortiz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*, p. 126.

³⁸⁷ STEGER, Manfred. B; ROY, Ravi K.. *Introdução ao Neoliberalismo*, p. 143; OXFAM BRASIL. *Nós e as desigualdades: pesquisa Oxfam Brasil/Data Folha: percepções sobre a desigualdade no Brasil*.

³⁸⁸ OXFAM BRASIL. *País estagnado: retrato das desigualdades brasileiras 2018*. No mesmo sentido, IBGE. *Síntese de Indicadores Sociais: indicadores apontam aumento da pobreza entre 2016 e 2017*.

³⁸⁹ FAJARDO, Vanessa. *Como o analfabetismo funcional influencia a relação com as redes sociais no Brasil*. Notícia colhida do site O Globo: *Brasil ainda tem 11,3 milhões de analfabetos*. Em 2016, em média 51% da população brasileira com mais de 25 anos tinha no máximo o ensino fundamental (IBGE).

³⁹⁰ Ranking disponível em: < <https://pt.db-city.com/País--Média-de-anos-de-escolaridade>>

justiça e da própria linguagem utilizada pelos operadores jurídicos³⁹¹.

Não é necessário delongar acerca das dificuldades encontradas pela parcela economicamente vulnerável da população para identificar a violação a seus direitos e de vindicarem em juízo a reação contra o ilícito. Esse obstáculo já é bastante conhecido, especialmente a partir da bastante difundida obra de Cappelletti e Garth³⁹². No entanto, é importante ressaltar o déficit de Defensores Públicos do país.

Segundo reportagem veiculada no ano de 2.018 no site R7, com base em informações prestadas pela Associação Nacional dos Defensores Públicos, o país tinha 5.900 defensores públicos, número inferior a metade do necessário para cobrir a parcela mais vulnerável da população brasileira³⁹³.

Pensar a convencionalidade processual em contextos sociais como o brasileiro significa levar em conta as desigualdades sociais, o baixo nível educacional da população brasileira e as dificuldades de se obter a assistência jurídica integral para os economicamente vulneráveis. Esses fatores (solenemente ignorados) devem ser contrastados com o ideal do homem calculador neoliberal, isto é, com a artificial imagem do homem empresa, sub-repticiamente inculcada nos processo interativos humanos a partir de uma lógica neoliberal; é preciso constranger a literatura processual a responder para qual jurisdicionado o modelo de negociação processual até então desenhado se presta a servir; é preciso responder se se trata de um modelo, de fato, ao alcance de todos ou se presta aos fins de um pequeno grupo de atores que trafegam com maior frequência no sistema jurisdicional; enfim, é esclarecer se se trata de um modelo genuinamente democrático, ou se adjetivação democrática que normalmente a ele se atribui é mais um estratagema ou recurso de linguagem para justificar a pilhagem de direitos processuais da parte débil.

Se a privatização da vida pouco a pouco passou a exigir do cidadão – o neossujeito – a racionalização de suas escolhas para questões que envolvem a saúde, a educação e a previdência, agora, ela esta a lhe exigir o cotejo de variantes na customização da própria estrutura processual.

Ademais, não se pode olvidar que o fenômeno da privatização da vida, que avança na

³⁹¹ Sobre o tema, confira-se o sensível texto de Viana (VIANA, Márcio Túlio. *O segundo processo*).

³⁹² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Buscando pensar o acesso à justiça de forma mais alargada, desvinculando-se do mero acesso ao judiciário, Cf. SILVA, Nathane Fernandes da. *O diálogo dos excluídos: a mediação social informativa como instrumento de ampliação do acesso à justiça pela via dos direitos no Brasil*. Abordando as dificuldades de acesso à justiça pela população com menos recursos financeiros: SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução à sociologia da administração da Justiça*; SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da Justiça*.

³⁹³ PEREZ, Fabiola. *Brasil tem déficit de seis mil defensores públicos, diz estudo*.

figura do contrato como estrutura chave da autorregulação social, opera-se no contexto de sociedade de massas e que tem no contrato de adesão expressão de maior profusão, e nestes contratos, sabe-se bem que há margem muito pequena de modulação do conteúdo eficaz do negócio pelo aderente³⁹⁴.

O que está em causa é, em última instância, a exigibilidade do brasileiro comum – privado de condições materiais mínimas, afetado pela desigualdade social endêmica, com baixa instrução e normalmente privado de informações jurídicas relevantes – a *governamentalidade* para se atuar na maximização do próprio interesse e a própria liberdade e autonomia na conformação das regras processuais apostas no bojo dos contratos que enceta. Enfim, o que está em causa, é a manutenção resignada de uma teoria das convenções processuais embasada no

mito liberal do contratualismo, que reduz toda a vida em sociedade – nomeadamente a vida económica – a *relações contratuais* livremente assumidas por indivíduos livres, independentes e iguais em direitos, cada um dos quais dispõe de informações completa sobre todas as alternativas possíveis e sabe perfeitamente o que quer.³⁹⁵

Esclareça-se desde já que não se dirige crítica apressada e generalizada a ampliação dos poderes das partes na gestão do processual, a partir da convencionalidade processual, que pode permitir a construção de procedimentos que potencializem a participação dos sujeitos processuais a partir da reinvenção de novos arranjos ao formalismo processual.

Nessa linha, as convenções processuais celebradas de modo equilibrado, sem comprometer o fluxo policêntrico estabelecido entre os atores processuais e sem implicar em subjuogo de qualquer dos litigantes, travadas a partir da livre flutuação de informações jurídicas relevantes para embasar decisão livre e consciente do cidadão (especialmente com acompanhamento técnico-jurídico de profissional do direito: advogado ou defensor público), sem comprometer os direitos e garantias fundamentais e tomando como base as peculiaridades do caso concreto, pode, evidentemente, contribuir para um novo dimensionamento do formalismo processual democrático.

A crítica é dirigida ao furor sobre as convenções processuais, que, num discurso parcial, atribui ao instituto falsa virtude de redenção, deixando de cogitar sua ambiguidade e riscos ao formalismo processual democrático, ao modelo constitucional de processo e a exposição a que

³⁹⁴ Ao depois, como lembra Avelãs Nunes, no âmbito da sociedade de massas, a ampla concorrência estabelecida pelos grandes atores económicos é pensada a partir de uma lógica de existência de um número muito elevado de compradores e vendedores, cada um deles suficientemente pequeno para não interferir de modo sério sobre a oferta e a procura do mercado, não obstante se venda uma análise da sociedade, concebida como um conjunto de indivíduos livres e iguais em direitos. Essa disparidade entre a prática do mercado e a descrição da sociedade, camufla uma questão de poder. (NUNES, José Avelãs. *Neoliberalismo e direitos humanos*, p. 117)

³⁹⁵ NUNES, António José Avelãs. *Neoliberalismo e direitos humanos*, p. 57.

se pode sujeitar esmagadora parcela da população brasileira que se encontra a mercê de mínimas condições materiais, frustradas da garantia fundamental de assistência jurídica integral e que podem deixar ter o processo como via adequada e satisfatória para perseguição de seus direitos.

O recurso à convencionalidade processual é legítimo quando decorre de uma opção livre e conscientemente eleita pelos contendores, ou por eles em conjunto com o juiz, estabelecendo estipulações sobre a estrutura processual, adequadas ao caso concreto, respeitando-se o modelo constitucional de processo. No entanto, esta legitimidade fenece quando instituída a partir de um jogo de informações imperfeitas no qual o litigante com maior poder econômico avança sobre a parte débil, quando é imposta pelo magistrado às partes, quando encara o procedimento como aspecto burocrático ou formalidade desimportante no processo de construção da decisão judicial, quando põem em pouca conta o processo constitucional.

A convencionalidade processual não pode ser espécie de armadilha para o (economicamente) débil, que sob as vestes do consenso e da participação se coonest a renúncia de direitos processuais ou paradoxalmente se renuncia a participação processual cujo ajuste ironicamente diz pretender potencializar.

4.4.3.1 As convenções processuais, a ideologia da harmonia e os litigantes habituais

O processo jurisdicional negociado e as vias consensuais de solução dos conflitos partem de uma lógica: a ideologia da harmonia (ou do consenso). Em ambos os casos, encontra-se na base teórica a necessidade de quebrantar o esquema de antagonismo entre os contendores e de afinar interesses comuns.

A partir da identificação de núcleos de convergência de interesses das partes, poder-se-ia então flexibilizar as formalidades típicas de processo estruturado sob premissa adversarial, eliminando custos e reduzindo o tempo de sua tramitação.

Novamente é desenhado quadro que tem como premissa uma relativa igualdade entre os convenientes e o resultado da estruturação processual por elas engendrado nada mais é que produto de preferência dos próprios envolvidos na controvérsia, que deveriam ter suas vontades respeitadas ao fim e ao cabo. Trata-se de representação idealizada que remete a cena envolvendo um litígio individual, entre sujeitos como relativa paridade.

Não obstante, a partir desse quadro – com representação distorcida da realidade –, também se mascara as disparidades de poder e barganha na definição da estrutura processual “convencional”.

Litigantes com grande expertise na cena judicial passam a ser descritos como sujeitos

que devem favorecer a autocomposição, de promover soluções suaves para os conflitos de interesse, afastando-se do perfil adversarial. E se é assim, resta encaminhada a ideia pela possibilidade de que estes *players* possam estabelecer convenções processuais no interesse comum da boa administração da justiça.

Nesse particular, é curioso perceber a aura redentora da ideologia da harmonia dar novas feições à Administração Pública e ao próprio Ministério Público, pretendendo fazer crer existir a possibilidade real de que estas instituições renunciem vantagens estratégicas acaso ecloda um litígio entre elas e o particular. Particularmente tenho dificuldades de encontrar justificativa jurídica para que estes entes renunciem posições estratégicas em seu favor em prol dos interesses daqueles contra quem litiga. No entanto, uma vez admitida a possibilidade de convenções processuais por estes entes, na prática, o que acontecerá – convicção que tenho como suspeita – é um juízo antecipado de validade de renúncia de situações jurídicas processuais consolidadas em favor do cidadão comum a partir do devido processo legislativo, isto é, a pilhagem de direitos e garantias processuais, muito bem embaladas pelo “consenso”.

É particularmente curioso o caso específico do Ministério Público que, segundo penso, pode ter nas convenções processuais, designadamente naquelas envolvendo a discussão de direitos coletivos, um importante fator de igualação e de proteção dos substituídos processuais, quando o agente supostamente causador do dano é organização de grande envergadura. Dificilmente o cidadão comum teria, por si só, o mesmo poder de barganha para granjear situações processuais de seu interesse em face daquelas organizações. No entanto, tenho dificuldade de perceber a paridade indispensável para a celebração de um negócio processual de forma livre quando a convenção processual é estabelecida entre o Ministério Público e uma pessoa natural, máxime quando se verifica que apenas este renunciou situações jurídicas de vantagem em seu favor. Muito tem se dito sobre o perfil consensual do Ministério Público, inclusive no âmbito criminal, suscitando como exemplo emblemático a figura da delação premiada³⁹⁶. No entanto, não se pode deixar de ouvir as vozes que questionam a legitimidade do consentimento após o afrouxamento da resistência operado pelas prisões processuais decretadas em desfavor do investigado/processado. Certamente não é esta a sede adequada para discutir estas questões, no entanto consigne-se que o cidadão comum não tem o mesmo poder de barganha diante de grandes instituições ou o próprio Estado, incluindo-se especialmente a Administração Pública e o Ministério Público. Na equação de interesses entre estes entes e o cidadão comum o resultado, frequentemente, será de saldo negativo para este último, muito

³⁹⁶ Cf. SOARES JÚNIOR, Jarbas; ÁVILA, Luciano Coelho (orgs.). *Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público*.

embora esteja tudo quase sempre acobertado pelo manto angelical, quase virginal, da ideologia do consenso, repita-se.

Já se expôs em passagem anterior, com base em pesquisa realizada pelo CNJ que o Poder Público e os grandes *players* do mercado são os maiores litigantes do país, figurando como parte em 66, 47% dos processos que tramitam perante o Judiciário brasileiro, razão pela qual renova-se a advertência no sentido de que a maioria dos conflitos submetidos ao Judiciário existe um desnível de poder entre os litigantes, recomendando cautela quanto à ideologia da harmonia na arena judicial.

Não é preciso muito esforço para concluir que a disparidade de recursos financeiros e informacionais entre os convenientes possam resultar na ampliação das vantagens estratégicas³⁹⁷ entre eles numa futura disputa judicial, como resultado de uma atuação estratégica. É justamente por isso que todo o discurso em prol das convenções processuais deve se preocupar mais com a perspectiva qualitativa do processo negociado, de modo a perceber moldura procedimental capaz de potencializar a atuação dos sujeitos processuais, evidentemente levando em conta as peculiaridades do caso concreto.

A possibilidade de atuação estratégica poderia auxiliar a parte forte avançar sobre os direitos processuais da parte débil. Salta à memória os duelos anteriores à idade média, onde a vitória deve ser atribuída ao mais forte (ou no caso, ao mais esperto ou economicamente mais preparado) (vide itens 2.3 e 2.4). No entanto, a redução do papel do processo a mero jogo de apostas estratégicas quando se tem em conta relevantes direitos fundamentais a serem

³⁹⁷ A questão já foi apontada de há muito. Cf. MENGER, Antonio. *El derecho civil y los pobres*; GALANTER, Marc. *Por que “quem tem” sai na frente: especulações sobre os limites da transformação do direito*. Este último autor esclarece: “JHs [litigante habitual ou *repeat player*] também podem disputar as regras da própria litigância, ao passo que é improvável que um PE [litigante eventual ou *one-shooter*] o faça. Isto é, existe uma diferença em relação ao que eles consideram como resultado favorável. Dado que sua aposta no resultado imediato é alta e que por definição um PE é despreocupado com o resultado de semelhante litígio no futuro, ele terá pouco interesse naquele elemento do resultado que pode influenciar a disposição do julgador da próxima vez. Para o JH, por outro lado, qualquer coisa que favoravelmente influencie os resultados de casos futuros vale a pena. Para um jogador qualquer, quanto maior for a aposta e quanto menor a probabilidade de repetição da disputa, menos provável que se preocupe com as regras que governarão futuros casos do mesmo tipo.” (GALANTER, Marc. *Por que “quem tem” sai na frente: especulações sobre os limites da transformação do direito*, p. 51). Demonstrando igual preocupação, Taruffo esclarece: “Além disso, parece proveitoso levar em consideração – não obstante o tempo que passou – a análise fundamental realizada por Marc Galanter nos anos setenta sobre as vantagens estratégicas dos que “Têm” (*Haves*) sobre os que “Não têm” (*Have-nots*). Com efeito, alguém poderia perguntar se qualquer tipo de globalização processual funcionaria no sentido de reduzir as diferenças estratégicas, econômicas e culturais entre os *repeat players* e os *one-shotters*. Uma primeira impressão pode apontar apenas no sentido oposto: em nível global, *repeat players* são muito maiores, mais poderosos e melhor organizados que em nível nacional, enquanto os *one-shotters* tendem a ser relativamente pequenos, mas fracos e menos capazes de tomar proveito dos mecanismos processuais transnacionais ou internacionais (que em muitos casos não existem ou não estão disponíveis). Pode ser dito, portanto, que a globalização pode funcionar como um “multiplicador” poderoso de diferenças entre as partes, e correspondentemente como um fator relevante de desigualdade processual.” (TARUFFO, Michele. *Ensaio sobre o processo civil: escritos sobre processo e justiça civil*, p. 16).

implementados por ele, significa, de certo modo, permitir a nulificação de direitos fundamentais ao argumento de que a perda seria justificável porque o litigante é um mau estrategista; não obstante, insista-se o lado mais perverso é ter em mente que o litigante habitual tem em seu favor não apenas o peso da experiência, mas também dos recursos financeiros e da disponibilidade informacional.

4.4.3.2 As convenções processuais, o sujeito neoliberal e os contratos empresariais

Conforme pontuado por Dardot e Laval, o neoliberalismo pretende consolidar a figura do neossujeito, para todos os campos da existência humana.

O neossujeito é indivíduo que opera segundo uma governamentalidade específica, que lhe força a empreender constantemente, a calcular as possibilidades de retorno de seus investimentos pessoais e profissionais a partir da consideração dos riscos que envolvem sua ventura; é indivíduo precavido e regido por elevado senso de responsabilidade e autogoverno.

Ocorre, porém, que o neossujeito, à conta das virtudes que dele se espera, é produto abstrato que não grassa como a frequência que se pretende fazer crer nos contextos sociais marcados pelas desigualdades sociais, quiçá nem mesmo naquelas sociedades de capitalismo mais avançado. É, por essa razão, que se torna temerário construir sistema de convenções processuais que se opera a partir da imagem do sujeito neoliberal.

Não obstante, é importante considerar que a figura abstrata do neossujeito não deixa de ser uma projeção idealizada do homem empresário, daí porque não desperta qualquer perplexidade o fato daquela representação abstrata poder ser apropriada com maior pertencimento aos círculos das atividades e contratos empresariais; é, pois, nestes nichos, que a lógica da competitividade, disciplina, autorregulação e da gestão dos riscos inerentes à atividade desenvolvida, na busca pela maximização dos interesses, é melhor absorvida.

Didier Jr. e outros, discorrendo sobre os negócios jurídicos processuais em contratos empresariais, registram que para além das vantagens de uma “customização processual”, aqueles ajustes podem servir como instrumento de maior garantia de segurança e previsibilidade, além de funcionar como um ativo importante no momento das negociações³⁹⁸.

Relembrem os autores que nos contratos empresariais, existe racionalidade específica e negociação especializada; neles as partes estão geralmente em igualdade de condições e assistidas de advogados, daí sustentarem a necessidade de teorização particular sobre a

³⁹⁸ DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. *Negócios processuais em contratos empresariais*, p. 41-66.

negociação processual neste âmbito, já que segundo eles toda a produção científica acerca da negociação processual foi pensada a partir da perspectiva contratual consumerista, trabalhista ou civilista no seu sentido mais estrito³⁹⁹.

De fato, no nicho específico dos contratos empresariais, à conta das circunstâncias suscitadas pelos autores, há uma maior paridade entre os contratantes. No entanto, diferentemente daquilo sustentado por eles, a construção teórica sobre as convenções processuais disseminada na literatura processual brasileira está muito mais adequada ao âmbito empresarial, onde trafega com maior frequência a figura daquele *homo economicus* neoliberal, do que propriamente em outros campos da vida civil.

Se na cena empresarial as partes estão geralmente em igualdade de condições e assistidas de advogados, isto é, em posição de relativa simetria de poder e de barganha, com o fluxo de informações técnico-jurídico adequado (ou próximo do adequado); fora daquele campo as relações de dominação e de desnível de poder é uma constante. E se é assim, é de se chegar a uma conclusão diametralmente oposta àquela formulada por Didier Jr. e outros, vale dizer: a produção científica sobre as convenções processuais é bastante satisfatória para o campo dos contratos empresariais, mas manifestamente inadequada para outros campos da vida civil.

Outrora, a formatação da estrutura processual – do procedimento e das situações jurídicas processuais – a partir da construção de “processos privilegiados”⁴⁰⁰ por grupos hegemônicos, dependia da arregimentação da força política conduzindo o processo legislativo, com as intercorrências das tensões de resistência. O neoliberalismo encontrou, porém, uma forma mais eficiente para alcançar o mesmo objetivo, na venerada figura do contrato.

Hoje, a partir da cláusula geral de convencionalidade processual, a formatação da estrutura processual pode ser feita diretamente pela força hegemônica, sem as agruras do devido processo legislativo. Não é preciso esforços para se vislumbrar possibilidade de manipulação direta e utilitarista da estrutura processual, designadamente nos casos em que existe desnível de poder entre os convenientes, impondo o risco de se conviver com processo marcado por uma eficiência e celeridade seletiva, como mecanismo de ampliação das vantagens estratégicas da parte mais forte sobre a mais fraca.

Nessa linha, visualizada a cláusula geral de convencionalidade processual sobre a perspectiva do desequilíbrio de poder, ela, longe de ser instrumento de aperfeiçoamento da

³⁹⁹ DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. *Negócios processuais em contratos empresariais*, p. 41-66.

⁴⁰⁰ A expressão é de Baptista da Silva, referindo-se aos procedimentos especiais, que livravam as estruturas de poder econômico do procedimento ordinário (e.g. ação de busca e apreensão). Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista. *Processo e Ideologia*, p. 162 et. seq..

democracia e da participação *no e pelo* processo, traduz em uma forma (insidiosa) de pilhagem de direitos processuais da parte débil, um instrumento de desmonte do sistema processual legislado.

4.4.3.3 *A gestão processual cooperativa e as convenções processuais*

De par com a ideologia neoliberal de retirada do Estado dos contextos que possam turbar o livre fluxo das forças econômicas, permitindo a autorregulação privada dos próprios interesses, está, a meu ver, a concepção teórica, de forte capilaridade na literatura processual brasileira, de que o juiz não deve fazer parte das convenções processuais, tampouco cabendo-lhe homologar os ajustes processuais para que deles possam ser deflagrados os efeitos projetados pelas partes. Ao magistrado caberia apenas o controle de validade das convenções processuais consumadas, feito *a posteriori*, em parcas hipóteses previstas em lei.

Sem embargo das considerações que serão feitas nos próximos capítulos, esta ideia acaba comprometendo o equilíbrio entre os atores processuais, especialmente porque retira (em boa parte) do tribunal os mecanismos para se evitar a prevaricação da parte forte em relação a débil; do desvirtuamento do procedimento como plataforma espaço-temporal onde se desenvolve o contraditório indispensável para a legitimação das decisões judiciais.

O modelo processual cooperativo implica na existência de eixos policêntricos, ocupado pelas partes e pelo tribunal, autônomos e interdependentes, que repartem a responsabilidade pela gestão e resultados do processo⁴⁰¹.

Sob essa perspectiva, o influxo neoliberal corrompe o equilíbrio entre os atores processuais, alijando o tribunal quase que por completo de qualquer interferência nas convenções processuais celebradas pela parte, notadamente na gestão do processo. Como se verá, não é minha visão sobre o tema, já que a ampliação das iniciativas privadas não implica em um esvaziamento do papel do juiz em relação à gestão do processo.

De toda forma, penso que a leitura que afasta o juiz do âmbito das convenções processuais pode resultar em postura utilitarista – e cômoda – por parte do tribunal, acaso ela sirva de pretexto para desresponsabilizá-lo pela gestão do processo diante de qualquer iniciativa privada, ou de esvaziamento do dever de fiscalidade do tribunal em relação à atuação das partes, por lhe exigir algum esforço para desvelar o que está por detrás do consenso, máxime quando existem renúncias sérias de situações processuais sem nenhuma contraprestação aferível.

⁴⁰¹ Cf. NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*.

Entretanto, é importante insistir que a direção formal do processo, dentro de um modelo cooperativo de processo é uma atividade comum dos atores processuais, não sendo possível tomar uma convenção processual – especialmente aquelas sobre procedimento – como se fosse uma espécie de dispositivo que liga e desliga a atuação do juiz, no campo da direção formal do processo. Fosse isto, a cláusula geral de convencionalidade processual não ofertaria ganhos democráticos na gestão compartilhada do processo, já que, a rigor, estaria a resistir o modelo processual calcado em protagonistas, com a peculiaridade de que a direção do processo seria alterada ao talante das partes no acionar aquela espécie de dispositivo. Enfim, a atuação conjunta de todos os atores processuais é condição de possibilidade para qualquer discussão sobre a legitimidade e eficiência do sistema normativo⁴⁰².

De outro lado, também é importante guardar o registro que o formalismo processual implica no controle recíproco das atividades dos atores processuais, de modo que os poderes públicos não avancem sobre os interesses privados, nem que os poderes privados avancem comprometendo a prestação do serviço público jurisdicional ou subjugando aqueles com menor poder de resistência.

Diante da suspeita de que houve a pilhagem de direitos e garantias processuais da parte débil, não deve o magistrado assumir postura passiva, mas estabelecer um maior esforço dialogal e argumentativo, submetendo a questão a debate em contraditório (dever de consulta e esclarecimento); acaso a parte aparentemente lesada em seus direitos processuais esteja sem representação técnico-jurídica, deve o magistrado assegurar a assistência técnica a ela, nomeando-lhe defensor (dever de auxílio) (vide item 5.2).

Enfim, se é certo que o magistrado não deve ser visto como protagonista dentro da dinâmica intersubjetiva processual, tampouco que se espera que nesta quadra histórica se exume um modelo de juiz “espectador de pedra”.

No próximo capítulo, procurei identificar os contornos do modelo cooperativo de processo, procurando conciliar as conquistas do liberalismo e da socialização processual, permitindo a convergência entre a autonomia pública e privada no contexto processual, sem, contudo, incidir em uma proposta neoliberal de processo, porquanto arrimada na premissa do protagonismo dos atores processuais.

Nesses termos, a construção de um modelo cooperativo de processo genuinamente

⁴⁰² Fiss fala sobre as dificuldades de se manter um envolvimento judicial continuado diante dos acordos em geral. As observações feitas pelo autor se aplicam *in totum* às convenções processuais. Sobre o tema, Cf. FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo jurisdição e sociedade*, p. 142 et. seq.. Sobre a atuação conjunta dos atores processuais como condição de possibilidade de eficiência do sistema normativo, Cf. NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*.

alinhado ao Estado Democrático de Direito é indispensável para que se assegure o equilíbrio entre as próprias partes e entre elas e o tribunal, para, quando menos, minimizar as distorções que podem ocorrer de um sistema processual sem a capacidade de filtrar as ações estratégicas dos atores processuais. A questão avulta-se em importância diante da potencialidade das convenções processuais poderem ser utilizadas como instrumento de pilhagem de direitos e garantias processuais.

5 O PARADIGMA DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO

Segundo Habermas, na moderna história do direito, os paradigmas liberal (formal burguês) e social (direito materializado do Estado Social) foram os mais bem-sucedidos na empreitada de dar respostas aos desafios de uma determinada situação social. No entanto, o autor lembra que do ponto de vista jurídico um dos aspectos mais inquietantes da crise do Estado Social estava precisamente na insensibilidade da burocracia estatal em relação à capacidade de autodeterminação de seus cidadãos, tratados como clientes (consumidores de soluções prontas); esta fraqueza do paradigma do Estado Social é de tamanha gravidade que poderia ser comparada à “cegueira social” do paradigma liberal⁴⁰³.

Diante das insuficiências desses paradigmas em ofertar respostas para as complexas sociedades contemporâneas, o autor vai apresentar um terceiro paradigma, mais alinhado às modernas exigências do Estado Democrático de Direito: o paradigma procedimentalista do direito, o qual, absorvendo aqueles outros dois, no marco da teoria do discurso, procura resgatar as potencialidades da tensão entre facticidade e validade, direitos humanos e soberania popular, autonomia privada e pública, dentro de um novo esquema organizacional e de interação, superando uma relação de antagonismo ou precedência desses elementos de tensão instituída naqueles paradigmas tradicionais⁴⁰⁴.

A partir do paradigma do Estado Democrático de Direito, tanto o discurso liberal, quanto o discurso de bem-estar, devem ser considerados de modo reflexivo e crítico como estratégias ou lógicas argumentativas concorrentes, que permitem entrever diferentes interpretações de uma mesma situação concreta⁴⁰⁵.

Se uma mesma situação pode encontrar diferentes interpretações igualmente válidas e coerentes, capazes de gerar tensão e reflexividade em relação aquelas outras interpretações concorrentes, e se em contextos das sociedades plurais não é possível a compreensão do direito e das pautas de vida boa como algo pré-determinado e homogêneo, em Habermas a teoria do direito, fundada no discurso, vai compreender o Estado Democrático de Direito como “a institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários para uma

⁴⁰³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a facticidade e a validade*. Vol. 1, p. 242; HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a facticidade e a validade*. Vol. 2, p. 123, p. 125.

⁴⁰⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a facticidade e a validade*. Vol. 1, p. 242; HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a facticidade e a validade*. Vol. 2, p. 123; NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à Justiça Democrático*, p. 56-57.

⁴⁰⁵ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*, p. 84.

formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, por seu turno, o exercício da autonomia política e a criação legítima do direito”⁴⁰⁶.

Na verdade, como bem esclarece Nunes, no paradigma do Estado Democrático de Direito, a legitimidade do direito não se dá pela mera atribuição de um lugar privilegiado ao Estado ou ao cidadão, mas pela empreitada cooperativa, que se apresenta por meio de procedimentos que viabilizam a participação igualitária e efetiva de todos os interessados tanto no processo de produção das leis como nos processos de aplicação das normas⁴⁰⁷.

Não obstante, a legitimidade do direito no paradigma do Estado Democrático passa pelo reconhecimento da autonomia pública e privada dos cidadãos, tema que será abordado em sequência. Na segunda parte do capítulo, cuidou-se de traçar os contornos do modelo cooperativo de processo.

5.1 A autonomia pública e privada

O surgimento e o desenvolvimento do Estado Social provocaram a crescente intervenção estatal nos mais diversos âmbitos, transformando o Poder Público em verdadeiro protagonista das relações econômicas e sociais, engolfando cada vez mais o âmbito da autonomia dos indivíduos. A rígida separação entre Estado e sociedade, tão cara ao paradigma liberal, é paulatinamente superada na medida em que vão se ampliando o espectro de atuação estatal, seja na materialização de direitos, seja na determinação do interesse público, a partir de uma pauta de vida boa, eleita pelo Estado.

Na busca pela concretização de padrões mínimos de vida digna (igualdade material), condição indispensável para o exercício da cidadania, o Estado arroga para si toda a expandida dimensão do público, e, a partir da proeminência da figura do Estado, resta aos indivíduos uma posição de consumidores de soluções predeterminadas, numa relação paternalista e dependente. As ações compensatórias promovidas pelo Estado Social, que, em tese, deveriam ter provocado maior engajamento do indivíduo na cena política, como resultado da perspectiva emancipatória dos direitos sociais. Entretanto, ao invés de se promover a cidadania, os meios escolhidos e a intensidade impingida pelo Estado, redundaram na apatia política e na insensibilidade à autodeterminação de seus cidadãos; cada vez mais, se visualizou um distanciamento dos indivíduos em relação às ações estatais, revelando a insuficiência dos mecanismos

⁴⁰⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a facticidade e a validade*. Vol. 2, p. 185.

⁴⁰⁷ NUNES, Dierle José Coelho. *Direito Constitucional ao Recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões*, p. 52.

democráticos clássicos, baseados na distinção entre representantes e representados, para lidar com os problemas das sociedades complexas contemporâneas⁴⁰⁸.

Como se viu no capítulo anterior (vide item 4.1), após a segunda metade do século passado, o paradigma do Estado Social começa a se desgastar com os movimentos de contracultura, e nos anos 70, com a desaceleração da economia, que corria em paralelo com a crise do petróleo. Esse modelo passa a ser alvo de ataques sob vários flancos, tencionando um contramovimento do pêndulo em direção ao privado. De fato, a perspectiva materializante do Estado de bem-estar começa a dar mostras de exaurimento ante a incapacidade de execução dos seus programas sociais, em momentos de crise econômica. A imagem do Estado passa a ser associada à ineficiência, ao desperdício e à burocracia excessiva. A globalização econômica colocou em xeque a capacidade do Estado de regular de modo soberano as forças presentes em seu território, especialmente em economias mais fragilizadas⁴⁰⁹.

A revitalização do privado, nesse quadro de profundas mudanças no final do século passado, passa a questionar a própria subsistência do conceito de interesse público, como algo predeterminado, apto a aparelhar a atuação do Estado e sucumbir, sempre e sempre, o interesse privado⁴¹⁰.

Na contemporaneidade, o interesse público não é tido como sinônimo de interesse do Estado, tampouco se aceita a exclusiva tutela deste interesse por parte Estado. Na medida em que se complexifica a sociedade em torno dos mais diversos interesses, diferentes grupos também passam a reivindicar a defesa do interesse público, em face de outros grupos e do próprio Estado, muitas vezes defendendo interesses contrapostos⁴¹¹.

⁴⁰⁸ RIBEIRO, Darci Guimarães. *O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa*, p. 162-163; RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*, p. 90.

⁴⁰⁹ BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e STJ*, p. 293-300; SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional*, p. 41-50; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. *Direito Constitucional*, p. 62. Sobre o tema confira-se ainda: DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal*; HARVEY, David. *Neoliberalismo: história e implicações*; HAYEK, Frederich August von. *A caminho da servidão*; STEGER, Manfred. B; ROY, Ravik K.. *Introdução ao Neoliberalismo*.

⁴¹⁰ Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos. *A “Supremacia do Interesse Público” no advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo*; SARMENTO, Daniel. *Interesses Públicos vs Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional*; ÁVILA, Humberto. *Repensando o “princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular”*; BINENBOJM, Gustavo. *Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo*; SCHIER, Paulo Ricardo. *Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais*; SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional*; MACIEL JR., Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: as ações coletivas como ações temáticas*. BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e STJ*.

⁴¹¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a facticidade e a validade*. Vol. 1, p. 25; HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a facticidade e a validade*. Vol. 1, p. 91 et. seq.; ARAGÃO, Alexandre

De fato, a sociedade civil é composta por grupos, movimentos, associações e organizações não estatais que captam os ecos dos problemas sociais que impactam na esfera privada, levando-os, em momento posterior, para esfera pública, a partir da institucionalização de discursos capazes de solucionar aqueles problemas⁴¹².

Aragão ressalta que nas sociedades complexas e plurais não existe um interesse público, mas interesses públicos, no plural, donde se encaminha a conclusão pela heterogeneidade conceitual nesse campo e sua permanente relatividade⁴¹³.

Bresser-Pereira, nessa esteira, relembra que nas democracias contemporâneas, marcadas pela representação política de vários grupos de interesses, e por coalizões de todas as espécies, ninguém monopoliza o interesse público: existem diferentes interesses públicos, dentre os quais, nenhum existe de forma absoluta e, portanto, de modo autoritário⁴¹⁴.

Em momento anterior o Estado tinha um fundamento ou uma justificativa na qual se apoiava o reconhecimento de seu poder; na contemporaneidade nem a religião e as leis divinas, nem os costumes ou as tradições imemorais possuem a força aglutinadora suficiente para assegurar a coesão social e, por conseguinte, permitir uma auto-organização jurídica de cidadãos livres e iguais nas sociedades complexas contemporâneas⁴¹⁵.

Nesse contexto, como lembra Maciel Jr., nas sociedades contemporâneas, ao lado do Estado existem vários interlocutores que se posicionam em mesmo patamar participativo. Daí porque o Estado não pode ser encarado como um fim em si mesmo, tampouco tudo pode ser justificado por ele ou em função dele⁴¹⁶.

Conforme esclarece o mencionado autor: “O Estado hoje deve ser um interlocutor,

Santos. *A “Supremacia do Interesse Público” no advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público Contemporâneo*, p. 2 et. seq.

⁴¹² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a facticidade e a validade*. Vol. 2, p. 99.

⁴¹³ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A “Supremacia do Interesse Público” no advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público contemporâneo*, p. 7.

⁴¹⁴ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Cidadania e Res Pública*, p. 304. Em mesma linha, Cattoni de Oliveira: “o público tem que ser visto hoje como uma dimensão muito mais complexa do que simplesmente a de um locus estatal, e sim como dimensão discursiva de mobilização e expressão dos diversos fluxos comunicativos, políticos, artísticos, científicos, enfim, culturais (...)” (CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*, p. 91).

⁴¹⁵ MACIEL JR., Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*, p. 49.

⁴¹⁶ MACIEL JR., Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*, p. 49. “No paradigma procedimental do direito, a esfera pública é tida como como ante-sala do complexo parlamentar e como periferia que inclui o centro político, no qual se originam os impulsos: ela exerce influência sobre o estoque de argumentos normativos, porém sem a intenção de conquistar partes do sistema político. Através dos canais de eleições gerais e de formas de participação específicas, as diferentes formas de opinião pública convertem-se em poder comunicativo, o qual exerce um duplo efeito: a) de autorização sobre o legislador, e b) de legitimação sobre a administração reguladora; ao passo que a crítica do direito mobilizada publicamente, impõe obrigações de fundamentação mais rigorosas a uma justiça engajada no desenvolvimento do direito.” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a facticidade e a validade*. Vol. 2, p. 186-187).

juntamente com os diversos segmentos da sociedade, no sentido de estabelecer um processo de participação dos sujeitos quanto às diversas pretensões existentes dentro dessa sociedade.”⁴¹⁷.

Por essa razão, no paradigma do Estado Democrático de Direito, o cidadão não deve ser encarado como mero recipiente das decisões tomadas pelo Estado, de cima para baixo, mas como um participante dos processos públicos de tomada de decisão⁴¹⁸. O Estado não é um oráculo que declara o interesse público. Daí a razão pela qual suas decisões não ficam imunes às críticas e à possibilidade de revisão.

O Estado Democrático de Direito, tal qual *previsto* no art. 1º da Constituição da República de 1988, como novo paradigma, toma a cidadania como agir (agir discursivo). Somente através de espaços de discussão pública (formalizados ou não), em que se *possibilite* (potencialmente) a igual participação de diferentes grupos agindo discursivamente é que se poderá lidar com as desigualdades, sem esperar que a solução dos problemas venha (*pronta*) do Estado – aliás, não apenas as soluções mas inclusive a formulação dos problemas (e dos critérios de solução) devem vir de baixo, sem agendas fechadas – e sem a esperança de que, uma vez encontrada uma solução, esteja resolvido o problema: na verdade, este fechamento tem de representar o ponto de partida para uma nova abertura, dada a complexidade e a mutação nas sociedades atuais.⁴¹⁹

Além disso, a partir do denso conteúdo normativo constitucional, a autonomia privada resta assegurada, outorgando ao cidadão a possibilidade de atuar em conformidade com os seus interesses, não apenas se afastando do espaço público e se colocando numa posição de mero observador, mas também a partir de uma perspectiva ativa, a qual lhe permite tomar posição em face das pretensões levantadas por outros concidadãos e do próprio Estado⁴²⁰.

Habermas sustenta que a coexistência da autonomia pública e privada permite estabelecer um nexos entre democracia e Estado de Direito, já que a autonomia pública só é possível se a autonomia privada for capaz de assegurar ao cidadão independência. Em contrapartida, o exercício equilibrado da autonomia privada só será possível se, como cidadãos, fizerem o uso adequado de sua autonomia pública⁴²¹. “Uma ordem jurídica é legítima na medida em que assegura a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros, pois ambas são co-originárias”⁴²².

⁴¹⁷ MACIEL JR., Vicente de Paula. *Teoria das ações coletivas: ações coletivas como ações temáticas*, p. 49.

⁴¹⁸ BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e STJ*, p. 293 et. seq.

⁴¹⁹ BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e STJ*, p. 299

⁴²⁰ BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e STJ*, p. 274.

⁴²¹ HABERMAS, Jürgen. *Sobre a legitimação baseada em direitos humanos*, p. 6.

⁴²² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a facticidade e a validade*. Vol. 2, p. 147. Sobre esse ponto, registra Cattoni de Oliveira: “Assim, a soberania popular assume forma jurídica, por meio do processo legislativo democrático, que faz vale o nexos interno entre autonomia pública e autonomia privada dos cidadãos, concebidas, desde o início, como dimensões cooriginárias e equiprimordiais da autonomia jurídica (...). Em outros termos, uma soberania popular interpretada procedimentalmente garante que as duas dimensões da autonomia jurídica se articulem reciprocamente, pois os destinatários das normas jurídicas vigentes, enquanto sujeitos jurídicos privados,

A partir da Constituição, base sob a qual se soergue o sistema de direitos de uma sociedade politicamente organizada, os direitos fundamentais não apenas viabilizam a autonomia privada do cidadão, mas também a participação política em relação aos temas afetos à comunidade na qual ele está inserido⁴²³.

Ribeiro, sem desconsiderar a relevância da democracia representativa, é enfático em sustentar a importância da democracia participativa nos contextos contemporâneos, sustentando que, nesta forma, o indivíduo entende o que é melhor para si e para a comunidade na qual está inserido, razão porque é ele, e não os seus representantes, o protagonista dos rumos da sociedade⁴²⁴.

A legitimidade do direito não é, pois, um dado *a priori*, tampouco se vincula apenas à defesa da esfera privada dos indivíduos ou a um consenso ético baseado sobre os valores prevalentes em uma determinada comunidade, mas sim a institucionalização de procedimentos que garantam a legitimidade do direito, a partir do exercício simultâneo da autonomia pública e privada, de modo que os cidadãos se vejam, a um só tempo, como autores e destinatários das normas as quais se submetem⁴²⁵.

Ainda no paradigma democrático, diferentemente daquilo que foi visto no liberal e social, Habermas adverte que não existe uma antecipação acerca de um ideal de sociedade, tampouco uma expressão determinada de vida boa ou de uma opção política; ele apenas estabelece as condições necessárias sobre as quais os cidadãos possam se entender para descobrir os seus problemas e como solucioná-los⁴²⁶.

Em Habermas, o princípio da democracia não estabelece um conteúdo predefinido das

pelo processo legislativo democrático que se realiza por meio da mediação jurídica entre canais institucionalizados e não institucionalizados de formação da vontade e da opinião políticas, enquanto cidadãos, tornam-se os autores dos seus próprios direitos e deveres (...). Nesse sentido é que se pode dizer que a separação entre autonomia privada e autonomia pública, as duas dimensões da autonomia jurídica, resulta apenas do fato de o caráter positivado, institucional, do Direito moderno exigir uma separação de papéis não presente, por exemplo, na Moral (que representa um conceito unitário de autonomia)." (CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*, p. 84).

⁴²³ "O princípio da soberania do povo estabelece um procedimento que, a partir de suas características, fundamenta a suposição de resultados legítimos. Esse princípio expressa-se nos direitos à comunicação e à participação que garante a autonomia pública dos cidadãos. Em contraposição a isso, aqueles direitos humanos clássicos que garantem aos membros da comunidade jurídica vida e liberdade privada para seguir os seus projetos pessoais, fundamentam uma soberania das leis que as torna legítimas a partir de si mesmas. Sob esses dois pontos e vista normativos deverá legitimar-se o Direito codificado, portanto, modificável, com um meio de garantir uniformemente a autonomia privada e pública do indivíduo." (HABERMAS, Jürgen. *Sobre a legitimação baseada em direitos humanos*, p. 4).

⁴²⁴ RIBEIRO, Darci Guimarães. *O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa*, p. 164.

⁴²⁵ GOMES, Frederico Barbosa. *As contribuições de Kant, de Rousseau e de Habermas para o estudo da autonomia no âmbito do direito*, p. 46.

⁴²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a facticidade e a validade*. Vol. 2, p. 189-190.

questões discutidas, mas como o direito garante a institucionalização da participação simétrica na formação da opinião e da vontade⁴²⁷. É por essa ausência de conteúdo fixado *a priori*, que Bahia ressalta que o processo democrático assume o risco de ter que aceitar na arena pública quaisquer temas e contribuições, para que, ao final, prevaleça o melhor argumento⁴²⁸.

Sob essa perspectiva, não há dicotomia entre o “público” e o “privado”, mas uma relação de permanente tensão e complementariedade, sem a predefinição de qualquer posição de precedência entre eles. Disto resulta a importância do procedimento discursivo enquanto plataforma capaz de criar para todos os atingidos as condições de comunicação e entendimento acerca das pretensões de validade problemáticas, a partir da livre flutuação de temas e de contribuições, de informações e de argumentos na formação falível da deliberação⁴²⁹. Desta forma, é necessário pensar a democracia a partir das instâncias tanto majoritárias quanto contramajoritárias, de modo que ambas sejam vistas como instrumentos de participação e influência na atuação do Estado⁴³⁰.

Conforme registra Bahia, ao mesmo tempo que a sociedade se tornou mais complexa, também surgiram novas pretensões a direitos, tendo como base diferentes perspectivas e concepções de vida boa, muitas delas incompatíveis entre si ou com a própria concepção do Estado. Tudo isto implica em nova redefinição do que seja Estado, soberania popular, democracia e cidadania. De toda forma, para dar cabo das novas demandas, tem-se como alternativa aos modelos liberal e social, o paradigma de Estado Democrático de Direito: um projeto cujo conteúdo é a institucionalização do procedimento de formação racional da vontade coletiva, sem prejudicar os objetivos concretos dos envolvidos⁴³¹.

A legitimidade do direito produzido democraticamente nasce de uma operação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos (que se reconhecem mutuamente como membros livres e iguais de uma mesma comunidade, e, portanto, com os mesmos direitos), que muito embora não compartilhem dos mesmos valores, concordam sobre a forma de

⁴²⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a facticidade e a validade*. Vol. 1, p. 146.

⁴²⁸ BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e STJ*, p. 268.

⁴²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a facticidade e a validade*. Vol. 1, p.142.

⁴³⁰ RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*, p. 91. Nesse sentido, Cattoni de Oliveira: “O direito deve fundar-se tão somente no princípio democrático, não mais compreendido como um mecanismo liberal de decisão majoritária ou a partir de uma pretensa “vontade gera” republicana, mas como institucionalização de processos estruturados por normas que garantam a possibilidade de participação discursiva dos cidadãos no processo de tomada de decisões.”. (CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*, p. 93)

⁴³¹ BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e STJ*, p. 298.

discordarem⁴³².

Dessa forma, a concepção procedimental habermasiana é determinante para a legitimação do direito nas ordens democráticas, pois ela realça não o produto final em si, mas a construção da decisão que se toma⁴³³. As normas procedimentais, assim, criam o ambiente que torna possível a livre argumentação, de modo que “[a] **resposta correta** não se relaciona tampouco com o conteúdo da decisão, mas com a **observância da regularidade procedimental** que levou à mesma.”⁴³⁴. Sendo certo, entretanto, que a busca pelo consenso não traduz na pretensão de se alcançar uma unanimidade acerca da questão submetida ao discurso.

A partir da leitura de co-originalidade da autonomia pública e privada sustentada por Habermas, é necessário reconstruir o sistema processual, em outras molduras (nem liberal e nem social), de forma que os direitos fundamentais não possam ser reduzidos a direitos de defesa (direitos liberais) ou a direitos prestacionais em face do Estado⁴³⁵.

Nessa linha, o processo deve ser encarado como uma garantia no qual se assegura àqueles que serão impactados pela decisão a oportunidade de suscitar argumentos, de fato e de direito, que serão relevantes para a decisão.

Cattoni de Oliveira lembra que em uma sociedade linguisticamente estruturada, plural e que rejeita a existência de fundamentos absolutos, a única certeza pela qual se pode lutar é a de que os melhores argumentos – colhidos a partir da participação em simétrica paridade entre as partes – sejam levados corretamente em consideração, ao longo de todo o processo e no momento da decisão, por um juiz que demonstre sua imparcialidade⁴³⁶.

A partir de Habermas, é possível afirmar que não existe um pressuposto de igualdade de significados partilhado por todos os sujeitos, daí a invalidade em se desconsiderar o papel da intersubjetividade na construção de sentidos e da própria legitimidade do direito.

Essa percepção retira do magistrado o fardo de solitariamente se responsabilizar pela condução e resultados do processo: a jurisdição não mais pode ser vista como uma atividade de legitimidade autorreferente, a partir da mítica figura do juiz salvacionista⁴³⁷.

⁴³² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a facticidade e a validade*. Vol. 1, p.143; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e STJ*, p. 263; RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*, p. 87

⁴³³ GOMES, Frederico Barbosa. *As contribuições de Kant, de Rousseau e de Habermas para o estudo da autonomia no âmbito do direito*, p. 47.

⁴³⁴ BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e STJ*, p. 322 (destaques no original).

⁴³⁵ NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, p. 138.

⁴³⁶ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. *Processo Constitucional*, p. 203.

⁴³⁷ Cf. NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e STJ*.

A legitimidade democrática das decisões deixa de focar na figura do juiz, para iluminar o processo: uma estrutura normativa, orientada pelos direitos e garantias fundamentais em perspectiva dinâmica e substancial, capaz de criar oportunidades iguais de participação dos afetados pela decisão⁴³⁸.

Nessa linha, Cattoni de Oliveira registra que a legitimidade das decisões jurisdicionais não se atrela especificamente à figura do juiz, a uma defesa de uma suposta virtude ou peculiar forma de recrutamento, mas aos direitos e garantias fundamentais, de caráter processual, atribuídos às partes, em especial a do contraditório e ampla defesa, conectados à necessidade de racional fundamentação das decisões⁴³⁹. Isto é: a legitimidade da decisão não reside na especial figura do juiz, mas no respeito às garantias atribuídas às partes, as quais permitem a construção participada da decisão, bem como o direito de saber quais foram as bases da decisão tomada. Daí porque a legitimidade decisória não depende apenas da atuação do juiz (de suas virtudes ou uma pretensa capacidade de se conectar com os valores vigentes na sociedade), mas também das partes, dos advogados e de todos aqueles que de alguma forma atuaram no processo, a partir de seus argumentos, ações e inações, enfim, de sua perspectiva reconstitutiva dos fatos e do direito aplicável⁴⁴⁰.

Em outra perspectiva, o procedimento qualificado pelo contraditório que antecede a decisão judicial não pode ser encarado como reles formalidade destituída de fundamento, e que por essa razão pode ser comprimido ou mesmo suprimido, seja pelas partes ou pelo próprio magistrado, na busca desenfreada pela eficiência ou pela celeridade, mas, ao largo disto, ele passa a ser compreendido como aspecto constitutivo e determinante da legitimidade da decisão, na medida em que assegura a simétrica participação dos interessados na condução e na definição da solução jurídica dada ao caso deduzido em juízo⁴⁴¹.

5.2 O modelo cooperativo de processo

Como se viu, o direito processual não ficou imune às ressonâncias dos paradigmas liberal e social, culminando em modelagens do sistema processual oscilantes, que ora apostava

⁴³⁸ Cf. NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*

⁴³⁹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Argumentação jurídica e tutela jurisdicional dos direitos fundamentais*.

⁴⁴⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*, p. 195; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo de Andrade. *Direito Constitucional*, p. 78-79.

⁴⁴¹ Cf. NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*.

no protagonismo das partes e ora no protagonismo do tribunal.

O liberalismo processual, a partir de uma leitura privatística do fenômeno processual, sobrelevou, nos mais variados confins do sistema, o princípio dispositivo, evidenciando o protagonismo das partes, e, por via de consequência, reservando ao tribunal um papel de coadjuvância e passividade.

Essa perspectiva, no entanto, entra em declínio no século XIX, a partir do discurso da socialização processual: na forte matriz de Menger e Klein, o processo não mais poderia ser encarado como mero estuário de solução de conflitos, mas como instituição de bem-estar social. Em outro flanco, em Bülow, a perspectiva publicista que visualiza no processo uma relação jurídica, na qual o juiz assume uma posição ascendente em relação às partes, vai contribuir decisivamente para o declínio da perspectiva privatista do processo. A confluência dessas ideias tenciona em prol de uma mudança de perspectiva do fenômeno processual, a qual vai reforçar o papel do juiz dentro da dinâmica do processo, conferindo-o o protagonismo, outrora ocupado pelas partes.

Não obstante, os modelos processuais que se centram na figura de protagonistas, seja das partes, seja do tribunal, revelaram-se falhos e incapazes de ofertar respostas para os complexos problemas das sociedades plurais contemporâneas. Como resposta às insuficiências dos modelos processuais anteriores, aposta-se no modelo cooperativo de processo, como alternativa de reconstrução do sistema processual⁴⁴².

O modelo cooperativo de processo redimensiona a divisão de tarefas entre os atores processuais, buscando estabelecer uma comunidade trabalho (comum-unidade), na qual o juiz e as partes passam a ser corresponsabilizados pela gestão e resultados do processo.

O processo, sob essa perspectiva, passa a ser encarado como um espaço comunicacional no qual se asseguram a problematização e a contribuição intersubjetiva dos atores processuais acerca de todos os temas relevantes para a decisão. O processo não pertence às partes, como fez parecer as leituras liberal do fenômeno processual, tampouco ao juiz, como pretendeu aquelas, de vertente socializadora, daí porque a engenharia processual se liberta da figura de protagonistas (messiânicos), e que leva a sério a ideia de comunidade de trabalho, corresponsável pelo resultado do processo, vai exigir a percepção de que no processo existem eixos policêntricos, sem vínculos de subordinação, mas de interdependência⁴⁴³.

⁴⁴² Cf. NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*.

⁴⁴³ Cf. NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*.

5.2.1 Noções iniciais

Barbosa Moreira, em clássico texto sobre a linguagem jurídica, registra que é normal, senão inevitável, que se formem nos mais diversos campos de conhecimento uma linguagem particular: é assim na matemática e na biologia, na medicina e na geografia, e no direito não haveria de ser diferente. Quanto maior o grau de especialização, mais denso e complexo se torna o vocabulário técnico, e também a distância entre ele e o vocabulário comum⁴⁴⁴.

Em certos casos, determinadas palavras e expressões utilizadas no campo técnico vão de par como o significado ordinário, usualmente empregada na linguagem cotidiana, em outros casos, porém, determinadas expressões e palavras vão ganhar no campo técnico sentido diverso, podendo conduzir os mais incautos a lamentáveis equívocos.

Nos textos jurídicos, há casos, porém, que uma mesma palavra ou expressão irá desafiar, em uma disposição normativa, a compreensão a partir do sentido comum, muito embora esta concepção seja desaconselhável na reconstrução de sentidos em outras disposições normativas: as palavras cooperar (art. 6º) e cooperação (arts. 26, 27, 31, 37, 38, 39, 40, 41, 67, 68, 69, 237, 357), utilizadas no vigente Código de Processo Civil, são emblemáticos exemplos disto.

Em sentido comum, as palavras cooperar e cooperação vão encerrar a ideia de colaboração, de auxílio ou ajuda. Muito embora esse conteúdo semântico seja aquele que melhor exprima o sentido da palavra *cooperação* empregados nos artigos que cuidam da relação de auxílio mútuo entre jurisdições de Estados soberanos (arts. 26, 27, 31, 37, 38, 39, 40, 41 e 237, do CPC) ou entre os diversos órgãos que compõem a estrutura do Poder Judiciário brasileiro (arts. 67, 68, 69 e 237, do CPC), não é este, porém, o conteúdo semântico que melhor exprime o sentido técnico do *dever de cooperação* vazado especialmente no art. 6º do CPC⁴⁴⁵.

Nesse contexto, entre as ideias que pululam o senso comum e aquelas que compõem conteúdo normativo e técnico do *dever de cooperação processual* existe uma enorme distância, sendo, pois, necessário estabelecer as balizas normativas sob as quais se assenta a compreensão técnica daquele dever, de modo a afastar interpretações desavisadas, que ora geram perplexidade, por projetar um quadro ingênuo e romantizado da interação dos contendores entre si e com o tribunal, ora por propugnar por uma modelagem processual que reserva aos litigantes uma posição servil em relação à autoridade julgadora⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Linguagem Forense*. Também sobre o tema cf. VIANA, Márcio Túlio. *O segundo processo*.

⁴⁴⁵ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 132-144.

⁴⁴⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, p. 87 et. seq..

Ao contrário do que poderia supor uma leitura desavisada do *dever de cooperação*, instituído no art. 6º do Código de Processo Civil, o sistema processual não faz uma exigência (utópica) de que os litigantes deixem de agir contra seus próprios interesses, ou de um suposto compartilhamento de interesses entre os litigantes e o tribunal. Greger, neste particular, é enfático ao afirmar que “[s]eria equivocado relacionar a idéia de cooperação no processo à colaboração harmônica das partes ou à imagem do juiz como terapeuta social”⁴⁴⁷.

A palavra cooperar, interpretada a partir de seu sentido comum, e não o técnico, infelizmente contribui para a esdrúxula e falsa impressão de que seria exigível uma espécie de altruísmo processual. Certamente, acaso o legislador houvesse empregado nomenclatura jurídica mais adequada, substituindo as palavras *cooperar* e *cooperação*, por outras com sentido técnico mais preciso, quais sejam, *participar* e *participação*, teria andado melhor, como bem registrou Brêtas⁴⁴⁸.

De toda forma, com a promulgação do vigente CPC, a cooperação processual passa a ser expressamente prevista na legislação processual brasileira, especialmente tendo em consideração a disposição contida no art. 6º, da Parte Geral, do Código de Processo Civil de 2015: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

O processo cooperativo, nas suas variadas leituras, parte do pressuposto de que existe relevância da atuação das partes e do juiz tanto no desenvolvimento como no resultado do processo, bem por isto é possível compreender porque muito embora as palavras cooperar e cooperação não estivessem gravadas na legislação processual brasileira desde as sementes⁴⁴⁹, o tema cooperação processual, de há muito, a despeito de alguma variação terminológica, já ocupasse a atenção de respeitáveis processualistas brasileiros, à exemplo de Barbosa Moreira, Alvaro de Oliveira, Nunes, Mitidiero e Didier Jr⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ GREGER, Reinhard. *Cooperação como princípio processual*, p. 302. Em sentido contrário, Beraldo sustenta existir um dever de cooperação entre as partes. Para a processualista, qualquer interpretação que negue esse vínculo cooperativo entre os litigantes seria um retrocesso à ideia de probidade processual que deve orientar a prática de todos os atos processuais; a inexistência de um vínculo de cooperação entre as partes fecharia as portas para o compromisso, a ética e moralidade processual. Numa perspectiva de acentuado teor publicístico, culmina em afirmar que “as partes não atuam apenas para garantir seus próprios, interesses, mas também a efetiva atuação da vontade da lei.”. (BERALDO, Maria Carolina Silveira. *O dever de cooperação no Processo Civil*, p. 455).

⁴⁴⁸ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 133.

⁴⁴⁹ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 132.

⁴⁵⁰ Barbosa Moreira enfrentou o tema em vários textos, cf. p.ex. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*, p. 43 et. seq.; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e parte: aspectos terminológicos*, p. 35 et. seq.; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*, p. 45 et. seq.; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Sobre a “participação” do juiz no processo civil*, p. 53 et. seq.; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Privatização do Processo?*, p. 7 et. seq. Além do autor, cf. NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*; DIDIER

Dessarte, mesmo antes da promulgação do vigente Código de Processo Civil, não faltaram vozes apontando a necessidade do redimensionamento constitucional da atividade processual, a partir da atuação constitutiva e interdependente de todos os atores processuais, especialmente tendo em conta o modelo constitucional de processo e a força normativa da Constituição, evidenciando, portanto, novos horizontes para o debate processual, a partir de um modelo cooperativo de processo⁴⁵¹.

Aliás, não pode passar despercebida a arguta observação de Peixoto no sentido de que algumas manifestações da cooperação processual já poderiam ser encontradas tanto no plano doutrinário, como jurisprudencial, muito embora essas manifestações, em alguns casos, tenham sido disfarçadas de princípio do contraditório. Neste particular, lembra o autor de clássica obra de Nery Jr., *Princípios do Processo na Constituição*, que, sem mencionar de modo específico o “princípio da cooperação”, já havia visualizado no princípio do contraditório um sério obstáculo à prolação das chamadas decisões surpresas ou de terceira via⁴⁵².

Na esteira do registrado por Peixoto, cumpre consignar a relevante contribuição da Escola Mineira de Processo, que, de há muito, através da incansável atividade de seus professores e pesquisadores, tem produzido farta bibliografia evidenciando a necessidade de se pensar o processo a partir de perfil participativo, o que fez/faz tendo como base, em grande parte, a concepção de processo como procedimento em contraditório, concebida por Fazzalari, e difundida no Brasil por Gonçalves.

De mais a mais, em tema de cooperação processual, a experiência processual estrangeira tem recebido detida atenção, em especial a francesa, inglesa, alemã e portuguesa, sendo estas duas últimas, segundo alguns, a fonte inspiradora do art. 6º do vigente Código de Processo Civil brasileiro⁴⁵³.

Na Alemanha, a cooperação processual, que se extrai do §139 da ZPO, desgarra-se de suposta solidariedade entre as partes, que lhes permitiria compartilhar o interesse na melhor realização do ordenamento jurídico, bem assim da imagem concebida por Klein, que via o juiz

JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual português*; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*.

⁴⁵¹ Também não se pode esquecer daqueles que visualizam em fonte normativa menos nobre as base para o modelo cooperativo de processo, a partir da amálgama de disposições esparsas colhidas na legislação processual, como é o caso por exemplo de Beraldo: “É exatamente nesse contexto que se insere o dever de cooperação, exteriorização, no sistema atual, do dever geral de probidade processual, decorrência lógica e necessária já perfeitamente extraível dos deveres processuais previstos no atual art. 14 do CPC (LGL\1973\5)” (BERALDO, Maria Carolina Silveira. *O dever de cooperação no Processo Civil*, p. 455).

⁴⁵² PEIXOTO, Ravi. *Rumo à construção de processo cooperativo*.

⁴⁵³ Dentre outros: PEIXOTO, Ravi. *Rumo à construção de processo cooperativo*; DIDIER JR., Fredie. *O princípio da cooperação: uma apresentação*.

como uma espécie de terapeuta social⁴⁵⁴.

Trata-se de concepção de cooperação processual, que a partir de estreita vinculação com a garantia do contraditório, reforça o debate processual travado entre as partes e o tribunal, visualizando a interdependência de suas atividades⁴⁵⁵.

A necessidade de permanente diálogo entre os sujeitos processuais ressaltou, inequivocamente da ZPO alemã, pois ali existe de modo explícito o dever de o tribunal discutir com as partes as questões de fato e de direito postas em litígio, formulando indagações, com a finalidade de que os litigantes esclareçam de modo integral e tempestivo suas posições acerca do material fático, suplementando, se for o caso, suas referências sobre os fatos relevantes, indicando os meios de prova, e formulando pedidos baseados nos fatos afirmados⁴⁵⁶.

A valorização da atuação das partes também pode ser visualizada na proibição de decisão surpresa, já que o tribunal também não poderá apoiar sua decisão em matéria de fato ou de direito sobre as quais as partes não tenham se manifestado, ainda quando se trate de questão que deva ser de ofício considerada⁴⁵⁷.

Como esclarece Beneduzi, a ZPO alemã, especialmente após a redação que lhe foi dada em 2.002, consagra o dever de o juízo colaborar com as partes: é o que se vê, por exemplo, com a postura do juiz diante das narrativas incompletas, contraditórias, pouco clara ou equívoca apresentadas pelas partes ou diante de pedidos equívocos ou confusos formulados pelo autor. A cooperação também impõe ao juízo o dever de evitar surpresas, razão pela qual o tribunal deve alertar as partes acerca dos pontos cognoscíveis de ofício sobre os quais elas ainda não tenham se pronunciado, dando-lhes a oportunidade de se manifestarem tempestivamente⁴⁵⁸.

Em precioso artigo sobre raízes históricas da cooperação processual no direito tedesco, Kochem sustenta que a cooperação processual, seja como um termo médio entre os princípios dispositivo e inquisitivo, sustentada por Bettermann (1.972), seja como um *tertius genus*, resultante da fusão do princípio dispositivo com a verdade real e os poderes do juiz, como defendeu Gilles (1.977), ou, ainda, como um atividade de assistência ou de condução do processo desempenhada pelo juiz, na construção formulada por Wassermann (1.978), extrai-se a clara lição de que se operou mudança na concepção de processo, o qual passa a ser entendido como “um processo de comunicação, formação de opinião e decisão que é aberto,

⁴⁵⁴ GREGER, Reinhard. *Cooperação como princípio processual*, p. 302.

⁴⁵⁵ GREGER, Reinhard. *Cooperação como princípio processual*, p. 302.

⁴⁵⁶ Cf. BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Fundamentos Constitucionais do princípio da cooperação processual*, p. 209 et. seq.; BENEDUZI, Renato. *Introdução ao processo civil alemão*.

⁴⁵⁷ BENEDUZI, Renato. *Introdução ao processo civil alemão*, p. 81-82.

⁴⁵⁸ BENEDUZI, Renato. *Introdução ao processo civil alemão*, p. 81-82.

argumentativo e flexível.”⁴⁵⁹.

No direito português, a cooperação processual, lá designada como princípio, passa a ingressar de modo explícito no Código de Processo Civil a partir da reforma empreendida em 1.995/1.996, no emblemático art. 266º, 1: “Na condução e intervenção no processo, devem os magistrados, os mandatários judiciais e as próprias partes cooperar entre si, concorrendo para se obter, com brevidade e eficácia, a justa composição do litígio.”. Na mesma direção, o vigente Código de Processo Civil português, no seu art. 7º, também consagra o princípio da cooperação com um dos princípios fundamentais do processo⁴⁶⁰.

É interessante ressaltar que, na exposição de motivos que antecedeu a reforma da legislação portuguesa de 1.995, há registro expresso no sentido de que “o princípio da cooperação, como princípio angular e exponencial do processo civil, de forma a propiciar que juízes e mandatários cooperem entre si, de modo a alcançar-se, de uma feição expedita e eficaz, a justiça do caso concreto (...).”⁴⁶¹, denotando um dos mais significativos aspectos daquela revisão legislativa: a visão participada do processo.

Tornaram-se bastante difundidos na literatura processual brasileira os chamados deveres de cooperação processual, de densos conteúdos normativos, cuidadosamente desenvolvidos pela literatura processual lusitana, os quais orientam o juiz a manter constante diálogo com as partes durante todo o curso do processo.

Em Teixeira de Souza, o dever de cooperação processual em relação ao tribunal não é um poder discricionário, a ser exercitado quando e como tribunal aprovar, mas um poder a serviço da justa composição do litígio, que se desdobra em deveres para o tribunal: a) *dever de inquisitorialidade*; b) *dever de prevenção ou advertência*; c) *dever de esclarecimento*; d) *dever de consulta das partes*, e; e) *dever de auxílio das partes*⁴⁶².

O primeiro dever exprime a exigência de o tribunal se valer das iniciativas franqueadas pela lei, de modo que o resultado do processo não seja um mero produto da atuação das partes. Deste modo, ilustra o processualista português, quando o magistrado suspeitar de que uma pessoa não indicada pelas partes como testemunha tem conhecimento relevante para a decisão da causa, valendo-se de seus poderes inquisitórios, em matéria probatória, deve convocar esta pessoa a depor⁴⁶³.

⁴⁵⁹ KOCHEN, Ronaldo. *Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (kooperationsmaxime)*, p. 343.

⁴⁶⁰ FREITAS, José Lebre. *Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do novo Código*, p. 187 et. seq..

⁴⁶¹ Disponível em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/226051/details/normal?q=329-a>.

⁴⁶² TEIXEIRA DE SOUZA, Miguel. *Omissão do dever de cooperação do tribunal: que consequências?*

⁴⁶³ TEIXEIRA DE SOUZA, Miguel. *Omissão do dever de cooperação do tribunal: que consequências?*

O segundo se traduz no dever de o tribunal indicar as deficiências e vícios das postulações das partes, que venham a tornar imprestáveis certos atos processuais, evitando-se, tanto quanto possível, o desfecho anômalo do processo ou declarações de nulidades. Assim, o dever de prevenção ou advertência vai traduzir na exigência de que o tribunal atue corretivamente, evitando-se que o uso inadequado do processo seja obstáculo para a justa composição do litígio⁴⁶⁴.

O terceiro dever, o de esclarecimento, serve para que o tribunal possa interpretar corretamente as alegações, pedidos e posição das partes, especialmente diante de dúvidas surgidas a partir de ambiguidades sintáticas ou semânticas. O esclarecimento que se busca, conforme ensina o processualista português, está situado no âmbito da informação, isto é, na eliminação de dúvidas acerca das alegações, pedidos e posição das partes, e não no âmbito da inquisitorialidade, a justificar, por exemplo, suas iniciativas probatórias⁴⁶⁵.

O dever de consulta impede que o magistrado decida com base em fundamento de fato ou de direito, sem antes submeter às partes previamente a matéria. Tal exigência incide inclusive sobre aquelas matérias que podem ser conhecidas de ofício pelo magistrado. Assim, fica assegurado a todos aqueles que potencialmente possam ter sua esfera jurídica atingida pela decisão o direito de se manifestar, a partir de diferentes pontos de vista, sobre elementos que eventualmente venham formar o juízo. Conforme sustenta Teixeira de Souza, o cumprimento do dever de consulta destina-se a obviar as decisões que tenham como fundamento matéria de fato ou de direito inesperados pelas partes – as chamadas decisões-surpresa⁴⁶⁶.

Por fim, o quinto dever – dever de auxílio das partes – impõe ao tribunal a remoção/diminuição de eventuais dificuldades que impeçam ou dificultem o exercício de

⁴⁶⁴ TEIXEIRA DE SOUZA, Miguel. *Omissão do dever de cooperação do tribunal: que consequências?*

⁴⁶⁵ TEIXEIRA DE SOUZA, Miguel. *Omissão do dever de cooperação do tribunal: que consequências?*. Alves, discorrendo sobre o dever de esclarecimento na doutrina portuguesa, com base no pensamento de Teixeira de Souza, sustenta a incorporação do mencionado dever ao direito brasileiro, *verbis*: “Esse dever de esclarecimento foi importado para o direito processual brasileiro por meio do CPC/2015, especificamente, em seu art. 139, VIII ao dispor que incube ao juiz “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”.”. (ALVES, Isabella. *Cooperação no novo código de processo civil: por uma interpretação constitucional do art. 6º a partir da teoria normativa da participação*, p. 45). Muito embora se concorde com a processualista sobre o inegável poder de iniciativa probatória do magistrado brasileiro, a teor do disposto no art. 139, VIII do CPC, divirjo, porém que se trate de desdobramento do dever de esclarecimento, na linha do preconizado por Teixeira de Souza. Como se viu, em Teixeira de Souza, o dever de o magistrado se valer das iniciativas franqueadas pela lei, e nisso se inclua as iniciativas probatórias, se liga ao dever de inquisitorialidade e não ao dever de esclarecimento (como sustentado por Isabella Fonseca). Nas palavras do processualista português: “trata-se de um correspondente da antiga *interrogatio ad clarificandum* e do mais recente *Fragerecht*, que, como já WACH (1843-1926) afirmava, se situa no plano da informação, e não da inquisitorialidade, do tribunal (...)” (TEIXEIRA DE SOUZA, Miguel. *Omissão do dever de cooperação do tribunal: que consequências?*).

⁴⁶⁶ TEIXEIRA DE SOUZA, Miguel. *Omissão do dever de cooperação do tribunal: que consequências?*

direitos ou faculdades ou o cumprimento de seus ônus ou deveres processuais⁴⁶⁷.

Os deveres de cooperação processual desenvolvidos por Teixeira de Souza foram fortemente absorvidos na literatura processual brasileira, razão pela qual não é incomum verificar a coincidência, ainda que parcial, daqueles deveres sistematicamente organizados pelo processualista lusitano nas formulações teóricas brasileiras⁴⁶⁸.

5.2.2 *Os fundamentos do modelo cooperativo de processo: a garantia fundamental à participação em contraditório e a autonomia privada*

No Estado Democrático de Direito, o processo se constitui em um espaço procedimental, no qual todos os atores processuais, a partir de diferentes perspectivas, de modo interdependente e auxiliar, sem vínculos de subordinação, devem atuar na gestão do processo e na co-construção das decisões judiciais, bem assim na sua efetivação⁴⁶⁹.

Nesse contexto, o modelo cooperativo de processo é, sobretudo, um modelo processual que preza pela participação de todos os atores processuais; este modelo, a meu sentir, possui dois grandes pilares constitucionais: o contraditório, em perspectiva dinâmica, e a autonomia privada (ou autorregramento da vontade). Ao lado dos demais direitos e garantias fundamentais que compõem o modelo constitucional de processo brasileiro e dão tessitura ao formalismo democrático, o contraditório e a autonomia privada vão imprimir o aspecto participativo substancial indispensável à legitimação democrática não apenas da condução do processo, mas também das decisões judiciais.

No Estado Democrático de Direito, o gerenciamento processual e a própria decisão judicial não são encarados como atividades solitárias do juiz; essas atividades são exercitadas por todos os atores processuais, razão pela qual ganha relevo o aspecto constitutivo do debate prévio estabelecido pelos atores processuais em relação a todos os temas do *iter* procedimental⁴⁷⁰.

Não é por outra razão que o contraditório, numa perspectiva dinâmica, atua como eixo

⁴⁶⁷ TEIXEIRA DE SOUZA, Miguel. *Omissão do dever de cooperação do tribunal: que consequências?*

⁴⁶⁸ É o que se verifica, por exemplo em Cambi: “É preciso que o órgão judicial coopere com as partes, agindo com lealdade, posto que sozinho não conseguirá proferir a solução mais apropriada para o caso que aguarda solução. Por isso, o juiz deverá observar os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio.” (CAMBI, Eduardo. *O princípio da cooperação processual e o Novo CPC*, p. 345). Endossando os mesmos deveres sustentada por Cambi: PEIXOTO, Ravi. *Rumo à construção de processo cooperativo*, p. 89. Em Didier Jr., em lição bastante difundida, os deveres de cooperação do juiz em relação às partes são os de esclarecimento, consulta e prevenção (DIDIER JR., Fredie. *Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo*, p. 213; DIDIER JR., Fredie. *O princípio da cooperação: Uma apresentação*, p. 75).

⁴⁶⁹ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, p. 88.

⁴⁷⁰ Cf. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*.

catalizador da interação entre todos os atores processuais, permitindo que as partes substancialmente participem da condução e dos resultados do processo.

Durante muito tempo a dimensão do contraditório teve seu alcance reduzido, limitando-se a um esquema formal de ciência bilateral de atos e termos do processo e ao direito de reagir em face daqueles contrários aos seus interesses. Trata-se, no entanto, de uma “ideia raquítica de contraditório”, na feliz expressão de Brêtas⁴⁷¹, e que pouco avança na construção de um modelo cooperativo de processo alinhado ao Estado Democrático de Direito.

De fato, não mais satisfaz as modernas exigências de participação democrática em todos os âmbitos de manifestação do poder estatal a vetusta concepção teórica que limita o contraditório ao binômio informação-reação.

Na atualidade, para além daquele conteúdo formal, o contraditório vai radicar como elemento estrutural do processo, capaz de garantir a participação efetiva das partes no desenvolvimento e no resultado do processo.

A condução do processo e a decisão em si não são encaradas como atos solitários do julgador, mas resultado do fluxo discursivo, interativo e interdependente estabelecido pelos litigantes e o tribunal na reconstrução dos fatos e da normatividade aplicável ao caso e no controle das ações e reações durante todo o curso do procedimento⁴⁷².

Sob essa perspectiva, o contraditório extravasa o direito de ser informado sobre todos os termos do processo, bem assim do direito de reagir às pretensões contrárias aos seus interesses, para assumir uma dimensão substancial: o direito participar da gestão do processo e de influir na decisão, o que implica no correlato direito de não ser de surpreendido com elementos de fato e de direito que não foram previamente debatidos ao longo do processo.

Segundo Brêtas, nessa quadra histórico-científica do direito processual, o contraditório não pode se resumir a um mero *dizer-contradizer* pelas partes, daí sustentar:

Técnica e cientificamente, em concepção atual, o contraditório deve ser compreendido como garantia constitucional de participação efetiva das partes no desenvolvimento do processo em suas fases lógicas e atos, a fim de que, em igualdade de condições possam influenciar o juiz no julgamento das questões de fato e de direito que surjam discutidas ao longo de todo o itinerário procedimental, relevantes à solução decisória almejada. Portanto, nessa perspectiva, no Estado Democrático de Direito, o contraditório se mostra de extrema relevância, pois vem a ser, no processo, a concretização do princípio político de participação democrática das partes na solução de quaisquer questões e problemas que lhes afligem e interessam, perante o Estado.⁴⁷³

⁴⁷¹ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 122.

⁴⁷² NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, p. 177 et. seq..

⁴⁷³ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 136.

A meu ver, parece irretocável, na melhor leitura do estado atual da arte, a noção quadripartite do contraditório visualizada por Brêtas, por ele denominada de *quadrinômio estrutural do processo*. Na lição do processualista mineiro, o contraditório não se resume a um esquema formal de informação e reação; àquele esquema formal deve ser agregada uma dimensão substancial e constitutiva: a informação e a reação, asseguradas na dimensão formal da garantia do contraditório, atuam como base para um fluxo dialogal entre partes e tribunal que irá impactar na decisão, ao final do processo. Na linha sustentada pelo autor o efetivo contraditório, resulta na garantia de as partes serem *informadas* de quaisquer atos processuais que lhes digam respeito, bem assim da oportunidade da *reação* em face daqueles que sejam contrários aos seus interesses, estabelecendo-se assim entre as partes e o tribunal, ao longo de todo o procedimento, um permanente *diálogo*, que *influenciará* não apenas no desenvolvimento do processo, como também no resultado decisório⁴⁷⁴.

Em síntese, o autor sustenta o contraditório, na dinâmica do procedimento, composto por um quadrinômio – *informação-reação-diálogo-influência* – que é resultado lógico-formal da imbricação do contraditório com o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais⁴⁷⁵.

Nos marcos do Estado Democrático de Direito, a decisão proferida ao final do processo não se legitima por ser apenas um ato emanado de autoridade reconhecida pelo Estado, nem tampouco pela mera observância formal de um procedimento que antecede aquela decisão, mas a partir da garantia do processo, que tem como núcleo estruturante o contraditório, na sua composição quadripartite.

O contraditório enquanto eixo catalizador da participação dos atores processuais durante todo processo permite perceber que a ele se submetem tanto as partes como o próprio tribunal.

Às partes, a partir da participação assegurada pelo contraditório, fica assegurado um feixe de direitos, dentre os quais se destacam: o direito de ser cientificado da existência da demanda e todos os termos do processo; o direito de reagir às pretensões que lhes são desfavoráveis; o direito de produzir provas de suas alegações e de fazer contraprova das alegações da parte contrária, bem como participar da produção das provas e manifestar suas impressões sobre o resultado dessa atividade; direito de debater sobre toda a matéria de fato e de direito relevantes para o julgamento da causa; direito à uma decisão fundamentada, que aprecie e solucione as questões de fato e de direito, levando em consideração os argumentos

⁴⁷⁴ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 137.

⁴⁷⁵ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 130.

colocados em debate por elas⁴⁷⁶.

Como espelho inverso dos mencionados direitos das partes, o contraditório vai impor ao julgador uma série de deveres destinados a assegurar a participação daqueles que serão vinculados pela decisão. Mas não é só: o modelo cooperativo de processo que leva a sério a participação de todos os sujeitos processuais não se harmoniza com a postura de juiz apático, que assumia o papel de mero observador do debate (a luta) travado pelos litigantes, tal qual fazia o liberalismo processual, daí porque, na melhor leitura do contraditório, o juiz também participa do debate processual, não apenas fomentando, mas também expondo seus argumentos e suas iniciativas à crítica contínua e contributiva das partes, o que inclusive é indispensável para quebrantar pré-compreensões cognitivas do julgador.

O juiz é um dos atores processuais; ele participa do processo, daí o porquê de, tal qual as partes, estar gravado pela necessidade de observar o contraditório⁴⁷⁷. É justamente por se colocar no debate processual, e não acima dele, é que de há muito a doutrina tem apontado a invalidade das decisões tomadas com base em elementos de ciência privada do julgador, bem como as decisões surpresas.

Nessa linha, todos os elementos relevantes para a decisão devem ser previamente expostos ao debate, daí porque, na esteira da lição lusitana, ao magistrado cuja atuação, em tudo e por tudo, encontra-se vinculada ao contraditório, impõem-se os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio em relação às partes.

Sob essa concepção atual da garantia do contraditório é possível construir as sólidas bases do modelo processual cooperativo, superando-se os inconvenientes dos inadequados modelos liberal e social, que, respectivamente, realçava, respectivamente, o protagonismo das partes e do tribunal, para radicar na interdependência da atuação dos atores processuais, sem qualquer protagonismo ou vínculos de subordinação⁴⁷⁸.

A inexistência de vínculos de subordinação entre os atores processuais, não significa,

⁴⁷⁶ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, p. 131; NERY JR., Nelson; NERY, Maria Rosa de Andrade. (coords.). *Comentários ao Código de Processo Civil*, p. 206-207.

⁴⁷⁷ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, p. 84. É certo, porém, que nem todos partem da concepção de que o magistrado é um dos sujeitos do contraditório. Cf. FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual civil*, p. 123; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 103-110. No que concerne a lição deste último autor, concordo com a afirmação de que o juiz não atua em contraditório com as partes, porque ele não tem interesse contraposto, isto é, não é um contra-interessado, no entanto, segundo penso a perspectiva normativa do contraditório, em relação ao Estado-juiz, convola-se no sentido de impor ao magistrado de levar em consideração os argumentos de fato e de direito suscitados pelos litigantes, e desta forma controlando substancialmente a decisão judicial.

⁴⁷⁸ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, p. 87 et. seq.

porém, atuação incontrolada, daí porque é importante perceber o contraditório como elemento imprescindível para ordenação do formalismo processual e a organização da comunidade de trabalho instituída pelos atores processuais⁴⁷⁹.

O contraditório enquanto garantia de efetiva participação vai estabelecer vínculos de mútua implicação, razão pela qual os atores do processo, ao intervirem ativamente durante todo o procedimento, acabam não apenas aportando os elementos de convicção que julgam relevantes para a causa, mas também controlam e reagem às escolhas feitas por outros atores processuais, da mesma forma que também se submetem aos controles e reações alheios: “o processo não é um monólogo: é um diálogo, uma conversação, uma troca de propostas, de respostas, de réplicas; um intercâmbio de ações e reações, de estímulos e impulsos contrários, de ataques e contra-ataques”⁴⁸⁰.

O contraditório, na sua visão dinâmica, traz consigo a ideia de controles recíprocos e de condicionamento da atividade das partes e da atividade do tribunal, o que é indispensável para a contenção do arbítrio judicial e de comportamentos ímprobos e desgarrados da boa-fé objetiva. Assim, os atores processuais devem exercitar uma relação de mútua fiscalidade, de modo que “a cada poder corresponda uma responsabilidade, e que, por isso cada poder seja objeto de controle correlato”⁴⁸¹.

Esse aspecto da cooperação processual pode ser visto nas lições de Theodoro Júnior e outros quando afirmam que a teoria da comparticipação, ou cooperação relida, consagra um conjunto de comandos que fomentam o diálogo e o controle de todas as ações dos sujeitos processuais; estes comandos otimizam o funcionamento processual, pois, de um lado, institui ferramentas de fiscalidade para o comportamento de todos os sujeitos processuais, e, de outro, induz que o processo oferte o máximo de aproveitamento de sua atividade, seja evitando os comportamentos maliciosos dos advogados, seja evitando a negligência judicial em levar em consideração os argumentos essenciais para o deslinde do caso⁴⁸².

Com efeito, as multifacetadas projeções da garantia do contraditório permitem um descortino de novo horizonte para o desempenho da função jurisdicional do Estado, que conecta a atuação das partes com o exercício da própria atividade judicial. Nesta linha, a decisão judicial

⁴⁷⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 113-115; NUNES, Dierle; CRUZ, Clenderson Rodrigues da; DRUMMOND, Lucas Dias Costa. *A regra interpretativa da primazia do mérito e o formalismo processual democrático*, p. 98 et. seq.; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*, p. 104.

⁴⁸⁰ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 114.

⁴⁸¹ ANDOLINA, Ítalo Augusto. *O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional*.

⁴⁸² THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, p. 92.

não é mais encarada como ato solitário do juiz, mas o produto de uma atividade conjunta entre partes e tribunal, que se desenvolve a partir de sucessivas interações entre os sujeitos processuais, ao longo de todo o procedimento⁴⁸³.

Ao lado do contraditório, a autonomia privada (ou autorregramento da vontade), decorrência direta do direito fundamental à liberdade⁴⁸⁴⁻⁴⁸⁵, constitui um dos pilares do modelo

⁴⁸³ Cf. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*; NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*.

⁴⁸⁴ Tomando as expressões como sinônimas: NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios Jurídicos Processuais*, p. 136 et seq.; DIDIER JR., Fredie. *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*, p. 32.

⁴⁸⁵ Em Berlin é possível extrair a noção de liberdade negativa e positiva. No primeiro sentido, um homem é considerado livre quando pode agir sem ser obstruído por outro homem ou grupo de homens (BERLIN, Isaiah. *Dois conceitos de liberdade*, p. 229). Entretanto, como os interesses humanos não se harmonizam automaticamente, é necessário que a liberdade “natural” seja limitada, sob pena de se instaurar o caos social, que estaria às portas acaso todos os homens pudessem atuar sem peias, esbarrando nos domínios da vida de outros homens. Caberia, pois a lei estabelecer a área livre de atuação do homem (BERLIN, Isaiah. *Dois conceitos de liberdade*, p. 230). Contudo, estabelecer essa divisa não é tarefa simples, pois, de um lado, um mínimo de liberdade pessoal deve ser assegurado como condição de possibilidade da dignidade humana, e, de outro lado, parte da liberdade deve ser sacrificada para preservar todo o resto, e a própria liberdade, inclusive (BERLIN, Isaiah. *Dois conceitos de liberdade*, p. 231; RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*, p. 94). No sentido positivo, a noção de liberdade provém do desejo de guiar a própria vida e as próprias decisões sem forças externas de qualquer ordem, isto é quando o indivíduo é o instrumento de seus próprios atos de vontade, e não dos atos de vontade de outros homens. (BERLIN, Isaiah. *Dois conceitos de liberdade*, p. 236-235). Berlin esclarece que a “liberdade de não ser impedido” e a “liberdade de ser seu próprio senhor”, são, do ponto de vista lógico, formas distintas de dizer a mesma coisa (BERLIN, Isaiah. *Dois conceitos de liberdade*, p. 237). Entretanto, Berlin esclarece que “liberdade não é a liberdade de fazer o que é irracional, estúpido ou errado.” (BERLIN, Isaiah. *Dois conceitos de liberdade*, p. 251); a liberdade pressupõe uma atuação racional, que se aplica tanto nos domínios da vida interior de um homem, quanto nas relações com outros membros de sua sociedade, permitindo, portanto falar em autogoverno nacional ou social (BERLIN, Isaiah. *Dois conceitos de liberdade*, p.248-249; p. 269). Em Dworkin, os termos liberdade e autonomia são coisas distintas: “A autonomia [*freedom*] total de uma pessoa é a sua capacidade de agir como quiser, livre de condicionaisismos ou ameaças impostas por outros ou por uma comunidade política” (DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*, p. 375). A liberdade negativa é o espaço da autonomia do indivíduo que não pode ser retirada por sua comunidade política sem violar a dignidade do atingido pela restrição. (DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*, p. 375). As leis não podem reduzir consideravelmente a autonomia; elas não podem invadir o campo das escolhas éticas essenciais (escolhas religiosas, compromissos pessoais de intimidade e relativos a ideais éticos, morais e políticos), tampouco podem ser justificadas com base padrões éticos (DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*, p. 377-378). No entanto, Dworkin assevera que independência ética fica preservada quando a intervenção na autonomia não diz respeito a uma questão essencial ou quando não é justificada a partir de questões éticas (DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*, p.378). Se o autogoverno responsável vai reivindicar a independência ética em relação às decisões sobre questões éticas, e outros domínios, como os da justiça e da moral, o governo poderá decidir e impor coercitivamente essas decisões. Muito embora não seja possível sustentar uma liberdade absoluta em relação às questões morais e sobre justiça (liberdade positiva), a dignidade pessoal vai exigir o desempenho de um papel ativo nos processos coletivos de tomada desta decisão (DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*, p. 387). É interessante perceber com apoio em Raatz que a concepção de autonomia e liberdade em Dworkin se alinha com a noção de cooriginalidade entre autonomia pública e privada habermasiana já que “os cidadãos, para fazerem uso adequado de sua autonomia pública, garantida através de direitos políticos, “*tem que ser suficientemente independentes na configuração de sua autonomia privada, assegurada simetricamente*”, o que, por sua vez, somente é possível se fizerem uso adequado de sua autonomia política, uma vez que as liberdades de ação subjetiva, igualmente distribuídas, têm, para eles, “o mesmo valor”.” (RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*, 96-97). Quanto ao tema do direito de liberdade no Estado Democrático de Direito cf. RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*, p. 92 et. seq..

cooperativo de processo, projetando importante aspecto de coordenação das atividades dos diferentes atores processuais, com importância ímpar em tema de negociação processual (sentido lato), máxime daquelas celebradas antes da instauração do processo (pré-processuais).

A autonomia privada enquanto desdobramento do complexo direito fundamental à liberdade, pilar do Estado Democrático de Direito, guarda a ideia de que o indivíduo, como ser em busca da autorrealização, pode regular juridicamente seus interesses e definir aquilo que reputa melhor ou mais adequado para sua existência, ficando responsável por suas escolhas⁴⁸⁶.

Na atualidade, por conta do irreversível movimento de constitucionalização do direito, não há como represar as multifacetadas perspectivas de autodeterminação da pessoa humana ao restrito âmbito do direito privado, mesmo porque a existência de uma fronteira que lhe separa do direito público tem se tornado cada vez mais nebulosa.

O processo civil nunca esteve infenso à liberdade das partes, muito embora o âmbito de reverência a ela tenha sido bastante móvel ao longo da história do direito processual e nos mais variados sistemas jurídicos, refletindo vicissitudes culturais e políticas de cada sociedade ao longo do tempo.

É bem verdade que a ascensão dos movimentos de socialização e de publicização processual caminhou no sentido de retrain a autonomia das partes no processo, por vezes, até mesmo negando-a.

Na medida em que se sedimentava o viés publicístico do processo – que culminava na ampliação dos poderes do juiz –, o papel das partes e da autonomia privada no processo foi ofuscada e perdeu espaço, muito embora não seja correto dizer que ela tenha sido extirpada dos sistemas jurídicos processuais. De fato, como maior ou menor amplitude, com maior ou menor apreço, ela sempre esteve no discurso processual, muito embora designada pela equívoca expressão “princípio dispositivo”⁴⁸⁷.

A bem da verdade, a oscilação na distribuição das tarefas entre os atores do processo nos macromodelos processuais – liberalismo e socialização processual –, em grande parte, reflete a importância que deve ser atribuída à autonomia privada dentro de um sistema

⁴⁸⁶ DIDIER JR., Fredie. *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*, p. 32; MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, p. 263.

⁴⁸⁷ Nesse particular, interessante a investigação científica de Raatz no sentido de que na atual quadra histórica o “princípio dispositivo” padece de insuficiência normativa, pelo quê propugna pelo reconhecimento da autonomia privada como princípio do processo civil, decorrente do modelo constitucional de processo. Cf. RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*, p. 127-191. Lucca, no entanto, sustenta a necessidade de se resgatar o princípio dispositivo no âmbito do processo, de modo que ele represente a autonomia privada das partes no processo, ou mais especificamente o “princípio da liberdade processual”. (LUCCA, Rodrigo Ramina de. *Disponibilidade processual: o interesse privado das partes diante da natureza pública do processo*, p. 21).

processual. A perene disputa teórica travada entre os privatistas e publicistas em torno da extensão, modo e validade dos poderes oficiosos do juiz é, a meu aviso, também uma discussão sobre o adequado grau de permeabilidade da liberdade na estrutura do processo civil: quanto maior o grau de reverência a ela, menores deverão ser as iniciativas e interferências oficiais⁴⁸⁸.

Se a análise panorâmica dos dois últimos séculos passados permitiu visualizar o reforço da atuação judicial em detrimento da parte, numa movimentação pendular que caminhou beirando a extremos, a deste início de século se esforça encontrar um ponto de equilíbrio entre estes atores processuais. Este ponto de equilíbrio passa pelo fortalecimento das iniciativas privadas e o rompimento do paradigma processual que muito apequenou a importância de sua atuação nos diversos âmbitos do processo, especialmente na gestão processual.

No Estado Democrático de Direito, no qual o processo figura como um espaço de garantia e realização de direitos, a liberdade das partes não exaure no momento da propositura da demanda, mas se projeta por todo o procedimento. Processo jurisdicional democrático é processo participado, e a participação pressupõe liberdade.

Nesse sentido, a correta lição de Didier Jr.:

É curioso, e um tanto contraditório, como processualistas estufam o peito para falar em democratização do processo, defendendo técnicas de facilitação do acesso à justiça, p. ex., e simultaneamente, ignoram o papel da liberdade, pilar da democracia no processo. Discurso que afasta a liberdade do ambiente processual tem ranço autoritário. Processo e liberdade convivem. Liberdade não é nem pode ser palavra maldita na Ciência do Processo e no próprio Direito Processual Civil.⁴⁸⁹

A quebra do protagonismo judicial e a permanente necessidade de ampliação do aspecto democrático do processo exige cada vez mais o reconhecimento da autonomia privada no processo, decorrência da inexorável percepção de que nem a condução e nem o resultado do processo podem ser obra exclusiva do juiz.

Se o CPC/73 já era pródigo em exemplos demonstrando a penetração da autonomia privada no processo, o vigente CPC, inegavelmente, avança muito nesta matéria, tendo como exemplo mais emblemático o art. 190, que abre margem para os ajustes processuais atípicos.

A manifestação da autonomia das partes no processo, com a possibilidade de conformação do procedimento, direitos e deveres, faculdades e ônus, a partir de ajustes processuais, não implica na reassunção do protagonismo processual, típico do liberalismo processual, nem muito menos a anulação do papel do magistrado dentro a dinâmica do modelo

⁴⁸⁸ MÜLLER, Júlio Guilherme. Negócios Processuais e a desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica, p. 45.

⁴⁸⁹ DIDIER JR., Fredie. *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*, p. 33.

cooperativo de processo: não se trata, como diria Barbosa Moreira, de uma espécie de “gangorra processual”, em que a elevação do papel das partes proporcionalmente implica na diminuição do papel do tribunal⁴⁹⁰.

O exercício da autonomia privada no processo não significa a “privatização do processo”, compreendida como o assenhramento do espaço público processual pelas partes, que lhes permita fazer tudo o que bem aprouver; uma espécie de “terra sem lei”, no qual nada importa senão a única e exclusivamente satisfação dos interesses privados. Quiçá seja esta a minha principal objeção a leitura de exacerbado cariz liberal (ou melhor: neoliberal) que se tem feito das convenções processuais: na busca por afirmar os espaços de atuação das partes acabam por negar a atuação judicial, especialmente no campo da direção formal do processo, a partir de um quadro utópico de paridade entre os litigantes.

Barbosa Moreira faz interessante analogia, da qual me valho: se considerarmos o litígio como enfermidade e o processo meio para sua cura, o enfermo, muito embora possa resolver se vai ou não se internar em um hospital, caso opte pela internação, deverá sujeitar-se às regras daquele estabelecimento; este enfermo não poderá impor os horários das refeições e de visita a seu bel prazer, tampouco poderá baralhar a atividade dos médicos e enfermeiros, escolhendo livremente tais ou quais exames deve fazer, ou tal o qual medicamento será útil para a cura. O enfermo poderá, a qualquer tempo, mesmo sem alta, retirar-se daquele hospital e procurar curar-se por outros métodos. No entanto, enquanto quiser utilizar os serviços daquele estabelecimento, deverá observar suas regras⁴⁹¹.

A meu sentir, a analogia feita por Barbosa Moreira pode ser lida livre de qualquer perspectiva socializadora (kleiniana), porque em nenhum espaço público o particular poderá fazer tudo aquilo que deseje, devendo sempre observar certa disciplina e exigências típicas da racionalidade daquele lugar, e esta inteligência não guarda pertinência apenas com os hospitais, mas também com as escolas, as ruas, e, logicamente, com os processos públicos de tomada de decisão; a jurisdição é um direito fundamental, mas é também uma atividade-dever do Estado, um serviço público – e disso não podemos esquecer. Ao exemplo de Barbosa Moreira apenas acrescentaria que de nada vale a atuação exemplar dos médicos e enfermeiros, a precisão do diagnóstico e a eficiência do remédio prescrito se inexistente a cooperação do paciente e adequada resposta do organismo em tratamento: a sua predisposição para como o sucesso do tratamento é um dado que não se pode apequenar, tampouco a importância das respostas orgânicas do enfermo; eles podem acelerar o processo de cura ou também agravar os males da doença. Não

⁴⁹⁰ BARBOSA MOREIRA. *Poderes do juiz na direção do processo*, p. 51.

⁴⁹¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*, p. 47

fosse assim, seria impossível justificar o êxito de uma medida terapêutica em um caso e o seu insucesso em outros. Em outras palavras: a cura não é um resultado exclusivo da atividade médica ou da infusão de drogas, em tempo e modo; ela é, além disso, uma confluência de outros fatores e atividades, dentre os quais concorrem grandemente a participação dos enfermos e de outros profissionais da saúde.

Nessa linha, o modelo cooperativo de processo vindica na percepção da existência de uma comunidade de trabalho entre juiz e partes, daí porque não é correto dizer que a gestão do processo sai das mãos do juiz e vai para a mão das partes: na verdade, a gestão do processo deixa de ser tarefa exclusiva do juiz para ser uma tarefa compartilhada por todos os atores processuais.

Esse modelo de processo é caracterizado justamente por articular os papéis das partes e do juiz, harmonizando a tensão entre liberdade individual e o exercício do poder pelo Estado, razão pela qual nele nem se ignora a autonomia privada e nem converte o juiz em mero espectador da disputa entre os litigantes⁴⁹². O processo não fica imune à autonomia privada, mas também não fica absolutamente à mercê dela. Esta atuação interativa dos atores processuais, em comunidade de trabalho, a partir de diferentes eixos e perspectivas é justamente o que permite que o processo constitua uma garantia contra o exercício arbitrário e ilegítimo dos atos praticados pela autoridade judicial, e também dos desvios, dos excessos e dos abusos das iniciativas privadas. No entanto, parece que o discurso (neo)liberal se esqueceu – ou convenientemente tem se omitido – que as prevaricações de direitos também se operam por iniciativas privadas.

De toda forma, a calibragem entre a autonomia das partes e a inegável dimensão pública do processo não constitui tarefa simples. A despeito da dificuldade desta empresa, ela é indispensável para a compreensão do poder de autorregramento privado no direito processual, e, por via de consequência, para estipulação de parâmetros para o controle da validade dos negócios jurídicos processuais, tema que nos ocuparemos no último capítulo deste trabalho.

5.2.3 O modelo cooperativo de processo e as partes

A “cooperação” processual, instituída no art. 6º do Código de Processo Civil não significa, como já explicado, que um litigante deva aderir aos interesses da parte contrária; que deixe de atuar estrategicamente em prol de seus próprios interesses. “Cooperar entre si não é

⁴⁹² DIDIER JR., Fredie. *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*, p. 33.

unir-se à parte contrária, ajudá-la, mostrar-lhe simpatia, contribuir para sua atuação. Não se está diante de um compadrio ou de uma reunião de amigos”, como bem registrou Carneiro da Cunha⁴⁹³. De igual modo, não se pode ser ingênuo ao ponto de acreditar que os sujeitos processuais nutrem um vínculo de solidariedade que lhes orienta a buscar o resultado mais correto para o ordenamento jurídico⁴⁹⁴.

Neste particular, é de pontuar, com apoio em Theodoro Junior e outros, que o sistema processual brasileiro é um ambiente prevalecem interesses não cooperativos, por todos os atores processuais. De um lado, os tribunais se encontram às voltas na busca por otimização numérica de sua atividade, e de outro lado, as partes, no âmbito da litigância estratégica, acabam por atuar na busca exclusiva da satisfação de seus próprios interesses. Assim agindo, tribunal e partes, acabam operando de modo patológico, já que afastados dos parâmetros normativos impostos pelo modelo constitucional de processo. É justamente por isso que obtemperam os autores que “cabe ao direito, dentro de seu pressuposto contrafático, ofertar uma base que induza um comportamento de diálogo genuíno no qual estes comportamentos não cooperativos sejam mitigados.”⁴⁹⁵.

É bem verdade que o desenvolvimento doutrinário sobre o conteúdo normativo dos chamados deveres de cooperação processual é proveniente do campo obrigacional, a partir de estudos ligados à boa-fé. No entanto, naquela quadra, a relação estabelecida entre credor-devedor tem finalidade convergente, qual seja o adimplemento da obrigação. No âmbito do direito processual, porém as partes – *rectius*: os litigantes – atuam com interesses divergentes,

⁴⁹³ CUNHA, Leonardo Carneiro da *Art. 6º*, p. 42.

⁴⁹⁴ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, p. 89. Por essa razão, não se pode concordar com a interpretação do art. 6º do CPC feita por Teixeira Filho: “O preceito em exame, a despeito de seu propósito elogiável, tem um sentido muito mais romântico do que pragmático, pois fica difícil admitir a possibilidade de as partes, como sujeitos do processo, estando envolvidas em um conflito de interesses — que, em regra, lhes exacerba os ânimos — cooperarem entre si, para os fins previstos em lei. Sejamos francos: beira a surrealismo essa disposição do Código, até mesmo porque contraria a própria natureza humana.” (TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho: (Lei n. 13.105, 16 de março de 2015)*, p.7.

⁴⁹⁵ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, p. 87. Lembram os autores que ainda que o direito não é capaz de extirpar completamente a ação estratégica no uso da linguagem, mas cabe ao direito criar procedimentos capazes de filtrá-la, de modo a se preservar as ações válidas. Cf. THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, p. 87-88; PEDRON, Flávio Quinaud. *Em busca da legitimidade do direito contemporâneo*, p. 95-107. Pedron pontua com base na lição habermasiana o papel do direito na repressão de comportamentos estratégicos atua, de um lado, através de sanções, que limitam o campo da ação estratégica, amoldando as condutas a um padrão socialmente aceito, e, de outro lado, organizando o sistema econômico e administrativo, equilibrando-os com a racionalidade comunicativa, conferindo legitimidade aos seus imperativos funcionais e integrando-os nos processos de manutenção da ordem social (PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, p. 87-88; PEDRON, Flávio Quinaud. *Em busca da legitimidade do direito contemporâneo*, p. 107).

decorrentes de crise efetiva ou potencial instaurada naquela relação jurídica de direito material⁴⁹⁶.

A transposição das lições de direito material para a seara processual, sem considerar a questão da convergência/divergência de interesses em um campo e outro, pode gerar perplexidades na construção doutrinária acerca do princípio da cooperação no âmbito do direito processual. No entanto, esta interpretação negaria justamente a existência da instauração de um conflito entre as partes e que cada qual tenderá a se comportar em defesa de suas pretensões, mesmo que isso implique em prejuízo ao seu adversário.

No âmbito do processo, as partes não são obrigadas a colaborar entre si. A lei não aposta na bondade da natureza humana e nem desconsidera que as partes gerenciarão instrumentos técnico-processuais para defender suas posições ao longo do processo, isto é, a lei não pressupõe que as partes atuarão descompromissadas com o êxito de suas pretensões. É justamente por isto que Brêtas alerta sobre a inadequação do emprego do sentido ordinário na construção do melhor sentido técnico da palavra cooperar constante do enunciado normativo do art. 6º do Código de Processo Civil:

A rigor, o trabalho ou a atividade em comum dos sujeitos do processo limita-se tão somente à obtenção de um pronunciamento decisório no processo. Assim o é, porque o autor, sujeito parcial do processo, ao exercer seu direito constitucional de ação, postula solução decisória que acolha sua pretensão (lesão ou ameaça de lesão a direito) deduzida em juízo. O réu, outro sujeito parcial, reage e opõe tenaz resistência à pretensão deduzida pelo autor, exercendo em toda sua plenitude a garantia fundamental da ampla defesa, com todos os meios que lhe são possíveis, almejando decisão jurisdicional que a rejeite. É por isto que a principal defesa do réu, a contestação, pode ser tecnicamente qualificada de pretensão resistida. O juiz, sujeito imparcial do processo, que representa o Estado no exercício da atividade jurisdicional (agente público decisor), equidistante do interesse das partes, tem como objetivo dar-lhes resposta decisória que concretize ou realize as normas componentes do ordenamento jurídico no caso em julgamento. A partir desse tenso cenário dialético, parece-nos muito difícil existir a possibilidade de que os principais atores e sujeitos do cenário processual – juiz e partes – possam trabalhar em comum, plenamente acordados, acertados, unidos, de mãos dadas, colaborando gentilmente uns com os outros ou se auxiliando fraternal, carinhosa e mutuamente, em todos os atos e fases processuais, rumo à decisão final de mérito.⁴⁹⁷

Há, no entanto, aqueles que defendem a existência de um dever de cooperação recíproco entre as partes. Por exemplo, Alves encontra dificuldades em explicar a negociação processual prevista nos arts. 190 e 191 do CPC, sem recorrer aquela ideia⁴⁹⁸. A meu ver,

⁴⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de processo civil: artigos 1º ao 69*, p. 152.

⁴⁹⁷ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 140.

⁴⁹⁸ ALVES, Isabella. *Cooperação no novo código de processo civil: por uma interpretação constitucional do art. 6º a partir da teoria normativa da participação*, p. 102.

destituída de razão.

Insista-se que, na cena processual, as partes estão em posições antagônicas, defendendo interesses que lhes são próprios, de modo que não seria crível, muito menos exigível, que elas sacrificassem as suas posições de vantagem na satisfação dos interesses daqueles que litigam com elas. Isto não implica, porém que não possam existir zonas de consenso entre os litigantes. No entanto, o reconhecimento e valorização dos pontos de consenso, os quais inclusive abrem importante espaço para as convenções processuais, não se traduz numa ideia de solidariedade e de abnegação da pretensão das partes; nestas zonas de consenso, o reconhecimento dos interesses do outro litigante não nasce de um dever processual, de uma suposta exigência de cooperação recíproca, mas, ao contrário, da satisfação de interesse próprio que também é interesse alheio, vale dizer: de um interesse que é comum.

A liberdade para se mover em torno de seus próprios interesses é fundamento sob o qual se assenta a autonomia privada e a capacidade de autorregramento da vontade. Assim, se é certo que a autonomia privada projeta um aspecto positivo, consistente na aptidão de instituir regras para a própria conduta e de se vincular àquilo que foi ajustado, também é igualmente certo que ela projeta um aspecto negativo: de não ajustar e de não se vincular a um negócio jurídico, se assim desejar⁴⁹⁹. Em qualquer negócio jurídico, a validade da declaração de vontade pressupõe liberdade, consciência e boa-fé (art. 104 do CC): a liberdade que é pressuposto da declaração válida capaz autorregular (auto-regular) a esfera privada do declarante vai de encontro com a ideia de um dever de cooperar entre as partes que daria vazão aos negócios processuais.

Um dos maiores desafios da negociação processual no Brasil é justamente perquirir a existência de um “grau de autonomia real” entre os declarantes, especialmente tendo em conta a configuração social do país – tismada por abismos na distribuição na renda e de profunda desigualdade em termos de acesso à estruturas fundamentais ao exercício de cidadania – e a frequência de determinados *players* no sistema formal de justiça, o que poderia permitir – ainda mais – a ampliação de vantagens daqueles que já estão em situação de vantagem, fragilizando o aspecto contrafático do direito e do processo como garantia contra o arbítrio, dos poderes públicos e (também) dos poderes privados.

A negociação processual pensada a partir de uma suposta existência de um dever de cooperação recíproca entre os litigantes, bem como a partir de um insuspeito “discurso de harmonia” ou do “consenso” (vide capítulo anterior), é perigoso, tanto em um caso como no outro, porque nega a situação de conflito existente entre as partes e os comportamentos típicos

⁴⁹⁹ BERLIN, Isaiah. *Dois conceitos de liberdade*, p. 230.

de um agir estratégico tão frequentes no âmbito judicial, bem assim os desníveis em relação ao poder barganha entre os convenientes; estas perspectivas não ofertam ganhos democráticos, mas servem como luva para camuflar as relações de dominação dentro do espaço público processual.

No próprio direito privado cada vez mais tem sido problematizadas as relações de paridade e coordenação entre seus agentes, diante da constatação das profundas desigualdades fáticas, que se desdobram em relações de poder e dominação, nas mais variadas instâncias em que os atores estatais não se fazem presentes⁵⁰⁰, no direito processual, esta problematização deve ser feita de forma ainda mais ostensiva, especialmente tendo em conta o perfil dos litígios e dos litigantes brasileiros e a frequência de comportamentos estratégicos por parte dos atores processuais, que podem permitir o agravamento dos desníveis entre os litigantes habituais e eventuais, negando o aspecto contrafático do direito e do processo como garantia de realização do direito. A autonomia da vontade que empresta relevo para o processo constitucional há de ser real, e nunca um verniz que sobre as relações de dominação, que a pretexto de valorizar a harmonia e o consenso, camufla a coerção ou a esperteza.

Também se sustenta a existência de um dever de cooperação recíproco entre as partes a partir da boa-fé e das previsões sistemáticas da legislação processual que conformam o sistema de repressão à má-fé processual.

Nessa linha, Beraldo não tem dúvidas em afirmar a existência de um dever de cooperação recíproco entre as partes, sustentando que as interpretações que negam a existência deste dever são um manifesto retrocesso na compreensão da probidade processual que deve orientar a prática de todos os atos processuais, e ao final arremata: “A supressão da referência quanto à cooperação recíproca fecha as portas processuais para o compromisso, ética e moralidade.”⁵⁰¹.

Esse dever de cooperação também ressaí na lição de Didier Jr., que visualiza na cooperação uma fonte de deveres para as partes, como o *dever de esclarecimento* (dever de redigir a sua demanda com clareza e coerência), o *dever de lealdade* (repressão a má-fé) e de observância da *boa-fé* processual, o *dever de proteção* (proibição de causar danos à parte adversária)⁵⁰².

A despeito do respeitável entendimento nessa linha, a existência de deveres imputados às partes e aos seus advogados não induz necessária à conclusão de que eles sejam diretamente

⁵⁰⁰ SARMENTO, Daniel. *Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional*, p. 31.

⁵⁰¹ BERALDO, Maria Carolina Silveira. *O dever de cooperação no Processo Civil*, p. 455.

⁵⁰² DIDIER JR. Fredie. *Art. 6º*, p. 54.

correlacionados a um dever de cooperação recíproco entre os litigantes.

Antes de tudo, registre-se que a contraposição de interesses das partes, que lhes orienta a agir estrategicamente com o objetivo de se sagrarem vencedoras no processo, não é dado desconsiderado pelo direito processual. Na verdade, o processo, a partir do denso conteúdo normativos do modelo constitucional do processo, deve ofertar mecanismo para a filtragem destes comportamentos, especialmente a partir da imposição de sanções aos comportamentos inadequados (caráter contrafático do direito) e de mecanismos de controle recíprocos das iniciativas dos atores processuais. Nesse particular, a boa-fé objetiva atua como importante mecanismo normativo assegurador do *fair play* processual, induzindo o diálogo genuíno entre os atores processuais⁵⁰³.

Nessa linha, as partes devem se conduzir no processo sob perspectiva da boa-fé objetiva, donde se conclui que não poderão assumir comportamentos contraditórios, agravar os prejuízos de seu adversário, valer-se de sua própria torpeza em benefício próprio, não gerar obstáculos injustificados ao andamento processual, não abusar de seu direito de litigar. De igual modo, as partes devem cumprir com exatidão as decisões judiciais e devem expor os fatos em juízo conforme a verdade (como se extraí da letra do art. 77, I do CPC).

No entanto, aqueles deveres não são uma decorrência da cooperação recíproca entre as partes; aqueles deveres emergem da lei. Vale dizer: não de um vínculo entre os ligantes que decorre todos aqueles deveres antes mencionados, mas da situação da parte perante o ordenamento jurídico; de sua situação processual diante da norma. Fato é que aqueles deveres estão presentes até mesmo nos casos de “jurisdição voluntária”, em que não existe nenhum réu (ou interessado) e nos processos objetivos (ADIN, ADC, ADPF, ADO), nos quais não se têm propriamente partes. Mesmo nos processos de jurisdição contenciosa, o dever de expor os fatos conforme a verdade, por exemplo, nasce no exato momento em que o autor distribui a demanda.

Ao arremate, registre-se que os deveres decorrentes da boa-fé objetiva não podem ser excluídos por negócio jurídico processual, o que reforça a ideia de que estes deveres não decorrem de um dever de cooperação entre as partes, mas de força de lei.

Nesse particular, o Enunciado 6 do FPPC: “O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação.”. De toda forma, o enunciado em questão está a merecer reparo em sua parte final, no que diz respeito à menção “à cooperação”. A referência à cooperação, na forma que foi feita, é pouco esclarecedora, senão ambígua: não é

⁵⁰³ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, p. 87; PEDRON, Flávio Quinaud. *Em busca da legitimidade do direito contemporâneo*, p. 107.

possível inferir se se trata de cooperação entre todos os atores processuais, entre o tribunal e as partes em reciprocidade, em vetor unilateral do tribunal em relação às partes. Enfim, a referência à cooperação ao invés de diminuir a confusão em relação ao tema, a acirra, daí até porque a prudência recomendaria a não inserção da expressão naquele enunciado.

No que se refere ao dever de cooperação das partes em relação ao tribunal é importante registrar que, muito embora a parte tenha deveres, impostos por lei, estes deveres devem ser interpretados com muito cuidado, sob pena de amesquinhar sua atuação e restringir excessivamente sua autonomia no processo, de modo a convertê-las em instrumento do tribunal, pois quanto mais se acentua os deveres de cooperação das partes, mais se sublinha o caráter autoritário do processo; em contrapartida, o maior realce aos deveres do juiz, atenua o autoritarismo⁵⁰⁴.

A faceta do contraditório que subjaz o modelo cooperativo de processo permite que as partes contribuam ativamente na condução e nos resultados do processo, daí porque a cooperação das partes com o tribunal, neste sentido, é um direito, ou melhor, uma garantia, e nunca um dever, decorrente de um vínculo de exigibilidade entre atores processuais. “Uma garantia não é uma imposição, é uma liberdade protegida, não pode ser coativamente oferecida e não se identifica como um instrumento de sujeição.”⁵⁰⁵. Em outras palavras, o que existe, em tema de cooperação processual, é a garantia de que as partes possam participar do procedimento judicial cuja decisão lhe vinculará: “A colaboração das partes com o juiz vem naturalmente de sua participação no processo, levando aos autos alegações e provas que auxiliarão o juiz na formação de seu convencimento.”⁵⁰⁶.

A parte no processo até poderá não aproveitar ou aproveitar mal as oportunidades de participar no processo, deixando, por exemplo, de contestar ou não alegando toda matéria de defesa que lhe poderia aproveitar, mas isto pouco importa: a decisão lhe vinculará. O tribunal não pode substituir a parte nesta escolha, sob pena de se desequilibrar de modo severo o formalismo processual, no qual a iniciativa e a determinação do objeto da demanda, a princípio, compete às partes e não ao juiz.

Correlata à liberdade de participar está a ideia de responsabilidade na forma e no modo de sua participação; as partes têm garantia de poder participar, e, caso desejem dela se valer,

⁵⁰⁴ GOUVÊA, Mariana França. *Os poderes do juiz cível na ação declarativa: em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão*, p. 52. Também visualizando os riscos de uma ideia de cooperação de exacerbada matriz socializadora, no qual o tribunal instrumentaliza a atuação das partes, cf. THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, p. 87 et. seq.

⁵⁰⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria Geral do processo*, p. 113.

⁵⁰⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*, p. 265.

deverão se ater aos aspectos ligados à técnica processual, à observância dos prazos, às consequências advindas do sistema de preclusões e do desatendimento ou atendimento imperfeito da regra da eventualidade. O modelo cooperativo de processo não chancela a negligência e a irresponsabilidade dos litigantes a partir da expiação de suas falhas por um juiz salvacionista, mas valoriza a atuação *responsável* e interdependente ao longo do procedimento. De igual modo, a possibilidade de se operar ajustes processuais não constitui uma autorização para a irresponsabilidade, como se fosse uma espécie de borracha, que convenientemente se manuseia para apagar a atuação deficiente em etapas processuais já ultrapassadas (vide item 7.5).

No campo da atividade probatória, aduz a legislação processual que ninguém poderá se eximir do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade (art. 378 do CPC). No entanto, até mesmo este dever, em relação às partes, no contexto do Estado Democrático de Direito, deve ser visto *cum grano salis*. Isto porque, primeiro, a atividade judicial neste campo não é ilimitada; segundo, existem regras de ônus de prova que resolvem em grande parte os problemas nesta seara; e, terceiro, a investigação oficial probatória do juiz deve ser excepcional, de forma a não gerar propensões cognitivas, atribuindo muito mais valor às provas produzidas por ele, em detrimento daquelas produzidas pelos demais atores processuais⁵⁰⁷.

A comunidade de trabalho que o modelo cooperativo de processo se propõe, alinhada que deve ser ao Estado Democrático de Direito, não reserva às partes posição servil e nem as instrumentaliza a serviço do juízo, a pretexto da busca da verdade ou da realização de um fluído conceito de justiça, mas, ao contrário, vê na atuação das partes eixos de interação que se interconectam com o eixo de atuação do tribunal, durante toda a plataforma procedimental, que tem como força motriz principal a garantia do contraditório em sua perspectiva dinâmica⁵⁰⁸.

5.2.3 O modelo cooperativo de processo e o juiz

⁵⁰⁷ Cf. NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*; COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre o direito processual, economia e psicologia*.

⁵⁰⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, p. 87 et. seq.; Cf. NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*.

A definição do papel do tribunal no modelo cooperativo de processo perpassa pela percepção de que a condução e o resultado do processo não são de responsabilidade exclusiva de um ator processual, por mais relevante que sejam suas atribuições constitucionais. De igual modo, a aposta nas qualidades, nas aptidões e nas virtudes pessoais deste ou daquele ator processual não se afigura como caminho melhor – ou, no mínimo, menos questionável – para esta empreitada. Justamente por isto que, o tribunal, dentro de um contexto de uma sociedade plural e multifacetada, deve assumir uma postura humilde diante da complexidade dos conflitos contemporâneos, abandonando, definitivamente, a postura incompatível com as modernas exigências democráticas, de “donos da verdade e guardiões da virtude”, de “superego de uma sociedade órfã”, ou se arrogando na pretensão de ser uma “vanguarda iluminista” que empurra a história para frente⁵⁰⁹.

A par dessa consideração, é possível compreender a razão pela qual a ciência processual, na contemporaneidade, tem colocado o processo como seu polo metodológico de estudos e eixo gravitacional de suas construções teóricas, em substituição a jurisdição, ângulo que enfocava o fenômeno processual em perspectiva unilateral, sobrelevando o papel do juiz naquela cena⁵¹⁰.

O exercício da jurisdição, a despeito de traduzir manifestação do poder político do Estado, não pode ser arbitrário, mas em conformidade com os princípios que regem o Estado Democrático de Direito, especialmente com aqueles que compõem o modelo constitucional de processo. Assim, a função jurisdicional só poderá ser exercida dentro de estrutura metodológica normativamente construída, destinada a garantir adequada participação dos destinatários na formação do ato decisório. Esta metodologia busca afastar os subjetivismos e concepções ideológicas do julgador, bem como a utilização de fórmulas retóricas ou de manipulações semânticas (*e.g.* “prudente apreciação”, “íntima convicção”, “prudente critério do juiz”), que não permitem inferir nenhuma racionalidade na decisão⁵¹¹.

Chamon Júnior enfaticamente lembra que o juiz não deve ser visto como senhor de sua

⁵⁰⁹ Cf. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*; NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*. As expressões em referência ao Poder Judiciário – “donos da verdade e guardiões da virtude”, “superego de uma sociedade órfã” e “vanguarda iluminista” que empurra a história para frente, são respectivamente de autoria de Garapon, Maus e Barroso (GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*; MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade*; BARROSO, Luiz Roberto. *Nós, o Supremo*).

⁵¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de processo civil: artigos 1º ao 69*, p. 147. No sentido que vai no texto, Mitidiero afirma: “Essa ideia de processo como polo metodológico central da teoria do processo civil contemporâneo bem responde ao caráter essencialmente problemático assumido pelo direito hoje, para cuja solução concorrem, argumentativamente, todos aqueles que participam do feito. A propósito, a passagem da jurisdição ao processo corresponde, em termos de lógica jurídica, à passagem da lógica apodítica à lógica dialética: do monólogo judicial ao diálogo judiciário.” (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*, p. 48-49).

⁵¹¹ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 41-42.

jurisdição, mas autoridade que, conquanto participe do processo, não o faz de modo autoritário, de forma a se permitir a ditadura de um pensamento ou de convicções subjetivas, formadas de modo insindicável, sem lastro ou sustentação argumentativa em face dos pressupostos comunicativos referidos ao direito e compartilhados pela comunidade jurídico-política⁵¹².

Dessa forma, como não é possível atribuir ao tribunal postura salvacionista dentro da dinâmica processual, tampouco dele se espera a hercúlea capacidade de condensar valores vigentes em contextos de sociedade plurais, é que se torna possível pensar o processo como atividade intersubjetiva de mútua implicação, capaz de minimizar os riscos que poderiam advir de modelo processual centrado no protagonismo judicial. Se é assim, força convir que não pode repousar sobre os ombros do juiz todo o fardo da condução e da resolução das questões colocadas em juízo. As partes, desde de que assegurada sua participação em procedimento em contraditório, copiosamente estruturado no modelo constitucional de processo, também são corresponsáveis pela condução e construção da melhor decisão possível⁵¹³.

A partir dessa constatação, a comunidade de trabalho instituída entre os atores processuais vai radicar na percepção de que nem o juiz e nem as partes se arrogam no monopólio exclusivo da investigação dos fatos da causa ou da determinação da matéria jurídica relevante para a decisão. A cooperação processual vai exigir o permanente diálogo entre eles, de modo que sejam asseguradas às partes não apenas o direito de produzir provas e contraprovas e de se manifestar acerca de toda a matéria de fato relevante para o descortino da causa, mas também o direito de reconstruir os sentidos do material jurídico aplicável (ou não) ao caso, a partir de sua peculiar e parcial perspectiva.

A pluralidade enquanto característica das sociedades contemporâneas está a exigir cada vez a análise dos conflitos sociais em perspectiva multifacetada, o que desautoriza investigação solitária do órgão judicial do material fático e jurídico indispensável para a decisão.

De fato, a atividade processual vista de modo isolacionista, a partir da solitária perspectiva do juiz, reduz a complexidade da atividade processual à perspectiva de um único observador; em contrapartida, o diálogo, permite uma fusão de horizontes – na expressão gadameriana – sobre aquela atividade, a partir da análise panorâmica mais ampla dos temas a serem analisados, constringe à comparação e à reflexão sobre opiniões preconcebidas, favorecendo a formação de um juízo mais aberto e ponderado⁵¹⁴.

⁵¹² CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria da argumentação jurídica: constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes do direito moderno*, p. 177.

⁵¹³ Cf. NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*.

⁵¹⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 139.

O processo é uma comunidade de trabalho, na qual concorrem todos os atores processuais não apenas na prática de atos materiais e instrutórios, de condução e preparação do processo, mas também é, sobretudo, uma *comunidade argumentativa de trabalho*, na qual avulta o papel contributivo da intersubjetividade no aperfeiçoamento de toda a atividade processual, em especial da decisão, que deixa de ser fruto de pura inteligência e sensibilidade do julgador, para se convolar em um produto da participação em comum de todos os atores processuais⁵¹⁵.

Por tudo isso, Alvaro de Oliveira registra ser inadmissível um modelo processo no qual os litigantes fiquem submetidos ao exclusivo impulso do juiz e ao seu empenho na busca de uma correta definição da causa, ou que o juiz, apaticamente, se limite a recolher o resultado da atuação da parte; ao invés do juiz ditador, senhor de um processo inquisitivo e autoritário, ou de um processo totalmente dominado pelas partes, como forma de contenção ao arbítrio judicial, se põe o exercício da cidadania dentro do processo, fruto de uma atividade colaborativa entre juiz e partes⁵¹⁶.

Ínsita à ideia de responsabilização judicial pela cota que lhe cabe na condução equilibrada do processo e do dever constitucional de proferir a melhor decisão possível, colocam-se os chamados deveres de cooperação do juiz com as partes, cujos desdobramentos estão em linha de princípio, no asseguramento, por meio de sua própria atividade, da concretização da garantia de participação das partes em contraditório e do respeito ao espaço de autorregramento da vontade dentro do processo.

Assim, na esteira das construções teóricas lusitanas, os deveres de cooperação do juiz com as partes são quatro: dever de esclarecimento, de consulta, de prevenção ou de advertência e de auxílio.

Como visto, o dever de esclarecimento guarda a ideia de que o juiz deve sanar eventuais dúvidas em relação às postulações das partes, indicando as obscuridades e incoerências, evitando-se decisões equivocadas ou extinções prematuras do processo que resultam da incompreensão daquelas postulações. Enfim, “[t]rata-se de providência que visa viabilizar um mais adequado entendimento da argumentação das partes no processo”⁵¹⁷.

O dever de consulta, corolário da garantia constitucional do contraditório como garantia de influência e não surpresa, vai impor ao magistrado a conduta de abrir o espaço procedimental

⁵¹⁵ A expressão “comunidade argumentativa de trabalho” é de Marinoni e Mitidiero (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de processo civil: artigos 1º ao 69*, p. 150)

⁵¹⁶ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*, p. 140.

⁵¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de processo civil: artigos 1º ao 69*, p. 153.

para o debate com as partes acerca das questões de fato e de direito que não foram objeto de suas manifestações. Mesmo diante daquelas matérias que a lei impõe o conhecimento de ofício por parte do magistrado, a interpretação constitucional da legislação processual que leva a sério a garantia de participação em contraditório, vai impor uma renovada leitura das iniciativas do magistrado neste campo, de modo viabilizar o diálogo judiciário sobre elas, evitando-se surpresas aos jurisdicionados.

O dever de prevenção ou de advertência traduz na obrigação de o magistrado indicar as irregularidade e insuficiências nas postulações ou alegações das partes capazes de comprometer o julgamento do mérito ou regular e tempestivo desenvolvimento do processo.

Muito embora o dever de prevenção se conecte intimamente com a regra da primazia do mérito, a qual recomenda o suprimento de vícios que impedem o julgamento do mérito, a meu ver, ele também atua no sentido de exortar as partes sobre os comportamentos e pretensões que comprometem o regular e tempestivo andamento processual.

Sob esse último aspecto, levando em consideração o dever judicial de zelar pela razoável duração do processo (art. 139, II do CPC), pode o magistrado, por exemplo, advertir a(s) parte(s) sobre o retardamento injustificado no cumprimento das determinações judiciais, ou a inconveniência das infinitas petições e juntadas feita pelo “método do conta gotas”⁵¹⁸, que conspiram contra a ideia de economia processual, de concentração dos atos processuais e da autorresponsabilização dos litigantes pela cota que lhes cabe na determinação da razoável duração do processo. De igual modo, em tema de convenções processuais, parece adequado pensar que, cumpre ao magistrado admoestar as partes sobre complicações que podem advir de certos ajustes processuais, sem que isto implique em uma espécie de tutela das partes ou desrespeito ao poder de autorregramento privado sobre a matéria processual.

Se, por um lado, as partes devem ter seu espaço de autonomia preservado e, em alguma medida, estimulado, por outro lado, o magistrado também tem seus deveres constitucionais e legais a serem cumpridos, daí porque o modelo cooperativo que se baseia na ideia de intersubjetividade policêntrica e interdependente, não se harmoniza com uma postura passiva e contemplativa do magistrado em relação à toda e qualquer iniciativa das partes, máxime daquelas desalinhadas ao padrão de boa-fé objetiva ou oriundas de uma “pseudo consensualidade”, que entregam os litigantes mais frágeis ao subjugo dos mais fortes, com a desfaçatez de se estar promovendo a cidadania e a democratização do processo.

Nesse sentido, Greco, em clássico texto discutindo as venturas e desventuras dos

⁵¹⁸ E expressão é de Barbosa Moreira (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Sobre a “participação” do juiz no processo civil*, p. 65).

movimentos (neo)liberal e social no direito processual, registra:

Entretanto, o liberalismo pelo qual precisamos lutar não é mais o do Estado absentéista do século XIX, mas o do Estado Democrático de Direito do 2.º Pós-Guerra, ou seja, o que não apenas respeita o livre arbítrio dos cidadãos na tomada de decisões relativas à sua esfera privada, mas que, no momento em que estes recorrem ao Estado para a tutela dos seus direitos, este, através dos juízes, controla diligentemente se aqueles estão em condições de se autotutelarem e, em caso negativo, supre moderada e parcimoniosamente as suas insuficiências para, sem comprometer a sua imparcialidade, assegurar-lhes o acesso efetivo ao gozo dos seus direitos, tendo em vista que as posições de dominação que prevalecem na sociedade precisam ser neutralizadas, sob pena de entregarem os mais fracos ao jugo incontestável dos mais fortes, em total desrespeito às promessas de construção de uma sociedade erigida sob a égide da dignidade humana e do pleno respeito aos direitos fundamentais.⁵¹⁹

É bem verdade que não cabe ao juiz tutelar o interesse das partes, tampouco lhe é lícito tomar para si a tarefa que compete aos advogados e aos defensores públicos, sob pena de se macular a indispensável autonomia entre os eixos policêntricos existente entre os atores processuais, que dá contextura ao modelo cooperativo de processo. Entretanto, não parece defensável em um país como o Brasil, tisonado por severas desigualdades sociais, com precário número de defensores públicos, com a estrutura do sistema judiciário colonizada por um número diminuto de atores econômicos e estatais (litigantes habituais), reserve ao magistrado uma postura contemplativa e omissa em relação as novas e antigas formas de dominação e de desequilíbrio entre os litigantes que se reproduzem no país.

Se na alta contemporaneidade a imagem de um bom juiz Magnaud não serve para aliviar o cidadão do peso de suas escolhas, também a de um juiz Pilatos não oferece um melhor espelho. É como precisamente advertiu Bauman sobre nosso atual interregno histórico, no qual “a antiga maneira de agir não funciona mais, e novos modos de agir ainda não foram inventados”⁵²⁰. Na “era da liquidez”, à mingua de soluções prontas e na urgência por respostas melhores do que aquelas encontradas até então – ainda que imperfeitas –, o direito que se faz rente com a Constituição – e bem por isso comprometido como os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º da CF/88) – não pode ser pensado fora de seu contexto social, para que não se converta em pura utopia ou meras abstrações.

Assim, em países como o Brasil que nunca conseguiram implementar, de fato, um Estado de bem-estar social, não parece que a afirmação da autonomia privada e a concretização do ideal de cidadania no processo esteja a exigir a exumação de um modelo de juiz contemplativo, numa leitura repaginada do liberalismo processual, especialmente quando se

⁵¹⁹ GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*, p. 29.

⁵²⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Sociedade do consumo e do crédito não funciona mais*.

tem em conta a importância do serviço jurisdicional na concretização de direitos para grande parcela da população negligenciada pelo Estado e exposta a uma sorte de abusos por parte de poderes públicos e privados.

Entre um juiz salvacionista e um juiz espectador, novamente com apoio em Greco, é possível pensar em um juiz vigilante: que nem infantiliza seus jurisdicionados, mas que também não desconsidera que os graves níveis de exclusão social e as dificuldades de acesso às estruturas ligadas ao exercício da cidadania podem corromper o consentimento livre e esclarecido em tema de ajustes processuais.

Retomando o assunto, o dever de auxílio, por sua vez, implica para o magistrado a obrigação de subsidiar as partes na superação de dificuldades que impeçam o cumprimento de seus ônus e deveres processuais⁵²¹. Caso, por exemplo, o exequente não encontre bens do executado suficientes para a satisfação do crédito, deve o juiz auxiliá-lo nesta tarefa, de modo que a execução não se reste frustrada; também o magistrado deve subsidiar o autor a localizar o endereço do requerido, oficiando órgãos públicos e concessionárias de serviços públicos, com a finalidade de se obter aquela informação e se evitar a citação por edital, que deve ser medida derradeira.

O dever de auxílio também tem importantes implicações no campo probatório. É o que se dá, por exemplo, nas determinações judiciais de juntada de documento em posse de terceiros ou da parte *ex adversa*, cujo acesso direto pela parte não tenha sido possível. Nesta linha, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais cassou a decisão de primeiro grau, por violação ao dever de auxílio, em caso no qual o requerente, um guarda municipal, pleiteando o pagamento de horas-extras e o pagamento em dobro das horas trabalhadas em recesso, feriado e finais de semana, na tentativa de demonstrar a existência de fato constitutivo de seu direito, teve negado pela Administração o acesso aos seus registros dos pontos e de frequência. No caso em questão, o Tribunal de Justiça mineiro entendeu que a inércia do órgão judicial em determinar a juntada dos documentos, sob pena de inversão do ônus da prova, cerceou o direito do requerente à prova⁵²².

Muito embora o dever de auxílio institua o dever de o magistrado subsidiar as partes na superação de dificuldades que impeçam o cumprimento de seus ônus e deveres processuais, é importante que se trate de uma dificuldade séria, já que não cabe ao magistrado substituir a atividade das partes e de seus advogados ou defensores. O dever de auxílio do tribunal para

⁵²¹ DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual português*, p. 56.

⁵²² TJMG - Apelação Cível 1.0000.18.082732-1/001, Relator(a): Des.(a) Geraldo Augusto, 19ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 07/02/2019, publicação da súmula em 13/02/2019.

com as partes não é uma espécie de substituição processual da parte a ser exercitada pelo juiz (ou um dever de auxílio de forte concepção mengeriana), tampouco exonera o litigante das consequências de seu comportamento desidioso e negligente.

5.2.4 A oralidade e escritura como técnicas de aperfeiçoamento do debate processual

Como se viu, o modelo cooperativo de processo, na linha do aqui sustentado, tem como objetivo demarcar a corresponsabilidade de todos os atores processuais, não apenas na organização e condução do processo, mas também pelo estímulo argumentativo indispensável para obtenção da melhor decisão possível.

A partir dessas premissas é possível visualizar as técnicas da oralidade e da escritura no processo contemporâneo, afastando-se, pois, das matrizes teóricas que buscavam nelas acentuar o protagonismo de determinados atores processuais.

Com efeito, a combinação das técnicas da oralidade e da escritura no dimensionamento do procedimento e na organização lógica de suas fases permite o debate mais profundo e panorâmico sobre os todos os elementos relevantes para construção da melhor decisão possível, deixando a toda evidência que essa tarefa é antes de tudo uma tarefa comum de todos os atores do processo⁵²³.

Muito embora os diversos sistemas processuais combinem de forma diferenciada as técnicas da oralidade e da escritura, a resultante dessa mixagem, nos sistemas democráticos, deve ter sempre como objetivos a ampliação e a intensificação do efetivo diálogo entre os atores processuais, em todas as fases do procedimento.

De fato, se historicamente a defesa da técnica da oralidade esteve ligada à busca da eficiência e da celeridade processual, na atualidade, esta técnica deve ser pensada como mecanismo de potencialização das garantias constitucionais, especialmente a do contraditório, já que a defesa da eficiência e da celeridade deve ser divisada no contexto mais amplo da finalidade técnica do processo⁵²⁴, que é de servir como instrumento de garantia de proteção contra os poderes públicos e privados. E neste sentido, abalizada doutrina nacional e estrangeira tem insistido na importância da adoção da técnica da oralidade, que teria na audiência com o

⁵²³ Cf. CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*.

⁵²⁴ “A instrumentalidade técnica do processo está em que ele se constitua na melhor, mais ágil e mais democrática estrutura para que a sentença que dele resulta se forme, seja gerada, com a garantia de participação igual, paritária, simétrica, daqueles que receberão os seus efeitos.” (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria Geral do Processo*, p. 150).

juiz momento de singular importância no curso do procedimento, não obstante deva ela ser metodicamente preparada por elementos escriturados, vale dizer: por troca de petições escritas que balizariam o debate desenvolvido em audiência⁵²⁵.

A cisão da atividade cognitiva em duas fases, uma, normalmente escrita, destinada a preparação dos debates que serão realizados na segunda fase, marcada pela oralidade e desenvolvida em audiência das partes com o juiz, tem a vantagem de permitir a correta delimitação das questões que são objeto da discussão do caso concreto, evitando-se decisões surpresa e o prolongamento supérfluo do procedimento⁵²⁶.

Infelizmente no Brasil as vantagens de um sistema processual que combina aquelas técnicas não foram adequadamente percebidas: as vantagens da escrituração periclitada nas petições escritas longas, muitas vezes desconectadas com o tema a ser decidido, especialmente na enxurrada de peças genéricas, que jorram aos montes das demandas seriais inadequadamente tratadas pelo sistema jurisdicional, ou ainda da sucessiva troca de escritos entre as partes, com a absoluta complacência judicial, que encoraja as partes a manter o “método do conta gotas”, que tanto alimenta o “tempo morto do processo”. De outro lado, o aspecto benéfico da oralidade fenece diante daqueles juízes completamente alheios aos casos cujas audiências irá presidir, de advogados que – por inabilidade ou inadequada preparação – não aproveitam do espaço dialógico da audiência. Na gênese de tudo isto, o ensino jurídico, que, salvo raras exceções, pouco estimula o desenvolvimento das habilidades conectadas ao melhor aproveitamento das virtudes das técnicas da oralidade e da escritura no processo⁵²⁷.

É importante que se perceba que o aprofundamento do diálogo entre o tribunal e as partes não é tarefa ociosa ou que conspira contra a razoável duração do processo. A aproximação dialogal entre o tribunal e as partes, para além dos ganhos democráticos que advém do incremento da possibilidade de participação dos atos de poder emanados do Estado, também produz importantes resultados práticos. Dentre esses resultados, destaque-se a redução do tempo de duração processual e da taxa de recorribilidade, bem como a realização de acordos

⁵²⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*.

⁵²⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, p. 212 et. seq.

⁵²⁷ Estes problemas já foram denunciados de há muito pela literatura processual brasileira, cabendo mencionar: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo*; BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Sobre a participação do juiz no processo civil*; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*; THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*; SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho. *Técnica de ajuizamento da ação*; MADEIRA, Dhenis Cruz. *Técnicas de argumentação oral em audiências*.

melhor estruturados⁵²⁸, fruto do legítimo exercício da autonomia privada e não da pressão dos efeitos deletérios de procedimento se arrastar mais do que é suportável para um litigante economicamente frágil, ou da imperfeita delimitação das chances de ganho e perda em relação à determinadas questões a serem decididas.

Em síntese, a atividade concertada de todos os atores processuais na gestão e na definição do processo, a partir da combinação das técnicas da oralidade e da escritura, pode viabilizar a melhora qualitativa da performance do processo⁵²⁹.

Esse concerto interativo, pressupondo engajamento continuado e constitutivo de todos os atores do processo, especialmente a partir da combinação das técnicas acima aludidas, é a chave para a compreensão das emblemáticas figuras da delimitação consensual das questões processuais (art. 357, § 2º do CPC), do saneamento e organização compartilhado (art. 357, §3º do CPC) e da calendarização processual (art. 191 do CPC).

Naquelas figuras – ajustes processuais típicos (vide item 6.2.4.4.1) –, avulta-se em importância a metódica etapa de preparação, normalmente desenvolvida por escrito. Esta etapa preparatória levada a sério permite que se afastem decisões capazes de colher as partes de surpresa (negando-as o direito de influenciar na formação do ato decisório), porquanto fundadas em matéria de fato e de direito cuja manifestação não tenha sido debatida pelas partes ao longo do procedimento, ou o retrabalho que eventualmente pode surgir em decorrência de desenvolvimento incompleto ou imperfeito das atividades realizadas ao longo do procedimento. Ao depois, uma preparação consistente irá permitir que os próprios ligantes se livrem de seus ônus e melhor aproveitem suas faculdades processuais, atuando de forma mais participativa ao longo do procedimento⁵³⁰.

Na hipótese prevista no art. 357, §2º do CPC (delimitação consensual das questões processuais), os litigantes podem apresentar para o magistrado uma proposta de delimitação das questões de fato e de direito, a qual, uma vez homologada, vinculará todos os atores processuais. A participação do juiz e das partes, em comunidade de trabalho, na definição das questões relevantes, teoricamente, favorece a aplicação dinâmica do contraditório por, de um lado, permitir que os litigantes tenham ampla ciência da matéria que é relevante para decisão, de

⁵²⁸ Sobre o tema, cf. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, 239 et. seq.; THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, p. 133-134.

⁵²⁹ cf. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, 239 et. seq.

⁵³⁰ NUNES, Dierle José Coelho. *Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das reformas processuais*, 239 et. seq.; THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, p. 133-134.

modo que nada lhes escape no exercício do ônus de se manifestar sobre elas, e, por outro lado, por contribuir com a fundamentação da decisão, na medida em que facilita para o magistrado a identificação e a consideração dos pontos controvertidos/relevantes, bem assim os argumentos que potencialmente poderiam desautorizar sua conclusão⁵³¹. De toda forma, é importante que se tenha em vista que a delimitação consensual das questões processuais, uma vez homologada pelo juiz, estabiliza a matéria a ser debatida, vinculando os atores processuais.

Também, na mesma linha, demonstrando que o desenvolvimento de toda a atividade processual deve ser uma tarefa em comum, coloca-se o disposto no art. 357, 3º do CPC.

Estabelece a legislação processual civil 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”.

A cooperação processual como esquema organizativo que propugna pelo equilíbrio na distribuição de tarefas entre os diversos atores processuais se projeta em todas as causas, mas são justamente naquelas que envolvem maior complexidade é que a ideia de comunidade de trabalho se exhibe com maior intensidade, na medida em que nelas se ressaltam as limitações cognitivas, técnicas e operacionais do modelo processual que insiste em trabalhar com figuras messiânicas. É justamente por isso que andou bem o legislador ao lembrar que a organização e a condução do processo não são tarefas exclusivas do magistrado.

As recentes tragédias de rompimento de barragens nas cidades de Mariana e Brumadinho bem sinalizam o quão complexa pode se tornar a atividade jurisdicional nos litígios contemporâneos. Nesses dois exemplos a sofisticação das questões humanas, civis, sociais, ambientais, trabalhistas, econômicas e assistenciais – com projeções individuais e sobretudo difusas –, bem demonstra que sem a arregimentação dos envolvidos (litigantes e não litigantes), das instituições oficiais e da sociedade civil, dificilmente um magistrado, por mais preparado e comprometido com seu mister, conseguirá resolver todas as questões ali implicadas, de forma satisfatória e panarâmica, dentro de um prazo razoável. O fardo de se proferir a melhor decisão possível não deve e não pode recair exclusivamente sobre o juiz ou um tribunal, mas deve suportada por todos aqueles que participaram do processo.

O aspecto gerencial do processo a ser desenvolvido por todos os atores processuais também ressaí do disposto no art. 191 do CPC, a partir da técnica de calendarização processual.

⁵³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, p. 346; p. 133 et. seq..

O calendário processual é ajuste processual realizado pelas partes com o juiz, de comum acordo, com o objetivo de emprestar maior previsibilidade em relação aos atos que irão transcorrer ao longo do procedimento, bem assim o momento de sua realização⁵³².

Na legislação brasileira o calendário processual é uma atividade dos atores processuais realizada de modo concertado, fato que reforça a ideia de que no modelo cooperativo de processo a gestão do processo é uma atividade que pode (e deve) ser desenvolvida conjuntamente com as partes.

Caso a iniciativa de instituir o calendário processual surja das partes, a validade do ajuste depende da anuência judicial. Muito embora as iniciativas das partes devam ser valorizadas pelo magistrado, a proposta de calendarização pode se tornar inexecutável diante da realidade da rotina cartorária daquele juízo ou em razão da existência de outro ato processual agendado para aquela mesma data. Em outros casos, porém a proposta de calendarização apresentada pode ser recusada quando o magistrado verificar a quebra da boa-fé objetiva (desvio teológico-objetivo) na iniciativa das partes (vide item 7.2). É o que poderia se dar, por exemplo, quando as partes, em colusão, fixam prazos excessivamente dilatados, sem, no entanto, o ajuste emprestar qualquer socorro as peculiaridades da causa. Em todos os casos, porém a recusa do magistrado à proposta de calendarização formalizada pelas partes deve ser fundamentada, deixando às claras os argumentos logísticos e normativos que embasam a decisão.

De toda forma, a oralidade pode se revelar como técnica útil para a fixação do calendário processual. Nesse sentido, o enunciado 299 do FPPC: “O juiz pode designar audiência também (ou só) com objetivo de ajustar com as partes a fixação de calendário para fase de instrução e decisão”.

Após ter investigado nos capítulos anteriores a dinâmica interna do formalismo

⁵³² A calendarização processual realizada unilateralmente pelo magistrado, reconhecida na literatura processual (cf. GAJARDONI, Fernando Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*, livro digital; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*, p. 46-47; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo: as convenções processuais no processo civil*, p. 55-56.), é bastante comum na prática judiciária, no entanto, segundo penso, dentro de uma perspectiva participativa de processo, ela deve ceder lugar à calendarização convencional, instituída entre tribunal e partes, implicando na corresponsabilização de todos os atores pela gestão do procedimento. É questão de somenos importância a determinação da iniciativa para o estabelecimento do ajuste; o que importa, é a confluência de interesses de todos os atores processuais na equalização temporal e lógica do procedimento, levando em conta a realidade operacional de cada juízo. Nesta toada, considerando a tradição jurisdicional brasileira, fortemente marcada pelo protagonismo judicial, nada obsta que inicialmente as iniciativas de calendarização partam do magistrado, conclamando os litigantes a equalizarem com ele o procedimento, ampliando o diálogo entre os atores processuais, para que, no futuro, os próprios litigantes, cada vez mais, sintam-se estimulados a tomar estas iniciativas, fortalecendo o modelo cooperativo de processo. Acresça-se, por oportuno, que a corresponsabilização de todos os atores processuais pela gestão do processo (e do conflito) não implica em desprezo pelo papel desempenhado pelo juiz no processo, mas no reconhecimento de que o fenômeno processual pensado exclusivamente sob a perspectiva judicial é incapaz de suprir os déficits de eficiência e legitimidade que se espera na contemporaneidade.

processual, fixando a necessidade de construir uma comunidade de trabalho entre juiz e partes sem vínculos de subordinação, é possível avançar na busca de limites para as convenções processuais. No entanto, antes disso, no próximo capítulo buscará alocar as convenções processuais dentro da teoria dos negócios jurídicos, com vistas a estabelecer uma noção conceitual, bem assim as suas espécies.

6 AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS NA TEORIA DO FATO JURÍDICO

O presente capítulo tem como objetivo alocar as convenções processuais dentro teoria do fato jurídico, a partir do contributo dos estudos promovidos pela teoria geral do direito. É bem verdade que no campo do direito processual a teoria dos fatos jurídicos é tema preñado de controvérsia não apenas em relação às questões conceituais que envolvem a temática, mas também em razão das consequências práticas que resultam destas disparidades.

Não fosse o bastante, existe linha teórica processual que rechaça a aproximação metodológica do direito processual com outros “ramos” do direito por visualizar, no âmbito do processo, nuances específicas nos fatos deflagradores de consequências jurídicas⁵³³, em postura científica que constitui uma verdadeira ode (inconfessa) à fase autonomista que orientou os estudos do direito processual a partir do século XIX.

Contudo, as especificidades dos fatos processuais, que, por certo, justificam a especial consideração do processualista, não implicam necessariamente no ensimesmamento da ciência processual, postura que, ao emprestar excessivo valor às particularidades do fenômeno processual, deixa de perceber os infinitos pontos de contato do direito processual com outros campos do conhecimento jurídico. Quiçá seja esse o maior motivo da “Babel” conceitual que impregna o estudo dos atos processuais.

Para cumprir o objetivo antes enunciado, o presente capítulo foi dividido em duas partes.

A primeira delas se ocupou em apresentar a teoria dos fatos jurídicos fruto do esforço intelectual de Pontes de Miranda e disseminada a partir do esmero didático de Bernardes de Mello. Seguindo estes marcos teóricos, apresentou-se os conceitos ligados ao tema, quais sejam: fato jurídico (em sentido amplo e estrito), ato-fato jurídico, ato jurídico (em sentido amplo e estrito) e negócios jurídicos. Em relação aos negócios jurídicos também foi apresentada a sua tipologia, naquilo que é relevante para o estudo dos negócios jurídicos processuais.

Na segunda parte do capítulo, a partir das lições colhidas na teoria geral do direito apresentadas na primeira parte, procurou-se estruturar a teoria dos fatos jurídicos processuais,

⁵³³ Em Xavier Cabral é possível visualizar este posicionamento: “Como se sabe, o processo, até a autonomia do direito de ação, era considerado um complemento do direito material, o que fez com que a teoria dos atos jurídicos processuais herdasse preceitos incompatíveis com as características do processo, em que a relação jurídica encontra-se em contante mutação e cujos atos “tem uma unidade de finalidade”. Porém, a teoria do ato no direito material é insuficiente para compreender os contornos dos atos processuais, até porque naquele considera-se mais o plano da existência e o da validade, enquanto nestes é o plano da eficácia que realmente importa. Assim é que as diferenciações entre os atos jurídicos do direito material e os atos jurídicos processuais vem sendo impropriamente abordadas na doutrina e na jurisprudência, que acabam dando o mesmo tratamento aos dois institutos, comprometendo tantos as características que são peculiares aos atos do processo, como os resultados oriundos da violação das duas espécies de ato mencionadas.” (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem pública processual*, p. 255-256).

tema que constitui etapa lógica para o desenvolvimento do estudo dos negócios jurídicos processuais, gênero a que pertence as convenções processuais. Além de apresentar os conceitos ligados ao tema, foi trazido à lume a divergência teórica dos critérios capazes de especializar os fatos jurídicos processuais dentro o universo dos fatos jurídicos. Em seguida, apresentou-se a tipologia dos negócios jurídicos processuais com vistas à formulação do conceito das convenções processuais.

Na segunda parte do capítulo também foi necessário discutir sobre a possibilidade do magistrado figurar como parte de negócio jurídico processual, em especial de convenção processual ao lado das partes. Concluiu-se por esta possibilidade, a qual inclusive anda de par com o modelo cooperativo de processo, que recusa o protagonismo das partes e do magistrado na conformação dos rumos e resultados do processo. Pensar a convenção processual como instrumento técnico de aprofundamento do diálogo e da corresponsabilização dos atores processuais se apresenta como alternativa mais alinhada com o modelo constitucional do processo do que aquela outra vertente teórica que desconsidera a capacidade negocial do magistrado para participar de ajustes daquele jaez.

Em seguida, apresentou-se a tipologia das convenções processuais, procurando, tanto quanto possível, demonstrar, a partir de cada espécie de convenção processual, o aspecto interativo entre juiz e partes em cada uma delas, procurando visualizar o instituto dentro do modelo cooperativo de processo.

6. 1 A teoria dos fatos jurídicos e sua relevância para o direito processual

A vida é sucessão de acontecimentos, de fatos, uns que podem ter origem em eventos da natureza, outros, no entanto, a partir da atuação humana. Na torrente de fatos que brotam da vida cotidiana, nem tudo interessa ao direito. Cabe ao direito, enquanto um dos mais importantes instrumentos de ordenação/coesão social, organizar a vida em comunidade, sopesando as necessidades, de modo que a convivência coletiva se dê de forma menos desgastante possível⁵³⁴.

No desempenho dessa empresa, o direito, a partir de suas normas, pinça dentre todos os fatos apenas aqueles relevantes para a convivência coletiva, levando em conta as permanentes e inacabadas tensões políticas, históricas e culturais de uma determinada sociedade. Bem por isto, pode-se dizer que “[a] norma jurídica, representa, pois, a valoração de fatos.”⁵³⁵.

⁵³⁴ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 3 et. seq.

⁵³⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*, p. 625.

Um fato é designado como material quando for irrelevante para o fenômeno jurídico; insuscetível, portanto, de gerar efeitos na esfera do direito. Contudo, quando um fato concreto sofre a incidência normativa, ele deixa de ser um mero fato material, assumindo, pois, a coloração de fato jurídico, e, enquanto tal, com aptidão para produzir efeitos jurídicos⁵³⁶.

Desde já, registre-se que a aptidão para a produção de efeitos jurídicos não é decorrência natural de um fato, seja ele acontecimento natural, seja ele decorrente da atuação humana, já que os efeitos jurídicos não decorrem do mundo da vida, mas da incidência da norma jurídica sobre aqueles fatos⁵³⁷.

Com efeito, é a norma jurídica, valorando os fatos da vida, que define o que pode ser um fato jurídico (hipótese de incidência), bem assim quais serão as consequências que podem dele advir. Com a ocorrência do fato concreto previsto na norma, tem-se, pois, o suporte (fático) para a incidência da norma, gerando para aquele acontecimento (agora juridicizado) a aptidão para a produção dos efeitos jurídicos esperados. Em outro dizer: os fatos jurídicos surgem da imbricação entre as normas, previstas no plano meramente normativo, e os fatos, presentes apenas no plano dos fatos (plano material), no didático esquema preconizado por Bernardes de Mello: norma + fato⁵³⁸.

É certo que a imbricação entre fatos e norma, por constituir ponto fundamental da juridicidade, é tema que ocupou a atenção não apenas da literatura processual, mas também tantos outros segmentos do direito.

Muito embora seja ponto comum de todo e qualquer fato jurídico a aptidão de produzir efeitos jurídicos, com vista à melhor dimensionar as variadas nuances que particularizam a ideia de fato jurídico em determinados contextos da interação humana, o direito administrativo tem se debruçado na formulação de teoria dos atos administrativos; o direito tributário se preocupou com o estudo e implicações do “fato gerador”; o direito civil com a teoria dos fatos jurídicos, dedicando-se de modo especial ao descortino e sistematização dos negócios jurídicos; o direito processual, por sua vez, dedicou-se à formulação da teoria dos atos processuais⁵³⁹.

O fato jurídico processual é espécie do gênero fato jurídico, com características próprias,

⁵³⁶ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 7-10.

⁵³⁷ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 9-10.

⁵³⁸ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. XIX. No sentido que vai, Pereira da Silva: “Ontologicamente considerado, o fato jurídico se biparte em dois fatores constitutivos: de um lado, *um fato*, ou seja, uma eventualidade de qualquer espécie, que se erige em causa atuante sobre o direito subjetivo, quer gerando-o, quer modificando-o, quer extinguindo-o; de outro lado uma *declaração do ordenamento jurídico*, atributiva de efeito àquele acontecimento. Sem esta última, o fato não gera o direito subjetivo; sem o acontecimento, a declaração da lei permanece em estado de mera potencialidade. A conjugação de ambos, *eventualidade e preceito legal*, é que compõe o fato jurídico (Oertmann).” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 1, p. 458-459).

⁵³⁹ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*, p. 115-116.

que o singulariza dentro do conjunto dos fatos jurídicos pensados como categoria geral. Estes elementos que o singularizam dentro daquele gênero é o que vai justificar construção teórica específica, promovendo o distanciamento das construções teóricas mais generalistas, no movimento do geral para o especial.

A bem da verdade, existem aqueles que, como Satta, colocam sob suspeita a conveniência de se instituir construção teórica dos fatos jurídicos processuais nos moldes preconizados para os fatos de jurídicos de direito material, especialmente quando se leva em conta o relevo atribuído à vontade, em níveis bastantes distintos, nos campos processual e do direito material, bem como a circunstância de ser o ato processual elemento do processo de realização da tutela jurisdicional⁵⁴⁰.

Moniz de Aragão também demonstrou certa reticência quanto à transposição dos conceitos de direito material para o campo processual, porque, para ele, a construção da teoria dos atos processuais, enquanto atos do processo, deveria levar em conta três peculiaridades, quais sejam: a) os atos processuais visam provocar pronunciamento judicial, que defina a controvérsia; b) estes atos não têm força e efeitos em si, já que é por meio da sentença que se alcança o resultado final, e; c) os atos processuais sofrem, mais do que quaisquer outros atos do campo do direito material, os efeitos da inércia da parte. Assim, à conta daquelas peculiaridades que singularizariam os atos processuais em relação aos atos de direito material, o compartilhamento conceitual seria, na expressão utilizada pelo autor, “impossível”, ao menos que se faça uma “prévia e rigorosa adaptação”⁵⁴¹.

Na doutrina nacional mais recente, Xavier Cabral, a despeito de reconhecer a existência do cabedal conceitual dos fatos e atos jurídicos fornecido pela teoria geral do direito, também se posiciona pela insuficiência da teoria fato jurídico, do direito material, para compreender os contornos dos atos jurídicos processuais. Na sua visão, no âmbito do direito material, a análise do ato jurídico no plano da existência e da validade é mais relevante do que o do ato jurídico no direito processual, que mais se atém ao plano da eficácia⁵⁴².

É bem verdade que o direito processual, antes de fincar sua autonomia no século XIX, foi reputado como mero apêndice do direito material – um direito adjetivo –, ótica que renegou importantes características do direito processual.

Mesmo após o advento da fase autonomista, as construções científicas do direito

⁵⁴⁰ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, p. 45-47.

⁵⁴¹ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo civil, lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, p. 11.

⁵⁴² CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem Pública processual*, p. 254 et. seq..

processual ainda se valeram da herança conceitual de outros ramos do direito, em especial, do direito civil, turvando a compreensão de inúmeros fenômenos processuais e a construção de metodologia própria para a análise de seu objeto. Certamente a mais emblemática herança desse período, que segue constantemente repetida como espécie de dogma, perdurando por séculos e cruzando oceanos, é a ideia de processo como relação jurídica, construção que permitiu que Bülow entrasse definitivamente na história do direito processual.

É certo, porém, que a partir da fase autonomista do direito processual o horizonte de possibilidades investigatórias se abriu, graças à identificação de objeto de estudo próprio do direito processual, o que implicou, em certa medida, o isolamento e o distanciamento da ciência processual de outros fenômenos e construções jurídicas mais gerais.

Ocorre, porém, que a teoria dos atos fatos jurídicos processuais no seu movimento de distanciamento daquelas formulações mais gerais, inserida no contexto de pertencimento ao âmbito de um ramo da ciência jurídica relativamente recente, trilhou caminho que não apresenta respostas satisfatórias para diversos fenômenos processuais, cuja produção de efeitos no processo não mais se pode negar na contemporaneidade.

Como se verá a seguir, na sombra do aspecto dinâmico do procedimento e guiados por especial fascínio com a relação jurídica processual (regida pelo direito público), alguns processualistas negaram a relevância para o processo dos acontecimentos naturais nas suas formulações sobre os atos jurídicos processuais, e, em mesma vertente, outros limitavam os atos processuais àqueles realizados *no* curso do procedimento; também houve aqueles que enfatizaram que só poderiam ser encartados como atos processuais aqueles praticados pelos sujeitos da relação processual; outros, numa versão mais ampliativa, admitiam como processuais os atos praticados por todos aqueles que atuavam no processo.

As concepções teóricas desse jaez não são capazes de explicar de modo satisfatório, por exemplo, os impactos jurídicos de um precedente na infinidade de processos versando sobre o mesmo tema, vale dizer, nas mudanças argumentativas que defluem daquele acontecimento extraprocessual (precedente) nos processos pendentes e futuros⁵⁴³.

Naquilo que mais interessa a este estudo, as concepções teóricas clássicas também falharam em acomodar de modo satisfatório a categoria dos negócios processuais, especialmente por amesquinhar o papel da autonomia privada das partes na conformação processual, sendo certo, porém, que a leitura da vontade nas desgastadas vestes do “princípio dispositivo” não explica com suficiência todas as potencialidades que a atuação da autonomia

⁵⁴³ Sobre o tema, cf. NUNES, Dierle. *O que não está nos autos, não está no mundo? E a jurisprudência, onde está?*; VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*.

privada pode desempenhar no processo civil contemporâneo⁵⁴⁴.

Diante dessas insuficiências conceituais presentes na literatura processual clássica, nas suas formulações sobre os fatos jurídicos processuais, dentre as soluções possíveis, uma que se afigura pertinente é retornar às bases teóricas dos fatos jurídicos, encontradas na teoria geral do direito, no movimento do especial para o geral, para que, a partir daquelas premissas gerais, se faça correção de rota para o estudo da teoria dos fatos jurídicos processuais. Isto, no entanto, não nega o aspecto público do direito processual, tampouco coloca em pouca conta a circunstância de existir no processo uma relação de interdependência de vários atos processuais ao longo do procedimento⁵⁴⁵. Também não implica na desconsideração de formulações próprias já exploradas pela literatura processual, como, por exemplo, a inexistência de nulidade sem prejuízo ou das consequências práticas da diretriz da instrumentalidade das formas e do combate ao formalismo excessivo⁵⁴⁶. Este retorno não despreza a integridade da produção acadêmica de anos a fio, tampouco despreza a experiência acumulada das experimentações legislativa e jurisprudencial, com seus erros e acertos, aperfeiçoamentos e degenerações.

Essa estratégia de retorno às bases da teoria geral do direito para a reformulação da teoria dos fatos jurídicos processuais tem sido frequente por parte daqueles que recentemente têm se dedicado ao estudo dos negócios jurídicos processuais.

Nessa linha, Nogueira, após advertir que o conceito de fato jurídico não é unívoco e lembrar que a preocupação sobre o assunto ocupou principalmente os civilistas, registra que o fato jurídico é um conceito jurídico fundamental, razão pela qual “[o] lugar adequado para o seu enfoque é a Teoria Geral do Direito.”⁵⁴⁷.

Em mesma direção, Barreiros: “O estudo dos fatos jurídicos não deve circunscrever-se a este ou àquele ramo do direito, tratando-se de matéria pertencente à Teoria Geral do Direito, informativa de toda cultura jurídica.”⁵⁴⁸.

⁵⁴⁴ RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*, p. 109 et. seq..

⁵⁴⁵ GODINHO, Robson. *Negócios processual sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*, p. 25-30; CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p. 114 et. seq..

⁵⁴⁶ Cf. TROLLER, Alois. *Dos fundamentos do formalismo processual civil*; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*; NUNES, Dierle; CRUZ, Clenderson Rodrigues da; DRUMMOND, Lucas Dias Costa. *A regra interpretativa da primazia do mérito e o formalismo processual democrático*.

⁵⁴⁷ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*, p. 28-29.

⁵⁴⁸ BARREIROS, Lorena Miranda. *Convenções Processuais e Poder Público*, p. 115. Também sinalizando ser o fato jurídico um conceito fundamental (ou lógico-jurídico), Didier Jr. registra: “São fundamentais para a ciência jurídica (e, por isso, são chamados de *conceitos jurídicos fundamentais*), pois correspondem à estrutura essencial de toda norma jurídica. Onde houver norma jurídica (onde houver Direito pois), serão úteis. Não se concebe a existência de Direito sem “hipótese normativa”, “norma jurídica”, “dever jurídico”, “preceito normativo”, “sujeito de direito”, “fato jurídico” etc.”. (DIDIER JR., Fredie. *Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida*, p. 57-58).

Nesse particular, ganha relevo a teoria dos fatos jurídicos criada por Pontes de Miranda⁵⁴⁹. Esta teoria é uma das mais difundidas no Brasil, gozando de grande prestígio na doutrina de direito privado, e mais modernamente também tem encontrado grande ressonância nas formulações sobre a teoria dos fatos jurídicos processuais⁵⁵⁰.

De fato, a formulação de Pontes de Miranda sobre os fatos jurídicos é abrangente e fornece instrumentos para o desdobramento teórico dos fatos jurídicos processuais e de modo muito particular dos chamados negócios jurídicos processuais, permitindo que o direito processual colha os frutos do desenvolvimento teórico produzidos nas paragens de outros ramos do direito.

6.1.1 A tipologia dos fatos jurídicos

Numa acepção ampla, fato jurídico é todo acontecimento que repercute na órbita do direito. Na definição de Pontes de Miranda, “[f]ato jurídico é, pois, o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica; portanto, o fato de que dimana, agora, ou mais tarde, talvez condicionalmente, ou talvez não dimanar, eficácia jurídica.”⁵⁵¹.

Como se pode inferir, a noção ampla de fato jurídico vai abarcar não apenas os eventos decorrentes da atuação humana, mas também aqueles oriundos da força da natureza. Não obstante, tanto em um caso quanto no outro é imprescindível que o fato ocorrido tenha previsão na hipótese de incidência da norma, pois, como visto, sem a previsão normativa, um fato é apenas um fato material.

A amplitude do conceito de fato jurídico *latu sensu*, entretanto, é de pouca utilidade, por deixar à sombra as nuances dos variados acontecimentos que impactam na ordem jurídica. A partir desta constatação é possível classificar os fatos jurídicos em outras categorias, colocando em relevo elementos que permitam sistematização mais proveitosa. Assim, é possível estabelecer um primeiro corte classificatório, divisando os fatos jurídicos em sentido estrito, os

⁵⁴⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, tomo I, II, III, IV e V. Mello também tem grande contribuição na profusão da teoria pontea. Cf. MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*; MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*; MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*.

⁵⁵⁰ Acolhem a teoria, ainda que parcialmente, dentre outros: NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*; BARREIROS, Lorena Miranda. *Convenções Processuais e Poder Público*; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*; CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*; MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios Processuais e a desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*; TERCEIRO NETO, João Otávio. *Interpretação dos atos processuais*; BRAGA, Paula Sarno. *Primeiras Reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência*.

⁵⁵¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, tomo I, p. 77.

atos-fatos e os atos jurídicos (sentido amplo).

Os fatos jurídicos em sentido estrito são aqueles nos quais, na composição de seu suporte fático, ingressam apenas acontecimentos oriundos da natureza, independentes, portanto, de qualquer atuação humana⁵⁵². É o que se dá, por exemplo, com o nascimento, a morte, o transcurso do tempo.

Bernardes de Mello lembra que, eventualmente, o acontecimento que dá suporte fático para a incidência da norma do fato jurídico (em sentido estrito) está ligado a comportamento humano intencional ou não, mas esta circunstância não constitui dado essencial para a existência do fato⁵⁵³: uma morte não deixa de ser evento da natureza se provocada pela atuação humana; a produção de fruto é evento natural, ainda que a plantação decorra de artifício humano.

A vontade humana não constitui elemento do suporte fático dos fatos jurídicos em sentido estrito, porque estes fatos, porquanto provenientes da natureza não são moldados pela vontade humana; a norma jurídica não disciplina eventos da natureza e nem estabelece como eles devem ser processados. O que ela faz é disciplinar o comportamento das pessoas afetadas por aquele evento⁵⁵⁴.

O comportamento humano também pode ser fonte de fatos jurídicos. Levando em consideração a atuação humana, positiva ou negativa, como elemento do suporte fático relevante para o direito, tem-se os ato-fatos e atos jurídicos.

No que concerne à categoria dos ato-fatos jurídicos, importa registrar que a despeito de a atuação humana ser elemento integrante do suporte fático de incidência da norma, o direito toma como irrelevante a vontade do agente, valorando-o, pois, como um simples fato, daí o aspecto híbrido vazado em sua nomenclatura: ato-fato.

Quanto ao aspecto híbrido dessa categoria registra Pontes de Miranda: “O ato é ato humano, de regra com conteúdo de vontade. Porém, tratado como avolitivo, como fato puro,

⁵⁵² MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 107. É bem verdade que alguns autores preferem considerar como fato jurídico, numa acepção mais restrita, aqueles acontecimentos decorrentes da atuação humana, que o sujeito afetado volitivamente não concorreu de qualquer forma. É o caso de Ráo, que discorrendo sobre o critério classificatório *fatos ou eventos que da vontade independem*, registra: “São fatos naturais, ou fatos do mundo exterior, provocados por forças ou acontecimentos humanos alheios à vontade dos sujeitos cuja esfera jurídica, atingem e dentro da qual produzem o nascimento, aquisição, a modificação, ou a extinção de direitos ou obrigações.” (RÁO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*, 1997, p. 29-30).

⁵⁵³ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 107.

⁵⁵⁴ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 108-109. Justamente tomando como critério a relevância da vontade humana, há aqueles que classificam os fatos jurídicos em *fatos jurídicos voluntários e fatos jurídicos naturais*. Cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, p. 459. Em sentido similar: ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*, p. 6-7.

acontecimento do mundo extrajurídico que entra no mundo jurídico pela incidência de regra jurídica sobre fatos.”⁵⁵⁵. São exemplos que se incluem nessa categoria: a tomada da posse, o pagamento, as indenizações decorrentes de fatos lícitos, a inação do titular do direito ensejando a configuração da decadência ou a prescrição.

Nos ato-fatos jurídicos, o direito, na verdade, enfatiza a consequência do ato, isto é, o evento material decorrente da atuação humana, sem, no entanto, ater-se a questões volitivas do agente quando de sua prática⁵⁵⁶.

A irrelevância da vontade para a configuração dos ato-fatos processuais resulta em importante consequência prática no campo da teoria das invalidades de direito material: a inaplicabilidade das normas que visam resguardar a manifestação de vontade livre e consciente, vale dizer: um ato-fato não pode ser anulado por vício do consentimento (*e.g.* erro, dolo, coação, estado de perigo)⁵⁵⁷.

O ato jurídico, em sentido lato, por sua vez, é o fato jurídico que tem como núcleo de seu suporte fático a exteriorização consciente da vontade, dirigida a obter um resultado juridicamente protegido ou não proibido e possível⁵⁵⁸.

Enquanto nos ato-fatos jurídicos a vontade do agente é irrelevante para a deflagração dos efeitos jurídicos previstos na norma, nos atos jurídicos, o aspecto volitivo que orienta a conduta humana assume especial destaque, constituindo, pois, elemento *cerne* do suporte fático da norma jurídica⁵⁵⁹.

Não basta, contudo, a existência da vontade. Tal vontade deve ser exteriorizada, pois, enquanto aprisionada na esfera psíquica do agente, dificilmente poderá constituir suporte fático para um ato jurídico⁵⁶⁰. Sobre este ponto, diga-se mais: é imprescindível que aquele que declara ou manifesta à vontade (exterioriza à vontade) o faça com a intenção de realizar uma conduta juridicamente relevante e que este ato se dirija a obtenção de um resultado lícito (permitido ou não proibido) e possível⁵⁶¹.

⁵⁵⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, tomo I, p. 82.

⁵⁵⁶ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 110.

⁵⁵⁷ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 99-100.

⁵⁵⁸ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 117.

⁵⁵⁹ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 117

⁵⁶⁰ Via de regra, a reserva mental – uma declaração não querida em seu conteúdo e resultado, feita com o propósito de enganar o declaratório – é indiferente para o mundo jurídico, até porque a vontade represada na esfera psíquica do declarante dificilmente poderia apurada. No entanto, caso o declaratório tenha ciência da discrepância entre a vontade externada e o íntimo desejo do declarante, tem-se hipótese de inexistência de manifestação de vontade, pois “[s]e o propósito de enganar o declaratório é elemento constitutivo da reserva mental e integra o elemento volitivo, fica ele afastado em virtude do conhecimento, por parte deste, do intuito do declarante. Configura-se hipótese de ausência de vontade de enganar.” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*, e-book). A reserva mental foi disciplinada pelo legislador brasileiro no art. 110 do CC.

⁵⁶¹ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 117.

Os atos jurídicos também comportam uma subdivisão, qual seja, atos jurídicos em sentido estrito e negócios jurídicos⁵⁶².

O ato jurídico em sentido estrito (atos não negociais) é aquele em que, muito embora seja resultante de uma atuação humana, da manifestação consciente da vontade, o ato, na sua essência, é apenas mero pressuposto de efeitos predeterminados pela lei⁵⁶³. Diante da manifestação de vontade, o ordenamento jurídico deflagra certos efeitos jurídicos, pouco importando se a produção deles eram ou não queridos pelo declarante. É o que se tem, por exemplo, no reconhecimento voluntário da paternidade: realizado o reconhecimento em questão, os efeitos jurídicos se operam *ex lege*, isto é, sem espaço para conformação a partir do exercício da autonomia privada. Logo, o declarante, ao praticar o ato, não poderá escolher este ou aquele efeito jurídico, pois a amplitude e a sorte dos efeitos que brotam a partir daquela declaração está preestabelecida por lei.

Bernardes Mello sustenta que no ato jurídico em sentido estrito, a vontade não escolhe a categoria jurídica, sendo esta característica justamente o que permite distinguir os atos jurídicos em sentido estrito dos negócios jurídicos. Nestes, outorga-se liberdade às pessoas para, dentro de certos limites, autorregurar os seus interesses, permitindo a escolha de categorias jurídicas, segundo a conveniência dos declarantes, de modo a possibilitar a estruturação eficaz das relações jurídicas decorrentes⁵⁶⁴.

O negócio jurídico é o ato humano na qual uma ou mais manifestações de vontade atuam como suporte fático de normas jurídicas, a(s) qual(is) lhe dá(ão) eficácia jurídica⁵⁶⁵.

Na definição de Junqueira de Azevedo, “negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide”⁵⁶⁶.

Muito embora os atos jurídicos em sentido estrito e os negócios jurídicos sejam atos humanos voluntários, nestes a relevância da vontade manifesta maior expressão, pois, dentro dos limites conferidos pelo ordenamento jurídico, a produção de efeitos jurídicos pode ser moldada, de modo a permitir a melhor acomodação dos interesses do declarante.

⁵⁶² Essa subdivisão é possível de ser feita a partir da vigência do Código Civil de 2002, o qual consagrou a teoria dualista (atos jurídicos em sentido estrito e negócios jurídicos), de origem germânica, em substituição à teoria unitária, francesa, sufragada pelo Código de 1916. Sobre o tema, cf. RAO, Vicente. *Ato jurídico: noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração*, p. 40 et. seq.; ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*, p. 16 et. seq.

⁵⁶³ ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*, p. 9.

⁵⁶⁴ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 127.

⁵⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, tomo I, p. 85.

⁵⁶⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, p. 16.

Por fim, há que se lembrar dos atos ilícitos, espécie de fatos cuja inserção no âmbito geral da teoria dos fatos jurídicos desafia profunda e longa controvérsia doutrinária. Digladiam os estudiosos em torno da possibilidade de um ato contrário ao direito ser, concomitantemente, também um fato jurídico. Não obstante, esta controvérsia é desimportante para os fins deste trabalho; interessa-nos apenas o esclarecimento conceitual indispensável, colhido na teoria geral do direito, para uma melhor compreensão da teoria dos fatos jurídicos processuais.

Na definição de Pontes de Miranda, “[a]tos ilícitos são os atos contrários a direito, quase sempre culposos, porém não necessariamente culposos, dos quais resulta, pela incidência da lei e *ex lege*, conseqüência desvantajosa para o autor.”⁵⁶⁷.

De forma esquemática, pode-se dizer que o ato ilícito possui um elemento objetivo, consistente na contrariedade o direito, sem a incidência de norma que pré-exclua a ilicitude da conduta, e um outro de natureza subjetiva, qual seja, a imputabilidade do agente⁵⁶⁸.

Feitos esses aportes conceituais, segue a classificação dos negócios jurídicos, porquanto relevantes para o desenvolvimento da proposta deste trabalho.

6.1.2 A tipologia dos negócios jurídicos

A classificação dos negócios jurídicos pode ter como base vários critérios, não havendo uniformidade em relação ao tratamento do tema. Não obstante, os critérios classificatórios devem ser eleitos segundo sua utilidade, os quais devem ser pensados não apenas sob o ponto de vista teórico, mas também prático, facilitando deste modo não apenas uma análise mais apurada do objeto de estudo, sob a perspectiva científica, mas também a aplicação das normas⁵⁶⁹.

Sob a guia da utilidade para o presente estudo é pertinente classificar os negócios jurídicos quanto ao número de declarantes, à tipicidade e à forma, senão vejamos:

- a) Quanto ao número de declarantes: um negócio jurídico pode ser *unilateral*, quando uma só manifestação de vontade for suficiente para perfectibilizá-lo (*e.g.* testamento), *bilateral*, quando depender de duas manifestações de vontade (*e.g.* contrato de compra e venda), e *plurilateral*, quando se exigir mais de duas manifestações de vontade para sua realização (*e.g.* contrato de sociedade).

⁵⁶⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, tomo I, p. 87.

⁵⁶⁸ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 130.

⁵⁶⁹ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*, p. 89 et. seq.

Os negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais também podem apresentar conformações particulares, levando em consideração a confluência ou não dos interesses dos declarantes. Sob esse prisma, é possível subdividi-los em contratos ou convenções.

Estar-se-ia diante de contrato quando as manifestações de vontade dos declarantes visam resguardar interesses antagônicos e divergentes, que ao fim e ao cabo se harmonizam. É o que se tem, por exemplo, no contrato de compra e venda, onde os interesses do comprador e vendedor, a despeito de diversos, acabam se convergindo. Nas convenções ou acordos, no entanto, os declarantes atuam com interesses paralelos ou convergentes, na busca da satisfação de interesse que lhes é comum. O negócio jurídico de instituição de associação é bom exemplo disto: nela as pessoas se reúnem, de modo organizado, para a consecução de fins não econômicos (*e.g.* finalidade educacional, artística e filantrópica).

Não obstante, existem outras formas de estabelecer a distinção entre os contratos e convenções: há quem limite a utilização do termo contrato aos negócios jurídicos que tenham como conteúdo a disciplina de questões estritamente patrimoniais; outros, porém, vão designar por contratos os ajustes que façam surgir obrigações ou direitos⁵⁷⁰.

b) Quanto à tipicidade: sob esta ótica, um negócio jurídico pode ser *típico* (ou *nominado*) ou *atípico* (ou *inominado*).

Os negócios jurídicos típicos ou nominados, por serem de frequente utilização no tráfego jurídico, acabam recebendo nomenclatura e tratamento específico pela ordem normativa; é o que se tem, por exemplo, com a compra e venda e a permuta. Não obstante exista regramento jurídico acerca destes negócios, nada impede, porém, que os interessados insiram cláusulas capazes de melhor acomodar seus interesses, fugindo da estruturação padronizada no ordenamento, afastando, desta forma, a incidência de normas dispositivas.

Nos negócios jurídicos atípicos ou inominados, as partes encetam negócio inteiramente novo ou mixando molduras já existentes. Como o legislador não é capaz de disciplinar todas as situações de tráfego jurídico (e isto não é de interesse de ordenamentos jurídicos que prezam pela liberdade), a utilidade dos negócios jurídicos atípicos ressaí justamente da impossibilidade de se adaptar um negócio jurídico típico ao interesse concreto das partes, ainda que admitida a elasticidade dos tipos legais⁵⁷¹. De fato, nos negócios jurídicos atípicos o poder de autorregramento da vontade se projeta com maior extensão e exuberância.

Há, ainda, que assinalar que fatores políticos, econômicos e culturais podem justificar a migração de negócio jurídico atípico para a categoria de negócios típicos, e vice-versa,

⁵⁷⁰ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*, p. 53-55.

⁵⁷¹ Cf. BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tomo II, p. 120 et. seq.

mediante atividade legiferante. Assim, não existe ontologicamente predeterminação do que inserir nesta ou naquela categoria⁵⁷²; classificar um negócio jurídico como típico e atípico é tarefa que exige uma análise panorâmica do ordenamento jurídico, em determinado momento histórico.

c) Quanto à forma: um negócio jurídico pode ser considerado formal ou não-formal.

Diz-se formal o negócio jurídico quando a forma vem taxativamente fixada pela lei, vale dizer: a forma é vinculada (*e.g.* testamento), e seu desatendimento implica em nulidade do negócio jurídico. Não formal, por seu turno, seria aquele no qual a forma não é objeto de disciplina específica por parte do legislador⁵⁷³.

Betti lembra que a fenomenologia do direito serve para dar o selo de juridicidade e iniciativas humanas, de modo que nas sociedades primitivas, não existiam negócios importantes que fossem informais, porque a forma tinha precisamente a função de distinguir aos atos jurídicos daqueles não jurídicos⁵⁷⁴.

Muito embora na contemporaneidade importantes atos da vida civil se constituam em negócios jurídicos formais (*e.g.* casamento, testamento) ou ainda se exija a forma para negócios jurídicos de maior expressão econômica, predomina no direito privado, como regra geral, o princípio da liberdade das formas (art. 107 do CC).

6.1.3 Os planos do mundo jurídico

A identificação dos diferentes planos jurídicos é tema de grande relevância no estudo dos fatos jurídicos, em especial dos negócios jurídicos, daí porque não é possível tomar as expressões a ideia de existência, validade e eficácia como sinônimos. Cada uma destas expressões irá designar planos diferentes no mundo jurídico.

Como esclarece Rosenvald e Farias, um ato jurídico passa por diferentes planos: em primeiro lugar, o fato jurídico, caso tenha estruturação básica e elementar, ingressará no plano da *existência*; em seguida, um fato existente, caso esteja em conformidade com ordem jurídica,

⁵⁷² Cf. BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tomo II, p. 120 et. seq.

⁵⁷³ Há quem, como Rosenvald e Farias, empregue as palavras formal e solenes como sinônimas, tal qual o fazem com as palavras informal e não-solenes (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*, p. 640). Outros, porém, preferem dissociar os conceitos de solenidade e formalidade, bem assim o de informal e não-solene. Para Abreu Filho um negócio jurídico pode ser formal e não ser solene ao mesmo tempo; um negócio jurídico só pode ser considerado solene se for imprescindível a intervenção de uma autoridade. Para ele, na venda de imóvel de pequeno valor, muito embora a forma escrita seja indispensável à transcrição do título do registro imobiliário, não é um negócio solene, já que se dispensa a escritura pública (intervenção da autoridade) (ABREU FILHO, José. *O negócio jurídico e sua teoria geral*, p. 98-99).

⁵⁷⁴ BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Tomo II, p. 106.

ingressará no plano da *validade*; e, por fim, caso ultrapassados os planos da *existência* e *validade*, ingressa-se no plano da *eficácia*, levando em consideração sua possibilidade de produção de efeitos jurídicos, malgrado seja possível que essa eficácia seja controlada pelos interessados⁵⁷⁵.

A partir da consideração desses diferentes planos que envolvem os negócios jurídicos, as possibilidades combinatórias que podem se suceder permitem descortinar as vicissitudes às quais podem incidir sobre um negócio jurídico: a) pode ser existente, válido e eficaz (uma compra e venda à vista); b) pode ser existente, válido e ineficaz (um testamento observadas as formalidades, antes da morte do testador); c) pode ser existente, inválido e ineficaz (doação feita por absolutamente incapaz), e d) pode ser existente, inválido e eficaz (negócio jurídico anulável, antes da sua invalidação)⁵⁷⁶. Uma vez existente o negócio jurídico, as demais combinações são possíveis. Daí porque é correto concluir que a existência é base a qual se subordina a análise dos demais planos de um ato jurídico, e, por razões lógicas, como plano subordinante, deve ser primeiro analisado.

Preenchida a parte relevante do suporte fático, a partir da incidência da norma jurídica juridicizante, ingressa-se no plano da existência⁵⁷⁷. A falta de elemento nuclear do suporte fático implica na inexistência do fato jurídico. Este fato, juridicamente falando, é não-fato, um nada jurídico, um mero fato material. Em se tratando de nada jurídico é compreensível a razão pela qual as legislações, de modo geral, não se ocupam em disciplinar os fatos inexistentes, malgrado em algumas situações eles se apresentem como simulacro de fatos jurídicos. É por esta razão um fato jurídico inexistente pode desafiar a propositura de ação declaratória negativa, com o objetivo de extirpar dúvidas acerca da ocorrência daquele evento (art. 19 do CPC).

Diz-se que um ato é válido quando ele preenche os requisitos exigidos pelo sistema normativo. A ausência destes requisitos tornam-o inválido, a desafiar a sua nulidade⁵⁷⁸.

De toda forma, parece oportuno salientar que a análise da validade não diz respeito aos fatos em sentido estrito, aos atos-fatos, tampouco, por razões lógicas, aos atos ilícitos. Nos dois primeiros casos, a ocorrência do evento sequer pode ser tributada à vontade humana, ou quando

⁵⁷⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*, p. 630.

⁵⁷⁶ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 77.

⁵⁷⁷ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 78.

⁵⁷⁸ Não se deve confundir o defeito do negócio jurídico (o vício do negócio ou a causa de invalidade) com a sanção imposta pelo sistema normativo em relação àquele ato praticado em desconformidade com a lei, que é sua nulidade. Como bem esclarece Aroldo Plínio Gonçalves o enquadramento das nulidades no quadro das sanções é o quanto basta para se afastar o equívoco de tratar a nulidade como se fosse ela própria o defeito do ato (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*, p. 7). Em mesmo sentido, Bdine Júnior: “A nulidade é uma sanção imposta ao negócio jurídico celebrado com contrariedade a normas jurídicas que regem sua validade, suprindo-lhe os efeitos.” (BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Os efeitos do negócio jurídico nulo*, p. 21.)

o possa sê-la (ato-fato), o próprio sistema normativo a toma como elemento irrelevante; no último caso, a própria noção cardeal de ato ilícito pressupõe sua desconformidade com o direito⁵⁷⁹. À vista disto, o juízo positivo de validade de um negócio jurídico tem como pressuposto de seu suporte fático conduta humana, cuja vontade é considerada como relevante para o direito.

Por fim, no plano da eficácia é onde se situa a deflagração dos efeitos de um ato jurídico, criando, modificando e extinguindo situações e relações jurídicas. A produção de efeitos de um ato jurídico pressupõe, necessariamente, o juízo positivo no plano da existência, o que não sucede com o plano da validade. É possível que ato inválido produza efeitos jurídicos (negócio jurídico celebrado por erro), mas não é concebível que um ato inexistente – um não-ato jurídico – produza qualquer efeito⁵⁸⁰.

6.2 Dos fatos jurídicos processuais

Como se viu, a teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda não se adstringe ao campo do direito privado, no entanto, antes de apresentar a tipologia dos fatos jurídicos processuais, a partir das contribuições da teoria do mencionado autor, é necessário revisitar algumas questões apontadas pela literatura processual quando da reflexão sobre os fatos/atos jurídicos

⁵⁷⁹ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 80. Farias e Rosenvald asseveram que os *fatos jurídicos* passam pelos três planos mencionado (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*, p. 630). No entanto, como visto, a expressão fato jurídico pode ser designativa de um grande gênero de fatos que a partir da incidência da norma jurídica, abarcando, portanto eventos decorrentes da natureza e humanos, ou pode ser utilizada em um sentido estrito, referindo-se aos eventos decorrentes da natureza (ou não controláveis pela vontade humana); tanto em um sentido quanto no outro parece imprecisa a lição de os fatos jurídicos se projetam nos três planos. No primeiro sentido, a expressão é imprecisa por ser excessivamente generalizante, no segundo sentido, porque sujeitaria os eventos da natureza a uma análise de validade. Os eventos decorrentes da força da natureza ou inevitáveis pelo querer humano não são analisados no plano da validade, o qual pressupõe, no mínimo uma atuação volitiva querida em relação à sua prática (atos jurídicos em sentido estrito), ou querida em relação à sua prática e obtenção dos resultados preordenados pelo agente (negócios jurídicos). A título exemplificativo, o nascimento é um fato jurídico, cuja aferição no plano validade constitui ideia de rematado absurdo. Esse evento deflagrador de variados efeitos jurídicos é encarado tão-somente no plano da existência e da eficácia; não há falar em nascimento em desconformidade com o direito. Nesse sentido, a lição de Junqueira de Azevedo ao afirmar: “Em tese, porém, o exame de qualquer fato jurídico deve ser feito em dois planos: primeiramente, é preciso verificar se se reúnem os elementos de fato para ele exista (*plano da existência*); depois, suposta a existência, verificar se ele passa a produzir efeitos (*plano da eficácia*). Sendo o negócio jurídico uma espécie de fato jurídico, também o seu exame pode ser feito nesses dois planos. Entretanto, e essa é a grande peculiaridade do negócio jurídico, sendo ele um caso especial de fato jurídico, já que seus efeitos estão na dependência dos efeitos que foram manifestados como queridos, o direito, para realizar essa atribuição, exige que a declaração tenha uma série de requisitos, ou seja, exige que a declaração seja válida. Eis aí, pois, um plano para exame, peculiar ao negócio jurídico – o *plano da validade*, a se interpor entre o plano da existência e o plano da eficácia.” (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*, p. 23-24). Em relação a lição de Antônio Junqueira de Azevedo um pequeno reparo deve ser feito: não apenas os negócios jurídicos passam por juízo de validade, mas os atos jurídicos em sentido amplo, abarcando, portanto não apenas os negócios jurídicos, mas também os atos jurídicos em sentido estrito.

⁵⁸⁰ Cf. BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Os efeitos do negócio jurídico nulo*.

processuais, de modo que seja possível construir conceito de convenções processuais.

6.2.1 A polêmica em torno dos critérios da definição dos fatos/atos jurídicos processuais

A definição de fatos jurídicos processuais é bastante controversa na literatura processual, a conta das sérias divergências em torno dos critérios eleitos para a sua elaboração. Esta pluralidade conceitual vai exigir do pesquisador redobrada atenção, de forma a não obnubilar elementos relevantes para os desdobramentos teóricos que se soerguem a partir deles.

De início, não há negar que, de fato, existe no processo sucessão de atos que permitem o seu nascimento, desenvolvimento e término: ao longo de todo o procedimento, desde a postulação inicial do autor até a decisão da causa, de forma dinâmica, irá transcorrer uma série de atividades interconectadas, com finalidades específicas das mais variadas (atividades postulatórias, probatórias, decisórias, organizatórias, de comunicação e documentação). Contudo, todas estas atividades estão vinculadas a uma finalidade maior, qual seja, à produção de decisão, que dentro de perspectiva democrática, é o produto de procedimento guiado pelo contraditório. Esta sucessão de eventos interconectados e interdependentes, ao longo do procedimento, é circunstância que não pode ser olvidada pelo processualista na formulação da teoria dos atos/fatos processuais.

Tal como Couture, há quem prefira noção mais abrangente de fato jurídico processual, de modo a albergar “qualquer acontecimento suscetível de produzir efeitos jurídicos processuais.”⁵⁸¹. Nesta acepção ampla, pouco importa se o evento decorre da força da natureza ou da atuação humana, se houve ou não manifestação de vontade orientada à produção de efeitos jurídicos processuais, ou se o evento se deu dentro ou fora da cadeia procedimental. Uma coisa só importa: a capacidade de o evento repercutir efeitos no processo.

Essa amplitude conceitual, no entanto, desafia a crítica de respeitável parcela da literatura processual.

Inicialmente, cumpre registrar que existem aqueles que negam qualquer relevância à tipologia de acontecimentos que tem como fonte os eventos oriundos da natureza, daí porque não seria possível se falar em fatos jurídicos processuais em sentido estrito.

Segue-se então à conclusão de que no processo não haveriam fatos processuais em sentido estrito, mas tão-somente atos processuais.

Calmon de Passos, nessa trilha, é incisivo em afirmar que “[n]o processo, somente atos

⁵⁸¹ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*, p. 110.

são possíveis.”⁵⁸². Obviamente, o autor não está a negar a influência de eventos naturais sobre o processo; a morte do magistrado que atuava no juízo competente para julgar a causa, por exemplo, não é um indiferente processual. Entretanto, tudo aquilo que é enquadrado como fato jurídico em sentido estrito, em rigor, são acontecimentos operados fora do processo, e só por força de atividade humana aqueles eventos naturais passam a ser integrados ao processo. “Os fatos naturais, em verdade, podem ser apenas objeto de atos processuais e são a estes que se associam os efeitos jurídicos, não àqueles”⁵⁸³, afirma o autor.

A discussão acerca da existência/inexistência dos fatos jurídicos processuais em sentido estrito bem mostra como os critérios escolhidos para a definição dos fatos/atos jurídicos processuais podem gerar resultados díspares sobre o tema: se, assim como Calmon de Passos, o critério da sede onde o ato é praticado é relevante para gerar efeitos jurídicos processuais para um determinado evento, realmente a categoria dos fatos jurídicos processuais em sentido estrito é inútil; se, no entanto, o critério escolhido leva em conta a possibilidade de irradiar efeitos no processo, como Couture o fez, as conclusões serão diametralmente opostas.

Em síntese, a divergência acerca dos critérios relevantes para definição do fato/ato jurídico processual pode ser sintetizada a partir de quatro correntes: a) critério subjetivo; b) critério da sede onde o ato é praticado; c) critério da norma que disciplina o ato; e, d) critério do efeito do acordo⁵⁸⁴.

Segundo o critério subjetivo, os atos jurídicos processuais são as condutas positivas e negativas praticadas pelos sujeitos do processo (juiz, partes e terceiros intervenientes): “Ato processual é a manifestação de vontade de um dos sujeitos do processo, dentro de uma das categorias previstas pela lei processual, que tem por fim criar, modificar ou extinguir a relação processual (...).”⁵⁸⁵.

Chiovenda, partindo desse critério, adverte, porém, que nem todo ato praticado por um sujeito do processo pode ser considerado ato jurídico processual. Para que seja ato jurídico processual, além de ser praticado por um dos sujeitos processuais ele deve influenciar de forma imediata a relação processual, seja criando-a, modificando-a, desenvolvendo-a ou definindo-a.

⁵⁸² PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, p. 64.

⁵⁸³ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, p. 65.

⁵⁸⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, p. 373; CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador, p. 59 et. seq. De mais a mais cumpre registrar que existem autores que combinam mais de um desses critérios para a formulação de seus conceitos.

⁵⁸⁵ MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo: leis processuais civis extravagantes anotadas*, p. 433.

Por esta razão, para o italiano, a outorga de procuração, a vista dos autos, por não impactarem na relação processual, não são atos processuais; também não são atos processuais aqueles atos regidos pelo direito privado, ainda que digam respeito ao objeto da lide (*e.g.* pagamento). Os atos praticados por ocasião do processo por pessoas que não são sujeitos dele também não são atos jurídicos processuais, como, por exemplo, os atos praticados pelas testemunhas ou peritos. Estes atos seriam apenas o objeto dos verdadeiros atos processuais praticados pelos sujeitos da relação processual⁵⁸⁶.

No entanto, limitar a noção de ato processual apenas àqueles praticados pelos sujeitos do processo não explica de modo satisfatório os inúmeros atos praticados ao longo do processo – e devidamente disciplinados pela legislação processual, frise-se – por outras pessoas que não as partes e o magistrado. De duas, uma: ou se exclui a exigência de que o ato processual seja aquele praticado pelos atores processuais ou dilata-se o conceito de sujeito do processo de modo a contemplar todos aqueles atuam no processo, sob qualquer pretexto⁵⁸⁷.

Seja como for, o critério subjetivo, seja na versão mais restritiva (sujeitos do processo), seja na sua versão mais elástica (englobando todos aqueles que atuam no processo), é insatisfatório, por implicitamente levar em consideração apenas os comportamentos humanos voluntários como fonte de atos jurídicos processuais. Depois, a questão se torna bastante tormentosa para aqueles que emprestam a natureza processual aos ajustes versando sobre situações jurídicas processuais, celebrados antes da deflagração do procedimento (negócios jurídicos pré-processuais), pois sem processo instaurado não há que se falar em sujeitos do processo ou de sujeitos que atuam no processo, pois ao fim e ao cabo, processo inexistente.

No que diz respeito ao critério da sede onde o ato é praticado, Frederico Marques sustenta que “[a]to processual é aquele praticado no processo e que para este tem relevância jurídica.”⁵⁸⁸. Lopes da Costa, a despeito de contemplar em sua formulação os fatos, os atos e os negócios processuais, na mesma direção que Frederico Marques, é incisivo em afirmar que “[t]odos são fatos passados *no processo*.”⁵⁸⁹.

A partir desse critério, o ajuste sobre a distribuição do ônus da prova travado quando da

⁵⁸⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, p. 20-22. Em mesmo sentido SHÖNKE: “Son **actos procesales** todos los que realiza una parte, e el Tribunal, frente a la otra parte o frente al Tribunal, que mediata o inmediatamente sirven al impulso del procedimiento civil (...). Por impulso del procedimiento ha de entenderse aquí la preparación, iniciación, dirección, gestión y terminación del proceso.” (SHÖNKE, Adolf. *Derecho Procesal Civil*, p. 109.). Para Liebman também não são atos processuais os dos terceiros, a despeito de terem sido praticados no processo. (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 1, p. 286)

⁵⁸⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, p.45.

⁵⁸⁸ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*, p. 302.

⁵⁸⁹ LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Manual Elementar de Direito Processual Civil*, p. 103.

celebração de determinado contrato ou a eleição de foro para a solução de eventual controvérsia entre os contratantes, a despeito de seu objeto ter pertinência direta com potencial processo, não poderia ser considerado espécie de ato processual, porquanto praticados fora do processo, vale dizer: um ato que não faz parte do processo não é ato processual.

Libman, partidário dessa concepção, refutando que exemplos desse jaez seriam atos processuais, registra que:

Nem são atos do processuais aqueles realizados pelas partes fora do processo, embora possam ser destinados a este e sobre este produzir algum efeito: assim, p. ex., a eleição de domicílio por uma das partes, a outorga da procuração *ad judicium* ao defensor, a celebração de uma transação entre as partes, ou de um compromisso arbitral, e assim por diante.⁵⁹⁰

Calmon de Passos, após refletir sobre o tema também sufraga o entendimento de que não se pode considerar ato processual aquele que se realiza fora do processo, antes dele ou concomitante a sua constituição, pelo quê conclui: “Temos como impossível a processualidade de ato extraprocessual.”⁵⁹¹.

Conforme adverte Passo Cabral, corre de modo subjacente a esse critério a ideia de que as convenções processuais devem ser celebradas no processo, já que os demais ajustes realizados pelas partes extraprocessualmente, em rigor, pertencem ao direito material, pouco importando que o objeto e a disciplina digam respeito às situações processuais⁵⁹².

Esse critério apresenta o inconveniente de retirar do âmbito de incidência do direito processual e do modelo constitucional de processo grande número de atos (especialmente, de negócios jurídicos), que muito embora não integrados à cadeia do procedimento, ao processo se referem⁵⁹³. Daí porque parece acertada e pertinente a distinção feita por Didier Jr. entre atos do processo e atos processuais: aqueles (atos do procedimento) são os que compõem a cadeia de atos do procedimento (*e.g.* petição inicial, contestação e sentença); os atos processuais, por

⁵⁹⁰ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 1, p. 285

⁵⁹¹ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, p.50. É bastante curiosa a noção de *locus* ampliado elabora por Andrade Nery, deixando entrever as dificuldades práticas encontradas pela teoria dos fatos processuais que se limita a reconhecer a relevância dos fatos processuais ocorridos no processo. Para autora, o *iter* procedimental ampliado abarca tanto a fase pré-procedimental e pós-procedimental (NERY, Rosa Maria de Andrade Nery. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Fatos Processuais. Atos jurídicos processuais simples. Negócios jurídico processual (unilateral e bilateral). Transação*, p. 261). No entanto, a noção de *locus* ampliado por ela sustentada é artificial, porque na realidade nem na fase pré-procedimental e nem na fase pós-procedimental, existe processo. Isto, porém não impede, por coerência sistêmica que se estude no âmbito do direito processual os ajustes que tenham como objeto temas processuais assumidos no âmbito de um negócio jurídico de direito material, porque como se pode intuir, estes ajustes, à conta de seu conteúdo e efeitos (analisado prospectivamente), ficam numa zona gris.

⁵⁹² CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*, p. 59.

⁵⁹³ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*, p. 56. Discordando do entendimento aqui defendido, CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem Pública processual*, p. 260.

sua vez, são os que não fazem parte do procedimento⁵⁹⁴. Uma formulação adequada do conceito de ato processual deve abarcar não só os atos do processo, mas também aqueles outros atos que interferem de algum modo no processo.

No que diz respeito ao critério da norma que disciplina o ato, um negócio jurídico poderá ser ou não processual a depender de seu objeto, sendo, portanto, desimportante para a definição de sua natureza considerações acerca de quem o praticou. Nesta linha, um negócio jurídico será processual se o objeto da manifestação de vontade disser respeito a regras processuais ou à criação, modificação ou extinção de situações jurídicas processuais. Não obstante, este sistema de referência leva em consideração as normas aplicáveis, remetendo, portanto, a uma qualificação das normas, e não dos negócios efetivamente praticados⁵⁹⁵. Ao depois, qualificar uma norma como processual ou material nem sempre é tarefa fácil, sendo certo que algumas delas possuem natureza híbrida (*e.g.* transação); também não se pode olvidar que determinadas manifestações de vontade desafiam, simultaneamente (vide item 7.1), a aplicação de normas processuais e normas materiais, no esquema de correção de normas, como ocorre nos negócios jurídicos processuais. Nesta linha, exatamente naquilo que tem relevância para o objeto deste estudo – as convenções processuais – sua natureza jurídica, disciplina e limites, por este critério, ficariam numa zona gris ou melhor, em um limbo normativo.

Por fim, no que diz respeito ao critério dos efeitos do fato, poderá ser considerado com fato jurídico processual (em sentido amplo) todo evento – voluntário ou não – que tenha aptidão para produzir efeitos em um processo.

Carnelutti, nesse particular, registra, que “a processualidade do ato não se deve ao seu cumprimento no processo, mas a seu valor para o processo.”⁵⁹⁶. É, pois, a pertinência – a referibilidade – a um processo que constitui elemento determinante para análise dos efeitos

⁵⁹⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, p. 373. Em sentido similar, Nogueira, que a partir do critério da sede, distingue os “fatos jurídicos processuais procedimentais” dos “fatos jurídicos extraprocedimentais” (NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*, p. 58). Em Costa e Silva vislumbra-se a mesma preocupação. Para a autora portuguesa o conceito de *acto processual* que parte de uma visão meramente procedimental é problemático, por desconsiderar os atos que tendo repercussão sobre o processo diferentes daqueles previsto pelo legislador (negócios jurídicos). Para autora, um negócio jurídico acaso existente e integrado a sequência processual concreta, ainda que celebrados fora do processo, no momento em que forem exigidos no processo tem que ser visto como um ato integrado no ato procedimento (processo), sob pena de o ato final não poder, em concreto, justificar-se (Cf. SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativos*, p. 161 et. seq.).

⁵⁹⁵ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*, p. 61-62.

⁵⁹⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Vol. 1, p. 477. É relevante a observação feita por Leal que nem todo ato praticado ao longo de um procedimento pode se designado como ato processual, porque pode haver procedimento, sem existir processo (LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*, p. 189). De toda forma, essa observação não compromete a exposição nos termos assinalados no corpo do texto por estarmos ali nos referindo ao procedimento sob o qual se articula a garantia do contraditório, vale dizer, do procedimento enquanto elemento integrante do conceito de processo nos marcos fazzalarianos.

jurídicos decorrentes do fato, não sendo necessário, contudo que estes efeitos sejam efetivamente deflagrados, mas que meramente conservem a potencialidade de os serem.

Esse critério é preferível em face dos demais, pois permite no âmbito da ciência processual o desenvolvimento teórico e prático das nuances dos fatos jurídicos processuais em sentido estrito e dos atos-fatos processuais, sem, obviamente, descuidar dos atos processuais em sentido amplo. Quanto a estes, em especial naquilo que tem pertinência aos negócios jurídicos processuais, o critério tem a vantagem de não excluir como objeto de análise os ajustes processuais travados fora do processo.

Dentre os partidários desse último critério é possível verificar uma dissidência interna, cujo eixo da controvérsia gravita em torno da necessidade da pendência de processo para que o fato jurídico possa ser adjetivado como processual.

Nogueira sustenta a existência de fatos jurídicos processuais ocorridos fora da cadeia procedimental, os quais, porquanto aptos a gerar situações jurídicas, poderão ser exercitados no processo por meio de alegações, petições, provimentos e outras manifestações volitivas. Para ele, o fato jurídico produz efeitos independentemente do exercício das situações jurídicas correspondentes. No entanto, um fato jurídico só poderá ser adjetivado como processual – isto é, um fato jurídico processual – se existir procedimento ao qual aquele ato se refira, sendo, portanto, a contemporaneidade⁵⁹⁷ do procedimento condição para a processualidade do ato praticado fora do processo. Em suma, é possível existir fatos processuais não integralizados ao procedimento, conquanto ocorridos na pendência de um procedimento a que estes fatos se refiram. Na visão do autor, não é útil para o direito processual se ocupar dos fatos jurídicos antes da pendência do processo, com a miragem da possibilidade de um dia ele ser deflagrado⁵⁹⁸.

A cláusula compromissória ou cláusula de fixação de foro de eleição, na linha sustentada pelo autor, seriam negócios jurídicos processuais? Não necessariamente. Muito embora os ajustes deste jaez inegavelmente se refiram a um processo, eles só poderão ser considerados como negócios jurídicos *processuais*, acaso seja proposta a demanda, fazendo, pois, surgir o processo; antes disto, estes ajustes serão negócios jurídicos, cuja disciplina fica a cargo do

⁵⁹⁷ No que diz respeito a essa contemporaneidade, esclarece o autor: “Essa contemporaneidade entre o fato e o procedimento não significa simultaneidade, por ser possível a não coincidência, cronologicamente falando, dos dois elementos (v.g., a cláusula compromissória e os posterior ajuizamento da ação; a cessão do direito litigioso quando já pendente o processo).” (NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*, p. 66).

⁵⁹⁸ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*, p. 61-66. Também são partidários deste mesmo entendimento, GODINHO, Robson Renault. *Negócios Processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*, p. 122-123; MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios Processuais e a desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*, p. 31-33.

direito material.

Do meu ponto de vista, um fato jurídico de direito material pode se tornar fato jurídico processual, com a instauração do processo cujo evento tenha pertinência. Assim, não é, pois, necessária a concomitância entre o evento e o surgimento de sua natureza processual, perfilhando neste particular a posição de Nogueira.

Adotando posição mais elástica, outros autores, contudo, vão encampar um fato jurídico como processual se atendo apenas à referibilidade a um processo. A existência de processo pendente a que o fato se refira é circunstância acidental, bastando tão-somente a potencialidade de que este processo seja instaurado⁵⁹⁹.

Sobre essa questão, a *mera* referibilidade a um processo constitui critério excessivamente elástico, cujo elastério não empresta ganhos teóricos para a ciência processual, pois pode atrair para este campo inúmeras situações jurídicas que não lhe dizem respeito. Senão vejamos:

O estado civil do juiz tem, virtualmente, a possibilidade de deflagrar efeitos em determinado processo, bastando lembrar para tanto que o magistrado está impedido de julgar as demandas que figure como parte seu cônjuge, *ex vi* do art. 144, IV do CPC. Entretanto, esta mera possibilidade de se deflagrar efeitos processuais a partir daquele evento, não torna, *ispo facto*, a relação conjugal do magistrado um fato jurídico processual, malgrado seja, sob o ponto de vista do direito material, inegavelmente, um fato jurídico; a relação conjugal do magistrado, na infinidade dos feitos em que ele atua, será, sob a perspectiva processual, mero fato material. Contudo, no momento em que for deflagrado o processo, figurando como parte o consorte do magistrado, restará configurado o impedimento daquele julgador para o exercício de suas funções, naquele processo em particular.

Nessa linha, é, pois, no exemplo dado, a pendência do processo o que irá permitir que um fato jurídico ou fato material se transfigure em um fato jurídico processual; antes da pendência do processo a norma processual não se concretiza⁶⁰⁰.

Não obstante, os negócios jurídicos celebrados antes da pendência de um processo,

⁵⁹⁹ Dentre outros, sufragam esse entendimento: CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*, p. 62; VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. *Convenções Processuais* no paradigma do processo civil contemporâneo, p. 177-178; COSTA, Marília Siqueira da. *Convenções processuais sobre intervenção de terceiros*, p. 29-30.

⁶⁰⁰ Xavier Cabral entende que um negócio jurídico material possa se converter em negócio jurídico processual, desde que a disposição de vontade produzida extrajudicialmente verse sobre matéria processual e desde que ele seja integrado ao processo (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*, p. 64-65; p. 96), posicionamento próximo do sustentado neste trabalho. Não obstante, segundo penso, uma convenção será processual desde que exista processo pendente, não sendo, pois indispensável sua introdução no processo para a sua existência e validade. A introdução do negócio ao processo se situa mais propriamente no campo da eficácia do que no da existência ou da validade propriamente dita. O tema será abordado na última parte do trabalho (vide item 7.8 e 7.9).

designados pela doutrina como negócios jurídicos pré-processuais, sejam, em rigor, negócios jurídicos materiais, à conta de seu objeto, deve-se operar juízo prospectivo sobre a incidência das normas processuais, de forma a se aferir a validade dos seus ajustes. Estes negócios, por força de seu conteúdo, acabam situando numa zona gris, que muito embora seja ato humano voluntário do âmbito do direito material, acabam despertando o interesse do direito processual.

Ora, levando em conta a disciplina de direito material que rege os negócios jurídicos, não há dúvidas de que o negócio jurídico válido deve ter objeto lícito, possível, determinado ou determinável (art. 104 do CC); em se tratando de “negócio jurídico pré-processual”, disciplinando situações jurídicas processuais, é impossível juízo de validade da avença sem socorro à disciplina processual virtualmente aplicável à espécie, na mencionada operação prospectiva de produção de efeitos processuais programados pela vontade dos declarantes. Bem por isto, parece acertada a observação de Müller no sentido de que

para dar coerência sistêmica às normas que regulam os negócios jurídicos em geral e os negócios jurídicos processuais em particular, que sejam observadas as duas disciplinas (direito material e direito processual) no que se refere as obrigações assumidas de natureza processual em negócio jurídico de direito material.⁶⁰¹

Esse registro reverbera a posição da doutrina no sentido de se aplicar aos negócios jurídicos, versando sobre situações jurídicas processuais, a teoria da correção de normas, tema que será desenvolvido quando da análise dos limites das convenções processuais, no último capítulo deste trabalho (vide item 7.1).

Nessa linha, ao invés de confinar o estudo e o regime dos atos praticados fora do processo – em especial os negócios jurídicos celebrados antes do processo – a sorte exclusiva do direito material, parece ser atitude mais proveitosa para o estudo do direito processual açambarcá-los para o repertório da literatura processual, de modo a descortinar seus limites (até porque seus efeitos podem ser deflagrados no processo).

Desta forma, os ajustes sobre situações jurídicas processuais celebrados antes da instauração do processo devem ser tratados como *ajustes para o processo*⁶⁰² – e isto não há negar –, a despeito de não terem sido celebrados no processo ou concomitantemente à sua pendência (que aliás pode nunca se concretizar).

⁶⁰¹ MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios Processuais e a desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*, p. 32.

⁶⁰² CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*, p. 65.

6.2.2 A tipologia dos fatos jurídicos processuais

Ultrapassa a questão acerca do critério capaz de especializar um fato jurídico geral, atraindo para o raio das investigações da ciência processual, agora é possível apresentar a tipologia dos fatos jurídicos processuais, rumando para a delimitação do objeto do presente estudo, as convenções processuais.

Pois bem, como se viu acima, o fato jurídico processual em sentido amplo é todo acontecimento ou complexo de acontecimentos que, a partir da incidência de uma norma jurídica, tem a potencialidade de produzir efeitos em processo pendente.

É bom, no entanto, consignar que nem todo evento ocorrido após a instauração do processo, ainda que de modo indireto tenha com ele qualquer ligação, pode ser aquinhoado de fato jurídico processual. Existem fatos que ocorrem no curso do procedimento que não são fatos jurídicos processuais, por não terem a potencialidade de deflagrar efeitos jurídicos processuais.

Nessa linha, lembra Xavier Cabral que no curso do processo podem transcorrer diversas situações anômalas – e, em alguns casos, até mesmo desagradáveis –, que não têm a potencialidade de deflagrar efeitos jurídicos processuais. As audiências, por exemplo, são “caixas de surpresas”: o tom ríspido do juiz para com as partes e seus advogados e vice-versa, que não raro, são fonte de incontáveis entreveros; as catarses emocionais da parte ao reavivar na lembrança um evento desagradável que seja objeto de investigação no processo; as crises de pânico de uma testemunha ao depor; até mesmo os instrumentos tecnológicos utilizados para o registro das audiências, são uma fonte inesgotável de contratemplos. Estes acontecimentos, que acabam paralisando as audiências, não são nem por isto fatos jurídicos processuais, pois, os efeitos que deles decorrem são de índole substancialmente prática, e não jurídica⁶⁰³.

Retomando o tema, no fato jurídico processual naquela acepção ampla é desimportante perscrutar se o acontecimento decorre de evento natural ou da conduta humana, e, nesta última hipótese, tampouco tem relevo investigar sobre voluntariedade dessa atuação. O rompimento de uma barragem que gera um estado de calamidade em determinada comarca, fazendo suspender as audiências designadas; a morte da parte; a apresentação de contestação; o não comparecimento à audiência de conciliação; a celebração de compromisso arbitral; o transcurso *in albis* do prazo para recorrer, são todos fatos jurídicos processuais em sentido amplo, porquanto capazes de deflagrar efeitos jurídicos em um processo pendente.

Os fatos jurídicos processuais em sentido amplo, a partir do marco teórico utilizado para

⁶⁰³ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem Pública processual*, p. 260.

o desenvolvimento deste trabalho, podem ser classificados como: a) fatos jurídicos processuais em sentido estrito; b) ato-fato processual; c) ato processual em sentido amplo, categoria que se desdobra em c.1) ato processual em sentido estrito e c.2) negócio jurídico processual, e; d) ato ilícito processual.

Entende-se como fato processual em sentido estrito o evento ou complexo de eventos, decorrentes da natureza, que a partir da incidência de norma jurídica processual, que abstratamente o prevê como suporte fático, tem a potencialidade de deflagrar efeitos em processo⁶⁰⁴. A morte da parte, que abre ensejo à suspensão do processo e à sucessão processual (art. 313 do CPC); o avançar da idade, que dá azo a tramitação prioritária nos feitos em que a parte ou interessado tiver idade igual ou superior a 60 anos, são exemplos de fatos jurídicos processuais em sentido estrito.

É possível que um fato jurídico processual em sentido estrito tenha seu suporte fático ligado a ato humano: a morte, por exemplo, pode ter sido causada por um comportamento humano. Todavia, o ato humano não constitui elemento essencial do suporte fático, mas accidental, não desnaturando, portanto, a morte como evento natural; o que é essencial na constituição do suporte fático é o evento morte, pouco importando qual seja a sua causa.

O fato jurídico processual em sentido estrito será sempre acontecimento extraprocessual. É certo, porém, que este evento extraprocessual ingressa no processo a partir de um comportamento humano. Contudo, não se pode confundir o fato jurídico processual em si com o eventual comportamento humano que simplesmente dá ciência da ocorrência do fato jurídico processual ou cobra as consequências jurídicas que dele são de rigor; a potencialidade de se deflagrar os efeitos jurídicos processuais já existe desde a ocorrência do fato jurídico processual, ainda que as situações jurídicas descortinadas a partir dele não sejam exercitadas de imediato; caso, porém, o fato ocorra antes a instauração do processo, não se pode falar que a potencialidade dos efeitos do fato surgem no momento de sua ocorrência, pois a pendência do processo é condição de possibilidade de qualquer fato processual. Desta maneira, a meu ver, a potencialidade de surgimento dos efeitos processuais que tenha como suporte fático aquele fato se dá concomitantemente ao momento de instauração do processo.

O ato-fato processual consiste na ação ou omissão humana, em que a vontade do agente é tomada como irrelevante, capaz de deflagrar efeitos no processo. O hibridismo desta

⁶⁰⁴ Em conceito parcialmente coincidente, BARREIROS, Lorena Miranda. *Convenções Processuais e Poder Público*, p. 112; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, p. 373-374; CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*, p. 46. Para os mencionados autores é fato jurídico processual o evento que tenha a potencialidade de deflagrar efeitos em um processo futuro, posição excessivamente elástica com a qual não concordo.

categoria, que transparece inclusive em seu nome, decorre da circunstância de que muito embora se trate de uma atuação humana – positiva ou negativa –, *ato*, portanto, o direito, ao tomá-la em consideração sob perspectiva avolitiva, acaba por equipará-la a *fato*: é, pois, um ato equiparado a um fato, ou como Braga prefere, “um fato produzido pelo homem”⁶⁰⁵.

Calmon de Passos, sistematizando a forma pela qual a ordem jurídica opera tomando como consideração a vontade do agente, reconheceu os atos-fatos processuais, como um dos três modelos de atuação – ao lado dos atos jurídicos em sentido estrito e os negócios jurídicos processuais, registrando:

Ora (e excepcionalmente) relaciona o suposto à consequência *abstraindo o fator “vontade”*, comportando-se como se a vontade humana fosse irrelevante. Ainda quando se cuide de fato do homem (ato, acontecimento no qual a vontade é relevante) o direito opera como se o evento fosse de natureza estritamente física, reclamando, apenas para imputação da consequência ao agente, uma mera relação de causalidade. Se o fato material A existiu e nele se envolveu, como agente, o sujeito X, a consequência B que dele resultou é imputada a X. Nada se perquire quanto à vontade desse agente. E ainda quando o resultado da ação permaneça no âmbito do querer humano, da responsabilidade do agente, que querer aqui opera é um querer que é a expressão da vontade normativamente expressa. Teríamos, aqui, os *atos-fatos* jurídicos, um ato que o direito trata como fato (em sentido estrito) se cuidasse. (...) São atos, por conseguinte suscetíveis de consumação no processo, mas tratados pelo legislador como se meros fatos fossem, por abstrair na espécie, toda e qualquer indagação a respeito da vontade do agente que o consumou.⁶⁰⁶

O adiantamento de custas processuais, o pagamento do preparo, a revelia, o não comparecimento das partes na audiência de conciliação, o decurso do prazo para a prática de ato processual, o abandono da demanda e a perempção, são todos exemplos de atos-fatos processuais.

Barreiros, Didier Jr. e outros consideram a formação do precedente um ato-fato jurídico processual, porque a decisão que judicial que forma o precedente, e serve como paradigma para os casos vindouros, deflagra os efeitos jurídicos projetados pela norma independentemente da vontade de quem decidiu⁶⁰⁷.

⁶⁰⁵ BRAGA, Paula Sarno. *Primeiras Reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência*, p. 293. É bem verdade, no entanto que a categoria dos atos-fatos processuais não reconhecida por todos. Expressamente rechaçando o reconhecimento da categoria em questão, cf. CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*, p. 45-46 (em nota de rodapé); VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. *Convenções Processuais no paradigma do processo civil contemporâneo*, p. 97 et. seq.. Reconhecendo-a, cf. BARREIROS, Lorena Miranda. *Convenções Processuais e Poder Público*, p. 123; DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito processual civil*, vol. 2, p. 453; MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão Judicial*, p. 61.

⁶⁰⁶ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, p. 67-68.

⁶⁰⁷ BARREIROS, Lorena Miranda. *Convenções Processuais e Poder Público*, p. 123; DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito processual civil*, vol. 2, p. 453; MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão Judicial*, p. 61. Este último autor designa o precedente com um *fato institucional*, malgrado não se oponha, ao fim e ao cabo, a designação de

Muito embora os ato-fatos jurídicos processuais e os atos jurídicos processuais em sentido amplo decoram da atuação humana, existe entre eles importante diferença: naqueles, porquanto irrelevante a perquirição acerca do elemento volitivo que orienta o comportamento do agente, não há que se falar na aplicação do regime das invalidades processuais.

Avançando no tema da classificação dos fatos jurídicos processuais, quando norma processual toma como suporte fático a vontade do agente como elemento necessário para a potencial deflagração de efeitos jurídicos processuais, estar-se-ia diante dos atos processuais em sentido amplo, que se subdividem em atos processuais em sentido estrito e negócios jurídicos processuais.

O ato processual em sentido estrito é a exteriorização da vontade consciente (manifestação ou declaração) em que a parte não dispõe de qualquer margem de escolha da categoria jurídica ou da estruturação do conteúdo eficaz da respectiva situação jurídica⁶⁰⁸. Neles, o agente tem a liberdade de praticar ou não ato, mas caso o faça os efeitos se operam *ex lege*. A vontade do agente, conquanto relevante para a validade do ato, não é capaz de controlar ou modular os efeitos jurídicos que decorrem de sua atuação, porque prefixados integralmente pela lei⁶⁰⁹. A citação, a intimação, a penhora, a atribuição do valor da causa, a confissão, são exemplos de atos processuais em sentido estrito⁶¹⁰.

No âmbito dessa observação preliminar é suficiente registrar que nos negócios jurídicos processuais, como aliás ocorrem nos negócios jurídicos em geral, a manifestação de vontade do agente se dirige tanto à prática do ato quanto à obtenção do resultado (efeito jurídico pretendido). Neles, os efeitos jurídicos se operam *ex voluntate*, eis que o ordenamento jurídico reconhece ao agente poder de escolha da categoria ou de estruturação do conteúdo eficaz das respectivas situações jurídicas, com vistas a melhor satisfazer seus interesses⁶¹¹. Dada a relevância do assunto para o desenvolvimento do objeto da tese, tratarei do tema em tópico

ato-fato processual.

⁶⁰⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro*, p. 46.

⁶⁰⁹ No sentido que vai, Calmon de Passos: “Os atos praticados no processo, em sua quase totalidade, são *atos jurídicos em sentido estrito*, para os quais se exige “a vontade do ato” sem que se deva cogitar da vontade do resultado”, por motivo de ser o resultado predeterminado pela norma (o direito objetivo) retirando do agente, no particular, qualquer poder determinação.” (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, p. 69). Também merece destaque a lição de Liebman: “Em sua qualidade atos jurídicos, os atos processuais são, indubitavelmente e por definição, *fatos voluntários*; eles não são sequer concebíveis senão como resultado da vontade da pessoa que os leva a efeito. Mas trata-se aqui de um vontade extremamente genérica, ou seja, *a simples vontade e consciência de realizar o ato*; não se requer absolutamente que seja voltada à obtenção de dado efeito, não podendo ela tampouco determiná-lo e moldá-lo conforme melhor lhe agrade, porque o efeito já está indicado e preestabelecido em lei.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 1, p. 291).

⁶¹⁰ BARREIROS, Lorena Miranda. *Convenções Processuais e Poder Público*, p. 125 et. seq.

⁶¹¹ Dentre outros, Cf. BARREIROS, Lorena Miranda. *Convenções Processuais e Poder Público*, p. 127.

subsequente.

Por fim, é possível se falar em atos processuais ilícitos, os quais são condutas voluntárias, contrárias ao direito, que a partir da incidência da norma processual deflagram efeitos no processo. Doutrinariamente, os ilícitos processuais podem ser classificados em indenizativos, caducificantes (gera a perda de uma situação jurídica ativa: *e.g.* remoção de inventariante), invalidantes e autorizativo (gera para o ofendido a possibilidade de praticar um determinado ato: *e.g.* autorização para que o oficial de justiça adentre a residência do executado, que injustificadamente tenha obstado o cumprimento da ordem judicial penhora)⁶¹².

6.2.3 Os negócios jurídicos processuais

A admissão dos negócios jurídicos processuais, nas variadas formas de expressão linguística do instituto (contrato processual, acordo processual, convenções processuais, ajuste processual), é tema que despertou acirrada controvérsias na literatura processual.

Na pesquisa histórica realizada por Passo Cabral, o primeiro estudo aprofundado sobre o tema foi realizado por Kholer, ainda no século XIX. Neste estudo, Kholer sustentou a possibilidade da vontade das partes ser orientada negocialmente para produzir efeitos no processo, conformando situações jurídicas processuais, pois o contrato, por ser categoria pertencente a teoria geral do direito, também seria fonte para o direito processual. Nesta linha, o contrato processual seria instrumento de redução de possibilidades, quando o legislador ofertasse pluralidade de alternativas⁶¹³.

Em que pese o esforço de Kholer e de outros tantos processualistas, a ascensão do publicismo processual acabou reservando ao tema posição marginal na literatura jurídica processual.

O publicismo processual na emblemática construção de Bülow, caminhou no sentido de visualizar o processo como relação jurídica de direito público, amplamente disciplinada por normas cogentes, as quais não poderiam ser objeto de modulação pelas partes. Os efeitos dos atos jurídicos estariam todos disciplinados pelo legislador, mesmo naquelas hipóteses onde aparentemente existe margem de escolha a respeito de nuances sobre o procedimento⁶¹⁴.

⁶¹² BRAGA, Paula Sarno. *Primeiras Reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência*, p. 293; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. 1, p. 394-395; BARREIROS, Lorena Miranda. *Convenções Processuais e Poder Público*, p. 128.

⁶¹³ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*, p. 97-98.

⁶¹⁴ Cf. CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*; GODINHO, Robson Renault. *Negócios Processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*.

O pensamento de Liebman bem reflete esse horizonte que apanhou boa parte dos processualistas. Ele muito embora reconhecesse que os atos processuais são fatos voluntários, consigna que no processo a vontade é contemplada de modo genérico: ela se expressa na vontade e consciência de realizar o ato, não sendo exigível que ela se dirija à obtenção de um efeito jurídico específico, porque os efeitos do ato estão fixados e preestabelecidos em lei. No pensamento do italiano, o formalismo necessário ao movimento regular e expedito do processo, bem assim a certeza e a precisão dos atos em particular, dentro do aspecto dinâmico do processo, não tolera que se dê qualquer relevância real à vontade do sujeito: restando atendidas as prescrições formais estabelecidas na legislação, o ato produzirá os efeitos que lhe são próprios⁶¹⁵.

Passo Cabral sustenta que como decorrência do movimento publicista três premissas serviram de obstáculo para o desenvolvimento teórico dos negócios processuais na literatura processual, a saber: a) a existência de escopos públicos do processo, que se sobrepõem aos interesses privados e que levariam a aplicação imperativa da regra legislada; b) a concepção de que as normas processuais seriam todas de ordem pública, inafastáveis pela vontade das partes, portanto, e; c) a rejeição da ideia de processo como coisa das partes que redundou na inflação dos poderes oficiosos do juiz, inclusive no que diz respeito à condução do processo⁶¹⁶.

A despeito da cena pouco favorável ao debate acerca dos negócios jurídicos processuais, o tema não passou despercebido por relevantes processualistas⁶¹⁷, no Brasil inclusive.

Calmon de Passos, mostrando-se reticente quanto à figura dos negócios jurídicos processuais, mesmo levando em consideração o disposto no art. 158 do CPC/73, registrava que

⁶¹⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 1, p. 291. Sobre o tema, confira-se ainda SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativos*, p. 165 et. seq..

⁶¹⁶ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*, p. 106.

⁶¹⁷ Chiovenda, reconhecendo a existência dos negócios jurídicos processuais, sustenta que aos atos processuais – numa concepção mais ampla – pode se reconhecer o caráter de negócios jurídicos, pois o efeito que produzem se relacionam imediatamente, por lei, com a vontade das partes. De toda forma, é interessante registrar que o mestre italiano não reputava suficiente a elaboração doutrinária a respeito do tema (CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*, Vol. II, p. 25). A figura dos negócios jurídicos processuais também esteve presente nos estudos de Shönke. Para ele os pactos processuais consistiam em declarações de vontade emitidas conjuntamente pelas partes para provocar uma situação processual (SHÖNKE, Adolf. *Derecho Procesal Civil*, p. 106). Para Carnelutti, a demanda constitui um típico exemplo de negócio jurídico processual (CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Vol. 1, p. 484). Couture ao se referir aos atos dispositivos das partes, expressamente reconhece os “convênios processuais”, entendidos como os acordos para solucionar uma situação processual. Para ele esses acordos, ficam, via de regra na “periferia do processo”, porque muito embora suas consequências reflitam sobre a constituição, o desenvolvimento ou a conclusão do processo, o transcurso do iter procedimental até os seus ulteriores termos deles prescindem (COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do Direito Processual Civil*, p. 112-113.). Fazzalari também reconhecia a existência dos negócios jurídicos processuais, registrando, porém, que preferia denominá-los de *atos processuais negociais*, proscrevendo as nomenclaturas “negócios processuais”, “contratos processuais” e “contratos com efeitos processuais”, por serem equívocas, designando atividades distintas (FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*, p. 416-417).

as declarações de vontade das partes, para produzirem efeitos no processo, sempre reclamavam a intermediação judicial, de modo que sem o pronunciamento judicial, as declarações de vontade das partes não assumiriam o caráter de atos do processo⁶¹⁸.

Baptista da Silva e Gomes, na esteira do defendido por Liebman, emprestando a vontade um papel secundário na cena processual, também se colocam refratários à adoção da categoria dos negócios jurídicos processuais, registrando, inclusive que, ainda que se aceitasse a existência de verdadeiros e próprios negócios processuais, os atos processuais, diversamente do se sucede com os negócios jurídicos de direito material, se sujeita a outros princípios naquilo que tem pertinência às causas de invalidade e sanção⁶¹⁹.

O próprio Pontes de Miranda, em que pese trabalho sobre a teoria dos fatos jurídicos, naquilo que é pertinente aos negócios jurídicos processuais pouco desenvolveu o tema, muito embora os admitisse expressamente⁶²⁰.

Em outra perspectiva, Barbosa Moreira, em texto clássico sobre o tema, lamentando o pouco interesse dos estudiosos brasileiros no estudo das convenções celebradas pelas partes sobre matéria processual, após demonstrar várias hipóteses nas quais o legislador deu ensejo a estipulação de ajustes processuais (eleição de foro, suspensão condicional do processo, distribuição do ônus da prova, adiamento de audiência), naquilo que hoje tem sido designado como negócios processuais típicos, obtemperou que o legislador não disciplinou aqueles assuntos de forma exaustiva. A partir dessa constatação, passa a indagar se seria possível a celebração de convenções processuais fora dos casos previstos em lei, concluindo por sua possibilidade, dispensando-se inclusive de homologação judicial⁶²¹.

Muito embora o texto de Barbosa Moreira não tenha sido o primeiro a se referir ao tema, o cuidado com que abordou o assunto e a exposição de interessante flanco de investigação no que concerne às convenções celebradas pelas partes fora dos casos previstos em lei abriram margem para vários outros trabalhos que se seguiram⁶²².

⁶¹⁸ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, p. 69

⁶¹⁹ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo*, p. 191.

⁶²⁰ “São permitidos, por exemplo, os negócios jurídicos sobre desistência da demanda ou de recurso (*e. g.*, obrigação de desistir), a obrigação de não usar rito especial (*e. g.*, de não empregar o rito executivo), a de só admitir a prova documental, ou alguma outra, em determinados negócios jurídicos entre os figurantes (*e. g.*, o dever e o haver da conta-corrente só se alterarem mediante instrumento assinado por ambos os interessados, pessoalmente). São inadmissíveis, por nulos, os acordos que modifiquem ou preexcluem a incidência de regras jurídicas processuais cogentes (= de interesse público ou de proteção das partes), tais como os acordos sobre apreciação da prova ou sobre dispensa ou alteração de pressupostos processuais.” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Tomo III, p. 5).

⁶²¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*, p. 88 et. seq.

⁶²² Para evitar o enfado desnecessário, remetemos o leitor às competentes reconstruções históricas feitas nas pesquisas de Passo Cabral (CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*, p. 127 et. seq.), Barreiros

Se na vigência da legislação processual passada a negociação processual era tema que encontrava qualificada oposição na literatura processual, com a promulgação do vigente Código de Processo Civil, especialmente tendo em conta o disposto no art. 190, não há mais sentido em negá-los como uma das espécies de atos jurídicos processuais. Posto que superada a discussão outrora travada acerca do reconhecimento dos negócios jurídicos processuais, a dura questão que agora desafia a literatura processual é justamente encontrar o equilíbrio entre se reconhecer a autonomia privada do jurisdicionado, sem, contudo permitir que se (re)instaure uma espécie de liberalismo processual repaginado.

A despeito das palavras de alento dos processualistas que se deslumbram com as possibilidades de ampla margem de negociação acerca do *design* processual, não se pode perder de vista, por um lado, a severa desigualdade social e os baixos índices educacionais brasileiros abrem verdadeiros fossos em relação ao acesso à direitos por boa parte da população brasileira, a qual, com extrema dificuldade (dado que não pode ser diminuído e muito menos naturalizado), tem encontrado na via jurisdicional um caminho (ainda que tortuoso) para o exercício da cidadania. Por outro lado, também não se pode perder de vista a hiperutilização do sistema jurisdicional por parte de alguns litigantes, com grande poder econômico e organizacional. No encontro desses dois mundos no estuário jurisdicional, deve-se tomar o cuidado para que a negociação processual não surja como ferramenta de manipulação ideológica, que ao invés de promover o encontro de interesses, acirra as desigualdades e desmaterializa a função de garantia do processo, transformando o procedimento e as variadas situações processuais que se sucedem em um ambiente (ainda mais) amistoso e agradável para uns, ainda que a custa do agravamento das dificuldades de muitos (vide capítulo 4).

Se de fato, a negociação processual a partir da lídima participação das partes no arranjo das situações jurídicas processuais ou na própria conformação do procedimento pode-se revelar útil para a potencialização das finalidades do processo, a pseudoparticipação – cotejada sob prisma meramente formal – pode também ser fonte iniquidade e de desserviço ao direito processual comprometido com o modelo constitucional do processo. Daí porque, ao contrário do discurso que anda tão ao gosto da literatura processual, a negociação processual, não é instituto necessariamente virtuoso: ele, como qualquer outra ferramenta produzida pelo engenho humano, pode servir para o benefício, mas também para o reverso. Em relação à esta última forma de utilização, o direito processual, a partir do núcleo duro do modelo

(BARREIROS, Lorena Miranda. *Convenções Processuais e Poder Público*, p. 128 et. seq.), Carneiro da Cunha (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro*, p. 50 et. seq.) e Nogueira (NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*, p. 145 et. seq.).

constitucional de processo, deve exercer relevante papel contrafático, evitando que o sistema processual seja apropriado pela parte mais forte, para fins meramente utilitários e egoístas (vide capítulos 4 e 7).

Retomando o tema desse segmento, parece haver consenso entre os autores que o poder autorregramento da vontade no campo do direito processual é mais restrito do que aquele presente no âmbito do direito privado, especialmente porque é comum que nem todos os efeitos jurídicos estejam ao alcance da deliberação das partes. Mas isto, no entanto, não constitui razão para que se negue a existência dos negócios jurídicos processuais.

Nesse sentido, a lição de Didier Jr. e Nogueira:

O relevante para caracterizar um ato como *negócio jurídico* é a circunstância de a vontade estar direcionada não apenas a prática do ato, mas também, à produção de um determinado efeito jurídico, com poder de autorregramento; no negócio jurídico, há escolha da categoria jurídica, do regramento jurídico para uma determinada situação. O conceito de negócio jurídico não preconiza a ligação direta e unívoca de todos os efeitos decorrentes do ato à vontade manifestada pela parte, como se para ter configurado o negócio o figurante precisasse estipular livremente o conteúdo de todos os efeitos. (...). Essa necessidade de correspondência unívoca entre a vontade e os efeitos resultantes do ato – como se todos os efeitos resultantes do ato – como se todos os efeitos do ato tivessem ligados ao querer do agente –, nem mesmo no plano do direito material sempre se verifica, daí por que (*sic*) a rejeição ao negócio jurídico processual, por tal argumento, não nos parece decisiva.⁶²³

6.2.4 As convenções processuais como espécie de negócios jurídicos processuais

Os negócios jurídicos processuais podem ser classificados segundo os mais variados critérios, à exemplo do que é feito com negócios jurídicos em geral. A atividade classificatória dos negócios jurídicos processuais é uma das etapas necessárias para definição do conceito de convenções processuais.

Quanto ao número de declarantes um negócio jurídico processual pode ser *unilateral*, quando uma só manifestação de vontade for suficiente para perfectibilizá-lo, *bilateral*, quando depender de duas manifestações de vontade, e *plurilateral* quando se exigir mais de duas manifestações de vontade para a sua realização.

A renúncia da pretensão (art. 487, III, c, do CPC), a desistência da ação realizada antes da contestação do réu (art. 485, VIII, § 6º do CPC), a desistência do recurso (art. 998 do CPC), são exemplos clássicos de negócios jurídicos processuais unilaterais.

Não obstante, caso se leve à sério a ideia de negócio jurídico processual, como manifestação de vontade dirigida tanto à prática do ato quanto à obtenção de resultado

⁶²³ DIDIER JR. Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*, p. 64-65.

pretendido, a partir do reconhecimento do poder escolha da categoria jurídica ou estruturação eficaz das respectivas situações jurídicas, muitos outros exemplos podem se seguir. O próprio Carnelutti não hesitou em afirmar que a demanda é um negócio jurídico típico⁶²⁴.

De fato, a propositura da demanda encerra ato volitivo no qual o declarante persegue determinados resultados práticos, escolhendo categorias jurídicas e estruturando situações jurídicas. O autor pode escolher um dentre os vários foros concorrentes; caso deseje, pode cumular demandas, observados certos limites instituídos pela legislação; nas hipóteses de litisconsórcio passivo facultativo, pode escolher em face de quem litigará; em alguns casos pode escolher o procedimento; pode optar em propor a demanda no foro do domicílio do réu, mesmo quando a lei tenha criado uma regra mais vantajosa para ele. A própria substanciação da demanda, a partir do engenho estrutural do conteúdo eficaz da petição inicial, bem sinaliza o alto conteúdo negocial deste ato processual.

O réu também pratica negócios processuais unilaterais, sendo o reconhecimento do pedido o mais emblemático deles (art. 487, III, a, do CPC).

Na fase/processo de execução também é campo profícuo para os negócios jurídicos processuais unilaterais, podendo o exequente, dentre tantos outros exemplos, escolher o juízo da execução (art. 781 do CPC), desistir das medidas executivas pleiteadas, desistir da penhora, adjudicar ou não o bem penhorado, desistir da execução no todo ou em parte (art. 775 do CPC)⁶²⁵.

Poderia se objetar, argumentando que em todos exemplos existem efeitos que se operam *ex lege*, a partir da conduta praticada pelo declarante, não sendo, portanto, negócios jurídicos processuais, mas meros atos processuais em sentido estrito.

Ocorre, porém, que em todos os exemplos a vontade do declarante não se limita a praticar o ato, mas também ruma a perseguição do resultado pretendido, existindo margem de escolha em relação aos efeitos pretendidos.

Como visto, não frustra o aspecto negocial a existência de previsão de alguns efeitos disciplinados *ex lege*, o que é indispensável é que exista margem de liberdade em relação a eles, seja para escolher quais dentre todos os efeitos previstos são os que melhor acomodam os interesses do declarante, seja para agregar novos efeitos, seja para obstar que eles se operem

⁶²⁴ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Vol. 1, p. 484. Em mesma direção SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativos*.

⁶²⁵ Interessante, nesse particular, a tese de Nogueira que se ocupa dos negócios jurídicos processuais judiciais. Sobre o tema, cf. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*.

inexoravelmente⁶²⁶. No âmbito do direito processual o poder de autorregramento da vontade é mais reduzido, e bem por isto nada mais natural que a ordem jurídica se ocupe em disciplinar alguns efeitos decorrente da prática de alguns negócios processuais.

Os negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais também podem ser classificados como contratos ou convenções processuais, também designadas de acordos processuais ou ajustes processuais. Quando as vontades dos declarantes dizem respeito a interesses contrapostos, estamos diante de um contrato processual; no entanto, caso se trate de interesses convergentes, haveria, então uma convenção processual.

É bem verdade que uma pluralidade de expressões acaba transitando na literatura jurídica processual como se sinônimas fossem. Müller na construção de sua tese, por exemplo, adota como sinônimo os termos “negócios processuais”, “convenções processuais”, “acordos processuais” e “contratos processuais”; outros, porém, como Passo Cabral, preferem demarcar o âmbito conceitual das expressões⁶²⁷.

Na literatura estrangeira, também não há consenso quanto à terminologia mais apropriada. Caponi, na Itália, avaliando a tipologia dos acordos entre as partes que incidem sobre o desenvolvimento do processo civil, utiliza a expressão “acordos processuais” (*accordi processuali*)⁶²⁸. Na doutrina francesa, Cadiet pontua que as expressões “juízo convenido” (*jugement convenu*), “justiça contratual” (*justice contractuelle*) e “contrato judiciário” (*contrat judiciaire*), de há muito grassavam na linguagem dos juristas. Entretanto, o autor, grande entusiasta da “contratualização processual”, emprega as expressões “convenções relativas ao processo” (*conventions relatives au procès*), contratos relativos à solução dos litígios (*contrats relatifs à la solution des litiges*), contratos processuais (*contrats de procédure*), acordos processuais (*accords procéduraux*), como designativas do fenômeno que abre ensejo à disciplina das partes sobre matéria processual⁶²⁹. Também em referência ao direito francês, Almeida, após vasta pesquisa realizada na literatura jurídica daquele país sobre o tema, também dá conta das expressões *clauses de différend* e *pacto de différend*, como expressões afetas ao tema⁶³⁰. Na doutrina alemã, conforme notícia Barbosa Moreira, os ajustes das partes

⁶²⁶ Reiteramos a lição de Didier Jr. e Nogueira (DIDIER JR. Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*, p. 64-65).

⁶²⁷ MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios Processuais e a desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*, p. 43; CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*, p. 68 et. seq..

⁶²⁸ CAPONI, Remo. *Autonomia Privada e processo civil: os acordos processuais*, p. 359.

⁶²⁹ CADIET, Loïc. *La tendance a la contractualisation de la justice et du procès*, p. 11; CADIET, Loïc. *Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisation du règlement des litiges*, p. 61.

⁶³⁰ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*, p. 47.

sobre matéria processual são designadas por “contratos processuais” (*Prozessverträge*)⁶³¹.

Com vistas a se evitar a instauração de uma “Babel conceitual” em torno do tema, dificultando a delimitação do objeto da pesquisa, é importante precisar o conceito de “convenção processual”, ou, pelo menos estabelecer o conceito empregado na pesquisa.

De início, registre-se a inadequação de se empregar as expressões negócios jurídicos processuais e convenções processuais como sinônimas. As convenções processuais são espécie de negócios jurídicos processuais, mas como em rigor é de ocorrer na relação entre gênero e espécie, nem todo negócio jurídico processual é uma convenção processual. Existem negócios jurídicos processuais unilaterais, tal qual se dá na desistência do recurso ou no parcelamento aludido no art. 916 do CPC (o qual não poderá ser obstado pelo exequente, acaso tenha sido preenchido os requisitos previstos em lei). As convenções processuais são negócios jurídicos processuais envolvendo, no mínimo, duas manifestações de vontade. O eventual baralhamento conceitual entre o gênero e espécie pode obnubilar o fato de que a valorização do autorregramento da vontade, desdobramento do direito fundamental à liberdade, é tema caro tanto aos negócios jurídicos processuais quanto às convenções processuais, sendo, pois um tema que toca diretamente ao gênero; entretanto, a problematização da ideologia da harmonia (ou ideologia do consenso) é terreno fértil para as investigações das convenções processuais, por problematizar as tensões entre interesses divergentes, que podem se apresentar mascaradas, como um subproduto de uma relação de dominação, sendo, portanto, um tema de maior pertinência à espécie do que propriamente ao gênero, já que este também engloba as manifestações de vontades unilaterais direcionadas a produção de certos resultados no processo.

Também não há tomar como sinônimas as expressões contratos processuais e convenções processuais, pois como visto, naqueles existem interesses divergentes, enquanto nestes as declarações de vontade perseguem interesses comuns⁶³². No âmbito do direito processual são cabíveis tanto as convenções processuais quanto os acordos processuais: é possível que as partes, de comum acordo, ajustem sobre a suspensão do processo com o intuito de avançarem nas negociações acerca de possível transação envolvendo total ou parcialmente o objeto do litígio, caso em que a suspensão reflete interesse comum de ambos os declarantes,

⁶³¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*, p. 88; CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*, p. 55.

⁶³² Barbosa Moreira pontua que a adequação do *nomen iuris* “contratos processuais” depende da maior ou menor extensão conceitual atribuída a palavra “contrato”, registrando: “Não sofre dúvida que se está diante de atos constituídos por duas declarações de vontade. Têm elas aqui, todavia, conteúdo *igual*; não caberá, pois falar em contrato, caso se parta da premissa de que é essencial a esta figura serem *diversas* (embora correspondentes) as declarações de vontade.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*, p. 88)

mas também é possível que as partes ajustem uma conformação peculiar em relação aos custos da litigância, hipótese que, a bem da verdade, tem como fundo a expressão de interesses materiais divergentes, não sendo, portanto, convenção processual propriamente dita, mas contrato processual⁶³³.

Em outro giro, é comum associar o termo contrato às manifestações de vontade orientadas à regulação e produção de efeitos patrimoniais ou puramente obrigacionais. Com vistas a limar os negócios jurídicos processuais de conotações deste jaez, que inevitavelmente poderiam ocorrer com a utilização do termo contrato, parece, de fato, preferível a utilização do termo convenções processuais, acordos processuais, ajustes processuais ou avenças processuais, porquanto libertas daquela conotação patrimonialista e obrigacional, além de serem utilizadas na literatura jurídica nacional⁶³⁴.

6.2.4.1 O juiz pode ser sujeito de uma convenção processual?

A fim de avançar na delimitação conceitual de convenções processuais, é importante investigar se o juiz pode ou não ser parte delas, tema que suscita acirrada divergência na literatura processual.

Passo Cabral, em posicionamento teórico de grande capilaridade na literatura jurídica nacional, sustenta não ser o juiz parte das convenções processuais, por ser estranha a função jurisdicional a capacidade negocial. “O Estado-juiz, pelo seu distanciamento dos interesses dos litigantes (tanto materiais, quanto processuais), não poderia praticar atos em favor de nenhum interesse próprio.”⁶³⁵. Apenas aqueles que falam em nome de algum interesse dispõem de capacidade negocial para estipular regras procedimentais ou interferir nas situações jurídicas processuais. O juiz não atua no processo em espaços de autonomia e liberdade, daí porque a vontade exercitada por ele é vinculada, total ou parcialmente, tanto em relação à possibilidade de praticar o ato, quanto em relação à escolha de seu conteúdo e efeitos⁶³⁶.

Passo Cabral, recuperando os conceitos goldschmidtianos de atos estimulantes (atos obtenção) e atos determinantes (atos causativos ou atos de causa), visualiza na própria declaração das partes a força jurígena para as alterações do procedimento e de situações

⁶³³ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções sobre os custos da litigância (I): Admissibilidade, objeto e limites*; CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções sobre os custos da litigância (II): Introdução ao seguro e ao financiamento processuais*.

⁶³⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*, p. 89;

⁶³⁵ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*, p. 224.

⁶³⁶ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*, p. 223-225.

jurídicas processuais, prescindindo qualquer intervenção judicial⁶³⁷.

Em Goldschmidt os atos de obtenção são aqueles praticados pelas partes que se encaminham à resolução de uma questão, em um determinado sentido, a partir de influxos psíquicos exercidos sobre o juiz⁶³⁸. Estes atos não produzem imediatamente os efeitos pretendidos pela parte; a função deles é provocar a realização de um outro ato do processo, por outro sujeito processual, que aproxima a parte de seu real interesse. As petições e requerimentos são típicos atos de obtenção⁶³⁹.

Os atos causativos, por sua vez, não se destinam a exercer influxos psíquicos sobre o magistrado, constringendo-o a praticar um ato de interesse das partes; deles decorrerão os efeitos jurídicos imediatamente, isto é, independentemente da atuação do juiz, ou qualquer outro sujeito processual. A desistência de um recurso e o compromisso são exemplificados por Goldschmidt como atos causativos⁶⁴⁰.

Nessa linha, para Passo Cabral a convenção processual celebrada pelas partes é um ato causativo – determinante –, dispensando-se, pois de qualquer intervenção judicial, ainda que com fins meramente homologatórios, para que a eficácia da manifestação de vontade seja considerada válida e produza efeitos⁶⁴¹.

A consequência prática que ressaí do fato de ser a convenção processual encetada pelas partes um ato causativo e de não ser o juiz parte daquele ajuste é precisamente afastar o magistrado do juízo de conveniência e oportunidade acerca do acordo.

Assim, para Passo Cabral, o juiz pode realizar, *a posteriori*, o controle de validade do ajuste processual, especialmente tendo em conta o disposto no art. 190 do CPC que prevê que o magistrado “controlará a validade” das convenções. Mas o controle de validade da convenção processual não pode ser tido como um mecanismo de cerceamento do poder de autorregramento da vontade das partes ou negação da liberdade dos declarantes, mas, ao contrário disto, deve o magistrado fazer respeitar e respeitar ele mesmo os ajustes processuais válidos, em elogio à autonomia das partes, e fomentar, o tanto quanto possível, a interação das partes e encorajá-las a encontrarem instrumentos autocompositivos⁶⁴².

⁶³⁷ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*, p. 223-225.

⁶³⁸ GOLDSCHMIDT, James. *Teoria Geral do Processo*, p. 89 et. seq.

⁶³⁹ Os atos de obtenção jamais podem ser enquadrados como um negócio jurídico, já que a realização da vontade das partes, manifestadas no ato, perseguindo certo efeito jurídico, poderá ou não se concretizar, a depender da idoneidade do ato para alcançar tal fim. Cf. GOLDSCHMIDT, James. *Teoria Geral do Processo*, p. 90.

⁶⁴⁰ Nesse particular, de se registrar que Goldschmidt reconhece os negócios jurídicos processuais, tantos bilaterais (e.g. transação judicial, o convênio entre os credores e o concursado ou quebrado, acordo de nomeação de perito) quanto unilaterais (revogação do poder, desistência da demanda e do recurso, renúncia do autor a réplica), como atos causais. Cf. GOLDSCHMIDT, James. *Teoria Geral do Processo*, p. 131.

⁶⁴¹ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*, p. 64-65.

⁶⁴² CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*, p. 228.

Para Yarshell o juiz também não é parte do negócio jurídico processual, pois, a seu sentir, dele não emana vontade constitutiva do negócio, sendo inclusive desnecessária a homologação judicial dos ajustes levado à efeito pelas partes; ao juiz cabe apenas observar e efetivar as convenções processuais instituídas pelas partes, sem embargo da possibilidade de controle dos requisitos de existência e validade da avença. Nem mesmo quando o conteúdo do ajuste é discutido e negociado perante o juiz – o que pode ser conveniente pelo caráter profilático da presença do julgador –, este poderá ser reputado como parte do negócio processual, já que sua vontade não será fundida ou acoplada àquela dos declarantes⁶⁴³.

Vidal também compartilhando desse entendimento, sustenta que o entrelaçamento dos arts. 190 e 200 do CPC resulta na “induidosa interpretação de que o magistrado não seria parte do acordo, porquanto desprovido de capacidade negocial sobre o processo, mas com poderes de controle e fiscalização.”. E, em arremate, registra que: “não se pode admitir, por incompatibilidade, que aquele que celebra (participante) também possa exercer posteriormente o controle”⁶⁴⁴.

Em posição diametralmente oposta, colocou-se Calmon de Passos, que não reconhecia a possibilidade da declaração de vontade das partes produzir efeitos diretamente no processo, reclamando sempre a intermediação judicial para que os efeitos pretendidos pelos declarantes pudessem ser deflagrados⁶⁴⁵. Muito embora não se possa dizer que o autor atribuía ao magistrado a qualidade de parte em tema de negócios jurídicos processuais, é bem de ver que a participação do magistrado, ainda que no exercício de atividade de caráter homologatório, é considerada indispensável para emprestar o caráter processual às declarações de vontades das partes.

Em sentido similar Nery Jr. e Andrade Nery sustentam: “*As partes podem apresentar o acordo pronto sem a intervenção do juiz na sua elaboração, mas sua validação dependerá da análise e referendo do juiz.*”⁶⁴⁶.

Também nessa linha, Moniz de Aragão, interpretando o art. 158 do CPC/73, também via a necessidade de homologação judicial para as manifestações unilaterais e bilaterais praticados pelas partes, não sendo, portanto, a homologação uma peculiaridade da desistência da demanda. Segundo o autor, a exigência de homologação serviria para que o magistrado

⁶⁴³ YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das Partes em matéria processual*, p. 79.

⁶⁴⁴ VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. *Convenções Processuais no paradigma do processo civil contemporâneo*, p. 135-136.

⁶⁴⁵ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, p. 69.

⁶⁴⁶ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*, e-book.

policie a pratica desses atos, de modo a preservar direitos indisponíveis, os quais estariam infensos aos atos de disposição das partes.⁶⁴⁷

Há quem, entretanto, não vislumbre qualquer obstáculo para o que magistrado figure como parte nos negócios jurídicos processuais⁶⁴⁸, especialmente nas convenções processuais⁶⁴⁹, ajustando com os litigantes a arquitetura procedimental mais adequada ao direito material discutido, especialmente levando em conta as peculiaridades do litígio.

De toda forma, antes de avançar no tema, algumas distinções devem ser feitas com vistas ao melhor esclarecimento da possibilidade de o magistrado ser sujeito de uma convenção processual.

Nos incidentes processuais em que o juiz figurar como parte (*e.g.* incidente de impedimento ou de suspeição), o juiz poderá celebrar convenções processuais, afetas àquele procedimento com os demais interessados. Certamente não é esta a hipótese que suscita a forte divergência doutrinária, já que o magistrado (a pessoa natural), no incidente, é parte e não julgador. Não é demais ressaltar que na hipótese em comento, o controle da validade da convenção deverá ser feito pelo tribunal competente para processar e julgar o incidente processual.

Nada obstante, existem convenções que dizem respeito à situações jurídicas ligadas,

⁶⁴⁷ ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo civil, lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, p. 33. Para o autor, mesmo na confissão – que ineludivelmente prescinde de homologação judicial – a produção dos efeitos esperados, careceria, sempre, de que o juiz a acolhesse em sentença, já que, como qualquer outro meio de prova, deveria ser apreciada pelo magistrado, e, ao depois, a confissão estaria limitada aos fatos que dizem respeito à direitos materiais disponíveis ou aos direitos em que o confitente tenha livre disposição (ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo civil, lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973*, p. 34).

⁶⁴⁸ Há quem inclusive sustente a possibilidade de o magistrado realizar negócios jurídicos processuais unilaterais, sendo a sentença um lídimo exemplo disso. Nogueira inclusive ocupou dessa temática em sua tese de doutorado apresentada à Universidade Federal da Bahia, tendo inclusive realizando minudente pesquisa na literatura jurídica processual estrangeira sobre o tema. (cf. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*). O próprio Fazzalari reconhecia a proximidade entre a manifestação da vontade do privado, nos negócios jurídicos, e do público, nos provimentos. Muito embora em relação à produção de efeitos e do conteúdo da vontade em si, no âmbito do modelo normativo, elas não se diferenciem, em relação à vontade do órgão público, ela se liga a valoração normativa de um dever, na característica da imperatividade e nas peculiaridades de sua disciplina (FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*, p. 425-426). Confira-se ainda EXPÓSITO, Gabriela. *Natureza negocial dos provimentos judiciais*, p. 194.

⁶⁴⁹ Dentre outros, admitem o magistrado seja parte de uma convenção processual: GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Vol.1, p. 389; CABRAL, Trícia Navarro Xavier Cabral. *Limites da liberdade processual*, p. 24, 46-47, 59; RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*, p. 292 et. seq.; REDONDO, Bruno Garcia. *Adequação do procedimento pelo juiz*, p. 162 et. seq.; BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*, p. 222 et. seq.; CORDEIRO, Adriano C. *Negócios jurídicos processuais no novo CPC: das consequências do seu descumprimento*, p. 136-138; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*, p. 63; AVELINO, Murilo Teixeira. *A posição do magistrado em face dos negócios processuais*, p. 382 et. seq.; POMJÉ, Caroline. *A mitigação da incidência do adágio iura novit cūria em virtude das convenções processuais: breve análise do art. 357, §2º, do novo código de processo civil*, p.77-78; EXPÓSITO, Gabriela. *Natureza negocial dos provimentos judiciais*, p. 198 et. seq.

exclusivamente, à condição de sujeito parcial do contraditório ou de sujeito ao qual alguma proteção normativa se lança, como, por exemplo, o direito de recorrer, de não executar a decisão, de distribuir o tempo de sustentação oral entre os litisconsortes ou de dispensar a caução para execução provisória de decisão; nestes casos, por absoluta impertinência com função jurisdicional, o magistrado não poderá celebrar ajustes processuais deste jaez. A intromissão do magistrado em temas tais poderia baralhar os direitos das partes ligados à garantia do contraditório (vide item 5.2 e seus subitens), ou mesmo substituir a parte na tutela de seus interesses patrimoniais.

Em casos tais, o magistrado estará indiretamente ligado ao ajuste, na medida em que fizer valer o ajustado, acaso o interessado exija que assim seja feito.

Entretanto, é de se observar que existem casos que a própria legislação prevê a possibilidade de que as partes ajustem sobre certos atos que impactarão na atividade judicial, sem que, contudo, o julgador possa interferir no acordo (*e.g.* escolha consensual de perito – art. 471 do CPC); isto, porém, não é a regra no modelo de processo cooperativo.

Levando em conta o conteúdo e os efeitos do ajuste, força convir que há casos, porém, que as convenções processuais atingem de modo direto a atuação judicial; isto ocorre quando o pacto interfere nos poderes-deveres judiciais. Em casos deste tipo, não há, segundo penso, como se deflagrar os efeitos processuais pretendidos pelos declarantes sem a participação do magistrado⁶⁵⁰. De duas uma: ou ele se coloca ao lado do jurisdicionado atuando também como sujeito da convenção⁶⁵¹, ou ele chancela o ajuste travado pelos outros atores do processo, homologando o acordado. A meu sentir, as alterações procedimentais são emblemáticos exemplos disto⁶⁵².

⁶⁵⁰ No sentido que vai no texto, Greco classifica as convenções processuais em três espécies: a) acordos e contratos que afetam apenas direitos das partes; b) as que afetam poderes do juiz, que por força de lei podem ser limitados pela conjugação da vontade das partes, e; c) as que limitam os poderes do juiz, mas se dão com a conjugação da vontade das partes e do juiz. Lembra o autor, que nas hipóteses “a” e “b” as convenções se perfazem com a vontade dos litigantes, produzindo efeitos imediatos, nos termos do art. 200 do CPC. A hipótese “c”, a convenção depende da confluência de vontades entre partes e julgador, tal qua se dá na calendarização do processo, por afetar os poderes judiciais de impulso e direção do processo (GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Vol.1, p. 389-390).

⁶⁵¹ Em mesmo sentido, Xavier Cabral registra: “Nas convenções processuais, o juiz pode construir com as partes ajustes sobre o procedimento, adaptando-o às peculiaridades da causa, ou ainda aderir a uma convenção firmada exclusivamente e previamente pelas partes.” (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*, p. 59).

⁶⁵² Também é essa opinião de Greco: “A terceira espécie de convenções se constitui daquelas em que o ato somente se perfaz com a manifestação conjunta de vontade das partes e do juiz, como na fixação do calendário (CPC de 2015, art. 191) que afeta os poderes do juiz de impulso processual e de direção do processo. A meu ver, também os contratos de procedimento, a que se refere o *caput* do artigo 190, quando envolvem restrições aos poderes do juiz ou aos deveres das partes para com o juiz, são convenções processuais dessa terceira espécie, devendo o juiz, a par do controle de legalidade, formular um juízo de conveniência e oportunidade, aderindo ou não à convenção. O juiz participa da deliberação, compatibilizando a autonomia da vontade das partes com os escopos imediatos e mediatos da jurisdição estatal. (...) Já as da terceira espécie produzirão os seus efeitos no momento em que o juiz

Dessa forma, é possível sustentar a existência de convenções processuais celebradas exclusivamente pelas partes, tal qual se dá com o compromisso arbitral (Lei 9.307/95) e a suspensão convencional do processo (art. 313, II do CPC), convenções processuais celebradas entre as partes com terceiro, como se dá no caso da sucessão processual do adquirente da coisa litigiosa (art. 109, § 1º do CPC), e convenções celebradas pelas partes com o magistrado, tendo como emblemáticos exemplos a calendarização processual (art. 191 do CPC) e a organização e saneamento compartilhado (art. 357§ 2º do CPC), não podendo ser olvidada também a convenção processual sobre a redução de prazos peremptórios (art. 222, §1º do CPC). O magistrado pode, ademais, figurar como parte inclusive em convenções processuais atípicas, quando o conteúdo e os efeitos do ajuste impactarem diretamente na sua forma de atuação. A participação do magistrado nesta última hipótese é uma decorrência do modelo de processo cooperativo.

É certo, porém, que a possibilidade de o magistrado celebrar convenções processuais com as partes não lhe autoriza a perseguir interesses privados. Ele não poderá renunciar seus poderes-deveres por meio destes ajustes, entregando a direção do processo às partes, como se em relação à demanda também não lhe tocasse qualquer responsabilidade. O magistrado representa o Estado, e por meio da jurisdição exerce função pública, e isto não pode ser olvidado no debate acerca das convenções processuais.

De início, cumpre registrar que a garantia de acesso à jurisdição assegura aos cidadãos não apenas o acesso formal ao serviço público jurisdicional, mas o acesso efetivo, tempestivo e adequado. Isto implica no direito daquele cidadão ter o seu litígio tratado e contemplado em sua integralidade, levando-se em conta peculiaridades do caso concreto. Contudo, esta percepção não autoriza que o jurisdicionado se aproprie do serviço público jurisdicional, desconsiderando a existência de outros litígios que também aguardam julgamento.

O gerenciamento processual conglobadamente considerado (caso individual, casos pendentes de julgamento e a identificação de demandas seriais), deve ficar a cargo do Estado, porque, repita-se, a jurisdição é um serviço público.

O magistrado não é titular dos interesses discutidos em juízo, mas disso não decorre a conclusão de que o Estado, apresentado no processo na figura do julgador, não tenha qualquer compromisso com eles⁶⁵³. O sistema processual é construído de forma a se evitar o tratamento leviano dos interesses dos litigantes, bem como para evitar os erros e retardamentos

concorrer com a sua vontade, aprovando ou homologando a deliberação das partes.” (GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Vol.1, p. 390).

⁶⁵³ Cf. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*.

injustificados na prestação do serviço público jurisdicional, respondendo pessoalmente o magistrado, em alguns casos, pelo exercício temerário e desidioso de sua função. O devido processo legal deve ser capaz de proteger o direito lesado ou ameaçado de lesão, e isto não pode ser alcançado sem o comprometimento do magistrado, sem embargo da garantia de participação dos demais atores do processo.

As convenções processuais devem ser pensadas dentro do modelo cooperativo de processo, no qual o formalismo processual se assenta no equilíbrio e interdependência entre todos os atores do processo, daí porque o juiz não deve se comportar como um “espectador de pedra” diante das iniciativas de engenharia processual gestadas pelas partes. A democratização do processo, que passa pela valorização das iniciativas das partes, não implica numa redução da importância do papel do magistrado, tampouco convida a ressuscitar um modelo processual marcado pela passividade judicial, típica do processo de matriz liberal.

Reservar ao magistrado exclusivamente o papel de mero controle da legalidade das convenções processuais celebradas pelas partes, necessariamente feito *a posteriori*, pode redundar em três consequências nocivas para o processo jurisdicional democrático: a) a falta de envolvimento continuado do julgador com o desenvolvimento do processo cujo procedimento fora gestado pelas partes (reflexo da desresponsabilização pela direção do procedimento assumida pelas partes); b) a utilização por parte do julgador de uma espécie de “malabarismo hermenêutico” capaz de atrair para hipóteses de nulidade as escolhas desavisadas e infelizes tomadas pelas partes no *design* do processo, forçando ativismo judicial em relação aos juízos de conveniência (e não de legalidade) exercidos pelas partes, mas que impactam não só a atuação do juiz, mas também no próprio exercício da função jurisdicional, e no direito fundamental de outros jurisdicionados a um serviço público jurisdicional adequado, e c) a recusa de aplicação da convenção, sem a declaração de sua nulidade, aplicando-se a disciplina legal sobre a espécie (o devido processo legal!), postura que redundaria na transferência para os convenientes do difícil (senão impossível) ônus de demonstrar o prejuízo advindo da aplicação da legislação em detrimento da disciplina negociada.

O equilíbrio policêntrico e a garantia de interdependência atuam no sentido de se evitar o abuso do poder e das iniciativas tanto públicas como privadas, razão pela qual parecem inadequadas as construções teóricas que reservam ao magistrado uma posição de alheamento e indiferença em relação às iniciativas convencionais das partes. E isto não pode ser confundido com autoritarismo, ou qualquer outra coisa que o valha. A atuação do magistrado junto às partes na celebração das convenções processuais se alinha às modernas tendências do processo civil que valorizam o diálogo paritário e as soluções obtidas cooperativamente. O processo

jurisdicional democrático, rompendo com o solipsismo metódico da socialização processual, é um convite à valorização das iniciativas das partes em relação à gestão processual, permitindo-se a visão panorâmica e plural do conflito⁶⁵⁴.

É verdade que a história do direito processual contada a partir do século XIX dá conta de uma crescente concentração e ampliação de poderes do magistrado no processo, e exatamente por isso seja necessário romper com a ideologia do protagonismo judicial, recuperando-se a importância do papel das partes no contexto processual. No entanto, a falta de ambiência político-cultural para a valorização das iniciativas das partes não pode ser compensada atando o magistrado na dinâmica processual, colocando-o em uma posição servil à das partes.

A interdependência entre os atores processuais e ausência de vínculos de subordinação, que são pilares do modelo cooperativo policêntrico⁶⁵⁵, autoriza não apenas o magistrado a participar paritariamente das convenções processuais ao lado das partes, mas também lhe impõe o dever de coibir os abusos nas iniciativas privadas de gestão processual, a litigância de má-fé, bem assim os ajustes processuais desconectados com a boa-fé objetiva, na sua perspectiva objetivo-finalística.

Não parece aceitável que no estado atual da arte exista juiz, representante do Estado, desprovido de poderes para interferir nos ajustes processuais levados à efeito pelas partes, que geram o retardamento injustificado do processo, burocratizam a prestação jurisdicional, transformam o procedimento em labirinto onde só os litigantes mais hábeis e mais espertos podem se livrar de modo adequado de seus ônus processuais.

Curioso seria, tanto no plano teórico quanto prático, a imagem de juiz desprovido de instrumentos para coibir os ajustes procedimentais manifestamente impertinentes, preche de atos protelatórios e de formalidade inúteis, sem qualquer pertinência com o litígio ou com as peculiaridades do direito material discutido, feitos pelas partes às barras da mesa de audiência.

Cabe ao magistrado, em elogio à autonomia das partes e à valorização das iniciativas privadas na gestão processual:

- a) buscar o tanto quanto possível aperfeiçoar as propostas de convenção processual (especialmente as procedimentais) que mereçam algum reparo (dever de auxílio);
- b) apontar as inconsistências nos ajustes apresentados pelas partes e dificuldades

⁶⁵⁴ Cf. NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*; THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*.

⁶⁵⁵ Cf. NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*.

práticas na sua implementação, sem embargo da apresentação de novas opções não aventadas pelos declarantes, que se ajustam à finalidade por elas perseguidas (dever de prevenção);

c) realizar junto às partes aquilo que na teoria da negociação tem sido chamado de “teste de realidade”⁶⁵⁶, problematizando com os convenientes a exequibilidade dos ajustes por elas propostos (dever de prevenção);

d) interpelar as partes sobre a pertinência de suas convenções com as questões a serem decididas, quando as medidas eleitas no ajuste pareçam, à primeira vista, inadequadas ou esdrúxulas (dever de esclarecimento).

Essas medidas, repita-se, nada tem que ver com qualquer manifestação autoritária do magistrado, mas ao contrário disto se conecta com a tendência processual de aproximação do juiz com as partes na gestão concertada do conflito, enfim, da valorização do diálogo paritário entre os atores processuais. E a base normativa para isso se encontra no art. 6º do CPC, que institui deveres de cooperação do magistrado com as partes, entre os quais se acrescentam, em tema de convenção processual, o dever de prevenção, de consulta e de esclarecimento.

É claro que eventualmente poderá haver abuso por parte do magistrado, cerceando injustificadamente as iniciativas de gestão processual apresentadas pelas partes, até porque inadvertidamente alguns juízes se arrogam como “senhores do processo”, incapazes que são de reconhecer suas próprias limitações e as iniciativas legítimas das partes nas mais diversas situações jurídicas processuais e no desenvolvimento e (re)arranjo do procedimento. Mas os excessos do magistrado neste campo poderão ser objeto de recurso⁶⁵⁷.

Existe o argumento dogmático utilizado para impedir o magistrado de figurar como parte nos negócios jurídicos processuais. Nesta linha de intelecção, tomando como base o disposto no art. 190 do CPC, há quem entenda que a palavra “parte” ali empregada conduziria a ideia de que o magistrado não poderia figurar como um dos sujeitos da convenção processual. Entretanto, esse entendimento não parece ser o mais adequado, até porque a palavra “parte” no contexto processual pode assumir significados bastante distintos. De toda forma, a objeção a

⁶⁵⁶ “Teste de realidade é a técnica utilizada para avaliar se o consenso encontrado será efetivamente cumprido. São perguntas para saber sobre a operacionalização da decisão. Esse questionamento permite a pessoa colocar a decisão tomada no contexto da realidade de sua vida.” (SALES, Lilia Maia de Moraes. *Técnicas de Mediação de Conflitos e Técnica da Reformulação – Novo Paradigma e nova formação para os profissionais do Direito*, p. 10).

⁶⁵⁷ É bem verdade que as insurgências das partes quanto às decisões interlocutórias versando sobre convenções processuais recebeu tímida atenção por parte do legislador no rol do art. 1.015 do CPC. De toda forma, quando a apelação (ou contrarrazões de apelação) se afigurar como *recurso inútil*, entendemos ser cabível a recorribilidade imediata, via interposição do recurso de agravo de instrumento, mesmo fora das hipóteses previstas no mencionado dispositivo legal.

esta linha interpretativa foi feita por Barreiros⁶⁵⁸.

Segundo a autora, a palavra “parte” no art. 190 do CPC deve ser compreendida como “*sujeito processual ou sujeitos do processo*” (ou atores processuais), sentido suficientemente amplo para albergar tantos os contraditores, sejam eles legitimados ordinários ou extraordinários, os terceiros, bem assim o magistrado⁶⁵⁹.

Existe uma outra objeção ao magistrado figurar como parte de uma convenção processual de natureza operacional. Segundo Vidal a atividade de controle exercida pelo magistrado inviabiliza que ele seja sujeito do ajuste⁶⁶⁰.

No entanto, a meu sentir, esta questão não deve ser compreendida como uma espécie de medida de prevenção para uma espécie de “transtorno de bipolaridade judicial”, que em determinado momento figura como parte em convenção processual, e, em momento posterior, realiza o controle da validade da convenção que ele mesmo figurou como declarante. Fosse este o raciocínio, de fato, o magistrado não poderia realizar convenções processuais, até porque, em elogio ao princípio da boa-fé objetiva, os comportamentos contraditórios devem ser rechaçados do processo (proibição do *venire contra factum proprium*).

O controle da validade das convenções processuais realizadas pelo magistrado opera-se de modo diferenciado, tendo em conta a circunstância de ter ele sido ou não um dos

⁶⁵⁸De início, com base nas lições de Chiovenda e Liebman e de outros processualistas brasileiros, a autora demonstra que existe variabilidade do conceito de parte na história da ciência processual; ao depois, ela procura investigar se a palavra “parte”, empregada no art. 190 do CPC, estaria a se referir às partes em sentido material, em sentido processual ou se seria possível extrair um terceiro sentido, próprio e distinto daqueles outros dois. Em sentido material, a palavra parte se refere aos sujeitos da relação jurídica de direito material deduzida ou deduzível em juízo; em sentido processual será parte quem participa do processo, como sujeito parcial do contraditório, não sendo necessariamente aquele que integra a relação jurídica de direito material discutida no processo. Nenhum destes dois sentidos é, segundo a autora, o sentido de “parte” empregado no art. 190 do CPC. Nem sempre aquele que figura como autor ou réu no processo é parte da relação jurídica de direito material controvertida; o direito processual de há muito reconhece a possibilidade de alguém ir a juízo em nome próprio defendendo interesse alheio, nas hipóteses de legitimação extraordinária. Acaso o sentido de “parte” empregado no art. 190 do CPC se vinculasse àquele sentido material, inexoravelmente estaria tolhida a capacidade de o legitimado extraordinário figurar como parte em uma convenção processual; ao fim e ao cabo, seria praticamente impossível se aventar hipótese de convenção processual atípica em processos coletivos ou nos processos envolvendo litígios estruturantes. A compreensão da palavra “parte” a partir do sentido processual, muito embora contorne o inconveniente acima descrito, peca, no entanto, por excluir como sujeito das convenções processuais os terceiros (e.g. adquirente/cessionário; intervenção de terceiros negociada), bem como o juiz, que também podem ser parte de convenções processuais (e.g. calendário processual e saneamento e organização participativo). Demais disto, deve-se lembrar da possibilidade de celebração de negócios jurídicos versando sobre temas processuais antes da deflagração do processo. Por questões lógicas, ainda que se qualifique as convenções firmadas antes da propositura da demanda, versando sobre temas processuais, como convenções processuais, o magistrado nelas jamais figurará como parte. Mas, de toda forma, a mera potencialidade das convenções sobre temas processuais serem celebradas antes do processo já é o bastante para afastar aquele sentido processual como o mais adequado para a compreensão da palavra parte empregada no art. 190 do CPC (BARREIROS, Lorena Miranda. *Convenções Processuais e Poder Público*, p. 200 et. seq.).

⁶⁵⁹ BARREIROS, Lorena Miranda. *Convenções Processuais e Poder Público*, p. 200 et. seq.

⁶⁶⁰ VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. *Convenções processuais no paradigma do processo civil contemporâneo*, p. 178 et. seq.

convenientes.

Nas convenções processuais celebradas fora do processo, ou levadas à efeito exclusivamente pelas partes, o controle de validade do ajuste realizado pelo magistrado deve ser feito em momento posterior à celebração da avença. Aventada qualquer pecha de ilegalidade no ajuste, e sendo impossível a correção do vício, deve o magistrado recusar-lhe a aplicação ou declarar sua nulidade, fundamentadamente, de forma a oportunizar a crítica a seu entendimento em eventual recurso.

Entretanto, nas convenções processuais nas quais o magistrado figurar como declarante o juízo de validade sobre a convenção deve ser feito até a perfectibilização do ajuste processual: a) quando a iniciativa da convenção partir do magistrado a sua proposta deve, a princípio, preencher os requisitos de validade, obviamente resguardando às partes seu papel participativo e contributivo nesta análise, pois algo pode ter escapado ao crivo do magistrado; b) quando a iniciativa da convenção advir das partes, a adesão do magistrado àquela proposta traduz, *ipso facto*, no juízo positivo de validade do ajuste, e, nos casos em que aventar ilegalidade ou desvio objetivo-finalístico da proposta – e não sendo possível aperfeiçoar a convenção de modo satisfatório – deve fundamentar sua recusa. Uma vez tendo o magistrado figurado como parte em convenção processual ou tendo-a homologado, ele não poderá retratar de sua opção, sem justo motivo, decorrente de fato superveniente, ressalvado expressa previsão de retratação aposta na própria convenção.

Em síntese do exposto, tem-se que é preciso pensar em novas formas de gestão processual e de gerenciamento do conflito em parâmetros distintas daquelas que propugnam pelo protagonismo seja das partes ou dos magistrados, ou baseados na lógica da subordinação, mas que, ao invés disso, que procuram estabelecer o engajamento de todos os atores processuais em torno daqueles temas, a partir do diálogo horizontal construtivo.

As formas tradicionais de lidar com a gestão do processo e gerenciamento do conflito já se apresentam desgastadas, incapazes que são de lidar com os complexos e multifacetados problemas envolvendo os litígios contemporâneos, marcados por uma pluralidade de interesses.

As recentes tragédias de Mariana e Brumadinho bem dão conta da complexidade que pode cercar a atuação judicial. Daí porque antes de pensar numa atuação judicial que impõe soluções de cima para baixo ou que ingenuamente confiem na paridade entre os litigantes na conformação da moldura do procedimento adequado para gestão de seus próprios litígios, é melhor divisar soluções coordenadas entre julgador e litigantes, tomando em consideração a autonomia pública e privada, sem infantilizar o jurisdicionado, mas sempre problematizando sua autossuficiência no contexto socioeconômico.

6.2.4.2 Do conceito de convenções processuais

Conforme se viu até aqui, as convenções processuais são espécie de negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais, nas quais os declarantes, perseguindo interesses comuns, a partir do autorregramento da vontade e dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, disciplinam e estruturam o conteúdo de suas declarações para a produção de efeitos queridos em um processo.

Também foi pontuada a possibilidade de o magistrado figurar como parte de convenção processual, típica ou atípica, sem embargo da possibilidade das partes encetarem, sem a participação do magistrado, convenções que dizem respeito exclusivamente às suas situações jurídicas processuais.

Levando em consideração o disposto no art. 190 do CPC, as convenções processuais podem ter como objeto “ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”, isto é, situações jurídicas processuais, bem como “mudanças no procedimento”.

Unindo esses elementos, pode-se definir convenções processuais como sendo negócio jurídico bilateral ou plurilateral, celebrado entre as partes ou entre elas e o juiz, nas quais os declarantes, perseguindo interesses comuns, a partir do autorregramento da vontade e dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, disciplinam e estruturam o conteúdo de suas declarações para a produção de efeitos queridos em um processo, criando, modificando e extinguindo situações jurídicas processuais ou instituindo mudanças procedimentais.

6.2.4.3 A distinção entre convenções processuais e os protocolos ou acordos institucionais e os acordos processuais coletivos

As convenções processuais não se confundem com os protocolos ou acordos institucionais, tendo em conta especialmente a capacidade subjetiva para figurar como parte em uns e outros e a extensão subjetiva dos vínculos criados.

Conforme esclarece Passo Cabral, os protocolos institucionais são espécies de acordos institucionais, celebrados por pessoas jurídicas ou órgãos em nome de uma categoria ou grupo, vinculando todos os membros pertencentes. Não se têm neles declaração individualmente considerada, mas declaração de vontade emanada do agrupamento de indivíduos, organicamente considerados⁶⁶¹.

⁶⁶¹ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*, p. 84.

A despeito de alguma divergência doutrinária, os ajustes firmados entre Poder Judiciário e litigantes habituais acerca da forma de citação, ou entre o Poder Judiciário e OAB, sobre a suspensão de prazos em períodos de greve ou de conciliação, ou entre o Poder Judiciário e o INSS para, em causas repetitivas, se valer de modelo de contestação já apresentada em cartório, são exemplos de protocolos institucionais⁶⁶².

Os protocolos institucionais permitem a aproximação de órgãos e categorias jurídicas distintas, possibilitando discussão corporativa acerca de temas de interesse comum, minimizando o desequilíbrio entre os membros pertencentes a cada um dos grupos ou categorias, ao mesmo que possibilita a padronização de tratamento sobre o tema. É, na aproximação com o direito do trabalho, uma espécie de “convenção coletiva do processo”, como esclarece Andrade⁶⁶³.

Esses protocolos institucionais vão resultar em deliberações de caráter normativo, capazes, portanto, à conta deste seu caráter, de vincular inclusive as minorias que dissentiram da decisão tomada pelo grupo ou categoria a qual pertence.

Almeida, analisando os protocolos institucionais no direito francês, registra que os acordos firmados entre tribunais e representantes dos advogados têm muito pouco de acordo processual propriamente dito, muito embora o próprio autor reconheça a importância desta prática para a flexibilização procedimental operada naquele sistema normativo⁶⁶⁴.

No direito processual francês, conforme esclarece o autor, o reconhecimento das convenções processuais (por ele designadas de convenções relativas ao processo) constituiu a última de três etapas de um processo evolutivo deflagrado ainda na década 1.980. Numa

⁶⁶² Os exemplos dados são indicados por Carneiro da Cunha como convenções processuais coletivas (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Da forma dos atos processuais*, p.390). Em Didier Jr. colhe-se a seguinte lição: “Há também negócios que dizem respeito a processos indeterminados. Há exemplos de acordos celebrados entre órgãos do Poder Judiciário e alguns litigantes habituais (Caixa Econômica Federal, p. ex.), no sentido de regular o modo como devem ser citados (sobretudo regulando a citação por meio eletrônico) e até a quantidade de citações novas por semana. Também não parece haver impedimento para convenções processuais envolvendo a Ordem dos Advogados do Brasil e órgãos do Poder Judiciário para, por exemplo, estipular um calendário de implantação de processo eletrônico ou outros instrumentos de gestão da administração da Justiça. Na medida em que interfiram no andamento de um processo, esses negócios serão processuais. Outro bom exemplo é a possibilidade de os Estados e o Distrito Federal ajustarem compromisso recíproco para prática de ato processual por seus procuradores em favor de outro ente federado, mediante convênio firmado pelas respectivas procuradorias (art. 75, § 4.º, CPC) (DIDIER JR. *Freddie. Arts. 190 e 191*, p. 303)”. Segundo penso, todos estes exemplos são de protocolos institucionais e não de convenções processuais coletivas como sugere o autor. Para que fique claro o meu posicionamento sobre o tema, pontuo que em todos estes exemplos, o ajuste é firmado pela pessoa jurídica ou órgão representativo da classe, vinculando todos os membros de seu quadro ou categoria, de modo que só se poderia tomar como convenção coletiva (ou negócio processual coletivo) em uma acepção muito ampla. De todo modo, o §12, do art. 19 da Lei 10.522/02, com a redação dada pela Lei 13.874/19 (Lei da Liberdade Econômica), designa como negócios jurídicos processuais, o que a meu ver é mais propriamente um protocolo institucional.

⁶⁶³ ANDRADE, Érico. *As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo*, p. 167.

⁶⁶⁴ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*, p. 47.

primeira fase se admitiu a celebração de convenções entre advogados, com a anuência da corte, consistente na definição de calendário processual, fixando as datas em que cada litigante deveria apresentar suas conclusões, bem assim quando ocorreria o julgamento. Numa segunda fase, já no início dos anos 2.000, a ordem dos advogados (*Berreau*) e as próprias cortes passaram a tomar as iniciativas, a partir dos protocolos institucionais, na disciplina do regramento processual. Por meio destes protocolos se estabeleceram as condições para a informatização do processo e de gestão processual que impactaram na melhoria da própria administração da justiça⁶⁶⁵. E por fim, numa última fase, admitiu-se as convenções processuais propriamente ditas, isto é, ajustes processuais com características contratuais, resultantes da manifestação de vontade das partes, e não de mera adesão a uma proposta feita pelo juiz⁶⁶⁶.

Diferentemente dos protocolos institucionais, nas convenções processuais somente aqueles que participaram do ajuste ficarão vinculados ao acordado, em atenção ao princípio contratual da relatividade. Aliás, é bem por isto que as convenções processuais, ainda que travadas ou homologadas por um juízo de primeiro grau, não se impõem em relação aos atos e aos procedimentos que serão praticados em outros juízos ou em outro grau de jurisdição⁶⁶⁷.

Os protocolos institucionais não se confundem com as convenções processuais coletivas, a não ser que se tome esta expressão com grande amplitude. Os primeiros são os ajustes processuais celebrados entre os tribunais e associações de advogados, procuradores, membros do Ministério Público e auxiliares da justiça, vinculando todos os membros pertencentes ao órgão profissional.

As convenções processuais coletivas têm suas nuances e conteúdo pouco desenvolvidos pela doutrina nacional. Num primeiro sentido poderia se compreender como convenções processuais coletivas os ajustes processuais levados a efeito no bojo de processo coletivo, disciplinando certos aspectos afetos aquela demanda em particular. É neste sentido que caminha o Enunciado 255 do FPPC: “É admissível a celebração de convenção processual coletiva.”⁶⁶⁸.

Num segundo sentido, muito menos tímido do que o anterior, poder-se-ia aventar os

⁶⁶⁵ ANDRADE, Érico. *As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo*, p. 167.

⁶⁶⁶ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*, p. 42-56.

⁶⁶⁷ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*.

⁶⁶⁸ É neste primeiro sentido a lição de Didier Jr.: “Não se deve afastar a possibilidade de negócios processuais coletivos – nesse sentido, o Enunciado n. 255 do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Basta pensar em um acordo coletivo trabalhista, em que os sindicatos disciplinem aspectos do futuro dissídio coletivo trabalhista. Trata-se de negócio que visa disciplinar futuro processo coletivo. Para que tais convenções processuais coletivas sejam celebradas, é preciso que haja legitimação negocial coletiva por parte do ente que a celebre. Aplica-se, aqui, por analogia, o regramento das convenções coletivas de trabalho e convenções coletivas de consumo (art. 107, CDC).” (DIDIER JR. *Frede. Arts. 190 e 191*, p. 303).

ajustes processuais celebrados por legitimado coletivo (legitimado extraordinário), em favor de todos aqueles que poderiam teoricamente ter seus interesses discutidos na demanda coletiva. Seria, pois, uma espécie de legitimação extraordinária para realização de convenção processual.

Admitida que sejam as convenções processuais coletivas, nessa última perspectiva, o princípio da relatividade contratual deve ser repensado no contexto do direito processual, de modo a contemplar de modo satisfatório os reflexos da legitimidade extraordinária na defesa dos interesses dos representados.

A partir dessa segunda perspectiva, poder-se-ia pensar em convenção sobre matéria processual (*e.g.* inversão do ônus da prova), firmada por um legitimado coletivo, em TAC, cujo ajuste pudesse ser validamente utilizado em processo individual por um membro pertencente ao grupo ou categoria representado(a) por aquele conveniente com legitimidade coletiva.

Nos eventos com várias vítimas causados por grandes organizações, dificilmente um lesado individualmente considerado teria o poder de barganha necessário para ajustar com o causador do evento lesivo, fazendo prevalecer convenção processual ou regra processual que lhe seja vantajosa. No entanto, um legitimado coletivo, especialmente com expertise em litígios coletivos, poderia contornar o desequilíbrio de forças entre as vítimas e o ofensor, obtendo junto a este último uma disciplina processual que figure como vantajosa para os representados, no bojo de um TAC.

Considerando que o legitimado ordinário não é obrigado a aguardar a propositura da ação coletiva que pode lhe aproveitar, ele poderia exigir, no bojo da ação individual por ele proposta, o cumprimento da convenção sobre tema processual firmada pelo legitimado extraordinário, acaso o ajuste lhe figure interessante; caso o ajuste coletivo não figure pertinente aos interesses do legitimado individual, a não incidência da regra no processo individual restaria garantida a partir do direito de não exigir o cumprimento da convenção processual⁶⁶⁹. Tratar-se de uma espécie de transporte *in utilibus* da regra convencional proveitosa ao legitimado individual.

Não obstante, ao conveniente-demandado não assistirá a faculdade de se exigir o transporte da regra convencional travada entre ele e o legitimado coletivo para um processo individual, por duas razões: *a uma*, não se pode exigir de quem não participou da convenção o seu cumprimento, atuando, neste caso, a ideia geral da relatividade contratual; *a duas*, a atuação do legitimado coletivo, regra geral, não prejudica a atuação dos legitimados ordinários (inteligência que se extrai das normas sobre a coisa julgada coletiva, a partir da leitura dos art.

⁶⁶⁹ Relembre-se, nesse particular, o teor do Enunciado 252 do FPPC: “O descumprimento de uma convenção processual válida é matéria cujo conhecimento depende de requerimento.”.

103 e 104 do CDC), mas pode lhe favorecer.

Poderia se objetar a esse raciocínio ao argumento de ele pretere o princípio da isonomia, pois a faculdade de exigir o cumprimento da regra convencional assistiria a litigante, mas não ao outro. Sem razão, porém a crítica.

Inicialmente, pontue-se que, diferente do legitimado ordinário individual, a parte demandada firmou a convenção processual (com o legitimado extraordinário), sendo, portanto, substancialmente diversas suas posições.

Ao depois, decorre da própria construção do sistema de tutela coletiva de direitos a inteligência segundo a qual a falha na condução do processo coletivo não decorre prejuízos para os membros da coletividade, que não participaram do processo em contraditório, ideia que subjaz a construção do sistema da coisa julgada coletiva e do *right to opt out*.

De uma maneira ou de outra, parece existir um campo fecundo de investigações sobre o tema das convenções processuais coletivas e sua incidência em processos individuais, desafiando possível resignificação do princípio da relatividade contratual em cotejo com a legitimidade processual extraordinária para a propositura das demandas coletivas, cujo enveredamento escapa ao objeto deste trabalho.

6.2.4.4 A classificação das convenções processuais

Existem várias formas de classificar as convenções processuais. Sem embargo das várias propostas classificatórias realizadas pela inteligência de respeitáveis processualistas, a classificação se propõe a seguir tem que ver com a utilidade para o desenvolvimento da presente pesquisa, de modo a permitir a melhor operacionalização das convenções processuais.

Capponi, analisando o tema “acordo de partes e processo” faz um interessante recorte para aqueles que procuram estudar a engenharia normativa processual produzida a partir da autonomia privada. Para ele, é possível pensar os acordos entre as partes direcionados à composição das lides, bem como é possível pensá-los como mecanismo de estruturação do desenvolvimento do processo civil⁶⁷⁰. Muito embora em ambos os casos a autonomia privada impacte na produção de efeitos no processo, a segunda possibilidade revolve questão sensível ao direito processual, que é a tensão entre a autonomia das partes e a autoridade do Estado-juiz, no exercício da função jurisdicional; é, em outras palavras, a tensão entre a liberdade do cidadão e a autoridade do Estado, cujas fronteiras encontram-se em permanente oscilação, a mercê das

⁶⁷⁰ CAPONI, Remo. *Autonomia Privada e processo civil: os acordos processuais*, p. 359.

tensões políticas, culturais e históricas.

A partir da distinção formulada pelo mencionado comparatista, a classificação apresentada a seguir terá como objeto as convenções processuais sobre o instrumento institucional de composição das controvérsias e não a composição da controvérsia em si. É importante que isto fique claro.

Os litigantes podem estabelecer, na grande maioria dos casos, ajustes a respeito do direito material discutido, acordando, pois sobre o objeto da demanda, com a finalidade de pôr termo a controvérsia; é possível que os litigantes realizem concessões mútuas com a finalidade de encerrar um litígio, que o autor renuncie o direito sobre o qual funda a ação, ou que o réu reconheça a procedência do pedido do autor (art. 487 do CPC). Em todos estes casos, muito embora os ajustes deflagrem efeitos jurídicos sobre o processo – e bem por isto não deixam de ser convenções processuais⁶⁷¹ – a finalidade precípua é antes de tudo disciplinar a relação jurídica material subjacente ao processo. Ao depois, é bem de ver que em relação ao objeto da demanda o magistrado não figurará como parte do ajuste.

As convenções processuais que ora ocupo não estabelecem a sorte do direito material discutido em juízo, isto é, não põem termo ao conflito, mas ao invés disto o pressupõe; elas regulamentam, dentro de certos limites, o próprio processo, ajustando as situações jurídicas processuais ou o próprio procedimento que servirão de base para solução dada ao final do procedimento. Muito embora as partes divirjam sobre qual é a melhor solução para a matéria de fundo da controvérsia, elas reconhecem uma zona de consenso sobre processo utilizado para externarem suas divergências. Em suma, é a distinção de *acordo no processo* e *acordo para o processo* feita por Carpi, citado por Almeida⁶⁷².

Sob a guia da utilidade, acredita-se ser pertinente classificar as convenções processuais quanto à existência de previsão legal, quanto ao momento de celebração e quanto ao objeto do ajuste.

⁶⁷¹ No sentido que vai, Greco registra: “O conteúdo dos atos de disposição processual pode compor-se de questões substantivas – relativas ao direito material das partes – ou de questões tipicamente processuais – relativas a pressupostos processuais, impulso processual, admissão ou não de provas etc. Pouco importa. Um e outras são questões do processo, suscitadas na relação processual, nela apreciadas e destinadas a produzir efeitos, sem prejuízo de eventualmente também produzirem efeitos fora do processo.” (GRECO, Leonardo. *Atos de disposição processual: primeiras reflexões*, p. 722). Também entendendo ser processuais as convenções que disciplinam simultaneamente questões de direito material e processual, designando-as de heterogêneas: CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*, p. 98.

⁶⁷² ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*, p. 119-120.

6.2.4.4.1 Quanto à existência de previsão legal: convenções processuais típicas e atípicas

Segundo esse critério, as convenções processuais podem ser classificadas como típicas (nominadas) ou atípicas (inominadas).

As convenções processuais típicas são expressamente disciplinadas pelo legislador, prevendo não apenas quem serão os seus sujeitos, mas também a forma e conteúdo daquele específico ajuste. O calendário processual (art. 191 do CPC), o saneamento e organização compartilhado (art. 357, §2º do CPC) e a escolha consensual do perito (art. 471 do CPC) são exemplos de convenções processuais típicas.

Em sendo instituído um *tipo*, ordenando os seus elementos de forma cogente, não é possível que os declarantes possam modificá-los, furtando-se às exigências legais previstas em sua hipótese de incidência, sob pena nulidade⁶⁷³.

As convenções processuais atípicas, por sua vez, terão seus requisitos e formalidades, instituídos a partir da autonomia privada, já que a lei não regrou especificamente o tema. A desjudicialização da prova, a obrigação de revelação e de intervenção em instância seriam exemplos de convenções processuais atípicas.

Como visto, a pretensão de sistematicidade e completude do direito, capaz de trazer segurança e calculabilidade às relações sociais mostrou-se tarefa impossível diante das aceleradas mudanças sociais e econômicas experimentadas pela sociedade a partir do século XIX (vide capítulo 3). Assim, por mais que se tenha ampliadas as hipóteses de convenções processuais típicas na vigente legislação processual brasileira, o arejamento do sistema processual a partir das iniciativas das partes seria insatisfatório aos desafios da jurisdição, na “era da liquidez”, sem a previsão de moldura aberta à convencionalidade processual atípica.

De toda sorte, é bem de ver que a legislação processual vigente prestigiu fortemente os espaços de convencionalidade processual, pois além de ampliar as hipóteses de convenções processuais típicas também criou uma cláusula geral de negociação processual, prevista no art. 190 do CPC, deixando extreme de dúvidas a possibilidade de se realizar ajustes processuais fora das hipóteses expressamente contempladas pelo legislador.

A partir da cláusula geral de negociação processual os declarantes poderão criar, modificar ou extinguir situações jurídicas processuais, bem assim moldar o procedimento às especificidades do caso, a partir do preenchimento dos espaços deixados propositalmente em

⁶⁷³ MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 187. Evidentemente, este entendimento recebe temperamentos no direito processual, já que inexiste a possibilidade de aplicar-se a sanção de nulidade acaso o vício do ato não implique em prejuízo para as partes.

aberto pelo legislador.

Não se pense, porém que cláusula geral de negociação processual é espécie de “cheque em branco”, suficiente para autorizar a disciplina privada sobre tudo e da forma como as partes bem aprovarem. A cláusula geral deixa espaços em aberto a serem preenchidos pelos declarantes. No entanto, não se pode esquecer que esta mesma cláusula estabelece parâmetros expressos que limitam a autonomia privada.

Ao depois, a cláusula geral em questão deve ser analisada em contexto conglobante, isto é, levando em consideração o sistema normativo na qual está inserida; no direito processual isso é particularmente relevante posto que ele se ocupa de proposta de regulação equilibrada e interdependente de todos os atores processuais. “Não há uma liberdade absoluta, mas parâmetros definidos na norma e pela linguagem, que limita este poder de autorregramento processual, além de outros de ordem constitucional (modelo constitucional de processo) e dispersos no ordenamento jurídico (requisitos objetivos e subjetivos no CPC e CC).”⁶⁷⁴.

Seja como for, tem se admitido a possibilidade de realização de convenções processuais atípicas para estabelecer a impenhorabilidade de certos bens, a alteração da ordem dos bens penhoráveis, bem assim a definição de eventual bem a ser penhorados, para definir o modo de rateio das despesas processuais, a dispensabilidade de assistente técnico, para retirar o efeitos suspensivo da apelação, para não se promover a execução provisória da decisão, para disciplinar prazos processuais, para definir o tempo de sustentação oral e para dispensar a caução no cumprimento provisório da decisão⁶⁷⁵.

6.2.4.4.2 Quanto ao momento do ajuste: convenções pré-processuais e incidentais

Segundo este critério, os acordos processuais podem ser classificados como pré-processuais (preparatórios) ou incidentais (interlocutórios), tendo como marco divisor de uns e outros a propositura da demanda.

⁶⁷⁴ MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios Processuais e a desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*, p. 119.

⁶⁷⁵ Cf. Os Enunciados 19, 21 e 262 do FPPC. Em relação ao tempo de sustenção oral, segundo penso, é possível que os litigantes, sem a participação judicial, ajustem quanto à forma de distribuição, bem assim a sua redução ou exclusão. Caso seja indispensável a ampliação do tempo de sustentação oral, bem assim a instituição de espaço-tempo procedimental para recursos que não contam com esta abertura (*e.g.* agravo de instrumento), é indispensável a participação judicial, ainda que seja para homologar o ajuste encetado pelos contraditores. É isto porque a ampliação do prazo e a criação de espaço-tempo procedimental vão impactar na própria organização do serviço jurisdicional, fazendo necessário o ajuste de pauta e outras providências de estilo destinadas a acomodar aquela nova disciplina no contexto conglobante das atividades daquele juízo. Ao depois, a criação de espaço-tempo procedimental é ajuste sobre procedimento, e, segundo penso, o tribunal deve participar de ajustes deste jaez (seja como parte, seja homologando as iniciativas privadas quanto ao tema).

De início cumpre registrar, que as convenções pré-processuais, à conta do momento de sua celebração, não podem ser, em rigor, consideradas como negócio jurídico processual, mas apenas negócio jurídico de direito material que tem como objeto a disciplina de temas processuais; é, pois, uma convenção sobre matéria processual, ou como Xavier Cabral prefere designar, são “atos potencialmente processuais”⁶⁷⁶.

Sem a propositura da demanda, vale dizer, antes do surgimento do processo, não há como adjetivar um ato como processual, pois a existência de processo é pressuposto para qualquer ato processual.

Como visto, um negócio jurídico só será negócio jurídico processual se houver processo pendente, não sendo, pois indispensável que sua celebração seja contemporânea ao processo⁶⁷⁷.

Também na linha do que foi sustentado, para que um negócio jurídico seja considerado como processual não basta que se refira a um processo em potencial, mas a processo pendente; antes da pendência do processo, é um negócio jurídico material versando sobre temas processuais, apenas. De toda forma, dada a importância destes ajustes para o direito processual e por coerência sistêmica, cumpre a eles direcionar algumas palavras.

A eclosão do conflito, em regra, gera pauperização da comunicação entre os envolvidos, acentua a sensibilidade às diferenças e às ameaças ao mesmo tempo que atenua a percepção das similaridades e de interesses comuns⁶⁷⁸; a propositura da demanda, não raro, traduz em saída derradeira para aqueles que viram naufragar as tentativas consensuais de solução da controvérsia.

No entanto, como lembra Cadiet, não preciso aguardar o surgimento do conflito para as partes possam ajustar mecanismos para a facilitação de resolução consensual da controvérsia ou para disciplinar eventual discussão de direitos em juízo, de modo menos oneroso e desgastante possível. A liberdade contratual oferece a possibilidade de prever disposições relativas à solução de eventual conflito (designadas por ele de disposições relativas à resolução de conflitos, disposições relativas aos litígios ou disposições sobre disputas). Ajustar sobre estes temas, quando da formação do contrato, longe dos reveses decorrentes do surgimento do conflito, é um “exercício de sabedoria contratual”, pois “[s]em dúvidas é mais fácil celebrar acordo sobre a maneira de solucionar um conflito que pode surgir do que um conflito que já se consolidou.”⁶⁷⁹.

⁶⁷⁶ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*, p. 93.

⁶⁷⁷ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*, p. 66.

⁶⁷⁸ DEUTSCH, Morton. *A Resolução do Conflito*.

⁶⁷⁹ CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa: seis lições brasileiras*, p. 80.

Com base no direito francês, Cadiet apresenta rica proposta de sistematização das convenções pré-processuais em duas categorias: a) os acordos que visam evitar a instauração de um processo judicial, e b) os acordos que têm por objeto a organização do processo judicial⁶⁸⁰.

Lembra Cadiet que a demora na prestação jurisdicional, a publicidade e a inaptidão do sistema oficial de justiça em tratar certos litígios, podem ser determinantes para que as partes evitem submeter determinadas questões ao Poder Judiciário, canalizando-as para os foros da arbitragem ou da negociação em busca de solução negociada. Nesta última via, é possível que os contratantes estabeleçam disposições que autorizam a solução unilateral dos litígios, dispensando-se a provocação judicial para a determinação das consequências resultantes da inexecução contratual, tal como se dá nas cláusulas penais e as disposições resolutorias e de garantia autônoma; também é possível que os contratantes se obriguem a buscar uma solução amigável de suas controvérsias, o que pode ser feito com o auxílio de conciliador ou de mediador, antes da propositura de uma demanda, criando “uma interdição provisória do agir na justiça”⁶⁸¹.

Em não sendo o caso de se evitar o recurso à via jurisdicional, as partes podem, em alguma medida, adaptá-la de modo a melhor atender seus interesses. De todo modo, neste caso, o autor francês deixa claro ser a liberdade contratual mais limitada, porque o Poder Judiciário também se ocupa de sua organização e funcionamento.

Segundo Cadiet, os acordos que têm por objeto por organizar o processo podem conter disposições relativas à ação, disciplinando o tempo e o espaço do exercício da ação, bem como disposições relativas ao processo. Neste último caso as partes vão disciplinar sobre a própria função jurisdicional e no modo de atuação juiz. Justamente por as partes disciplinarem tema sobre o qual não tem controle integral, as disposições deste jaez são dificilmente aceitas. De toda forma, o autor cita como exemplos as disposições estabelecendo o direito aplicável (disposições *de electio juris*) e os mecanismos de cooperação entre as partes em processos judiciais, quando qualquer um dos convenientes venha a ter conflitos com um terceiro: cláusula de revelação de instância (obriga a revelar a existência do processo pendente), de intervenção em instância (obriga a intervir no feito auxiliando o conveniente) e a cláusula de reembolso de despesas⁶⁸².

Não obstante, como bem registra Passo Cabral a partir da investigação da literatura

⁶⁸⁰ CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa: seis lições brasileiras*, p. 81-85.

⁶⁸¹ CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa: seis lições brasileiras*, p. 81-85.

⁶⁸² CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa: seis lições brasileiras*, p. 85-88.

sobretudo da alemã, a admissibilidade das convenções pré-processuais sempre encontrou forte resistência. O fundamento no qual se assenta este entendimento está no fato de que as partes não podem dispor sobre poderes, ônus e faculdades antecipadamente; esta restrição ao autorregramento atuaria no sentido de evitar que o declarante assumia vínculos de modo irrefletido ou precipitado, em momento em que as consequências daquela declaração não poderiam ser integralmente previstas. A renúncia antecipada ao recurso, por essa razão, não seria admissível. Passo Cabral, no entanto, discorda desta tese, pois, segundo ele, ela se funda em concepção paternalista de processo, que generaliza para todos os casos postura protetiva que só poderia ser justificável em quadros de desigualdade na formação do contrato ou hipossuficiência cultural e econômica de um dos sujeitos⁶⁸³.

Para conciliar a admissibilidade das convenções pré-processuais com a proteção aos vulneráveis e imprevidentes o autor propõe análise do objeto do acordo processual, que não deve satisfazer apenas as exigências de licitude, mas também de deternabilidade. Assim, uma convenção pré-processual só será válida se for possível para os convenientes a realização de exercício prognóstico sobre o desenvolvimento e as consequências do vínculo assumido, além de o acordo referir-se de modo específico a relação jurídica ou conflito e, preferencialmente, com um limite temporal, evitando-se renúncias demasiadamente amplas⁶⁸⁴.

Em relação às convenções pré-processuais, deve existir redobrado cuidado para a “contratualização” de situações jurídicas processuais não funcione como instrumento para coonestar o esbulho de direitos processuais. Isto não é uma questão de paternalismo processual, que visa resguarda incautos e imprevidentes, mas a percepção de que o processo não é instrumento a serviço daquele mais esperto e hábil; que o processo não se orienta exclusivamente no intuito de satisfazer interesses privados. Ao invés disso, o processo funciona como uma garantia contra os abusos públicos e privados, e a densa normatividade do modelo constitucional do processo não pode ser alvo de disposição das partes.

Em se tornando a previsibilidade do ajuste uma questão a ser dirimida no processo, a incursão sobre este tema deve levar em conta o princípio da boa-fé objetiva, sem, no entanto, se desconsiderar capacidade de antecipação das consequências do ajuste realizado pelo declarante.

Na análise da capacidade de antecipação das consequências do ajuste, é preciso ter conta que questões econômicas e sociais, que podem alterar significativamente nas deliberações sobre estes temas.

⁶⁸³ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*, p. 76-77.

⁶⁸⁴ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*, p. 78-79.

A literatura processual tem dispensado alguma atenção na discussão acerca possibilidade dos vulneráveis figurarem como parte nas convenções processuais. Ela tem se ocupado em cuidar da capacidade negociação processual dos incapazes, dos índios, dos consumidores e empregados, no entanto pouco tem se debruçado sobre a vulnerabilidade decorrente do desnível socioeconômico. Esta omissão, todavia, é injustificável em países em que a desigualdade socioeconômica abre fosso em relação ao acesso à jurisdição e à cidadania entre os poucos que têm e massa de despossuídos, muitos dos quais vivendo em níveis de exclusão social intolerável. O acesso à justiça e o devido processo correm risco de soçobrar ao som do “canto da sereia” neoliberal, que ideologicamente pretende generalizar a “experiência de mundo” do processualista, do jurista ou do empresário, do homem de classe média para a aquela massa de brasileiros, que além de não terem sido educados ou preparados para a realização de juízos prospectivos, pouco conhecem seus direitos ou sobre o funcionamento do sistema oficial de solução de conflitos.

Nesta linha, como bem esclarece Souza, capacidades de disciplina, do autocontrole, do cálculo prospectivo que permitem a formação de um juízo e a prática da personalidade autorresponsável e racional não são características universais de todas as classes sociais⁶⁸⁵.

Sem embargo das considerações que serão feitas mais à frente sobre o controle de validade das convenções processuais naquilo que interessa a capacidade subjetiva do declarante e a análise da vulnerabilidade, é preciso ter em conta o risco ao qual pode ser colocado os direitos e garantias fundamentais do jurisdicionado diante convenções pré-processuais, especialmente porque celebradas fora do espaço processual, em ambiente muitas vezes marcados por desnível econômico e informacional entre os convenientes, longe da supervisão de autoridade (ainda que essa presença produza um efeito, na expressão de Yarshell, meramente profilático⁶⁸⁶), sem a obrigatoriedade da participação de advogado e sem que precisa delimitação do conflito. A questão é inegavelmente complexa quando se tem em mira a defesa efusiva da convencionalidade processual nos contratos de trabalho e naqueles envolvendo relações de consumo, relações tisdadas por um forte desequilíbrio entre as partes. E pela mesma razão, nas convenções pré-processuais travadas pelo particular com o Poder Público ou com Ministério Público, no bojo dos TACs, nas quais aquele renuncia antecipadamente situações jurídicas de vantagem, por não compreender a consequências de sua declaração ou por se sentir intimidado.

É bem verdade que uma convenção processual pode ser moldada para melhorar a

⁶⁸⁵ SOUZA, Jessé. *A ralé brasileira: quem é como vive*, p. 467.

⁶⁸⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das Partes em matéria processual*, p. 79.

situação jurídica da parte vulnerável, no entanto o reverso também pode ocorrer (e provavelmente ocorrerá com mais frequência), já que não pode se desconsiderar que as convenções pré-processuais sejam tomadas como uma espécie de preparação para o litígio – uma distribuição de armas, que pode não ser paritária. Por esta razão, a renúncia de situações jurídicas processuais de vantagem deve ser devidamente esclarecida, de modo que um convenente compreenda bem as consequências que podem advir de sua declaração, máxime naqueles casos em que houver desequilíbrio entre os convenentes.

Em relação ao princípio da boa-fé objetiva, há que se observar os deveres anexos de transparência e de informação, que em tema de ajuste processual se reveste em maior significado, considerando as dificuldades ordinariamente encontradas pelos não iniciados nas letras jurídicas em compreender as expressões e o próprio funcionamento do sistema processual⁶⁸⁷. Não é demais insistir que a autonomia do declarante perpassa pela compreensão acerca daquilo que se ajusta.

Feito este registro e dando prosseguimento ao tema, a convenção processual incidental é aquela realizada a qualquer momento, após a deflagração do processo. Não é necessário, porém que ela seja realizada *no* processo, pois, como visto, o critério da sede onde o ato é praticado não determinante para a qualificação do ato como processual, mas sua referibilidade a um processo pendente.

Cadiet, discorrendo sobre estas convenções processuais incidentais (por ele designadas como “acordos relativos aos litígios já existentes”) no direito francês, mas cuja lição é perfeitamente aplicável ao direito brasileiro, ressalta que elas traduzem em técnica complementar de gestão do processo civil, ao lado da lei e das decisões judiciais, em plena harmonia com princípio da cooperação do juiz e das partes, transcendendo as concepções acusatórias e inquisitivas⁶⁸⁸.

A convenções processuais atípicas que dizem respeito ao ofício jurisdicional não podem prescindir da participação do magistrado, porque o equilíbrio policêntrico do modelo cooperativo de processo não entrega às partes o poder de atar as iniciativas oficiais do magistrado, especialmente tendo em conta que estas iniciativas funcionam justamente como instrumento de controle de atuação das próprias partes.

É certo que, excepcionalmente, a própria lei permite que as partes, por via convencional, limitem a atuação judicial; é assim nas convenções processuais sobre ônus da prova (art. 373, §3º do CPC), indicação consensual do perito (art. 471 do CPC) e na suspensão convencional do

⁶⁸⁷ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Linguagem Forense*; VIANA, Márcio Túlio. *O segundo processo*.

⁶⁸⁸ CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa: seis lições brasileiras*, p. 89.

processo (art. 313, II do CPC). Não se diga, porém que exemplos caminham no sentido de uma disseminação sistemática da possibilidade de atar a atuação judicial, por via convencional; na verdade, estes exemplos – todos com previsão legal – são exceções, que confirmam a regra geral: o juiz deve participar das convenções processuais que dizem respeito ao ofício jurisdicional⁶⁸⁹.

Nesse sentido, Cadiet consigna: “Quando o acordo entre as partes é suscetível de atentar contra as prerrogativas do juiz, sua eficácia depende de um acordo suplementar do juiz.”⁶⁹⁰.

Em outra perspectiva, há casos, porém que a iniciativa judicial para produzir efeitos também deve contar com a adesão das partes; é o que se tem na hipótese de calendarização processual (art. 191 do CPC) e na redução de prazos peremptórios (art. 222, §1º do CPC). Nesta hipótese, o juiz não pode demarcar unilateralmente as etapas procedimentais, o quando da prática dos atos processuais ou solver prazos mais dilatados à fórceps; longe disto, a calendarização do processo, operacionalizado a partir da genuína demarcação da ideia de comunidade de trabalho, conclama os atores processuais – juiz, partes, advogados e Membros do Ministério Público – a juntos pensarem a gestão processual, sem protagonismos, mas a partir de um pluralidade de perspectivas e seu contributo construtivo na condução do processo, na eliminação de etapas mortas ou de providências procrastinatórias e inadequadas ao tratamento do litígio.

Passo Cabral entende que a liberdade contratual nos acordos realizados nos processos já instaurados é mais restrita, não apenas em razão da sede na qual a avença será cumprida, mas também porque entram em jogo interesses públicos⁶⁹¹. Tenho dúvidas quanto à validade desta afirmação. É que a classificação entre as convenções processuais incidentais e pré-processuais tem em conta o momento da celebração do acordo e não questões afetas ao seu conteúdo. Uma convenção pré-processual não pode mais do que uma convenção incidental em termos de poder de autorregramento da vontade sobre o processo propriamente dito. Tanto em um caso quanto em outro, o ajuste processual deve ser pensado para ser exigido e para produzir efeitos no processo, ou em perspectiva mais ampla, para evitá-lo. Em todos os casos, porém, deve-se ter a especial consideração que a função jurisdicional é serviço público fundamental, é que deve ser pensado e estruturado a partir da perspectiva do modelo constitucional de processo. Também não pode se perder de vista que um dos pilares do modelo constitucional de processo é a independência judicial, valendo observar que a atuação judicial é marcada pela existência de

⁶⁸⁹ No sentido que vai: GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*. Vol.1, p. 389 et. seq..

⁶⁹⁰ CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa: seis lições brasileiras*, p. 96.

⁶⁹¹ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*, p. 80.

deveres (poderes-deveres) cujo cumprimento não pode ser embaraçado pelo poder de autorregramento das partes, até mesmo porque estes poderes não estão ao alcance da disposição delas.

A interdependência e ausência de vínculos de subordinação entre os atores processuais deve ser vista como via de mão dupla: nem as partes estão em posição de inferioridade em relação ao magistrado e nem o magistrado em relação a elas, vale dizer, todos os atores processuais conservam suas iniciativas contributivas, que se conectam em vínculo lógico de interdependência, à mercê do aspecto dinâmico do procedimento. O poder de autorregramento das partes sobre temas processuais deve ser pensado dentro de um sistema normativo no qual o magistrado conserva sua independência, sem vínculo de subordinação, daí porque é irrelevante se autonomia privada (uma autonomia circunscrita à lei) é exercitada antes ou depois do surgimento do processo, já que o *design* processual ajustado não pode estabelecer vínculo de subordinação para o magistrado, que aliás sequer teria sido parte daquele ajuste processual.

A questão da extensão do poder de autorregramento da vontade passa por outras paragens: se o ajuste tem por fim evitar o ajuizamento de processo judicial, constituindo obrigações entre os convenientes para favorecer solução consensual, o que se daria, por exemplo, com a pactuação da obrigação de apresentar documentos, o poder de disciplina das partes é maior, porque aqui estaríamos cuidando da constituição de obrigações típicas do direito contratual; os acordos que têm por objeto a organização do processo judicial, para nos valermos da expressão de Cadet, o poder de disposição é menor não à conta do momento de sua celebração, mas porque a prospecção da incidência da norma processual limita a autonomia das partes.

Dessa forma, na linha do sustentado até aqui, a convenção processual que impactem na forma de exercício dos *poderes-deveres* judiciais e em relação ao procedimento devem contar com a anuência do magistrado, que não pode se atado pelas convenções processuais, máxime daquelas que não fez parte.

6.2.4.4.3 Quanto ao objeto do ajuste: obrigacionais e procedimentais

Diz-se que uma convenção processual é obrigacional quando ela estabelece comportamentos comissivos ou omissivos, para um ou ambos convenientes, disciplinando, pois como devem se comportar as partes no processo. Normalmente, as partes se valem destes acordos para limitar o exercício de uma faculdade processual, sem, contudo, interferir diretamente na disciplina legal sobre o tema. As chamadas cláusulas de *non petendo*, de *non*

exequendo, de desistência da demanda, são emblemáticos exemplos de convenções processuais deste tipo, mas certamente existem outras bastante utilizadas alhures, como, por exemplo, os acordos de não se valerem de um certo meio de prova, a renúncia antecipada ao direito de recorrer, a convenção em arbitragem, o pacto de mediação obrigatória⁶⁹².

Essas convenções, a bem da verdade, têm como objeto situações jurídicas processuais das partes, que podem a partir do princípio do autorregramento da vontade, na gestão de seus interesses, moldar o seu próprio comportamento a partir de obrigações voluntariamente assumidas.

Ao longo de todo o procedimento, sucedem para os atores do processo – juiz e partes – diversas posições ou situações jurídicas processuais, que podem consistir em faculdades, ônus, poderes e deveres, unidos por vínculo lógico de causa e consequência, até culminar no ato final – o provimento⁶⁹³. O art. 190 do CPC admite que as partes convençionem sobre estes assuntos, razão pela qual é importante passar por eles, ainda que de modo sucinto, demarcando as noções conceituais sobre as mencionadas figuras jurídicas.

Goldschmidt, negando a natureza do jurídica do processo como relação jurídica, esforça-se na construção de sua teoria do processo como situação jurídica, tomando o processo sob o seu aspecto dinâmico, fato não suficientemente ponderado pela clássica teoria relacionista. Uma vez iniciado o processo, na “luta pelo direito”, o indivíduo estaria envolto de *expectativas* e *perspectivas*: aquelas marcariam a promessa de sentença favorável e estas na ameaça de sentença desfavorável. Nesta linha, as chances de uma sentença processual favorável seriam incrementadas quando o sujeito aproveita adequadamente as oportunidades (designadas pelo autor como *possibilidades* ou *ocasiões processuais*) que lhe são franqueadas no processo.

⁶⁹² CAPONI, Remo. *Autonomia Privada e processo civil: os acordos processuais*, p. 359; KERN, Christoph A. *Procedural Contracts in Germany*, p.196. Nada obsta, porém que as convenções processuais excluam determinadas regras legalmente previstas ou criem outras não previstas na norma processual (KERN, Christoph A. *Procedural Contracts in Germany*, p. 181), respeitadas certos limites previstos no sistema processual, pois como Raatz enfatiza, o negócio jurídico processual, gênero a que pertence a convenção processual, “constitui o poder de dar para si um ordenamento jurídico processual, o que, no entanto, não significa a ausência de limites ao referido poder.”(RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimento e direito à participação na construção do caso concreto*, p. 236). Barbosa Moreira noticia que na doutrina tedesca, emprega-se a expressão *Verfügungswirkungen*, por ele traduzida, como efeitos dispositivos, para se referir aos atos de vontade das partes ordenados a influir no modo de ser do processo e no conteúdo da relação processual. Entretanto, quando a vontade das partes se destinam apenas a criar, para uma delas ou para ambas, obrigações de comportar-se de determinada forma, bem como de praticar ou deixar de praticar um ato processual, a expressão utilizada é *Verpflichtungswirkungen*, por ele traduzida como *efeitos obrigacionais* (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*, p. 97). Não obstante a diferença noticiada por Barbosa Moreira, a nomenclatura utilizada no trabalho *convenções obrigacionais* é empregada indistintamente tanto para os ajustes com efeito dispositivo, quanto para aqueles destinados a produzir efeitos obrigacionais.

⁶⁹³ ABDO, Helena. *As situações jurídicas processuais e o processo civil contemporâneo*, p. 344; FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Situações jurídicas processuais*, p. 749 et. seq.; SILVA, Paula Costa e. *O processo como situações jurídicas processuais*, p. 769 et. seq..

Entretanto, a perspectiva de sentença desfavorável surgirá sempre de omissão da parte em praticar um ato processual de seu interesse, não se livrando dos ônus processuais (*cargas processuais*) que pesam contra si⁶⁹⁴.

A atuação da parte não decorreria, portando de um vínculo de exigibilidade, de um dever propriamente dito, mas na satisfação de seu próprio interesse, aproveitando das *ocasiões processuais*, incrementando suas *expectativas*, ou cômico das *perspectivas* advindas quando não se livra de seus ônus processuais.

Fazzalari também, procurando se desvencilhar da teoria relação jurídica, colabora na com o descortino das diversas situações jurídicas processuais. Para o autor, no procedimento – um dos pilares de sua noção de processo, ao lado da garantia do contraditório – irão se suceder uma série de posições do sujeito em face da norma⁶⁹⁵; a posição jurídica vai permitir qualificar uma conduta como faculdade ou poder, acaso seja valorada pela norma como lícita, e não o sendo, como um dever.

Como esclarece Gonçalves, da posição do sujeito em relação ao objeto do comportamento descrito da norma é que se extrai o conceito fazzalariano de direito subjetivo, relacionado à noção de posição jurídica de vantagem e não de poder sobre conduta alheia. Da norma podem decorrer para o sujeito *poderes* (que são declarações de vontade), *faculdades* e *ônus*⁶⁹⁶. Neste, a falta de exercício da conduta prevista na norma se conecta a consequência desfavorável ao titular do ato, o que é inconfundível com conceito de *dever*, pois “como ato que o sujeito pode cumprir ou mesmo não, mas cuja ausência se resolve em seu prejuízo.”⁶⁹⁷.

A partir dessas considerações é possível alinhar algumas noções sobre os termos *ônus*, *poderes*, *faculdades* e *deveres* empregados no art. 190 do CPC.

Na sucessão coordenada de situações jurídicas reguladas pela norma processual, existem casos nos quais a não realização de uma conduta permitida pela norma não traduz em inexorável consequência jurídica desfavorável para o agente que dela se omitiu.

O autor pode, caso queira, cumular demandas, observados alguns requisitos legais; muito embora exista permissão legal para tanto, pode o autor preferir não as cumular, sem lhe resultar qualquer prejuízo decorrente desta opção; a parte também pode deixar de apresentar seus memoriais no final da fase instrutória. Nestes casos, pode-se dizer que o agente não aproveitou de modo adequado a situação jurídica de vantagem, mas não que isto lhe resultou

⁶⁹⁴ GOLDSCHMIDT, James. *Teoría General del Proceso*, p. 50-51.

⁶⁹⁵ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*, p. 91 et. seq..

⁶⁹⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*, p. 90 et. seq..

⁶⁹⁷ FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*, p. 500.

em prejuízo. Em outros casos, no entanto, muito embora o agente tenha a opção de não praticar a conduta processual, a sua omissão resultará em consequência jurídica desfavorável. É o que se dá, por exemplo, quando o réu deixa de contestar, passando a pesar contra ele os efeitos da revelia (art. 344 do CPC), ou quando as partes deixam de comparecer à audiência de conciliação ou mediação prevista no art. 334 do CPC, sem justo motivo, devendo por essa razão, suportar a multa prevista à espécie. Nos casos do primeiro grupo, estaremos diante de uma faculdade processual; nos casos do segundo grupo, de um ônus processual.

É bem de ver que subjaz a noção estrutural da figura dos ônus e faculdades a ideia de liberdade na orientação da conduta humana. Tanto em um caso quanto no outro, conserva o agente a liberdade – o autogoverno – de atuar na melhor regência de seus próprios interesses. Mesmo nas hipóteses de ônus, o agente pode preferir suportar as consequências desvantajosas decorrentes de sua omissão, sem que dela decorra um poder de exigibilidade para a satisfação de interesses alheios, típica da estrutura baseada em vínculos de exigibilidade e subordinação sobre as quais se assentam a noção de dever jurídico⁶⁹⁸.

O ônus não se confunde com a categoria jurídica de dever jurídico, muito embora tanto em um quanto no outro decorram consequência desfavoráveis para o agente. Um dever jurídico deve ser cumprido compulsoriamente, sendo considerado ilícito o não atendimento do comportamento esperado. A estrutura do dever tem como pressuposto uma relação de sujeição, na qual o comportamento é imposto em razão da satisfação de interesses alheios ao do sujeito alcançado pelo dever. O descumprimento de um ônus, no entanto não traduz em ilícito, pois nele a abstenção do comportamento é permitida, ainda que resvale sobre o agente consequências desfavoráveis. O agente que atua se livrando de um ônus, não o faz com o intuito de satisfazer interesse alheio, mas de evitar a consequência desfavorável que pesará contra si, daí porque se diz que a atuação do sujeito diante de um ônus é para tutelar interesse próprio⁶⁹⁹.

Na linha do art. 190 do CPC, as partes podem convencionar sobre a redistribuição dos ônus processuais, bem assim acerca da extensão das consequências jurídicas que poderão advir do atendimento do comportamento esperado. É possível, por exemplo, atendidos alguns

⁶⁹⁸ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e teoria do processo*, p. 90 et. seq..

⁶⁹⁹ GRAU, Eros Roberto. *Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus*, p. 178 et. seq. A distinção entre ônus e dever jurídico na síntese do mencionado autor: “O *ônus*, destarte, é um vínculo imposto à vontade do sujeito em razão do seu próprio interesse. Nisto se distingue do *dever* — e da *obrigação* — que consubstancia vínculo imposto àquela mesma vontade, porém no interesse de outrem. Por isso que o não-cumprimento do *ônus* não acarreta, para o sujeito, sanção jurídica, mas tão-somente u m a certa desvantagem econômica: a não obtenção da vantagem, a não satisfação do interesse ou a não realização do direito pretendido. Já o não-cumprimento do *dever* — ou da *obrigação* — acarreta sanção jurídica para o sujeito. Neste último caso, o interesse a cuja tutela aproveita o cumprimento do dever é alheio à pessoa do sujeito a ele vinculado; no primeiro caso, o interesse a que respeita a vinculação pelo *ônus* é do próprio sujeito vinculado.” (GRAU, Eros Roberto. *Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus*, p. 181).

requisitos, alterar a distribuição do ônus da prova, ou, convencionalmente, abstrair a consequência jurídica desfavorável decorrente da não impugnação especificada.

Da mesma forma, as faculdades processuais podem ser moduladas por força de convenção processual. As partes podem transformar em obrigatórias uma faculdade processual, disciplinar o modo de seu exercício, ou mesmo converter uma faculdade processual em ônus processual, estabelecendo consequências jurídicas desfavoráveis para a hipótese de seu desatendimento⁷⁰⁰. É possível ajustar pela obrigatoriedade da formação de litisconsórcio que a princípio seria facultativo, excluir determinado fundamento de defesa que a princípio poderia ser oponível na discussão do litígio ou tornar obrigatória o ajuizamento da causa perante uma vara cível tradicional, mesmo naquelas hipóteses em que a demanda poderia tramitar perante os Juizados Especiais Estaduais.

Seja como for, por força do princípio da relatividade contratual, as convenções sobre ônus e faculdades processuais não podem extravasar a esfera subjetiva do declarante, disciplinando ônus e faculdades processuais de terceiros, sob pena de ineficácia em relação àquele que não foi parte do ajuste. Esta regra, contudo, comporta exceções, nos casos de convenções processuais coletivas, na assunção da posição processual do conveniente falecido por seus herdeiros e sucessores⁷⁰¹ e na assistência simples.

De igual modo, admitida que seja a possibilidade de o magistrado figurar como parte em uma convenção processual, não deverá ele ser parte nas convenções processuais destinadas a disciplinar os ônus e faculdades processuais afetas aos outros atores do processo, conservando-se em posição de distanciamento em relação a esfera de autonomia privada daqueles, salvo obviamente se a disposição do ajuste impactar no próprio funcionamento do tribunal ou incidirem sobre os seus poderes-deveres. Imagine-se, por exemplo, a convenção processual ampliando o prazo de sustentação oral avençado pelos litigantes, apresentado ao juízo momentos antes do início da sessão de julgamento, que, muito provavelmente, além de deixar os julgadores aturdidos, poderá provocar atrasos na pauta daquele juízo, comprometendo o próprio funcionamento e organização do sistema judicial. Não sendo, no entanto o caso de a convenção processual impactar no funcionamento do tribunal e não transcender a esfera subjetiva dos declarantes (ressalvados os casos de convenção coletiva, sucessão processual e assistência simples), a recalcitrância do magistrado em relação à conveniência do ajuste

⁷⁰⁰ MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios Processuais e a desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*, p. 126-127.

⁷⁰¹ Nesse sentido o Enunciado 115 do FPPC: “O negócio jurídico celebrado nos termos do art. 190 obriga herdeiros e sucessores.”.

processual em relação aos ônus e faculdades processuais das partes é irrelevante, e qualquer ponderação judicial em relação aquele *juízo de conveniência*, que repita-se, é exclusivo das partes, deve ser tomada tão-somente como uma advertência; caso, porém a intervenção judicial neste campo (de mera conveniência e oportunidade) traduza em ato decisório, deverão as partes recorrer da decisão, porquanto eivada de *error in iudicando*⁷⁰².

Avançando em relação ao tema, o *poder processual* – expressão equívoca, à mercê de uma pluralidade teórica que gravitam ao seu redor, nem todas alinhadas ao processualismo constitucional democrático – pode ser definido com “uma situação jurídica que atribui alguém uma posição de vantagem sobre algo, ou direito para fazer algo dentro da moldura limitada pelo ordenamento jurídica.”⁷⁰³. Nesta linha, o poder jurídico também pode ser objeto de modulação eficaz através de negócios jurídicos processuais. As partes podem, por exemplo, condicionar a propositura da demanda à previa realização de mediação ou de conciliação ou restringir a exigibilidade do cumprimento de uma obrigação judicialmente.

Tudo que se disse sobre o princípio da relatividade dos contratos também se aplica às convenções sobre poderes processuais: elas não podem extravasar, ressalvados alguns raros casos, a esfera jurídica do declarante, sob pena de ineficácia.

É essa precisamente a razão pela qual os litigantes não podem ajustar acerca dos poderes processuais do juiz, aliás tampouco se admite que o próprio juiz renuncie seus poderes processuais. Os poderes do juiz, dentro de concepção de processo jurisdicional democrático, não se prestam a colocá-lo em ascendência em relação às partes, muito menos traduz em potestade de matriz autoritária que tolera o voluntarismo ou atuação livre de rédeas. Estes poderes se bem compreendidos se conectam à estrutura de dever, são, pois, *poderes-deveres*, que permitem o bom desempenho da função jurisdicional, a partir dos limites instituídos pelo sistema normativo e o processo vivificado pela garantia do contraditório.

Ao magistrado não é facultada a possibilidade de deixar de cumprir sua função, e, se é assim, estes poderes não são uma mera faculdade, tampouco um ônus, mas efetivamente dever, de observância, pois inexorável. Em outro flanco, muito embora o processo se conecte com a função de proteção de direitos materiais daquela parte que esteja em situação jurídica de vantagem, não sendo, portanto, irrelevante o interesse privado do litigante, os poderes judiciais não estão exclusivamente ao serviço dela, porque a função jurisdicional é serviço público que

⁷⁰² “Negócios processuais que tenham por objeto as situações jurídicas processuais dispensam, invariavelmente, a homologação judicial.” (DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. 1, p. 381).

⁷⁰³ MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios processuais e a desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*, p. 127.

se exercita e se legitima a partir do modelo constitucional do processo, e não pelo exclusivo alvedrio privado, que pode se desconectar daquele modelo, a partir de uma orientação estratégica de comportamento⁷⁰⁴.

De mais a mais, não se pode confundir a situação jurídica das partes (faculdades e ônus) com os poderes do juiz, que podem incidir sobre temas comuns, pois os atores processuais atuam em comunidade de trabalho (comum-unidade de trabalho); tanto as partes quanto o juiz têm iniciativas probatórias e atuam na condução processo. Assim, as convenções processuais das partes sobre *seus* poderes processuais, não irão afetar os poderes de outros atores, inclusive os do juiz. As partes podem convencionar em não se valerem de determinado tipo de prova, mas isto, no entanto não vincula o juiz, que poderá entender pela indispensabilidade daquela prova convencionalmente excluída⁷⁰⁵.

Excepcionalmente, a legislação processual institui deveres processuais, isto é, condutas não subordinadas a voluntariedade do agente, mas decorrentes de imposição cujo desatendimento podem resultar na aplicação de sanções.

Como já visto, o processo se estrutura fundamentalmente sobre a figura do ônus processual, tendo em Goldschmidt contribuição decisiva sobre o tema; não se trata, com efeito, de questão de efeitos práticos e teóricos estéreis, mas que permite compreender que o aspecto dinâmico do processo, a partir das sucessivas situações processuais, sem o recurso a fundamento baseado em vínculos de subordinação entre os atores processuais (questão de relevância ímpar para o processo constitucional democrático).

De toda forma, não há negar a existência de deveres no processo, ainda que eles não

⁷⁰⁴ No sentido que vai, Gajardoni: “O artigo 190, *caput*, CPC/2015 (2.^a parte) admite que as partes deliberem sobre os “*seus*” ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Eis o limite semântico e lógico da disponibilidade das partes: só podem convencionar sobre as suas situações jurídicas ativas e passivas. Impossível que avancem sobre os poderes, deveres, ônus e faculdades do Estado-Juiz (se é que estas duas últimas situações são existentes). O argumento usualmente utilizado por aqueles que não enxergam o limitador semântico e lógico “*seus*” geralmente vem atrelado à plenitude de poderes das partes no âmbito arbitral (artigo 2.º, e parágrafos, da Lei n.º 9.307/1996), sempre usado como padrão comparativo em tema de negócios processuais. A comparação não cabe. Os poderes do árbitro como juiz derivam de uma convenção privada (autonomia da vontade). Os poderes do magistrado, por sua vez, advêm da Constituição Federal e da lei, e não da vontade dos litigantes. Permitir que as partes controlem integralmente a relação jurídica processual é regressar ao tempo do privatismo processual; é renunciar às centenas de anos de desenvolvimento da ciência processual como ramo do direito público; é inaugurar uma fase de *pamprocessualismo*, de anarquia ou libertinagem processual, algo que não parece, nem de longe, a intenção do legislador brasileiro. Não se trata, por evidente, de uma interpretação hiperpublicista (como sustentam alguns), ou de uma forma de ver com olhos no passado algo que é completamente novo. Trata-se, sim, de uma interpretação realista do novo instituto, inclusive à luz da própria disposição legal que rege a matéria.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca et. all.. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral*, e-book).

⁷⁰⁵ No sentido que vai, MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios Processuais e a desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*, p. 130; MOREIRA, Victória Hoffman; PEIXOTO, Juliene de Souza. *Negócios jurídicos processuais e poderes instrutórios do juiz*, p. 622 et. seq. Discordando da conclusão que vai no texto: GODINHO, Robson Renault. *Negócios Processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil*; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*, p. 127.

sejam sua categoria fundamental.

Muito embora, o art. 190 do CPC, textualmente, diga sobre a possibilidade dos deveres processuais serem objeto de ajustes processuais, existem aqueles que se mostram refratários a esta possibilidade, tendo em conta, fundamentalmente ser um dever processual, enquanto uma espécie de dever jurídico, uma categoria que não se funda na liberdade, na satisfação do próprio interesse do agente, como pauta de ordenação e condutas⁷⁰⁶.

Nessa linha, Machado, após concluir pela ampla margem de negociabilidade processual sobre as faculdades e ônus processuais, vê uma menor extensão à autonomia privada na disciplina dos “poderes processuais”, e nenhuma possibilidade de disciplina em tema de deveres processuais⁷⁰⁷.

De fato, gera perplexidade a possibilidade de um dever processual – limitação à vontade – possa ser alvo de derrogação voluntária por parte dos convenientes. É isto porque um dever que se curva à vontade, é um dever que deixa de ser dever; a conduta se convola em questão de mera preferência, isto é, de mero querer⁷⁰⁸. Fosse assim, aos deveres de motivar as decisões ou de litigar dentro dos padrões da boa-fé objetiva e de probidade processual, poderiam se seguir a exoneração voluntarista de uma pauta de conduta determinada no interesse alheio, bem como toda e qualquer imposição legal à vontade, e, em última instância, o próprio modelo constitucional do processo, fazendo, pois, soçobrar o aspecto contrafático do direito processual.

No entanto, a questão analisada de modo mais cuidadoso pode permitir descortinar margem de autonomia para a disciplina sobre deveres processuais, situada longe dos extremos do “tudo” e do “nada”.

De início, cumpre registra que os deveres do juiz se ligam ao legítimo exercício da função jurisdicional, atuando com instrumento de contenção ao abuso do poder daquele que julga, em proteção ao jurisdicionado e da própria sociedade. Nem o magistrado, tampouco as partes podem avançar neste campo.

Dessa forma, as partes não podem instituir deveres processuais para o magistrado,

⁷⁰⁶ “Aqui não se trata de subordinar ao interesse em litígio ou outro interesse da própria parte, estimulando-a desse modo a atuar no processo, mas de subordinar um interesse da parte a um interesse alheio mediante vínculo que procede da sanção, colocando sobre essa parte não tanto uma carga quanto uma verdadeira obrigação, cuja natureza processual deriva da natureza do interesse predominante, que é o interesse na justa composição da lide. A obrigação processual da parte é, portanto, um vínculo imposto a sua iniciativa para subordinação de um interesse seu ao interesse (público) concernente à justa composição da lide.” (CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do Processo Civil*. Vol. 1, p. 407-408).

⁷⁰⁷ MACHADO, Marcelo Pacheco. *A privatização da técnica processual no projeto de novo Código de processo Civil*, p. 353.

⁷⁰⁸ “Deveres (ou obrigações) correspondem a uma restrição à vontade: são expressões de “não-liberdade”, estabelecidos por normas impositivas ou proibitivas.” (CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p. 292).

tampouco exasperar sanções aplicáveis a ele em razão do descumprimento de deveres instituídos por lei, nem mesmo nos casos em que o próprio julgador anua com o ajuste. Isto por três razões: *a uma*, os deveres e prerrogativas judiciais se ligam ao bom desempenho da função jurisdicional, protegendo o julgador de interferências indevidas, bem como a sociedade a partir do asseguramento da independência do magistrado, e nesta linha, devem ser disciplinados por lei, respeitando as garantias orgânicas da magistratura; *a duas*, a participação judicial numa convenção processual, seja como conveniente, seja homologando pacto apresentado pelos litigantes é ato do juízo, daí porque não seria legítima a instituição de dever que poderia recair sobre outro juiz que eventualmente estivesse a cumprir seu mister naquela unidade da organização judiciária (juízo); *a três*, o desatendimento dos deveres contraídos por agente público, no exercício de suas funções, redundaria em tormentosas questões de responsabilidade civil do Estado, mormente considerando capacidade do juiz para firmar compromissos em nome a unidade federativa que apresenta em seu ofício judicante.

Em segundo lugar, os litigantes não podem disciplinar deveres processuais de terceiros, desonerando, por exemplo, a testemunha de dizer o que sabe sobre o fato investigado.

Em terceiro lugar, as partes não podem afastar deveres processuais instituídos por lei, daí porque os litigantes não podem recusar a aplicação dos deveres de boa-fé e de probidade processual, ou tampouco o Ministério Público, a Fazenda Pública e a Defensoria Pública, a partir dos seus órgãos de execução, podem deixar de observar seus deveres funcionais, que se prestam à proteção do interesse público e do controle da atuação dos membros das respectivas carreiras.

Ultrapassadas essas restrições, é possível que as partes disciplinem sobre seus deveres processuais, instituídos por lei em favor do interesse público. Isto não poderá ser feito, contudo, para excluí-los ou limitá-los, mas para intensificá-los. Também poderão ser criados deveres em favor do interesse privado. Desta forma, nada obsta que faculdade processual seja convertida em dever, ou que as sanções previstas para o descumprimento de dever processual sejam exasperadas. É possível, por exemplo, transformar em obrigatória a submissão ao procedimento de mediação e conciliação em procedimentos em que inexistam esta obrigatoriedade, sob pena de multa convencionalmente fixada, ou que uma das partes se obrigue a apresentar os documentos que tenham pertinência com a demanda, independentemente de determinação judicial. Também é possível fixar que as penas por litigância de má-fé suplantem os patamares

previstos na legislação⁷⁰⁹.

Quando um dever processual é instituído em benefício da parte adversária, é possível que ele seja excluído ou limitado convencionalmente. É o que se dá, por exemplo, com o dever de reparar os danos causados ao litigante ou nas hipóteses em que a legislação impõe a obrigação do exequente prestar caução, caso queira executar provisoriamente a sentença. Nestes casos, nada impede que os convenientes limitem ou excluam estes deveres, pois instituídos em prol da recomposição dos prejuízos suportados pelo lesado ou executado, respectivamente. É bem de ver que deveres são instituídos muito mais com vistas a preservação dos interesses materiais do litigante do que propriamente com a manutenção de um interesse público relacionado ao bom funcionamento do serviço jurisdicional.

Em outra perspectiva, uma convenção processual será procedimental, também designada como dispositiva, quando disciplina o conjunto concatenado de atos logicamente organizados para a produção do ato final, que, *in casu*, é a decisão judicial⁷¹⁰.

Antes de prosseguir cabe fazer um breve registro. Nem sempre é fácil distinguir uma convenção obrigacional de uma convenção dispositiva; por vezes, a modificação de uma situação jurídica processual implica na própria alteração do procedimento (*e.g.*, alteração de prazos e exclusão de rito opcional). Nos casos em que é impossível traçar classificação segura da convenção processual levada a efeito, será melhor considerá-la como um ajuste de natureza procedimental, com as consequências jurídicas que decorrem deste tratamento.

Retomando o tema, em perspectiva democrática, o procedimento que antecede a decisão judicial, mais do que sucessão de atos teologicamente concebidos, por força da garantia constitucional do contraditório, constitui plataforma de participação na qual todos os interessados, em simétrica paridade, poderão influir no ato subsequente da cadeia, a partir de um vínculo lógico entre os atos que se sucedem, e nunca um produto de atividade isolada daquele que sobre o qual recai o dever constitucional decidir⁷¹¹.

Na precisa observação de Brêtas, “[d]entro da estrutura constitucionalizada do processo, o ato decisório estatal será resultado lógico de uma atividade jurídica realizada com a

⁷⁰⁹ Também admite a criação de deveres processuais, por via negocial: CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p. 293. Na mesma linha o Enunciado 17 do FPPC: “As partes podem, no negócio processual, estabelecer outros deveres e sanções para o caso do descumprimento da convenção.”

⁷¹⁰ A partir da perspectiva fazzalariana, “o “procedimento” se verifica quando se está de frente a uma série de normas, cada uma das quais reguladora de uma determinada conduta (qualificada como lícita ou obrigatória), mas que enunciam por condição da sua incidência o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série, e assim por diante, até a norma reguladora de um “ato final”.” (FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*, p. 93).

⁷¹¹ Cf. FAZZALARI, Elio. *Instituições de Direito Processual*; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*.

obrigatória participação em contraditório daqueles interessados que suportarão seus efeitos.”⁷¹².

Em matéria de processo constitucional democrático, a amalgama entre o procedimento e o contraditório, com as demais garantias que compõem o modelo constitucional de processo, é fator de legitimação de qualquer pronunciamento judicial. A observação parece-me oportuna, quando da discussão das convenções procedimentais para que se espanque, desde logo, a possibilidade de engenharia procedimental distanciada da garantia do contraditório e da concatenação lógica que deve animar a sucessão de atos processuais.

Nem o legislador, tampouco os atores processuais podem encarar o procedimento com mera formalidade, destituída de relevância, para a produção do ato decisório, mas ao contrário disto – a partir da densa tessitura do modelo constitucional do processo, em especial da garantia do contraditório – o procedimento deve ser visto, sobretudo, como espaço que permite simultaneamente a construção do ato final e o controle dos poderes públicos e privados que nele se manifestam. A importância do procedimento não pode ser esquecida ou diminuída, especialmente quando se tem em conta que o discurso liberal de eficiência e busca desenfreada pela celeridade (e produtividade), que acabam por comprimir o espaço-tempo procedimental, comprometendo em última instância a própria qualidade do serviço judicial⁷¹³.

Avançando no tema, o Código de Processo Civil revogado, sob o influxo do paradigma racionalista, foi estruturado a partir daquilo que Baptista da Silva denominou de “mito da *ordinariedade*”⁷¹⁴.

A segurança jurídica e a plenitude da cognição, associadas a ideia de rigidez e amplitude procedimental, produziam a crença de que o procedimento ordinário traduzia no mais perfeito instrumento para a tutela das variadas situações jurídicas materiais. Muito embora, o procedimento ordinário convivesse com o sumário e alguns procedimentos especiais, isto nunca retirou dele sua centralidade no sistema processual civil. A aplicação subsidiária das normas do procedimento ordinário aos outros procedimentos era, pois, em alguma medida, a consagração da ideia de que nele se consolidava a melhor expressão técnica para a tutela de quase todos os litígios submetidos ao Poder Judiciário⁷¹⁵.

Marinoni e outros lembram que os poucos procedimentos especiais colocados ao lado do procedimento comum eram acusados como resquícios da época em que o procedimento era

⁷¹² BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 44.

⁷¹³ Cf. NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*.

⁷¹⁴ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*.

⁷¹⁵ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*, p. 27; Cf. DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*; RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*, p. 267 et. seq..

visto como rito para aplicação judicial do direito, e não por outra razão, estes procedimentos eram encarados como exceções ao procedimento comum⁷¹⁶.

De toda forma, os procedimentos especiais constituíam rota alternativa ao procedimento ordinário, muito embora regidos pelos princípios da legalidade, taxatividade, excepcionalidade e indisponibilidade. Isto significa que estes procedimentos especiais deveriam ser instituídos por lei, não se reconhecendo outros procedimentos especiais fora daqueles legislados, tampouco a possibilidade de utilizar o procedimento especial fora daqueles casos para os quais eles teriam sido criados, ainda que as técnicas neles previstas fornecessem adequada tutela de outras situações jurídicas não aventadas pelo legislador⁷¹⁷.

Confiava-se, pois na capacidade de o legislador prever todas as hipóteses em que os desvios de rota da ordinariedade não comprometeria a adequada prestação jurisdicional a partir de tutelas jurisdicionais diferenciadas.

Costuma-se dizer que os procedimentos especiais buscam adequar às peculiaridade do direito material controvertido, não obstante não são apenas as peculiaridades do direito material que orientaram a criação do procedimentos especiais pela via legislativa; existem procedimentos especiais que se conservam no sistema jurídico exclusivamente pelo peso da tradição, outros que são instituídos em razão de características subjetivas dos litigantes, pela forma de apresentação do direito substancial no processo (*e.g.* mandado de segurança e mandado de injunção) ou em razão da urgência ou evidência que conspiram contra a conformação dilatada e plenária do procedimento ordinário⁷¹⁸.

De toda forma, a despeito do esforço da literatura processual em identificar quais seriam os fatores que justificam a criação de procedimentos especiais por parte do legislador, força convir inexistir uma razão clara para que se instituassem (ou não) desvios ao rito do ordinário⁷¹⁹.

⁷¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. Vol. 1, p. 460.

⁷¹⁷ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. p. 32-39.

⁷¹⁸ Redondo entende que, sob o ponto de vista legislativo, três são os aspectos (complementares ou concomitantes) que orientam os princípios da adequação procedimental, quais sejam: subjetivo, objetivo e teológico. No que diz respeito ao primeiro, cabe ao legislador elaborar procedimentos adequados aos litigantes (natureza, pessoa, características), o que se tem, por exemplo na dobra de prazos em favor do Ministério Público, Defensoria e Fazenda Pública. Pelo critério objetivo, deve o legislador se atentar à natureza do direito material, a forma que o direito material se apresenta e a situação de urgência e evidência. Por fim, no que concerne à adequação teleológica, cabe ao legislador instituir procedimentos coerentes e objetivos com as funções que procura realizar, o que justifica as diferenças estruturais dos procedimentos de conhecimento e execução, por exemplo (REDONDO, Bruno Garcia. *Adequação do procedimento pelo juiz*, p. 132-133).

⁷¹⁹ DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*. p. 29-30. “Tecnicamente, a instituição de procedimentos especiais deveria estar atrelada “à natureza, à feição e à estrutura peculiar de determinados direitos substanciais”. Dito de outro modo, a escolha das causas submetidas aos procedimentos especiais estaria relacionada ao próprio direito material. No entanto, isso nem sempre acontece. Muitas vezes o legislador se apega ao peso da tradição

Sob a forte influência racionalista, caberia ao legislador – e apenas a ele – a identificação de quais os fatores que justificariam a criação de procedimentos especiais ou alterações procedimentais permitidas, em elogio aos princípios da legalidade, taxatividade e indisponibilidade⁷²⁰. Enfim, adotava-se, pois, a técnica de adequação procedimental abstrata.

A partir da técnica de adequação procedimental abstrata as alterações no procedimento eram todas estáticas⁷²¹, ainda quando admitidas as alterações realizadas no caso concreto pelo juiz ou pelas partes. De duas, uma: ou o procedimento especial era instituído como rota obrigatória, desautorizando-se a mudança judicial ou convencional acerca de sua estrutura (procedimento especial obrigatório), ou, em alguns casos, os procedimentos especiais eram instituídos como opção, podendo, pois serem recusados pelo autor (procedimento especial facultativo)⁷²². Neste último caso, tem-se os emblemáticos exemplos dos ritos especiais do mandado de segurança e da “ação” monitória, que poderiam ser recusados pelo autor. De toda forma, é importante que fique claro que as alterações procedimentais operadas por força da vontade do autor são consideradas estáticas porque à sua autonomia privada era conferida simplesmente a opção de escolher entre um dos procedimentos estabelecidos por lei.

No entanto, diante das insuficiências procedimentais, previstas em abstrato, debatia-se a literatura processual acerca da possibilidade de se instituir novos procedimentos capazes de conferir tutela jurisdicional adequada às peculiaridades do caso concreto, seja pela incúria legislativa em ofertar um modelo abstrato de tutela jurisdicional ajustada ao direito material discutido, seja pelos contornos específicos do litígio em particular.

De um lado, posicionavam-se aqueles refratários a tal possibilidade, argumentando que as alterações procedimentais fora das hipóteses legais conspirariam contra o princípio da separação de funções, por usurpação da competência constitucional legislativa, bem assim pelos riscos que poderiam advir à previsibilidade e à segurança jurídica que norteiam o aspecto formal

histórica, a circunstâncias momentâneas, valendo-se do se “supremo arbítrio” para alocar injustificadamente, certas causas aos procedimentos especiais, muitas vezes por razões econômicas e ideológicas. Esse fator de desigualdade presente nos procedimentos especiais levou Baptista da Silva a chamá-los” de “processos privilegiados” e a visualizar a formação dois sistemas processuais, “um popular, plebeu, para aqueles que não disponham de um procedimento privilegiados” e outro “destinado a tutelar várias estruturas de Poder, visível e invisível.” (RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*, p. 214-216).

⁷²⁰ Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*.

⁷²¹ A alteração procedimental qualificada como estática, no sentido empregado no texto, tem como base a classificação dos acordos processuais feita por Nogueira. Segundo o autor os acordos processuais sobre procedimento estáticos partem de uma opção procedimental previamente estabelecida pelo legislador, contrapondo-se aos acordos dinâmicos, nos quais as partes podem criar um novo rito procedimental. Sobre o tema cf. NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*, p. 229-230.

⁷²² DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*, p. 40 et. seq..

da garantia do devido processo legal. De outro lado, posicionavam aqueles que não apenas afirmavam a possibilidade da alteração procedimental fora das hipóteses previstas na lei como também sustentavam a existência do princípio da adaptabilidade ou adequação, subjacente ao processo civil⁷²³.

Nessa última vertente, encontra-se Alvaro de Oliveira, admitindo em tema de organização do procedimento a possibilidade de relativização procedimental em favor das circunstâncias concretas da causa, a partir da “necessidade de se emprestar a maior efetividade possível ao direito processual no desempenho de sua tarefa básica de realização do direito material”, fundamento do princípio da adequação ou adaptabilidade⁷²⁴.

Em mesma direção Garjardoni, escrevendo sobre a flexibilização procedimental ao tempo do revogado CPC/73, afirma que as circunstâncias cotidianas sempre acabam por apresentar situações não aventadas pelo legislador, “de modo que é no plano da doutrina que se deve buscar fundamento para a flexibilização, ainda que sem amparo expresso no direito posto.”. Segundo o autor, o fundamento para essa flexibilidade procedimental está na premissa de que as regras procedimentais não têm um valor em si mesmo e devem ser examinadas à luz dos objetivos para as quais foram concebidas, bem como do interesse efetivo das partes⁷²⁵.

Ávila sustenta que o direito a um processo adequado é uma consequência mediata da proteção de um direito, de modo que “o direito a um processo adequado ou justo também não é independente, no seu fundamento, de determinado princípio cuja aplicação reflexiva gera um direito subjetivo ou de uma regra cuja incidência o protege, mas decorrente do seu próprio conteúdo normativo, ainda que ilegitimamente proclamado.”. Concluindo que “[o] dever de adoção de um processo adequado ou justo é a uma consequência normativa indireta da proteção de um direito, quer decorrente da aplicação de um princípio, quer da incidência de uma regra.”⁷²⁶.

Quanto à possibilidade de flexibilização procedimental⁷²⁷, o afastamento do paradigma

⁷²³ Discorrendo sobre essa cizânia, cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*; DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*; RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*, P. 194 et. seq..

⁷²⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Formalismo no processo civil*, p. 116.

⁷²⁵ GAJARDONI, Fernando Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*, livro digital.

⁷²⁶ ÁVILA, Humberto. *O que é “devido processo legal”?*, p. 50.

⁷²⁷ Sobre o tema da flexibilização procedimental, cf. GAJARDONI, Fernando Fonseca. *Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC*, livro digital; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*, p. 46-47; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo: as convenções processuais no processo civil*, p. 55-56.

racionalista e a experiência acumulada pela literatura jurídica a partir do século XIX conspiram pela conclusão de se tratar de uma mera utopia a possibilidade de o legislador prever tantos procedimentos especiais quantos sejam necessários para contemplar todas as nuances do direito substancial. De igual modo, parece ser insustentável a ideia de que o procedimento ordinário, a partir de sua pretensão universalista, seja capaz de ofertar respostas aos complexos e multifacetados problemas emergentes de uma sociedade plural, na qual vários interesses podem ser legitimamente sustentados a partir da dimensão eclética da vigente Constituição Federal. É nesta linha que, de fato, nos parece que as molduras procedimentais estáticas abstratamente previstas serão incapazes de ofertar uma plataforma adequada para discussão dos direitos e interesses que emergem, por exemplo, das tragédias de Mariana e Brumadinho, ou de irresolutos dilemas envolvendo os processos estruturais que cotidianamente desafiam do direito processual respostas práticas, teóricas e legitimamente satisfatórias. Assim, parece irrecusável que as peculiaridades do caso concreto podem efetivamente ser tomadas como critério de alteração do procedimento, forjando-se procedimentos diversificados daqueles abstratamente previstos, sejam eles inéditos ou obtidos a partir da combinação de procedimentos e técnicas legislativamente previstos (convenções procedimentais dinâmicas). Admitida essa possibilidade, a questão fundamental passa a ser *como, sob quais limites e por quem* essas alterações seriam possíveis⁷²⁸.

Sem embargo das considerações que serão feitas no último capítulo deste trabalho, não é raro encontrar na literatura processual a canalização dessas questões para a figura salvacionista do magistrado, confiando-se, pois em sua sensibilidade e inteligência para o descortino do melhor procedimento para a tutela de direitos lesados ou ameaçados de lesão.

Ilustrando essa solução, Scarpinella Bueno, referindo-se ao princípio da adequação, vai apostar na figura do magistrado como o “fiel da balança”, responsável por alterar o procedimento preestabelecido pelo legislador para viabilizar a melhor prestação da tutela jurisdicional à luz das características do direito material controvertido, bem assim em função de fatores ligados às pessoas envolvidas no litígio e sua situação socioeconômica⁷²⁹.

Entretanto, dentro do modelo cooperativo de processo deve existir equilíbrio entre os atores processuais, daí porque não se pode depositar exclusivamente nos ombros do magistrado

⁷²⁸ Cf. DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*; RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*.

⁷²⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil*. Vol 1, e-book.

a responsabilidade por descortinar o procedimento e as técnicas mais adequadas para a tutela de direitos; esta tarefa é também de responsabilidade das partes. É exatamente, por isto, que, a princípio, as iniciativas do magistrado neste campo não devem desconsiderar o papel das partes, e vice-versa. Neste sentido, as convenções processuais procedimentais devem contar com a participação do juiz e das partes, em comunidade de trabalho.

Não se desconhece o entendimento de que seria facultado às partes, a partir do autorregramento da vontade, a possibilidade de disciplinar o procedimento por convenção processual, sem a participação do juiz. Entretanto, essa possibilidade constitui exceção à regra de que o magistrado deve participar das convenções processuais afetas à definição do procedimento.

O magistrado não vai participar convenções procedimentais quando a própria lei faculta ao autor rotas opcionais de procedimento, como se dá por exemplo em relação ao procedimento sumaríssimo do Juizados Especiais Estaduais ou rito do procedimento monitorio. Nestes casos, nada obsta que as partes, por via negocial, excluam para o autor a possibilidade de eleger o rito que mais lhe convenha para a defesa de seu direito. O magistrado, além de não figurar como parte do ajuste, também não deverá exercer qualquer juízo de conveniência e oportunidade acerca da escolha, ainda que lhe pareça mais interessante a rota negocialmente eliminada. É bem de ver que se trata de uma convenção processual estática, na qual as partes optam por um dentre os vários procedimentos abstratamente previstos, a partir da margem de escolha deixada pelo próprio legislador.

Nas convenções procedimentais dinâmicas, o magistrado deverá participar do ajuste em relação a esse tema. Isso porque é dever do magistrado velar pela duração razoável do processo, bem como prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias.

O mesmo sistema processual que inegavelmente deu às partes maior abertura para o exercício da autonomia privada e que democraticamente reconhece a importância da participação na condução e definição dos rumos e resultados do processo, também impõe ao magistrado deveres (poderes-deveres), desautorizando postura contemplativa e servil às iniciativas privadas, típicas de do liberalismo processual.

Ao depois, por força do princípio da relatividade contratual, a convenção processual vincula apenas aqueles que declararam sua vontade, não incidindo efeitos para além dos próprios declarantes, designadamente nos casos em a matéria ajustada incidir diretamente sobre

o raio de atuação de terceiros⁷³⁰. As convenções procedimentais impactam no exercício da atividade do magistrado, daí porque a eficácia do ajuste processual deste tipo encetada pelas partes está sempre a depender, no mínimo, da chancela judicial, obviamente ressaltando a hipótese descrita acima⁷³¹. Caso o magistrado não participe do ajuste procedimental firmado exclusivamente pelas partes, a convenção não produzirá o efeito processual de alterar o procedimento.

Em relação a esse entendimento, três objeções podem ser levantadas: a) o art. 190 do CPC autoriza às *partes* a ajustarem regras sobre o procedimento de modo adequá-lo às peculiaridades da causa, o que excluiria qualquer espécie de ingerência do magistrado em relação a este tema; b) A homologação judicial como condição para produção de efeitos processuais constitui exceção à regra de que as declarações de vontade das partes produzem efeitos imediatamente, a teor do disposto no art. 200 do CPC; e c) A possibilidade de celebração de negócios pré-processuais constitui evidência da dispensabilidade de qualquer intervenção judicial em relação à customização do procedimento engendrado pelas partes. No entanto, estas objeções não são convincentes em tema de alterações procedimentais dinâmicas.

No que diz respeito à primeira objeção, como visto, a palavra *partes* empregada no art. 190 do CPC deve ser interpretada como sujeitos processuais ou atores processuais⁷³², de modo a contemplar juiz e partes, sendo certo que o juiz não deve figurar nos ajustes processuais que dizem respeito exclusivamente aos poderes, faculdades, ônus e deveres que tocam aos litigantes; no entanto, em relação ao procedimento, por impactar diretamente na atividade do magistrado e no desempenho de seus poderes-deveres processuais, a matéria não fica entregue ao talante exclusivo das partes, devendo o magistrado participar das iniciativas das partes neste campo.

⁷³⁰ Em sentido similar ao que vai no texto, registram Marinoni e outros: “O mesmo deve ocorrer em relação a qualquer outro acordo processual que comprometa a atividade jurisdicional de conduzir e de julgar o processo. Ainda que esse acordo possa vincular as partes do processo - podendo, eventualmente, uma parte exigir que a outra cumpra seus termos ou responda pelos prejuízos decorrentes - certamente esse pacto não pode ser oponível ao juiz, *sob pena de usurpação de regra de competência constitucional e legalmente conferida*. Independentemente de o processo tratar de direitos disponíveis ou não, de as partes serem capazes e esclarecidas ou não, esses acordos não podem afetar o *dever da jurisdição de prestar tutela aos direitos* – o que obviamente não se confunde com a mera tarefa de *resolver conflitos entre as partes*. Assim, esses acordos, desde que válidos, devem representar um *parâmetro* para a atividade jurisdicional. Mas não podem operar efeitos vinculantes para a jurisdição, especialmente quando dificultem ou impeçam o cumprimento dos fins do Estado e da prestação da tutela dos direitos.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. Vol. 1, p. 532).

⁷³¹ Nesse particular, Cadiet lembra que nos acordos que tenham por objeto organizar o processo, a liberdade contratual é mais limitada, porque a instituição judicial deve se preocupar com sua organização e funcionamento. (CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa: seis lições brasileiras*, p. 85). A lição muito embora formulada tendo como parâmetro o direito francês é perfeitamente aplicável com o ocaso do direito processual brasileiro.

⁷³² BARREIROS, Lorena Miranda. *Convenções Processuais e Poder Público*, p. 200 et. seq..

No que diz respeito à segunda objeção, muito embora o art. 200 do CPC estabeleça a regra de produção de efeitos imediatos das declarações das partes acerca da conformação de direitos processuais, é bem de ver que o dispositivo em questão não deve ser interpretado de modo isolado, mas a partir de leitura sistemática da própria legislação processual.

Inicialmente, deve se ter em conta que a produção imediata de efeitos a que se refere o dispositivo encontra-se associada às vicissitudes dos *direitos processuais*⁷³³, expressão que a meu sentir, deve ser lida como situações jurídicas processuais, de modo a abarcar ônus, faculdades, poderes e deveres, não incluindo, entretanto, a disciplina afeta ao *procedimento*.

Acaso o argumento anterior não seja suficiente para espancar a ideia da existência da possibilidade de um procedimento desenhado exclusivamente pelas partes, acresço outro argumento com base no recurso de interpretação sistemática.

De fato, o art. 200 do CPC deve ser lido dentro da perspectiva do modelo cooperativo do processo (art. 6º do CPC), que congrega, em equilíbrio, eixos policêntricos e interdependentes os papéis desempenhados pelos atores processuais, não subordinando, portanto a atuação das partes a do magistrado, tampouco a do magistrado a das partes; trata-se de modelo que permite a fiscalidade e controle das iniciativas públicas e privadas, bem assim a participação constitutiva e plural na condução do processo e na determinação do seu resultado⁷³⁴.

Não fosse o bastante, a legislação processual brasileira ao cuidar do tema do saneamento e organização participada do processo, mais precisamente no art. 357, §2º do CPC, estabelece que a delimitação consensual das questões de fato e de direito que serão objeto da atividade instrutória está a reclamar homologação judicial. Essa delimitação das questões de fato e de direito irá permitir a organização da atividade instrutória, evitando-se tanto quanto possível a produção de provas e de atos processuais desnecessários.

A meu aviso, todo o art. 357 do CPC cuida, em última instância, de espécie de *organização do processo*, vocacionando-o a servir como a melhor estrutura a tutela de direitos, levando em conta as peculiaridades do caso; é, pois, uma adequação do procedimento às peculiaridades da causa.

Em todo o art. 357 do CPC, copiosamente estruturado a partir do modelo cooperativo de processo, vê-se o aprofundamento do diálogo entre os atores processuais e a responsabilização pelos rumos do processo, na melhor expressão de uma gestão processual

⁷³³ “Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de *direitos processuais*.” (destaquei).

⁷³⁴ Cf. NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*.

comparticipada.

O saneamento e *organização* participada do processo é atividade conjunta, razão pela qual os ajustes em relação ao *procedimento* também devem o ser, já que ao fim e ao cabo ajustar o procedimento às peculiaridades da causa não é outra coisa senão *organizar o procedimento*. Se é assim, não há razão para que se exija a homologação judicial nos casos de delimitação consensual das questões de fato e de direito, que servirão como norte para o desenvolvimento do procedimento instrutório, e não se exija em relação a outros aspectos do procedimento.

Em mesma direção, a *calendarização do processo* prevista no art. 191 do CPC, convenção processual estabelecida entre o juiz e as partes, também traduz em atividade cooperativa da gestão processual dos atores processuais. A calendarização do processo mais do que a mera fixação de data para a prática de atos processuais, eliminando o tempo morto do processo, é também forma específica de organizar a prática dos atos processuais a partir das peculiaridades da causa, calibrando os prazos necessários para a realização de cada ato e evitando a prática de atos desnecessários para o desenvolvimento do processo.

Enfim, ajustar o calendário processual a partir das peculiaridades da causa é atividade de mesma natureza das convenções sobre o procedimento, e se é assim, não há razão exigir-se a participação do magistrado se o *nomen iuris* da convenção processual é calendarização do processo e dispensar aquela exigência caso o ajuste procedimental não receba o mesmo nome.

A calendarização do processo é organização consensual do procedimento (com a peculiaridade de se estipular datas/prazos para a prática de atos processuais), e organização consensual do procedimento não é outra coisa senão uma convenção procedimental, devendo, portanto, contar com o concerto de atividades de juiz e partes⁷³⁵.

⁷³⁵ Concordando parcialmente com o que vai no texto, Nogueira adverte: “Quando se chega a um negócio jurídico de calendarização, é natural que se tenha por necessário flexibilizar o procedimento, a fim de ajustar as suas fases ao cronograma convencionado. Nada obsta, porém, que o ajuste de calendário processual contemple um procedimento tal como previsto em lei, sem necessidade de flexibilização voluntária. Por isso o acordo de calendarização e o acordo de procedimento são diferentes e autônomos, embora possam ser celebrados concomitantemente.” (NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*, p. 251). Também partilham da ideia que a calendarização processual é uma espécie de flexibilização do procedimento: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo civil: as convenções processuais no processo civil*, p. 55-56; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*, p. 46-47. Ainda que se tenha as convenções procedimentais como coisa distinta da calendarização processual, posição que não concordo, por entender que tanto num caso como noutro está a se falar de organização processual, é interessante perceber, a partir lição daqueles que advogam pela existência de distinção entre os institutos, que se fixação de prazos justifica a intervenção judicial, ainda que sem a alteração do procedimento legalmente previsto, com muito mais razão se justifica esta mesma intervenção naqueles casos em que se promove a alteração procedimental. De fato, ao introduzir, suprimir ou inverter etapas ou atos da cadeia processual, inexoravelmente esbarra em temas e institutos cujo *tempum* estão na lei disciplinados. De toda forma, insista-se calendarizar o processo é das formas de flexibilizar o procedimento, ou melhor, de organizar a atividade processual, não havendo razão para exigir em um

No que diz respeito à terceira objeção, é certo que as partes podem divisar, quando da celebração do contrato, ajustes de procedimentos que melhor se amoldem às especificidades da causa. Neste momento, por razões lógicas, não há falar em participação do magistrado como parte destes ajustes. No entanto, acaso seja deduzida em juízo demanda decorrente daquele contrato, as convenções procedimentais deverão ser homologadas para que se deflagrem os efeitos queridos pelos declarantes.

Dessa forma, os ajustes materiais sobre o procedimento realizados antes da propositura da demanda constituem uma *proposta de procedimento adequado*, apenas isso. Estes ajustes, sem a ulterior homologação judicial, não conformam o procedimento.

Em tema de convenções processuais, a referência ao direito processual francês é sempre recorrente, daí porque não parece ocioso lembrar a partir das lições de Cadiet que nos acordos no domínio da administração processual a eficácia frequentemente fica sujeita ao consentimento do próprio juiz⁷³⁶. Ao depois, relembra o autor:

Na ausência de disposição contrária, nada impede que o acordo entre as partes ajuste as regras do procedimento em toda medida que autoriza a ordem pública processual, que deve ser aplicada caso a caso, regra por regra. (...) Os acordos apresentam formas variadas, dependendo de quem toma a iniciativa: quando parte do juiz, o acordo entre as partes fica subordinado as suas decisões (a); quando parte dos litigantes, a decisão do juiz fica subordinada ao seu acordo (b).⁷³⁷

Ultrapassada esta questão, resta indagar que se existe a possibilidade de alteração procedimental dinâmica, via convenção processual, desatrelada às peculiaridades da causa, questão sobre a qual controverte a literatura processual, a despeito da literalidade do art. 190 do CPC.

Garjardoni, embora admita ser sustentável, a partir da redação do art. 190 do CPC, que as convenções sobre procedimento só sejam admitidas para ajustar o procedimento às especificidades da causa (objetivas ou subjetivas), entende ser possível adaptação procedimental a partir de mero juízo de conveniência dos declarantes. Para o autor,

[a] convenção sobre procedimento é possível quando, simplesmente, seja conveniente às partes, independentemente de haver ou não “especificidades” na causa a justificar a variação ritual. Observadas as demais condicionantes gerais e específicas de validade da convenção, o que interessa para definir o cabimento da convenção sobre procedimento é mesmo a vontade das partes. E ponto.⁷³⁸

caso a intervenção judicial e no outro não, especialmente quando se tem em conta que a valorização das iniciativas privadas não implica na passividade contemplativa do magistrado, que tem deveres constitucionais a cumprir.

⁷³⁶ CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa: seis lições brasileiras*, p. 94.

⁷³⁷ CADIET, Loïc. *Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa: seis lições brasileiras*, p. 95.

⁷³⁸ GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et. all.*. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral*, e-book. Em mesma trilha, Nogueira entende que o termo “especificidades da causa” posto no enunciado

No entanto, a ideia de se promover ajustes procedimentais longe das especificidades da causa, justificada a partir no puro juízo de conveniência seja das partes, seja do juiz, ou deles em concerto, parece rematado desprestígio ao devido processo legislativo, ou ainda o que é mais grave: deixar de perceber o procedimento como plataforma no qual se concretiza a garantia do contraditório, com vistas a realização do direito material e de controle/fiscalidade da atuação dos sujeitos processuais.

Existem casos que o procedimento tem íntima relação com a peculiar situação do direito material ou com a proteção de interesse de terceiros; nestes casos a possibilidade de adaptação do procedimento é muito reduzida, sendo certo que mesmo nesta pequena zona de maleabilidade procedimental, a mera conveniência não é um fator a ser tomado de per si. Nestes casos, a conveniência jamais poderá justificar a ordinarização do procedimento de inventário ou de concursos creditórios, como os de falência e de insolvência civil⁷³⁹, ou inventar grandes variantes nos complexos procedimentos de divisão e demarcação de terras, ou inverter as etapas destinadas a aferir o dever de prestar contas e da apresentação das contas propriamente dita no procedimento e exigir contas. De igual modo, o interesse público que orienta a estruturação dos processos objetivos de controle de constitucionalidade (ADI, ADC, ADO e ADPF) direcionam rumo a inflexibilidade do procedimento, por força convencional. Enfim, em todos esses casos, o espaço dado ao autorregramento da vontade na conformação do procedimento é muito restrito, senão praticamente inexistente⁷⁴⁰.

Em relação ao procedimento instituído pela Lei dos Juizados Especiais, também algumas observações devem ser feitas. Nada obsta que se pactuem convenções processuais para as causas que tramitam sob aquele rito, malgrado o poder de autorregramento da vontade das partes comporte limites mais estreitos. Não será possível, por exemplo, que as partes desconsiderem os critérios informadores daquela lei, quais sejam: oralidade, simplicidade,

normativo do art. 190 do CPC/2015 evidencia as circunstâncias que as próprias partes convencionaram como relevantes para conferir um tratamento diferenciado ao procedimento, pois segundo ele são os convenientes do negócio jurídico que elegem as especificidades e a partir delas acordam ajustes procedimentais (NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*, p. 230). Não concordo com posicionamento do autor, porque a tanto equivale a absoluta e irrestrita liberdade das partes em definir as especificidades da causa à inexistência de qualquer especificidade da causa a autorizar a alteração procedimental: tudo permitir significa, neste caso, nada exigir. Insista-se: deve haver na causa peculiaridades fortes o bastante para dar a ela procedimento diferenciado (“para uma causa diferenciada um procedimento diferenciado”), obviamente ficando absolutamente ressaltado que o procedimento diferenciado deve guardar relação lógica com as peculiaridades da causa.

⁷³⁹ O procedimento de execução contra devedor insolvente, até que sobrevenha lei específica, em curso ou que venham a ser propostas, estão reguladas pelas regras constantes do Livro II, Título IV do CPC/73 (art. 1.052 do CPC).

⁷⁴⁰ Cf. DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas*.

informalidade, economia processual, celeridade e a conciliação (art. 2º da Lei nº 9.099/95). Nesta esteira, são nulas as convenções que exijam maiores formalidades e complexidade para a prática de certos atos processuais, dilatações de prazo injustificáveis, ou a renúncia bilateral de qualquer das audiências de conciliação previstas na lei (que é uma das vertentes de estruturação dos procedimentos regidos por aquela lei). Os critérios que inspiram a formulação dos Juizados Especiais guardam pertinência com a política pública de facilitação do acesso às estruturas oficiais de solução de conflito, razão pela qual não podem os litigantes, por questões de mera conveniência (ou caprichosas), derogar aqueles critérios, sob pena de tornar inviável qualquer formulação geral de políticas de facilitação do acesso aos estuários judiciais. É fundamental que não se perca de vista que jurisdição é antes de tudo serviço público, que muito embora tenha que levar em conta os interesses dos litigantes, não pode desconsiderar outros matizes que envolvem a atividade jurisdicional e a formulação de toda e qualquer política pública.

Nesse sentido, é acertado o Enunciado 413 do FPPC: “O negócio jurídico processual pode ser celebrado no sistema dos juizados especiais, desde que observado o conjunto dos princípios que o orienta, ficando sujeito a controle judicial na forma do parágrafo único do art. 190 do CPC.”.

A teor do disposto do no art. 190 do CPC, a derrogação do procedimento legislado pelo negociado está indissociavelmente conectada à necessidade de adaptar o procedimento às peculiaridades da causa. Trata-se de requisito específico para as convenções sobre procedimento.

É, pois, indispensável que se demonstre, a partir das nuances do direito material controvertido, da especial circunstância em que se encontram as partes ou mesmo das vicissitudes decorrentes do que se transcorreu até então no procedimento a necessidade da flexibilização do procedimento legislado, enfim, que é necessário um “procedimento diferenciado para uma causa diferenciada”⁷⁴¹.

Juiz e partes podem, portanto, se as peculiaridades da causa justificarem, convencionar sobre a ampliação, modificação ou restrição das fases postulatórias, ordinatórias e instrutórias do procedimento, contudo, sem se desconsiderar que a ordenação lógica do procedimento; elas devem, de um lado, permitir a participação em contraditório, bem assim da ampla defesa, e de outro lado impor aos atos processuais que se sucedem ao longo do procedimento uma dimensão preparatória que não pode ser eternizada. Em suma: o procedimento deve constituir um espaço-tempo adequado às peculiaridades da causa.

⁷⁴¹ MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios Processuais e a desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*, p. 124.

Nessa linha, além de um liame lógico entre atos que se sucedem ao longo do procedimento, a ordenação convencional do procedimento que leve a sério a responsabilidade dos sujeitos processuais deve igualmente ter em conta as regras da preclusão e a da eventualidade, de modo a se evitar a eternização do processo, à mercê de uma engenharia procedimental que não se ocupa em estabelecer mecanismos para barrar o retorno a fases do procedimento já ultrapassadas (vide item 7.5)

6.4.5 Os planos do mundo jurídico e os fatos jurídicos processuais

Tudo o quanto se disse sobre os diferentes planos a que se sujeitam os fatos jurídicos também se aplica aos fatos jurídicos processuais, pela simples razão de serem estes espécies do gênero constituído por aqueles.

A consideração acerca da existência de três planos distintos (*existência-validade-eficácia*) a subordinar pluralidade de eventos deflagradores de consequências jurídicas no direito processual é tema rico não apenas no estudo dos fatos jurídicos processuais, mas também em importante capítulo das letras jurídicas processuais: a teoria das nulidades.

Atendo-se de modo mais específico aos atos processuais (atos jurídicos em sentido estrito e negócios jurídicos processuais), é bem de ver que a análise da existência, validade e eficácia guarda íntima relação com o formalismo processual em sua acepção ampla⁷⁴², na medida em que a observância da forma empresta relevante garantia contra atos arbitrários, do juiz e também das partes.

A existência de regras específicas (denominadas como princípios, a partir de uma distinção fraca entre regras e princípios) como a da finalidade e da existência de prejuízo a condicionar a imposição de sanções aos atos viciados não macula a ideia fundamental de que a regularidade do ato processual constitui relevante garantia contra o arbítrio.

A teoria dos atos inexistentes, originariamente forjada para lidar com os problemas afetos ao direito de família, transcendeu o próprio direito civil, para radicar na teoria geral do direito, fornecendo soluções práticas e teóricas para diversas questões ligadas ao direito

⁷⁴² “O formalismo, ou forma em sentido amplo, no entanto, mostra-se mais abrangente e mesmo indispensável, a implicar a totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos *poderes, faculdade e deveres* dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades. A forma em sentido amplo investe-se assim, na tarefa de indicar as fronteiras para o como e o fim do processo, circunscrever o material a ser formado, estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Formalismo no processo civil*, p. 6-7).

processual⁷⁴³.

Os atos inexistentes desafiam duas consequências práticas bastante diversas daquelas que incidem os atos inválidos, quais sejam: o ato inexistente não pode ser convalidado, tampouco produz efeitos até a decisão que declara sua inexistência.

Nesse sentido, o STJ já consignou que:

A hipótese de inexistência do ato não admite convalidação, uma vez que a única forma de sanar o defeito seria que fosse novamente praticado. Porém, essa nova prática não gera efeitos retroativos, ante a ausência de efeito jurídico mínimo que possa ser aproveitado do ato inexistente.⁷⁴⁴

Em rigor, um ato processual inexistente, a despeito de ser não-ato processual, por não concretizar o suporte fático necessário, acaba por assumir a aparência de ato processual, e esta aparência precisa ser desfeita, por decisão judicial⁷⁴⁵. A decisão judicial apócrifa é típico exemplo de ato processual inexistente.

A existência de negócio jurídico processual, conforme esclarece Nogueira, fica subordinada a confluência de três elementos: a vontade manifestada, o autorregramento da vontade, a partir da escolha da categoria jurídica ou das situações jurídicas que configurarão sua eficácia, e a referibilidade a um procedimento existente⁷⁴⁶.

Calmon de Passos ao registrar as razões pelas quais um ato inexistente é não-ato, acaba fornecendo quais são, a seu ver, os elementos que devem ser verificados no plano da existência, quais sejam: agente (não há ato sem sujeito), objeto e forma processualmente reconhecíveis⁷⁴⁷.

A meu sentir, os requisitos elementos identificados pelos autores, longe de serem incompatíveis, são complementares.

O preenchimento do núcleo do suporte fático previsto na norma é o tanto quanto basta para que um fato jurídico seja reputado como existente, sendo, pois, o plano da existência aquele que estabelece o limite entre o que é ou não jurídico. Preenchido o núcleo do suporte fático, pode-se então perscrutar sobre a validade e eficácia do ato jurídico⁷⁴⁸.

⁷⁴³ Cf. BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. *Os efeitos do negócio jurídico nulo*.

⁷⁴⁴ AgRg no AREsp 85.452/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/02/2014, DJe 10/03/2014.

⁷⁴⁵ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, p. 89 *et. seq.*.

⁷⁴⁶ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*, p. 180.

⁷⁴⁷ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, p. 103.

⁷⁴⁸ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*, p. 179. Por oportuno, reforçamos a ideia antes traçada que a análise de validade se aplica tão-somente aos atos jurídicos em sentido estrito e aos negócios jurídicos.

O ato processual existente, pode ser válido ou não, a depender de sua conformidade com o modelo prefixado pela lei. O ato inválido é ato defeituoso, mas a despeito de sua imperfeição, é ato processual.

É bom que se registre que no campo do direito processual nem todo defeito do ato processual vai desafiar a sua nulidade: pode existir nos atos processuais defeitos que não passam de *meras irregularidades*, não desafiando qualquer sanção, por não comprometer a finalidade pretendida com a prática do ato. Em outra vertente, ainda que o defeito do ato processual não possa ser considerado *uma mera irregularidade*, porquanto dotados de certa gravidade, o ato não será invalidado acaso dele não se resulte nenhum prejuízo.

De toda forma, a validade do ato jurídico processual decorre de sua compatibilidade com os requisitos de ordem objetiva e subjetiva impostos pela ordem jurídica. Tem se afirmado que o ato processual será considerado válido quando a vontade declarada parta de a) agente capaz, manifestando-se sobre b) um objeto lícito, possível, determinado ou determinável, c) bem como revista da forma prescrita em lei ou não se adote uma forma normativamente defesa. Estes requisitos, entretanto, são gerais, o que não implica que para a validade de um ato em particular o legislador possa adicionar novas exigências, o que foi feito em relação as convenções processuais atípicas, como se verá no capítulo seguinte⁷⁴⁹.

Por fim, os fatos jurídicos podem ser analisados sob o prisma da eficácia, donde há de investigar se os efeitos processuais típicos podem se operar ou não. A própria legislação processual pode subordinar a eficácia de um ato processual ao atendimento de determinadas formalidade. Normalmente um ato processual válido é eficaz, mas também é perfeitamente possível que ato seja válido, porém ineficaz, tal como se dá na hipótese de sentença não publicada ou a convenção processual celebrada fora do processo, que não tenha sido trazida aos autos e reclamada a sua observância. Não obstante, no direito processual um ato inválido produz efeitos até que seja declarada sua nulidade, sendo possível, portanto a existência de ato inválido e eficaz.

O estudo da eficácia dos atos processuais passa também pelo estudo daquilo que foi denominado por Pontes de Miranda como *determinações inexas*. A determinações inexas são declarações realizadas por sujeito que subordina a eficácia de um ato a evento futuro, seja para deflagrar certos efeitos ou fazê-los cessar⁷⁵⁰. Nesta esteira é preciso investigar se existe a

⁷⁴⁹ Cf. ATAÍDE JÚNIOR, Jadelmiro Rodrigues de. *Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais*.

⁷⁵⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Tomo V, p. 90.

possibilidade de subordinar a eficácia de um ato processual a evento futuro e certo (termo) ou a evento futuro e incerto (condição), tal como ocorre no direito privado.

Como esclarecem Didier Jr. e Nogueira, existe tendência de se reconhecer a impossibilidade de praticar os atos processuais subordinando seus efeitos a condição, isto porque a sucessão de eventos que ocorrem ao longo do procedimento seria inconciliável com a pendência de evento futuro e incerto e com a possibilidade de suspensão da eficácia de ato já praticado⁷⁵¹.

Examinando-se com acuidade o sistema normativo, acredita-se ser possível ajustar os efeitos de certas declarações a partir daquelas determinações inexas. Nada obsta que as partes celebrem convenção processual de dispensa de certa prova, acaso o resultado da perícia esclareça determinado fato, ou a desistência de recurso interposto acaso o recorrido deposite determinado valor⁷⁵².

Não fosse o bastante, a complexidade dos problemas jurídicos submetidos ao Poder Judiciário vão exigir soluções diversificadas, podendo ser estas determinações inexas importante componente para o aperfeiçoamento do serviço judicial.

No âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, o art. 27 da Lei nº. 9.898/99 de há muito permite a modulação temporal das decisões de declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo. Na experiência da jurisdição constitucional brasileira pelo STF, aquela corte logo caminhou por reconhecer a importância daquele expediente também no âmbito do controle de constitucionalidade difuso.

Mas para além destes casos, parece ser possível pensar em modulações daquela espécie também em outros tipos de decisão, projetando-se produção de efeitos customizada às necessidades do litígio, obviamente, respeitando-se a garantia do processo desenvolvido em contraditório. No âmbito dos processos estruturais e de demandas coletivas estas determinações inexas podem constituir importante mecanismo para implementação de decisões judiciais⁷⁵³.

Com a valorização da autonomia privada no âmbito do direito processual, especialmente a partir das possibilidades de se proceder convenções processuais atípicas, acredita-se estar o sistema processual suscetível a maiores influxos destas determinações inexas.

⁷⁵¹ DIDIER JR. Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*, p. 149.

⁷⁵² BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções processuais e poder público*, p. 274 et. seq..

⁷⁵³ Cf. NUNES, Dierle. *Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória*; THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas*; OSNA, Gustavo. *Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas*; ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (orgs.) *Processos estruturais*.

No âmbito do direito processual essas determinações não terão a mesma dimensão emprestada pelo direito privado, especialmente tendo em conta o aspecto dinâmico do processo a partir da sucessão de atos, bem assim de outras tantas normas que disciplinam o serviço jurisdicional, mas isto não implica em negá-las.

Após situar as convenções processuais no âmbito da teoria geral dos negócios jurídicos, bem como tendo apontado os elementos indispensáveis a sua noção conceitual é possível investigar os limites para a celebração dos ajustes processuais, tema que será desenvolvido no próximo capítulo.

Não obstante, é importante perceber que está subjacente aos limites que serão apresentados o modelo cooperativo de processo (capítulo cinco), a qual visualiza no processo um espaço de participação e de controle recíproco entre as partes e o tribunal

A partir dessa perspectiva, a proposta de limites das convenções processuais apresentada busca resgatar a ideia de que os rumos e resultados do processo decorrem de atividades concertadas entre os atores processuais, circunstância que, segundo penso, se torna indispensável para se evitar uma leitura das convenções processuais a partir de exacerbado inflexão neoliberal, capaz de frustrar o aspecto democrático e de garantia do processo, especialmente no contexto social brasileiro, marcado por desigualdade severa (vide capítulo quatro).

7 LIMITES PARA CELEBRAÇÃO DA CONVENÇÕES PROCESSUAIS

As convenções processuais podem constituir importante instrumento técnico para o aperfeiçoamento da estrutura processual, favorecendo o fluxo interativo entre os atores processuais. Todavia, elas não constituem espécie de “cheque em branco” para desconstrução do formalismo processual democrático que tem no processo constitucional o seu pilar de sustentação.

É importante compreender o instituto dentro das premissas do processo constitucional, percebendo os direitos e garantias processuais fundamentais em seu aspecto dinâmico como uma barreira contrafática aos comportamentos das partes e do magistrado tendentes a romper com o indispensável equilíbrio entre os atores processuais⁷⁵⁴.

Nessa perspectiva, percebe-se que no plano da literatura processual brasileira, o forte influxo neoliberal em torno da compreensão do tema deixa de modo subliminar proposta de afastamento do tribunal da gestão do processo diante das iniciativas convencionalmente articuladas pelas partes; agrava este quadro um frouxo limite normalmente sugerido, quase sempre fixado com base na fluída noção de núcleo essencial do direito processual fundamental.

Corre em paralelo a essa narrativa de que a prevalência do poder autorregramento da vontade dos convenientes haveria de ser prestigiada, em elogio ao respeito ao autogoverno dos interesses dos acordantes, como se na cena processual apenas estes interesses fossem relevantes. Os convenientes, por sua vez, são descritos como sujeitos capazes de fazer cálculos prospectivos e de maximização dos próprios interesses, sopesando todas as variáveis que envolvem a engenharia da técnica processual. Enfim, os convenientes são tomados como neossujeitos⁷⁵⁵, e como tal, habilitados para decidir tudo e sobre tudo no contexto de uma vida social cada vez mais privatizada.

Não se pode olvidar ainda que a representação idealizada do neossujeito constitui imagem equivocada dos indivíduos, designadamente no contexto social brasileiro, com severa desigualdade social e com baixíssimo nível educacional.

Não fossem esses inconvenientes sérios o bastante, a proposta parece fazer crer existir supérfluo em relação aos direitos e garantias processuais fundamentais, de modo que seria possível reduzi-los a um núcleo essencial – espécie de mínimo do mínimo (!) –, contrariando a

⁷⁵⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, p. 87-89.

⁷⁵⁵ DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal*, p. 140.

expansividade⁷⁵⁶ que deve orientar um sistema processual alicerçado sob as fortes balizas de um processo constitucional.

A partir dessas objeções, uma proposta de controle de validade das convenções processuais deve perpassar pelo respeito ao modelo constitucional de processo, ao equilíbrio entre os atores processuais, bem como problemar os desníveis de poder e de barganha entre os convenientes, em análise que transcende o aspecto meramente formal da capacidade para figurar como sujeito de ajuste processual.

Nessa linha, a validade de uma convenção processual deve satisfazer simultaneamente o preenchimento de seis requisitos: funcional, subjetivo, objetivo, temporal, formal e externo.

A partir destes requisitos, a meu ver, é possível pensar um sistema de convencionalidade processual que mantém melhor equilíbrio entre os atores processuais, bem como é possível divisar uma teoria de convencionalidade processual menos discriminatória, já que mais sensível a realidade social brasileira.

Para cumprir com esse objetivo, o capítulo foi dividido em nove partes. Na primeira delas foi apresentado o modelo de correção de normas, demonstrando a necessidade de se conjugar as normas materiais, processuais e constitucionais na disciplina das convenções processuais, instituto que se localiza numa zona gris entre o direito material e processual. Em seguida, nos tópicos subsequentes se apresentou os requisitos acima mencionados (funcional, subjetivo, objetivo, temporal, formal e externo). Na penúltima parte, tratou-se da questão da exigibilidade do cumprimento da convenção processual, tema que, por lógica, deve anteceder o controle da validade das convenções processuais, assunto apresentado na última parte.

7.1 Regime jurídico aplicável: a teoria da correção de normas

Como foi visto no capítulo anterior, as convenções processuais são espécie de negócios jurídicos que, dentro dos limites conferidos pelo sistema normativo, permitem os sujeitos processuais disciplinarem situações jurídicas processuais, bem assim o procedimento, com vistas a moldar o meio institucional de solução de conflitos às necessidades da causa (vide em especial item 6.2.4 e seus subitens).

Se bem compreendido que as convenções processuais se encontram no entroncamento entre o poder de as partes autorregularem seus próprios interesses e os limites resultantes da percepção de que o processo subordina a forma e o conteúdo de serviço público é possível

⁷⁵⁶ Cf. ANDOLINA, Ítalo Augusto. *O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional*.

visualizar o caleidoscópio multifacetado das nuances privadas e públicas que concorrem para a disciplina jurídica do instituto, resvalando nos limites de validade das convenções processuais.

O fato de que as convenções processuais podem ser celebradas *fora* do processo, mas para produzir efeitos *no* processo, constitui um complicador na determinação do regime jurídico aplicável, especialmente porque, para alguns, sequer seria necessária a existência de processo pendente para qualificar uma convenção como processual (vide item 6.2.1).

Para Greco as convenções processuais (designadas por ele como atos de disposição processual), como ato do processo, devem observar o regramento instituído pela lei processual, atentando-se às peculiaridades de sua disciplina quando em cotejo com aquela preconizada pela lei material. Na visão do autor, o direito processual tem sua própria disciplina, daí porque uma convenção processual, ainda que produza efeitos de direito material, subordina-se ao regime processual, porque processual é a natureza do ato praticado⁷⁵⁷.

Nogueira entende que *antes* do processo não há falar em negócios jurídicos processuais, mas tão somente *negócios jurídicos sobre o processo*, aplicando-se a eles o regime jurídico de direito material. Na pendência do processo, no entanto, o regime jurídico aplicável seria o processual⁷⁵⁸.

Ataíde Júnior sustenta que em relação aos negócios jurídicos materiais e os negócios jurídicos processuais existe campo normativo invariável, cuja base jurídica é estabelecida pelo direito material, e campo-dependente que rege os negócios jurídicos processuais, instituído pela legislação processual. Este campo-dependente é composto por critérios ou os tipos de motivos necessários para justificar a observância dos padrões de referência invariáveis, ou por novos padrões de referência que são variáveis, próprios dos negócios jurídicos processuais. Desta forma, tantos os negócios jurídicos materiais quanto os processuais, no que concerne ao plano da validade, invariavelmente, subordinam-se a exigência de capacidade do agente, a licitude do objeto e do objetivo, a obediência da forma prescrita ou não defesa em lei e perfeição da manifestação de vontade. Por outro turno, os negócios processuais atípicos, além daqueles requisitos invariáveis, deverá observar outros adicionais – de padrão variável, porque não exigidos para os negócios jurídicos materiais –, a saber: que o direito material discutido em juízo admita autocomposição; que a convenção processual não tenha sido firmada mediante inserção abusiva de cláusula em contrato de adesão e que as partes não se encontrem em

⁷⁵⁷ GRECO, Leonardo. *Atos de disposição processual: primeiras reflexões*, p.728.

⁷⁵⁸ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*, p. 237.

manifesta situação de vulnerabilidade⁷⁵⁹.

Barbosa Moreira, por seu turno, entende que às convenções processuais aplicar-se-ia regime jurídico misto, entrelaçando a aplicação das normas de direito material e processual, tirante aquelas hipóteses em que o Código de Processo Civil expressamente regula a matéria, hipóteses nas quais nenhuma dúvida seria cabível acerca do regramento jurídico de regência⁷⁶⁰.

A divergência fundamentada acerca do tema, exemplarmente ilustrada na literatura processual brasileira, a partir dos posicionamentos de Greco, Nogueira, Ataíde Júnior e Barbosa Moreira, bem dá conta da complexidade que ladeia o tema cuja repercussão transborda limites meramente teóricos para radicar no campo prático suas maiores projeções. A tanto basta lembrar o quão diferente é o tratamento da preterição da forma no campo do direito processual e no direito material.

Segundo penso, acerca do regime jurídico aplicável às convenções processuais a primeira diretriz a ser utilizada no descortino da disciplina de regência se passa pela verificação de existência ou não de regramento específico sobre o ajuste encetado.

No(a)s negócios/convenções processuais típico(a)s, aplicam-se as regras especiais, naquilo que conflitarem com as regras gerais; é o que preconiza o surrado critério da especialidade (art. 2º, §2º da LINDB). Muito embora o direito processual se oriente pelo princípio da liberdade de formas (art. 188 do CPC), nas convenções versando sobre foro de eleição (art. 63, §1º do CPC) ou sobre convenção em arbitragem (art. 3º da Lei nº. 9.307/95) a forma deverá ser escrita, em atenção ao critério da especialidade. Em se tratando de requisito especial para uma convenção processual típica, pouco importa se o regramento especial se encontra inserto no Código de Processo Civil ou em legislação predominantemente material, pois o que é determinante é a existência ou não de regramento especial sobre o tema. Ademais, nada impede que existam no âmbito da legislação material regras que visam a disciplinar situações jurídicas processuais (*norma heterotópicas*), e vice-versa⁷⁶¹; de forma mais esquemática: no conflito entre norma geral e especial, aplicar-se a norma especial naquilo que conflitar com a norma geral, sem embargo, no entanto da incidência conjunta de um regramento e outro, naquilo que inexistir conflito normativo.

Todavia, não é no âmbito dos negócios/convenções processuais típico(a)s que se

⁷⁵⁹ ATAÍDE JÚNIOR, Jadelmiro Rodrigues de. *Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais*, p. 265 et. seq.

⁷⁶⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*, p. 93

⁷⁶¹ THEODORO JUNIOR, Humberto. *O novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual*; DIDIER JR. Fredie; MAZZEI, Rodrigo (orgs.). *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*; TARTUCE, Flávio. *Impactos do novo CPC no Direito Civil*.

encontra a maior dificuldade em se traçar os limites ao poder de autorregramento do processo, já que o regramento específico sobre o tema, conquanto não elimine por completo as dificuldades ligadas à sua operacionalização prática, reduz bastante a complexidade de tal tarefa. É por esta razão que na hipótese de convenção processual atípica é que se finca o maior desafio de se estabelecer limites ao poder de disciplina privada do processo por parte dos sujeitos processuais.

Esses limites devem servir como instrumento de contenção à pilhagem de direitos e garantias processuais e de desequilíbrio no formalismo processual, sem conteúdo atuar de modo a sufocar a liberdade e infantilizar os litigantes a partir de postura paternalista, que desconhece, a um só tempo, o poder de autodeterminação do jurisdicionado e sua corresponsabilidade na condução e resultados do processo.

Cumpra lembrar que nas convenções processuais atípicas, enquanto negócios jurídicos, os declarantes, à vista de interesse comum, dentro dos limites impostos pelo sistema normativo, disciplinam e estruturam o conteúdo de suas declarações para alcançarem efeitos queridos num processo.

Essa forte reverência ao poder de autorregramento da vontade na conformação das convenções processuais e a especial circunstância destas declarações potencialmente produzirem efeitos num processo pendente é o quanto basta para justificar a aplicação da teoria da correção de normas processuais e materiais em relação às convenções processuais.

Isoladamente consideradas, de um lado, as normas materiais não servem como norte seguro para delimitação das convenções processuais, por não visualizar o fenômeno convencional dentro do espaço publicístico do processo, que tem no formalismo processual uma pedra de torque no controle recíproco dos atores processuais na condução e nos resultados do processo, bem como por colocar em pouca conta o irrecusável fato de que a jurisdição é serviço público.

De outro lado, a excessiva rigidez da disciplina processual pode constituir em obstáculo para os próprios fins aos quais o serviço público jurisdicional se destina ou, quando menos, negando a importância dos interesses dos litigantes na cena processual.

O equilíbrio entre essas duas perspectivas caminha para visualizar dupla incidência das normas processuais e materiais no âmbito das convenções processuais, malgrado estas tenham, em alguma medida, sua incidência temperada em razão do fato de terem como objeto a disciplina e a estrutura do processo.

Em sentido similar, Müller sustenta que os negócios jurídicos processuais – muito embora disciplinem temas de conteúdo processual – são, em rigor, negócios jurídicos, razão

pela qual as convenções processuais atípicas se submetem ao regime de validade instituído pelo Código Civil. E, em outro giro, por ser no processo que estes ajustes produzirão seus efeitos mais imediatos, sustenta o autor, ser indispensável que eles se conformem às prescrições instituídas pela legislação processual⁷⁶².

Em mesma direção, Passo Cabral ao registrar que aos acordos processuais aplica-se a teoria geral dos negócios jurídicos, regulada pelo direito civil, adaptando e aplicando-a aos acordos processuais no que tange a seus requisitos, efeitos e limites à autonomia privada, observando-se em todo caso que se trata de negócio jurídico peculiar, porque afeta ao ambiente publicista que é o processo⁷⁶³.

Entre os estudiosos do direito civil a tese da correção de normas também tem ganhado grande prestígio, tendo inclusive sido aprovado o enunciado 616, quando da VIII Jornada de Direito Civil promovido pelo Conselho da Justiça Federal: “Art. 166: Os requisitos de validade previstos no Código Civil são aplicáveis aos negócios jurídicos processuais, observadas as regras processuais pertinentes.”.

Muito embora se endosse a tese de correção de normas processuais e materiais pelas razões expostas pelos autores, é preciso tomar certo cuidado com a afirmação genérica de que a norma material de regência seria o Código Civil brasileiro, ou o sistema jurídico de direito privado.

É bem verdade que no sistema normativo brasileiro a disciplina do negócio jurídico foi profundamente desenvolvida pelos civilistas, mas o socorro ao regramento civil pode ser insuficiente para dar cabo da análise dos requisitos de validade dos negócios jurídicos processuais fora do âmbito dos litígios do direito privado.

Nas lides envolvendo o Poder Público, designadamente naqueles feitos que tenham como matéria de fundo temas afetos ao direito tributário e administrativo – que representam expressivo número de processos judiciais – a convencionalidade processual certamente terá menor espaço não apenas por conta da indisponibilidade que marca o direito material controvertido, mas também por outras exigências ligadas à competência do agente para dispor sobre situações jurídicas processuais e à motivação para a prática do ato por parte daqueles que apresentam a Administração.

A título meramente exemplificativo, o princípio da legalidade se opera de modo completamente diverso na regência do comportamento dos particulares quando em cotejo com

⁷⁶² MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios Processuais e a desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*, p.136

⁷⁶³ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p. 251.

a disciplina sobre o modo de atuação da Administração: enquanto aos particulares é dado fazer tudo aquilo que não for proibido pelo sistema normativo, à Administração só é permitido fazer aquilo que a lei autoriza ou determina. Se é assim, seria defensável a incidência da máxima *in dubio pro libertate* naqueles conflitos envolvendo a Administração Pública e o particular no estuários judiciais de solução de conflitos? A meu sentir, não.

Com base na máxima *in dubio pro libertate* tem se sustentado que inexistindo norma que expressamente proíba o ajuste processual, ele seria, a princípio, válido. No entanto, ninguém cometeria o desatino de subtrair do sistema de precatórios o pagamento das condenações por quantia certa fora dos casos expressamente previstos na legislação, por via convencional, a despeito de inexistir regra vedando convenções processuais sobre o tema.

Em outro turno, muito embora não se negue a possibilidade da Administração celebrar convenções processuais⁷⁶⁴, para sua operacionalização deve-se colocar necessariamente na rota de cogitações a autonomia e a independência funcional dos membros da Advocacia Pública para disciplinar situações jurídicas processuais por via negocial, tema não suficientemente explorado pela literatura jurídica processual e administrativista brasileira. Acredito, no entanto, que com a promulgação da Lei da Liberdade Econômica (Lei nº. 13.874/19) esta aberto o espaço necessário para enfrentar o tema com mais afinco.

Nunca é demais lembrar que, no Brasil, o poder público é o maior litigante dentro do sistema jurisdicional de solução de conflitos. Este dado é forte o suficiente para tomar *cum granu salis* as lições importadas de alhures para limitação das convenções processuais no sistema brasileiro judiciário.

Nessa linha, muito embora, em tema de convenções processuais, o regramento alemão e francês tenham servido de inspiração para a construção do sistema brasileiro de convencionalidade processual, é bom que se tenha em mira que justiça civil brasileira não se limita ao processamento e julgamento de *litígios privados*, por adotar o sistema da unidade da jurisdição (diferentemente do que ocorre na França e Alemanha, que adotam o sistema do contencioso administrativo)⁷⁶⁵.

Retomando o tema, a correção de normas aplicável às convenções processuais deve ter em conta não apenas a disciplina processual aplicável à espécie, mas também o normativo que disciplina a matéria de fundo, redundando ora na aplicação das normas de direito público,

⁷⁶⁴ No sentido que vai, o Enunciado 256 do FPPC: “A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual.”. Ao depois, o art. 19, §§ 12 e 13 da Lei 10.522, com a redação dada pelo art. 13 da Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874 de setembro de 2019), resta legislativamente prevista a possibilidade da Procuradoria da Fazenda Nacional celebrar negócios jurídicos processuais no âmbito de sua atuação.

⁷⁶⁵ Lembre-se uma vez mais da crítica de SWARZ, Roberto. *As ideias fora do lugar*.

ora nas de direito privado, ora de ambos, a depender do direito material controvertido e dos limites da autonomia daquele que no processo está a defender aquele direito em juízo (ou se preparando para fazê-lo, na eventualidade de surgimento do conflito).

De modo subjacente, corre em paralelo a incidência das normas constitucionais, designadamente aquelas que compõem o modelo constitucional do processo (devido processo legal, contraditório, ampla defesa, vedação de utilização de provas ilícitas, fundamentação das decisões judiciais, publicidade, igualdade, duração razoável do processo, segurança jurídica) que vão permitir a unidade do sistema jurídico partir da Constituição Federal.

7.1.1 Da inaplicabilidade da máxima in dubio pro libertate em tema de negócios jurídicos processuais

Existem casos que não paira qualquer dúvida acerca do poder de autorregramento das partes na disciplina de situações jurídicas processuais ou quanto à liberdade na escolha da rota procedimental a ser utilizada para a solução do conflito submetido ao sistema jurisdicional, especialmente naqueles casos de negociação processual típica.

Mesmo naqueles casos de negociação processual atípica é possível encontrar terreno mais ou menos seguro sob o qual o poder de autorregramento da vontade das partes pode transitar sem incorrer em qualquer menoscabo ao interesse coletivo que ladeia o sistema judicial de solução de conflitos.

De fato, em alguns casos resta evidente o intuito do legislador em facilitar a satisfação dos interesses privados dos contendores, daí porque o litigante em posição jurídica de vantagem pode validamente dispor da situação jurídica criada pela norma em seu benefício. É por esta razão que nada obsta, a princípio, que o exequente e executado alterem a ordem de penhora regulada pelo art. 835 do CPC, fazendo-a recair sobre determinado imóvel, mesmo dispondo o executado de espécie suficiente para satisfação da obrigação depositado em instituição financeira, ou se dispense por via convencional a necessidade de prestar caução para execução provisória da decisão.

No outro extremo, existem casos em que a convencionalidade processual poderá ser afastada ou restringida em razão da necessidade de se preservar o interesse público ou para se garantir a fiscalidade e a legitimidade dos atos praticados pelos atores processuais. Esta é a razão pela qual não se deve admitir que atos processuais sejam praticados em língua estrangeira (art. 192 do CPC) ou porque a convencionalidade processual não pode derogar as normas que regem os casos de impedimento do magistrado (art. 144 do CPC).

Entre esses extremos existirá uma longa zona na qual os limites para a celebração das convenções processuais não estão suficientemente claros, gerando perplexidade/dúvidas acerca da validade do ajuste.

Procurando instituir critério capaz de orientar o interprete sobre a validade das convenções processuais naqueles casos de dúvida, a literatura jurídica alemã a partir do esforço intelectual de Schosser – conforme noticiam Caponi e Passo Cabral⁷⁶⁶ –, a literatura processual tem reconhecido a máxima do *in dubio pro libertate* como critério de avaliação da atividade consensual das partes.

Segundo essa máxima, a dúvida acerca da licitude de negócio jurídico processual é dirimida em favor validade e eficácia do ajuste, prestigiando-se a vontade dos declarantes na conformação das situações jurídicas ou do procedimento.

O *in dubio pro libertate* atuaria criando uma *preferência normativa* em favor da liberdade convencional⁷⁶⁷, uma espécie de presunção de validade das convenções processuais.

Sustenta Passo Cabral que no direito brasileiro a tese da *preferência normativa* em favor da convenção processual vem reforçada pela redação do art. 190 do CPC, que dispõe que o juiz, no controle de validade dos negócios jurídicos processuais, recusará a aplicação ao convenicionado *somente* nos casos de nulidade ou inserção abusiva em contrato de adesão ou que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. Em outras palavras: “A utilização do advérbio “somente” parece pretender restringir a invalidação e a negativa de aplicação, e portanto apontar no sentido da validade e eficácia *prima facie* dos acordos processuais.”⁷⁶⁸.

A presunção de validade das convenções processuais instituída pela máxima do *in dubio pro libertate* não seria, contudo absoluta, mas tão-somente uma presunção *prima facie*, cujo efeito prático é depositar sobre o juiz o *ônus argumentativo* de apontar o vício que inquina o ajuste. Passo Cabral chega a afirmar que “[o] juiz deve ter “razões mais fortes” para inverter, no caso concreto, a direção apontada pela norma.”⁷⁶⁹.

No entanto, a meu sentir, inexistente preferência *prima facie* em relação à validade de um negócio jurídico, forçando a sua aplicação nos casos de dúvida, máxime nos marcos do processo

⁷⁶⁶ CAPONI, Remo. *Autonomia Privada e processo civil: os acordos processuais*, p. 359; CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p. 145.

⁷⁶⁷ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p. 145.

⁷⁶⁸ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p. 145.

⁷⁶⁹ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p. 146. Em mesma direção Vidal: “Ao magistrado, enquanto um aplicador de normas jurídicas válidas, não cabe manifestar recusa de aplicar normas jurídicas de base negocial, a menos que arque com o ônus argumentativo e demonstre a irregularidade da convenção processual ou a violação às *posições subjetivas de direito fundamental do processo em seu núcleo essencial*.” (VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. *Convenções Processuais no paradigma do processo civil contemporâneo*, p. 202).

constitucional democrático.

De início, lembre-se que o processo constitucional democrático tem no formalismo processual uma comunidade de trabalho entre os atores processuais, todos corresponsáveis pelos rumos e resultados do processo. Se é certo que o desenvolvimento e o resultado do processo interessam às partes, é igualmente certo que no momento em que a demanda é deduzida em juízo existe também interesse público que o mecanismo oficial de solução de conflitos atue dentro dos padrões civilizatórios expressos no modelo constitucional do processo. O Estado ao prestar jurisdição, nas balizas do Estado Democrático de Direito, deve fazê-lo do único modo possível e legítimo: a partir processo constitucional⁷⁷⁰.

Apesar de os sujeitos processuais, em comunidade de trabalho, poderem explorar os espaços de liberdade, outrora sufocados por uma postura estatal paternalista e infantilizadora, não conduz à conclusão pela possibilidade de se defender a máxima *in dubio pro libertate* em tema de convenções processuais.

O espaço aberto à convencionalidade processual não constitui válvula de liberação para a atuação estratégica abusiva das partes na calibragem de seus poderes, deveres, ônus e faculdades, tampouco pode amesquinhar a importância do procedimento que antecede a decisão judicial. Se a disciplina processual obtida a partir da autonomia privada suscitar dúvidas quanto a sua validade, não há que se solver a questão em prol da validade da convenção, mas a partir da reconstrução dos argumentos de fato e de direito, para que a aplicação do direito se oriente, racionalmente, por juízo de correção normativa, sem qualquer juízo apriorístico em prol da validade do ajuste processual⁷⁷¹.

O processo como ambiente público não é espaço para manifestação caprichosa da vontade ou espaço para manifestação de meras preferências, capazes de comprometer o modelo constitucional do processo e, em última medida, a própria prestação jurisdicional, que como serviço público deve ter também em conta os interesses de outros litigantes que se valem daquele serviço como via derradeira para efetivação de direitos, bem assim dos potenciais usuários daquele serviço.

Não me impressiona o argumento de que o advérbio “somente” lançado no art. 190 do CPC estaria a inclinar em favor de uma validade *prima facie* das convenções processuais. Isto

⁷⁷⁰ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 38 et. seq.. Cf. MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios processuais e desjudicialização da prova: análise econômica e jurídica*, p. 45 et. seq.; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*, p. 13 et. seq.; GODINHO, Robson. *Negócios jurídicos processuais sobre o ônus da prova no Novo Código de Processo Civil*, p. 47 et. seq., p. 111 et. seq.

⁷⁷¹ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, p. 89; p. 143.

porque a legislação processual não tem o condão de estabelecer relação de precedência *prima facie* entre direitos e garantias fundamentais, dispensando-se a análise do conteúdo do ajuste processual, as peculiaridades do litígio submetido à apreciação judicial, os direitos fundamentais envolvidos na espécie, enfim de toda situação de fato e de direito que concorrem da direta ou indiretamente naquele caso concreto.

A meu sentir, a máxima *in dubio pro libertate* joga no sentido de atribuir peso superior ao direito fundamental à liberdade, abstratamente atribuído, sem, entretanto levar em conta outros direitos fundamentais concorrentes no caso concreto, bem assim que a autonomia pode ser restringida⁷⁷². Não desnatura esta conclusão o fato de ser possível afastar a presunção instituída pela máxima em comento, a partir da liberação do ônus argumentativo colocado a cargo do julgador, e exclusivamente sobre ele.

Diante das convenções processuais de validade duvidosa, dentro da arena discursiva instituída pelo processo constitucional, tanto o juiz como as partes, em comunidade de trabalho, devem, a partir de diferentes perspectivas e papéis, oferecer e receber argumentos de fato e de direito (e nunca de meras preferências) acerca da conformidade ou não do ajuste processual aos limites impostos pelo sistema normativo⁷⁷³. A responsabilidade argumentativa não é apenas do juiz, mas de todos os atores do processo.

O magistrado diante da convenção processual de validade duvidosa – no cumprimento dos deveres de cooperação, designadamente o de consulta, esclarecimento e prevenção – deve abrir o arco discursivo de forma a possibilitar que as partes se manifestem acerca da eventual transgressão aos limites impostos à convencionalidade processual.

A compreensão do princípio do contraditório como garantia de influência e não surpresa irá exigir que o magistrado indique o ponto de fato e de direito sob o qual recai sua suspeita de invalidade da convenção, de modo a oportunizar às partes o direito de se manifestarem tema.

Essa abertura dialogal guarda em si a exigência discursiva de dar e receber razões por parte dos atores processuais, sendo o tanto quanto basta para afastar suposta carga argumentativa depositada apenas sobre os ombros do magistrado. E bem por isto, a decisão sobre a validade da convenção, ao final do procedimento que assegurou aos afetados o direito à participação, não é ato isolado do magistrado, mas resultado obtido a partir da

⁷⁷² DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*, p. 375 et. seq.

⁷⁷³ Cf. NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*; THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*; VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Precedentes: a mutação do ônus argumentativo*.

comparticipação dos atores processuais⁷⁷⁴.

A compreensão de que o ônus argumentativo acerca da validade da convenção repousa sobre todos os atores processuais afasta inconfessa posição de ascendência das partes em relação ao juiz na conformação da estrutura processual a partir da matéria convencional.

Se bem compreendido o fluxo argumentativo entre os atores processuais, nos casos de dúvida sobre a validade da convenção é possível visualizar o policentrismo que marcam o modelo cooperativo de processo apresentado no quinto capítulo deste trabalho (vide item 5.2 e seguintes).

Após a abertura espaço-procedimental para discussão acerca da validade da convenção processual, antes de uma solução *in dubio pro libertate*, a dúvida deve ser dirimida em favor da disciplina legislada, por dois motivos fundamentais:

- a) a norma legislada não foi alvo de dúvidas quanto à sua validade, e;
- b) a formatação da estrutura processual, compreendendo-se tanto o emaranhado de situações jurídicas e de procedimentos, havidos a partir do processo legislativo constitucional, goza de **presunção de constitucionalidade**, sendo, no mínimo, temerária a derrogação daquele esquema legislado por uma convenção processual de validade duvidosa.

Em suma: na concorrência entre normas, umas havidas a partir do devido processo legislativo e outras fruto de atividade convencional de validade suspeita, há de prevalecer a primeira, que goza de presunção de conformidade com Constituição Federal; presunção, é bom que se diga, por todos reconhecida, com longa tradição e com farta experimentação teórica e prática⁷⁷⁵.

⁷⁷⁴ Cf. NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*; GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*.

⁷⁷⁵ Müller também rechaça a validade da máxima *in dubio pro libertate*, porém a partir de fundamento diverso. Segundo o autor, a licitude do objeto das convenções processuais passa pela conformação com as garantias mínimas que compõem o modelo constitucional do processo; o negócio processual que despreza o modelo constitucional do processual é inválido, ilícito e contrário à ordem pública, salvo se a vontade dos declarantes revelar uma restrição adequada e proporcional à causa ou interesses discutidos em juízo, e a alteração tenha fundamento em um direito fundamental. Prossegue sua argumentação sustentando que no caso de conflitos entre princípios, como no caso dos direitos fundamentais, eles devem ser resolvidos atribuindo-se peso e importância a cada um deles (balanceamento de valores e interesse e ponderação de bens). Isso seria obtido pela utilização dos critérios da razoabilidade e proporcionalidade, de forma a definir o alcance das normas e o que deve prevalecer em detrimento de outras normas em determinado contexto ou caso concreto. Relembra o autor, a partir da teoria de Alexy, que, sempre que possível, deve ser assegurado a proteção ao núcleo essencial do direito restringido. Em não sendo possível preservar o núcleo essencial do direito a restrição de um direito fundamental pode ceder integralmente para que outro prevaleça excepcionalmente naquelas circunstâncias. De toda forma, a restrição ou renúncia do direito fundamental não poderá ser inadequada, desproporcional ou irrazoável, pois se assim for, poderá o juiz controlar a validade da convenção processual. Arremata seu entendimento sustentando que, na dúvida sobre a validade da convenção processual, deve prevalecer a melhor interpretação conforme a constituição. (MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios Processuais e a desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*, p. 137-142). A despeito da interessante construção do autor, entendo que solução alvitrada

Sobremais, é importante ter em conta que o discurso neoliberal acaba insinuando uma matriz autoritária nas normas decorrentes do devido processo legislativo, com se as normas frutos deste processo não fossem também a expressão de legitimidade democrática.

No que concerne ao advérbio *somente*, utilizado no art. 190 do CPC, ele, segundo penso, não institui uma presunção de validade *prima facie* das convenções processuais, mas apenas a liberação da atuação oficiosa do magistrado na abertura espaço-procedimental para verificação da validade do ajuste.

Assim, o magistrado não poderá declarar de ofício a invalidade de convenção processual celebrada com vício de vontade, hipótese na qual deve o interessado manifestar sobre a invalidade da convenção (art. 177 do CC).

No entanto, se à luz do ordenamento jurídico brasileiro dúvidas não há acerca da iniciativa oficiosa do magistrado em reconhecer a nulidade (nulidade absoluta) de negócio jurídico (de qualquer negócio jurídico) (art. 168, parágrafo único do CC), a inserção do advérbio *somente* vem no sentido de autorizar a declaração de invalidade ou a recusa de aplicação de convenções processuais celebradas em situação de manifesta vulnerabilidade de um dos declarantes, bem como nos casos de inserção abusiva em contratos de adesão, hipóteses em que a atuação oficiosa não é, a princípio, uma regra no sistema normativo.

A meu aviso, nada obsta a declaração de invalidade da convenção, ainda que não seja manifesta a situação de vulnerabilidade de um dos declarantes, ou decorrente da introdução de cláusula de modo abusivo em contrato de adesão. No entanto, fora daqueles casos, deverá o juiz agir mediante provocação do interessado.

Ademais, segundo penso, numa abordagem sistemática da legislação processual e civil, a análise da boa-fé objetiva também se sujeita à análise oficiosa por parte do magistrado (vide tópico 7.2), bem assim do requisito externo de validade de uma convenção processual, porquanto ligado ao funcionamento do serviço público jurisdicional (vide tópico 7.7).

desconsidera a conformação infraconstitucional dada pelo legislador a uma série de direitos fundamentais, negando a importância do processo constitucional de criação das leis no debate acerca da validade das convenções processuais. A meu sentir, a cláusula geral de convenção processual não é uma norma para se derrogar caprichosamente o direito processual legislado e apequenar o processo legislativo, porque se assim fosse inexoravelmente ela seria inconstitucional por violar da competência constitucional da União para legislar sobre direito processual (art. 22, I da CF), bem assim a competência concorrente da União e Estados para disciplinar sobre procedimento (art. 24, XI da CF). Assim, a validade cláusula geral de convencionalidade processual atua como um instrumento de correção normativa das normas que regem a estrutura processual legalmente instituída, a partir das peculiaridades fáticas e jurídicas do caso concreto.

7.2 Do requisito funcional: A boa-fé objetiva como instrumento de controle da validade das convenções processuais celebradas com abuso de direito

Sem alongar excessivamente no tema, o que transbordaria o objeto de estudo deste trabalho, à luz do sistema normativo brasileiro, especialmente tendo em conta a disposição constante do art. 5º do CPC, bem assim as normas constitucionais que lhe dão amparo⁷⁷⁶, a boa-fé constitui um dos pilares estruturais do processo civil brasileiro, ou na dicção do legislador: uma norma fundamental do processo civil.

Não haveria mesmo porquê de ser diferente, pois um sistema comprometido com a garantia do devido processo legal deve coibir comportamentos não cooperativos dos sujeitos processuais, induzindo assim a assunção de responsabilidade de todos que de alguma forma atuam no processo⁷⁷⁷, e, caso seja necessário, sancionando condutas temerárias, abusivas, contraditórias e desleais.

Naquilo que mais diretamente importa para os fins deste trabalho, a boa-fé considerada sob seu aspecto objetivo⁷⁷⁸, traduz em norma de conduta que vai impor ou vedar comportamentos, instituindo situações ativas e passivas para os sujeitos processuais⁷⁷⁹.

Para além da função hermenêutica e integrativa, a boa-fé objetiva vai limitar o exercício de direitos subjetivos e criar deveres jurídicos para os atores processuais⁷⁸⁰.

⁷⁷⁶ Existe acirrada controvérsia acerca do fundamento constitucional que ampararia a boa-fé objetiva como princípio jurídico. Nos estudos ligados ao direito privado, há quem sustente seu lastro a partir do princípio da solidariedade (art. 3º, I da CF), outros na dignidade da pessoa humana (art. 3º, IV da CF); no âmbito do direito processual, os autores controvertem quanto à sua base constitucional a partir dos princípios da isonomia, do contraditório ou a partir de uma noção mais abrangente da cláusula do devido processo legal. Sobre tema conferir: DIDIER JR. Fredie. *Normas fundamentais*, p. 48; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Art. 5º*, p. 38; MACÊDO, Lucas Buriel de. *A concretização direta da cláusula geral do devido processo legal processual no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça*, p. 395; CABRAL, Antônio do Passo. *O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva*, p. 59; DIDIER JR., Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*, p. 86 *et. seq.*. A meu sentir, a boa-fé objetiva se funda no princípio da solidariedade, a qual empresta ao direito caráter funcionalizado; funcionalização que vem justamente da compreensão de que o direito é instrumento de estabilização de expectativas sociais. De mais a mais, independentemente do fundamento constitucional que lhe ampare – questão mais teórica do que prática, segundo penso – o importe é visualizar sua potencialidade deontológica, sua capacidade de reger condutas, seja para exigir comportamentos ou para obstá-los, fora e dentro do processo.

⁷⁷⁷ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, p. 201.

⁷⁷⁸ A boa-fé pode ser compreendida sob perspectivas subjetiva e objetiva. A primeira é analisada a partir da intenção do sujeito, levando em conta sua motivação quando da prática do ato contrário ao direito. A segunda, por sua vez, desgarra-se de qualquer perquirição acerca do elemento anímico do agente na análise do comportamento que contraria o direito; é uma norma de conduta – e não um estado psicológico –, analisada a partir dos padrões de lealdade, probidade e honestidade, aferíveis externamente, que devem orientar os comportamentos em sociedade.

⁷⁷⁹ DIDIER JR. Fredie. *Normas fundamentais*, p. 48.

⁷⁸⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Art. 5º*, p. 38; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos*. Vol. 4; Tomo I, e-book.

A compreensão dessas funções é de fundamental importância para que se possa espantar as leituras desavisadas da cláusula geral de convencionalidade processual prevista no art. 190 do CPC, que as encara como espaço normativo para o exercício de espécie de potestade, na qual o fundamento e o fim da calibragem das situações jurídicas processuais e a formatação da engenharia procedimental é apenas a vontade do declarante.

Dessa forma, a boa-fé objetiva constitui limite interno para o exercício da autonomia privada, impondo ao poder de autorregramento da vontade uma correlação entre o seu exercício e o fundamento que orienta a norma autorizativa do comportamento. A incongruência entre estes elementos traduz em ato ilícito, na modalidade abuso de direito (art. 187 do CC), a justificar a copiosa reprimenda pelo direito, no cumprimento de sua função contrafática⁷⁸¹.

Como esclarece Gomes, nos casos de abuso do direito, a boa-fé assume *função corretiva*, limitando a autonomia da vontade⁷⁸².

O princípio da boa-fé objetiva sob essa perspectiva atua no sentido de assegurar a preservação da função social do contrato, isto é, que o exercício de situações jurídicas subjetivas se opere de modo funcionalizado, pois como bem ressaltam Farias e Rosenvald, a compreensão da conduta dos contratantes não mais deve ser encarada a partir de um monopólio de suas vontades, já que estão submetidas a padrões de controle social de legitimidade⁷⁸³.

A autonomia privada só é reconhecida *em razão e nos limites da função social do contrato* (art. 421 do CC), inteligência que se aplica tanto em relação aos negócios jurídicos de direito material, quanto àqueles que visam disciplinar temas processuais.

Nessa linha, as condutas de todos aqueles que atuam de algum modo no processo devem ser valoradas a partir da *função de controle* instituída pela boa-fé objetiva, evitando-se as chicana processuais, atuações escusas tendentes a burlar o sistema jurídico, comportamentos contraditórios, e, especificamente no caso das convenções processuais, a pilhagem de direitos e garantias processuais e o comprometimento da própria prestação jurisdicional.

É bom que se rememore o disposto no art. 2.035 do CC: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”. A aplicação deste dispositivo

⁷⁸¹ Cf. SANTOS, Leide Maria Gonçalves. *A boa-fé objetiva no processo civil: A Teoria dos Modelos de Miguel Reale aplicada à jurisprudência brasileira* contemporânea; PINTER, Rafael Wobeto. *A boa-fé no processo civil e o abuso de direitos processuais*; TARUFFO, Michele. *Relatório geral. Abuso de direito processual. Padrões comparativos de lealdade processual*, p. 388-389; ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Abuso de direito: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*, p. 17. THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, p. 203 et. seq..

⁷⁸² GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 45-46.

⁷⁸³ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: contratos*, p. 224.

no campo processual irá determinar a *funcionalização do poder de autorregramento da vontade*, orientando-o a alinhar-se permanentemente com uma das finalidades primordiais do processo, que é permitir a construção participada da decisão proferida ao final do procedimento, dentro da moldura instituída pelo modelo constitucional de processo.

A função de controle da boa-fé objetiva é precisamente a chave para estabelecer as divisas entre o regular exercício do direito e seu exercício abusivo, pois este se revela sobretudo a partir do exercício disfuncional de uma posição jurídica, aferível objetivamente a partir da quebra da correlação entre o comportamento e fundamento teológico da norma autorizativa⁷⁸⁴.

Na doutrina portuguesa, Abreu se atenta para o fato de que as prerrogativas jurídicas e os direitos subjetivos assumem conotação social, não apenas por força de sua fonte e sua gênese, mas também pelo fim a que tendem, pela sua finalidade. Sob este aspecto, numa sociedade organizada, os direitos subjetivos são essencialmente direitos função⁷⁸⁵.

A amalgama estabelecida entre a boa-fé objetiva e o instituto do abuso de direito permite a manutenção permanente do esquema funcional do direito⁷⁸⁶.

Conforme esclarece Medina, o direito brasileiro, partindo do paradigma português, adotou o critério objetivo, funcional ou finalístico para se aferir a abusividade no exercício do direito, de modo que a violação à boa-fé objetiva independe da prova da má-fé subjetiva, pois o exercício abusivo de direito processual não se opera da quebra de determinado e específico dever, mas quando se contraria ou se afasta da finalidade de um direito processual⁷⁸⁷.

No âmbito do direito processual, Taruffo encara a cláusula geral de boa-fé como importante instrumento para vedação de comportamentos abusivos no processo:

A cláusula geral da boa-fé é também usada como um meio de colmatar as lacunas existentes em regras processuais. Este caso pode ser difícil de definir especificamente, mas o raciocínio básico é o seguinte: um ato ou uma conduta processual não pode ser especificamente previsto e explicitamente definido como abusivo pelo direito; todavia, é entendido como abusivo porque é injustamente nocivo, ou implica um abuso de poder, ou é leviano e dilatatório ou é dirigido a propósitos ilegais ou inadequados etc. Na falta de uma regra específica prevenindo ou punindo tal ato ou uma conduta, uma referência à cláusula geral de boa-fé pode ser o único meio de precisar que um padrão de lealdade foi violado, i.e., de identificar uma violação justificadora de uma sanção (ver, por exemplo, Taniguchi com referência ao Japão

⁷⁸⁴ Nesse sentido o enunciado 37, da I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal: “Art. 187. A responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa, e funda-se somente no critério objetivo-finalístico.”

⁷⁸⁵ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Abuso de direito: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*, p. 17.

⁷⁸⁶ “Pode-se mesmo dizer que existe uma relação biunívoca entre a boa-fé e o abuso do direito: a repressão ao abuso do direito advém do dever de agir de boa-fé. Os atos abusivos são atos que contrariam ao dever jurídico da boa-fé.” (SANTOS, Leide Maria Gonçalves. *A boa-fé objetiva no processo civil: A Teoria dos Modelos de Miguel Reale aplicada à jurisprudência brasileira contemporânea*, p. 180).

⁷⁸⁷ MEDINA, José Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*, ebook.

pós-guerra). Por assim dizer a lealdade do contexto processual pode ser assegurada por dois estratos de regras: regras específicas considerando casos particulares de ADP e cláusulas gerais – não necessariamente concernindo apenas a questões processuais – fornecendo padrões amplos de lealdade e correção.⁷⁸⁸

No abuso do direito, o agente atua aparentemente em conformidade com o direito, no entanto, a conduta detidamente analisada contraria o fundamento no qual se baseia a norma. Registra Abreu que o comportamento abusivo não é outra coisa senão o exercício de um *direito aparente*, de um comportamento que exhibe a forma, a aparência de direito que não existem na verdade, pois ele não pode ser validamente invocado naquele caso concreto ou nos termos concretos daquele comportamento⁷⁸⁹.

Mesmo antes da existência da menção expressa à boa-fé na legislação processual como um dos fundamentos do processo civil, os tribunais brasileiros já haviam reconhecido o abuso de direito no âmbito processual, a partir da verificação do desvio teológico-finalístico de condutas supostamente amparadas pela ordem normativa.

De fato, há muito a jurisprudência reconhecia o abuso de direito na determinação do foro de eleição nos contratos, utilizada como mote exclusivo de impedir o acesso ao sistema jurisdicional⁷⁹⁰, na renúncia de cargo ou função com o escopo de manipular as regras de competência fixada em *ratio muneris*⁷⁹¹, na distribuição plúrima e simultânea de demandas idênticas com o propósito de burlar as regras definidoras do juízo natural da causa⁷⁹², na

⁷⁸⁸ TARUFFO, Michele. *Relatório geral. Abuso de direito processual. Padrões comparativos de lealdade processual*, p. 388-389.

⁷⁸⁹ ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Abuso de direito: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*, p. 22-23. Em mesma linha, Teodoro Jr.: No “(...) ato abusivo se prede a uma faculdade legal que, em princípio, o agente detinha. O vício reside na forma como que o titular da faculdade a utilizou, desviando-a de sua natural objetividade.” (THEODORO JR., Humberto. *O abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro*, p. 111).

⁷⁹⁰ PROCESSO CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CONTRATO DE ADESÃO. CLÁUSULA ABUSIVA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DECLINAÇÃO DE OFÍCIO. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO. - Na linha da jurisprudência da Segunda Seção, o juiz pode declinar de ofício de sua competência ao reconhecer o caráter abusivo da cláusula de eleição de foro com base no Código de Defesa do Consumidor. (REsp 403.486/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 06/06/2002, DJ 12/08/2002, p. 221)

⁷⁹¹ QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL. DEPUTADO FEDERAL. RENÚNCIA AO MANDATO. ABUSO DE DIREITO: RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA CONTINUIDADE DO JULGAMENTO DA PRESENTE AÇÃO PENAL. (...) 1. Renúncia de mandato: ato legítimo. Não se presta, porém, a ser utilizada como subterfúgio para deslocamento de competências constitucionalmente definidas, que não podem ser objeto de escolha pessoal. Impossibilidade de ser aproveitada como expediente para impedir o julgamento em tempo à absolvição ou à condenação e, neste caso, à definição de penas. 2. No caso, a renúncia do mandato foi apresentada à Casa Legislativa em 27 de outubro de 2010, véspera do julgamento da presente ação penal pelo Plenário do Supremo Tribunal: pretensões nitidamente incompatíveis com os princípios e as regras constitucionais porque exclui a aplicação da regra de competência deste Supremo Tribunal. (...) (AP 396, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 28/10/2010, publicado em 28/04/2011, Tribunal Pleno)

⁷⁹² AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REINGRESSO DE DESISTENTE EM SEDE DE RECURSO ORDINÁRIO. ABUSO DE DIREITO.

simulação de abandono de causa pelo autor com o propósito de obter os efeitos típicos da desistência da demanda⁷⁹³. Em todos estes casos, a conduta do agente se desgarra da finalidade que subjaz a regra autorizativa, isto é, da função para a qual o direito subjetivo foi socialmente determinado (direito-função); a rigor, o comportamento não contradiz a norma, mas a função para a qual ela foi projetada, e bem por isso viola reflexamente o componente deontológico do direito.

A partir dessas considerações, é possível compreender que o poder de autorregramento das partes em relação à disciplina da estrutura processual, com fundamento no art. 190 do CPC, destina-se a potencializar a função dialogal e de garantia do processo, vale dizer: é mecanismo de aperfeiçoamento do processo à luz das peculiaridades do caso em particular. Ela não é autorização para transformar o processo em mecanismo menos econômico e menos eficiente, ou injustificadamente mais formal, burocrático e demorado; o poder de autorregramento da vontade exercitado deste modo constitui abuso de direito, ilícito processual por desvio ao fim econômico e social que devem orientar o exercício da autonomia privada (art. 187 do CC), designadamente em sistema normativo como brasileiro, que tem na solidariedade um de seus fundamentos e encara o processo como *medium* de permanente construção e reconstrução do Estado Democrático de Direito⁷⁹⁴.

Se é certo que as partes podem disciplinar suas situações jurídicas processuais e formatar o procedimento, pois bem. Mas que isto seja feito guardando sempre a correlação teológico-objetiva entre a conduta praticada e a finalidade da norma autorizativa vazada no art. 190 do CPC, que não pode ser outra senão ordenar e disciplinar o processo civil conforme as normas fundamentais previstas na Constituição Federal (art. 1º do CPC).

Nessa linha, as partes podem alterar prazos processuais, mas o prazo obtido convencionalmente não pode ser ampliado ao ponto de comprometer a razoável duração do processo, ou encurtado ao ponto de comprometer a garantia de ampla defesa; poderão ajustar sobre matéria probatória, mas não poderão fazê-lo de modo a fomentar a prática de atos instrutórios desnecessários ou capazes de reflexamente vulnerar direitos indisponíveis; a estrutura processual poderá ser alterada, mas não a ponto de converter o procedimento em mera

1. Conquanto a desistência não implique renúncia ao direito em que se funda a ação, nem, tampouco, gere empeco ao ajuizamento de nova demanda com idênticas partes, pedido e causa de pedir, não se pode admitir o abuso de direito processual, com o reingresso do desistente no feito ao seu talante, em grave violação do princípio do juiz natural. 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no RMS 17.752/BA, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 15/08/2006, DJ 06/11/2006, p. 372)

⁷⁹³ A extinção do processo, por abandono da causa pelo autor, depende de requerimento do réu. (Súmula 240, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/08/2000, DJ 06/09/2000, p. 215)

⁷⁹⁴ Cf. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*; NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*.

formalidade, negando-lhe a importância de espaço de concretização da garantia do contraditório e de legitimação pela participação dos afetados na formação do ato decisório⁷⁹⁵.

Em síntese: a celebração de convenção processual não deve ser obstáculo para a prestação do serviço público jurisdicional dentro dos padrões de adequação, qualidade, legitimidade, tempestividade, eficiência, segurança e economicidade que dele se espera⁷⁹⁶. A satisfação dos interesses privados não se coloca além, e nem aquém, dos interesses públicos que se tencionam no espaço público processual.

A boa-fé objetiva compreendida com instrumento de correção de condutas, capaz de assegurar permanente manutenção da função social dos contratos, permite rechaçar as manifestações de vontade praticadas em abuso de direito, porque, ao fim e ao cabo, no direito brasileiro, o abuso de direito é um ato ilícito. Deste modo, com base no art. 187 do CC, é possível não apenas negar a aplicação do negócio jurídico, mas também eventualmente declarar a sua nulidade⁷⁹⁷.

O abuso de direito no exercício do poder de autorregramento da vontade deve ser analisada à luz do caso concreto, bem como a corrigenda deontológica do comportamento desviado, pois a boa-fé objetiva é cláusula geral, vale dizer, é texto normativo com hipótese fática composta de termos vagos e efeitos jurídicos indeterminados⁷⁹⁸⁻⁷⁹⁹.

Nesse particular, não concordamos integralmente com Carneiro da Cunha quando afirma que diante cláusula geral da boa-fé

O juiz vai construir a norma específica e *determinar* seu alcance no caso concreto, estabelecendo qual a consequência do seu descumprimento: invalidação do ato, sua desconsideração, imposição de uma multa ou outra sanção, enfim, a consequência será

⁷⁹⁵ Cf. GRECO, Leonardo. *Atos de disposição processual: primeiras reflexões*; CABRAL, Trícia Navarro Xavie. *Limites da liberdade processual*. Veja-se que mesmo aqueles que visualizam no poder de autorregramento privado no processo uma maior amplitude do que a sustentada neste trabalho, veem também no *núcleo essencial* dos direitos fundamentais um limite à convencionalidade processual.

⁷⁹⁶ Cf. BRÉTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*.

⁷⁹⁷ No sentido que vai, TARTUCE, Flávio. *Impactos do novo CPC no Direito Civil*, ebook.

⁷⁹⁸ A noção de cláusula geral foi apresentada no primeiro capítulo deste trabalho, para onde remetemos o leitor. Cf. notas de rodapé 219 e 220.

⁷⁹⁹ Discorrendo sobre boa-fé como mecanismo de controle da atuação dos sujeitos processuais, Pinter registra: “A opção pelo uso de uma cláusula-geral de boa-fé como baliza para detectar e coibir as práticas abusivas parece fórmula eficiente pela maior flexibilização que dá ao controle dos abusos nos exercícios de posições jurídicas processuais, possibilitando, para além do mero verbalismo jurídico, o desenvolvimento do dever de atuação segundo a boa-fé objetiva.” (PINTER, Rafael Wobeto. *A boa-fé no processo civil e o abuso de direitos processuais*, p. 129). Em mesma direção Didier Jr.: “O art. 5.º do CPC é espécie de *cláusula geral processual*. A opção por uma cláusula geral de boa-fé é a mais correta. A infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração legal exaustiva das hipóteses de comportamento desleal. Daí ser correta a opção da legislação brasileira por uma norma geral que impõe o comportamento de acordo com a boa-fé. Em verdade, não seria necessária qualquer enumeração das condutas desleais: o art. 5.º do CPC é bastante, exatamente por tratar-se de uma cláusula geral (embora examinando o inciso II do art. 14 do CPC/1973, nesse sentido, também, MENDONÇA LIMA, 1980, p. 61; CABRAL, 2005b, n. 126, p. 69).” (DIDIER JR. Fredie. *Normas fundamentais*, p. 49).

estabelecida, concretamente, pelo juiz.⁸⁰⁰

Isso porque, a leitura feita pelo autor sobre a determinação de sentidos das cláusulas gerais guarda forte acento de um processo de matriz socializadora, que reserva ao juiz a missão salvacionista de decantar padrão de moralidade supostamente compartilhado por toda sociedade, entregando as veias do processo para introdução de elementos metajurídicos e de outras contaminações axiológicas ou de meras preferências do decisor.

Diante de conceitos indeterminados e cláusulas gerais se acresce a importância do processo como espaço para a fixação do sentido e significado normativo. É isto, porque dentro de uma concepção de Estado Democrático de Direito não se pode tolerar que a fixação de sentido e significado seja fruto de concepções morais e axiológicas baseadas no *ethos* exclusivo do magistrado, ou de suposta unidade moral e axiológica social compartilhada, mas que seja fruto do debate em contraditório, do qual possam emergir diferentes concepções de mundo, típicas de uma sociedade plural.

Assim, a boa-fé objetiva como instrumento de correção normativa⁸⁰¹ da atuação dos sujeitos processuais deve ser operacionalizada a partir do devido processo legal, afastando o risco de etiquetagem subjetiva e voluntarista de comportamentos que não são abusivos, e, desta forma, reprimindo injustificadamente iniciativas privadas e o exercício legítimo de posições jurídicas processuais.

A suspeita de exercício abusivo do poder de autorregramento da vontade deve ser posta sob escrutínio do devido processo, designadamente a partir da concreção da garantia do contraditório, de modo que todos os sujeitos processuais possam participar, construtivamente, no processo de atribuição de sentidos da cláusula geral de boa-fé e de eventual corrigenda, acaso necessária.

Os deveres de cooperação do magistrado atuam como instrumento de contenção de decisões precipitadas, bem como de desvios de finalidade do decisor⁸⁰² em relação a finalidade perseguida pelas partes na formulação de uma convenção processual, a princípio, esdrúxula ou sob suspeita de desvio teológico-finalístico.

O dever de consulta irá impor ao magistrado a abertura do espaço processual necessário

⁸⁰⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Art. 5º*, p. 39.

⁸⁰¹ Cf. THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*; NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*.

⁸⁰² Cf. NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*; COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre o direito processual, economia e psicologia*.

para problematização das suas próprias impressões iniciais⁸⁰³, evitando-se, assim, decisões surpresas, que podem injustificadamente frustrar legítimas expectativas dos convenientes em promover iniciativas privadas dentro do espaço assegurado pelo sistema normativo, assumindo o quanto lhes cabe na gestão da estrutura processual.

Pairando dúvidas quanto o conteúdo e a finalidade dos ajustes na promoção da função do processo, deve o magistrado saná-las junto às partes (dever de esclarecimento), exortando, acaso necessário, dos riscos do uso inadequado do processo.

O dever de prevenção, em tema de convenção processual, concretiza-se de modo variado, passando tanto pela oportunidade de correção de vícios que possam levar a invalidação ou negativa de produção de efeitos do ajuste processual consumado, como também na formulação de “teste de realidade”, permitindo que os convenientes, a partir da perspectiva do magistrado, realizem juízo prospectivo das eventuais dificuldades que poderão ser encontradas na execução do acordo, evitando-se que se frustrem expectativas (vide item 6.2.4.1).

Eventualmente, os ajustes poderão ser adaptados de forma a contemplar situações originariamente não previstas, sem embargo da possibilidade da rescisão da convenção processual em razão do reconhecimento pelas partes da inadequação ou inconveniência do ajuste por elas encetado.

7.3 Dos requisitos subjetivos de validade da convenção processual

Para que um negócio jurídico nasça e seja válido é indispensável que o agente capaz exteriorize sua vontade de forma livre e consciente, bem como não tenha por fim burlar lei imperativa ou causar prejuízo a terceiros. Sob essa perspectiva, diz-se que sobre o prisma subjetivo o negócio jurídico – e nisto se inclua as convenções de qualquer espécie – deve conjugar dois requisitos: a capacidade de fato e a perfeição da vontade manifestada⁸⁰⁴.

No que concerne ao primeiro requisito, conforme esclarece Bernardes de Mello, a lei civil fixa, em relação à pessoa natural, de modo genérico, a sua aptidão de discernimento para conhecer e avaliar as consequências práticas e materiais de seu comportamento⁸⁰⁵.

Não por outra razão, o art. 104, II do CC reclama a capacidade do agente como um dos

⁸⁰³ Cf. NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. *Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing*; COSTA, Eduardo José da Fonseca. *Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre o direito processual, economia e psicologia*.

⁸⁰⁴ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*.

⁸⁰⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p. 22.

requisitos de validade do negócio jurídico. Não obstante, conforme se verificará ao longo da exposição, a capacidade é termo plurissignificativo em diversos campos da ciência jurídica, mormente quando em confronto com a noção de capacidade instituída segundo o direito material e o direito processual, sendo indispensável descortinar a qual capacidade se refere o art. 190 do CPC, especialmente considerando a zona gris em que se situam as convenções pré-processuais.

Ademais, ainda que se trate de agente capaz é indispensável que a vontade manifestada tenha sua integridade respeitada, isto é, que ela seja externada levando-se em consideração a real representação dos fatos a que se refere; que tenha sido livre; que não tenha por fim burlar a lei, tampouco externada com propósito de prejudicar interesses de terceiros⁸⁰⁶.

Ao depois, levando-se em conta o esquema corregulatório de normas materiais e processuais que disciplinam a prática das convenções processuais, tendo em conta especificamente o disposto no art. 190 do CPC, é possível visualizar outras causas de deformação da vontade: a manifesta situação de vulnerabilidade e a inserção abusiva em contrato de adesão. Sem mais delongas, analiso estes temas.

7.3.1 A capacidade para celebração das convenções processuais

Segundo o disposto no art. 190 do CPC, só é lícito às *partes plenamente capazes* a celebração de convenções processuais. O legislador processual, porém, não esclarece a que capacidade se refere, suscitando divergências interpretativas em torno do tema, com relevantes impactos práticos.

Concorrem para profusão das divergências interpretativas três fatores preponderantes: a) o reconhecimento razoavelmente tranquilo da tese da correção de normas de direito material e processual na disciplina dos negócios jurídicos processuais; b) a divergência de tratamentos dispensado ao tema da capacidade no campo do direito material e processual, e; c) a inegável possibilidade de se ajustar sobre temas processuais antes da deflagração de processo judicial. A questão assim entendida vai na verdade revelar a necessidade de uma acomodação normativa entre as regras regendo a capacidade para celebração de convenções processuais, em aparente conflito.

No que se refere ao primeiro fator acima indicado, remetemos o leitor às considerações feitas no início deste capítulo quando da abordagem do regime jurídico aplicável às convenções

⁸⁰⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p. 23

processuais, quando apresentamos a tese da correção de normas (vide item 7.1). Passo, então ao segundo fator: a divergência de tratamentos dispensado ao tema capacidade no campo material e processual.

A capacidade jurídica foi definida por Bernardes de Mello como a “aptidão que o ordenamento jurídico atribui às pessoas, em geral, e a certos entes, em particular, estes formados por grupos de pessoas ou universalidades patrimoniais, para serem titulares de uma situação jurídica.”. Ao lado deste esquema geral se colocam outros específicos, relacionados ao exercício de direitos e deveres no mais diversos campos do direito, daí poder-se falar em capacidade de agir, capacidade política, capacidade criminal, competência funcional, e, de modo ainda mais específico, no campo do direito processual, a capacidade de ser parte, a capacidade processual e a capacidade postulatória⁸⁰⁷.

No direito privado, é bastante conhecida a lição segundo a qual toda pessoa – natural ou jurídica – possui capacidade para ser titular de direitos e obrigações (capacidade de direito), muito embora nem toda pessoa (natural) tenha a aptidão para exercer pessoalmente os seus direitos (capacidade de exercício). A capacidade de exercício, diferentemente da capacidade de direito, comporta gradações que vão desde a absoluta incapacidade até a plena capacidade (arts. 3º, 4º e 5º do CC).

Segundo a legislação civil vigente, são plenamente capazes os maiores de 18 anos, absolutamente incapazes os menores de 16 anos e relativamente incapazes, os maiores de 16 e menores de 18 anos, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, os pródigos e aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade. Os incapazes deverão ser representados ou assistidos, conforme se trate de incapacidade absoluta ou relativa, respectivamente (arts 3º, 4º e 5º do CC).

No campo processual, a capacidade de ser parte não se liga estritamente à noção de pessoa nos moldes instituídos pelo direito privado, já que não são apenas aqueles que têm personalidade material que terão a aptidão para assumir uma situação processual (autor, réu, assistente, excipiente, excepto), mas também o nascituro, o condomínio, a massa falida, a herança jacente e vacante, o espólio, as sociedades não-personificadas e as irregulares, os consórcios, os órgãos públicos despersonalizados (Ministério Público, Defensorias Públicas, Mesa de órgãos do Poder Legislativo, Governador de Estado, cartórios, Procon). Nesta linha, têm capacidade de ser parte todos os entes que tenham personalidade jurídica de direito material, bem como os agrupamentos humanos dotados de uma mínima organização, capaz de

⁸⁰⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Achegas para uma teoria das capacidades em Direito*, p. 9.

viabilizar a identificação de seu representante e os interesses que ligam à sua finalidade⁸⁰⁸.

A capacidade processual (capacidade de estar em juízo ou capacidade de fato processual) é a possibilidade de alguém (ou algo) estar pessoalmente em juízo, sem a necessidade de estar representada ou assistida por seus pais, tutores ou curadores, ou por pessoas indicadas pela lei, como, por exemplo, o síndico ou o inventariante⁸⁰⁹.

A regra geral é que toda pessoa que se encontre no exercício de seus direitos tem capacidade para estar em juízo (art. 70 do CPC); o incapaz, no entanto, para estar em juízo deverá ser representado ou assistido por seus pais, por tutor ou por curador, na forma da lei (art. 71 do CPC).

Ocorre, porém que não se pode antecipar relação direta entre a capacidade processual com a capacidade de fato disciplinada pelo direito material, pois existem casos em que poderá não haver coincidência entre os regramentos de ambos os campos. Um maior de 16 anos, muito embora relativamente incapaz pelo regime jurídico material, é capaz de estar em juízo, sem assistência, para propor ação popular; na hipótese existe capacidade processual, sem, contudo, capacidade material, já que o maior de 16 e menor de 18 é considerando relativamente incapaz pela legislação civil. O inverso também é possível. Lembre-se da hipótese do réu preso revel e do réu revel citado de modo ficto, enquanto não for constituído advogado, ou do cônjuge, sem o consentimento do outro, na ação que versa sobre direito real imobiliário (salvo nos casos de separação absoluta de bens); nestes casos tem-se, a princípio, a capacidade material, mas com incapacidade processual⁸¹⁰.

No campo processual existe ainda terceiro conceito: a capacidade postulatória (*ius postulandi*), também designada de capacidade postulacional. Trata-se de espécie de capacidade específica, de índole técnica, exigida por lei, para praticar alguns atos processuais. Dispõem desta capacidade os advogados, públicos e privados (regularmente inscrito nos quadros da OAB), os Defensores Públicos e o Ministério Público. Desta forma, aqueles que não dispõem desta capacidade, para postular seus direitos em juízo – vale dizer, pedir e se defender –, deverão integralizá-la mediante a constituição de advogado e na impossibilidade de fazê-lo, por razões econômicas, a Constituição Federal assegura a assistência jurídica a partir da atuação da Defensoria Pública.

⁸⁰⁸ DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*, p. 111 et. seq., p. 123.

⁸⁰⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. *Achegas para uma teoria das capacidades em Direito*, p. 9.

⁸¹⁰ Cf.: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Da forma dos atos processuais*, p. 385; BARREIROS, Lorena Miranda. *Convenções Processuais e Poder Público*, p. 223; DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo*, p. 134 et. seq.; MEDINA, José Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*, ebook.

A exigência de integralização da capacidade postulatória, encontra fundamento no princípio da igualdade e na segurança jurídica que deve revestir a prática de atos postulativos em juízo. É ocioso lembrar que a incúria ou a inabilidade técnica na administração das situações jurídicas processuais pode redundar em prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação para a parte, fazendo soçobrar não só o patrimônio, mas também direitos da personalidade e a própria liberdade do jurisdicionado⁸¹¹.

Nessa linha, a capacidade postulatória atua, numa primeira perspectiva, nivelando os déficits informacionais afetos ao exercício de direitos e ao próprio funcionamento no mecanismo oficial de solução de conflitos. Numa segunda perspectiva, o patrocínio técnico da parte, como corolário da ampla defesa, traz consigo a ideia fundamental de que a parte pode se valer das situações jurídicas processuais, trazendo aos autos a matéria de fato e de direito que lhe importa na defesa de seus interesses, de modo suficiente, donde se permite a responsabilização pela autogestão de seus interesses em juízo, dentro dos espaços procedimentais e com adequado manuseio técnico da estrutura processual.

Não obstante a relevância do patrocínio técnico da parte na prática dos atos processuais, importa reconhecer que ela se limita a prática de atos postulatórios em juízo, existindo, portanto, atos processuais que podem validamente ser praticados em juízo sem a assistência de profissional habilitado, tal como se dá com o testemunho, a indicação de bens à penhora, o levantamento de alvará destinado à parte. Ademais, existem casos que a própria legislação processual dispensa a capacidade postulatória em certos procedimentos (e.g. nas causas que tramitam junto aos Juizados Especiais, desde que o valor seja inferior a 20 salários mínimos e no *habeas corpus*), sem embargo da autorização legal para a prática de atos postulatórios específicos por parte juiz ao longo de outros procedimentos (defesa nos incidentes de suspeição e impedimento e pedido de instauração de IRDR).

Não fossem sérias o bastante as dificuldades encontradas na busca de sentido do termo capacidade empregado no art. 190 do CPC, a mercê da grande variabilidade conceitual ao seu redor, importa registrar que a convenção processual é instituto que se encontra em uma zona gris, situada na fronteira entre o direito material e processual, circunstância que impossibilita, a princípio, a exclusão de qualquer dos sentidos específicos anteriormente apresentados ao termo colocado sob a investigação neste tópico.

Adicione-se mais um complicador: aquele terceiro fator anteriormente mencionado, as convenções sobre temas processuais podem ser celebradas antes da deflagração de processo

⁸¹¹ Sobre o direito fundamental à defesa técnica, cf. VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. *Precedentes: a mutação no ônus argumentativo*, p. 337-342.

judicial, circunstância que poderia abrir ensanchas para defesa da adoção de sentidos díspares, tendo como fator determinante a existência de litispendência.

Barbosa Moreira, no seu clássico trabalho sobre convenções processuais, discorrendo sobre o tema ao tempo da vigência do CPC/73, portanto sem levar em conta a cláusula geral de convencionalidade processual prevista no art. 190 do CPC, indagava se a validade destes ajustes estariam a exigir a capacidade civil ou bastaria a capacidade de ser parte, inclinando-se em favor da segunda opção, deixando claro, ainda, a desnecessidade da capacidade postulatória para as convenções celebradas extrajudicialmente⁸¹².

Xavier Cabral, Nogueira e Almeida compartilham de posicionamento aproximado. Para a autora, até o ingresso no processo, a convenção processual tem natureza material, razão pela qual seria inexigível a capacidade para estar em juízo e a capacidade postulatória, bastando que a convenção seja instituída por quem detém a capacidade de ser parte; a presença de advogado só seria indispensável quando do ingresso do ato em sede processual⁸¹³. Nogueira, por sua vez, sustenta que “[a]os negócios jurídicos sobre o processo aplica-se apenas o regime de direito material. (...) A partir do momento em que o procedimento tem início, aplica-se ao negócio o regime jurídico processual.”⁸¹⁴.

Para Greco, as convenções processuais (por ele designadas em seu texto, como atos de disposição), praticados dentro ou fora do processo, deverão seguir o regime jurídico de direito processual, naquilo que diz respeito à capacidade, forma e conteúdo, salvo quando disciplinarem simultaneamente efeitos de direito material e processual, hipótese em que deverá observar quanto à capacidade e à forma, a disciplina de direito material, mas quanto ao conteúdo serão regidos simultaneamente pelo direito material e processual, sob pena de serem considerados lícitos e eficazes em um campo, mas não em outro⁸¹⁵.

Theodoro Jr. e outros entendem ser necessárias tanto a capacidade processual como a capacidade postulatória, levando em conta as disposições constantes dos art. 70 e 105 do

⁸¹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*, p. 94.

⁸¹³ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Reflexo das convenções em matéria processual nos atos judiciais*, p. 315.

⁸¹⁴ NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*, p. 237. Em mesmo sentido, Almeida: “A capacidade é regida pelo direito material quando a convenção é pré-processual (estabelecida em cláusula de diferendo, por exemplo). Trata-se da capacidade de gozo ou de exercício, que se assemelha, nas convenções celebradas durante a relação jurídica processual, à capacidade processual ou de estar em juízo. Às pessoas físicas capazes e às pessoas jurídicas, apresentadas na forma de seus atos de constituição, é permitida a celebração de convenções atinentes ao processo. Não basta, portanto, a capacidade de ser parte (pressuposto processual de existência), exigindo-se capacidade processual (pressuposto processual de validade), que permite ao jurisdicionado a prática de atos processuais independentemente da assistência ou representação.” (ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*, p. 130).

⁸¹⁵ GRECO, Leonardo. *Atos de disposição processual: primeiras reflexões*, p.725.

CPC⁸¹⁶.

Por fim, Didier Jr. entende que a capacidade a que se refere o art. 190 do CPC é um tipo de capacidade específica: a *capacidade processual negocial*. Esta nova espécie de capacidade defendida pelo autor seria resultado da fusão da capacidade processual e a ausência de vulnerabilidade, sendo esta compreendida como equilíbrio entre os pactuantes do ajuste, capaz de viabilizar o aperfeiçoamento da negociação em igualdade de condições⁸¹⁷.

A partir do cotejo dos variados posicionamentos sobre o tema, entendo que a capacidade a qual se refere o art. 190 do CPC é a capacidade processual, ainda que o ajuste sobre o tema processual seja celebrado antes da deflagração do processo.

Como se viu, o universo daqueles que podem ser parte no processo é maior do que o universo de pessoas reconhecidas pela legislação civil⁸¹⁸, incluindo, por exemplo, o condomínio e órgãos na defesa de suas prerrogativas institucionais. Acaso a compreensão do art. 190 do CPC tomasse como parâmetro o critério de capacidade disciplinado pela legislação civil, inexoravelmente restaria inviabilizada a estipulação de convenções processuais atípicas por entes com capacidade de ser parte, mas que não são pessoas reconhecidas pela legislação civil, inclusive no curso do processo. Não parece haver razão para, por exemplo, inviabilizar ajustes atípicos entre o condomínio e a parte executada sobre a alteração da ordem de penhora legalmente instituída ou sobre arranjo diferenciado acerca da distribuição das custas processuais.

Por essa mesma razão, discordo daqueles autores que visualizam regimes jurídicos diferentes para as convenções celebradas antes e após a propositura da demanda, reservando para àquelas o regime jurídico exclusivamente de direito material. É bem verdade que uma convenção sobre temas processuais celebradas antes do processo não é convenção processual, por faltar requisito indispensável para sua adjectivação: o processo. No entanto, apesar de serem convenções materiais, seus efeitos serão produzidos no processo, e o processo tem disciplina própria sobre a capacidade (capacidade processual).

Naquelas zonas de intersecção entre os regimes processual e material, por certo, nenhum inconveniente resultará. No entanto, quando o regime da capacidade processual conflita com o regime de capacidades instituído pela lei material, a inconsistência da linha interpretativa em

⁸¹⁶ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, p. 310-311.

⁸¹⁷ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. 1, p. 386.

⁸¹⁸ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. 1, p. 316 (nota de rodapé 15).

comento salta aos olhos.

Tome-se, por exemplo, o caso do réu preso, que a despeito de ser capaz segundo o critério instituído pela lei civil, é incapaz para litigar no sistema instituído pela Lei dos Juizados Especiais (art. 8º da Lei nº. 9.099/95). Muito embora seja possível aos particulares, por via convencional, tornar obrigatória a propositura de demanda perante os Juizados Especiais (por se tratar de procedimento opcional), no caso específico de réu preso (civilmente capaz), esta convenção é inválida, à conta da incapacidade processual instituída pela lei dos Juizados Especiais.

Mais um exemplo: é possível que uma pessoa capaz discipline sobre a estrutura processual nas ações sobre direito real imobiliário; no entanto, acaso o conveniente seja casado (salvo no caso de separação absoluta de bens), eventual convenção processual celebrada será inválida, caso não conte com o consentimento do seu cônjuge, já que a lei processual estabelece hipótese específica de capacidade processual para as pessoas casadas para a propositura de ação real sobre direito imobiliário (art. 73 do CPC)⁸¹⁹.

Acaso as convenções pré-processuais fossem orientadas exclusivamente pelas regras de capacidade material, a massa falida, a herança jacente, o espólio e o condomínio, conquanto possam figurar como parte no processo e nele realizar atos válidos, não poderiam ajustar sobre temas processuais antes da propositura de uma demanda, já que não são pessoas para o direito civil. Essa restrição, segundo penso, seria injustificável.

A capacidade de ser parte também não apresenta melhor sorte na compreensão do termo capacidade previsto no art. 190 do CPC. A capacidade de ser parte é pressuposto de existência da convenção processual e não um requisito de validade⁸²⁰.

Desse modo, na remotíssima hipótese de uma convenção processual ser celebrada por quem não tem capacidade de ser parte no processo, ela não será apenas nula, mas inexistente. Se a capacidade de ser parte se refere ao plano da existência de um negócio jurídico processual, a ser analisada, necessariamente, em etapa anterior àquela feita no plano da validade, não pode ser este o sentido que melhor significado reserva ao termo capacidade previsto no art. 190 do

⁸¹⁹ Consignando expressamente como uma hipótese de capacidade processual específica: DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. Vol. 1, p. 320; GAJARDONI, Fernando da Fonseca et. all.. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral*, ebook; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. Vol. 1, p. 529. Cuidando como hipótese de legitimação específica: MEDINA, José Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*, ebook. Chegando a mesma conclusão defendida no texto: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Da forma dos atos processuais*, p.385; CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p. 278.

⁸²⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, p. 314.

CPC, que cuida dos limites de validade das convenções processuais atípicas.

Analiso agora a questão da exigibilidade da capacidade postulatória para celebração de convenções processuais atípicas.

É de todo recomendável que as partes, designadamente aquelas com menor instrução e conhecimento sobre os melindres do universo jurídico e do funcionamento do mecanismo oficial de solução de conflitos, sejam acompanhadas por profissional técnico – advogado ou defensor público – quando da celebração de ajustes sobre temas processuais, de modo a se evitar a pilhagem de direitos processuais, capazes de comprometer a própria defesa de seus interesses em juízo.

Por certo, a assistência técnica de profissional qualificado reduz (e muito) os riscos de manipulação das estruturas processuais em detrimento do conveniente débil. Entretanto, entre o recomendável e o exigível vai grande distância.

Razão assiste a Yarshell ao afirmar que o fato de as convenções processuais terem como objeto atos que integram o procedimento e posições jurídicas processuais não é o bastante para transformar em obrigatória a presença do advogado, quando da celebração de um negócio jurídico. Para que isto ocorresse seria indispensável previsão legal⁸²¹.

Nesse particular, é importante lembrar que a disciplina sobre temas processuais pode constar inclusive de outros ajustes maiores, destinados a também disciplinar temas de direito material, tal como ocorre nas cláusulas de foro de eleição apostas nos contratos de locação ou compromisso arbitral firmados em contratos administrativos. Acaso a exigência de acompanhamento técnico-profissional fosse exigível para celebração negócios jurídicos criarse-ia um grande embaraço para o tráfego jurídico.

É bom que se lembre que na cláusula compromissória, uma das mais drásticas convenções processuais, a lei não exigiu a assistência técnica do advogado quando de sua estipulação, daí ser irrazoável fazer tal exigência para ajustes de menor envergadura.

De uma forma ou de outra, é importante consignar duas coisas: a) a celebração de negócio jurídico, seja ele material ou processual, não é ato postulatório, razão pela qual a sua prática não fica subordinada à necessidade de capacidade postulatória. Aliás, é importante lembrar que a negociação processual realizada por advogado vai exigir a outorga de poderes especiais, acaso incorra direta ou indiretamente em qualquer das hipóteses não abrangidas pela cláusula de poderes *ad judicium* (art. 105 do CPC); e, b) a possibilidade de disciplinar sobre temas processuais antes do surgimento do processo, muitas vezes com objetivo de se favorecer o

⁸²¹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?*, p. 88.

cumprimento dos deveres anexos de direito material (*e.g.* obrigatoriedade de fornecer acesso à documentos), pode atuar no sentido de se evitar a deflagração do processo, e tendo sido evitado o processo nada foi judicialmente postulado, e se nada foi juridicamente postulado, por certo capacidade postulatória não se exige.

Contudo, para além da análise dogmática do tema, não é possível deixar de consignar a severa preocupação com as consequências jurídico-processuais que podem advir da celebração de convenções sobre temas processuais, sem o patrocínio técnico-jurídico de advogado ou defensor público, conforme o caso, numa sociedade com grave desvio de distribuição de renda e acesso à direitos fundamentais básicos.

A incompreensão acerca do sistema oficial de solução de conflitos para boa parte da população, a dificuldade do cidadão comum em compreender a linguagem jurídica, o não cumprimento dos deveres anexos do contrato (designadamente o dever de informação e de proteção), conspiram para que as convenções processuais celebradas fora do ambiente judicial seja fonte de pilhagem de direitos e garantias processuais, designadamente a partir de leitura excessivamente liberal do instituto, pressupondo neossujeitos, capazes de fazer cálculos prospectivos sobre os mais variados assuntos de uma vida cada vez mais privatizada (vide capítulo 4). A preocupação externada é ainda maior quando a convenção processual é instituída em contratos de adesão, cujos instrumentos são, normalmente, redigidos por profissionais do direito contratados pelo proponente⁸²².

É de se consignar que para as convenções processuais celebradas *fora* do processo, mas durante o seu curso, é de bom alvitre que elas sejam celebradas com acompanhamento do advogado (ou defensor público, conforme o caso), inclusive para se evitar eventuais impugnações acerca da validade do ajuste, à conta de erro, de dolo, lesão ou outro vício do consentimento. Caso a proposta de convenção processual seja apresentada em juízo por um litigante, representado juridicamente por advogado ou defensor público, a seu *ex adverso*, sem patrocínio técnico, também é aconselhável que o juiz vele pela partidariedade de armas entre os litigantes, sugerindo a parte desassistida a integralização da capacidade postulatória antes de

⁸²² No caso específico das convenções processuais sobre o regime dos honorários advocatícios fixados em juízo é indispensável que o causídico anua expressamente com o ato praticado, sob pena de ineficácia do ato, consoante disposto no art. 24, §4º da Lei nº. 8.906/94. Nesta direção também aponta o Enunciado 402 do FPPC: “A eficácia dos negócios processuais para quem deles não fez parte depende de sua anuência, quando lhe puder causar prejuízo.”. De toda forma, é importante perceber que a anuência do advogado para eficácia da convenção processual em questão não se dá em virtude de uma particular exigência de capacidade postulatória, mas em razão do princípio da relatividade contratual, o qual institui a ideia de que os ajustes negociais não vinculam aqueles que não foram parte da avença. Cf. GALANTER, Marc. *Por que “quem tem” sai na frente: especulações sobre os limites da transformação do direito.*

aderir ao ajuste⁸²³.

Muito embora a capacidade postulatória não seja um dos requisitos de validade dos negócios jurídicos processuais, a falta de assistência técnica pode ser importante indicador da vulnerabilidade do convenente, máxime naqueles casos em que a disciplina processual resultante do ajuste implique em posição processual desvantajosa para a parte. Caminha nesta direção o Enunciado 18 do FPPC: “Há indício de vulnerabilidade quando a parte celebra acordo de procedimento sem assistência técnico-jurídica.”. Assim, a falta de assistência técnico-jurídico do convenente não traduz em circunstância concludente acerca da vulnerabilidade, mas inegavelmente é ponto situado no meio do caminho rumo a essa conclusão⁸²⁴.

A despeito da ausência da assistência técnico-jurídica, o convenente por ter conhecimento jurídico suficiente para compreender com exatidão os termos e a extensão dos efeitos jurídicos projetados a partir do ajuste. É que o se daria, por exemplo, no caso do convenente desassistido por advogado, mas que tem por ofício a judicatura ou a docência jurídica. Certamente, nos casos em que o declarante possui conhecimentos jurídicos o indício de vulnerabilidade se esmaece, jogando no sentido da validade da declaração externada.

A meu ver, não existe razão de para se incorporar o conceito de *capacidade processual negocial*, resultado da junção da capacidade processual e a inexistência de vulnerabilidade, nos moldes defendidos por Didier Jr., pela ausência de utilidade.

De fato, a vulnerabilidade analisada como requisito subjetivo autônomo ou dentro de uma categoria mais abrangente capaz de absorvê-la redundaria em efeitos práticos equivalentes: a inexistência de vulnerabilidade do convenente é um requisito de validade do ajuste processual.

No campo teórico, também não vislumbro vantagens na introdução do conceito, e, acaso eu esteja correto, a prudência recomenda não introduzir novo conceito à ciência processual, capaz de fomentar mais o desencontro de ideias entre os estudiosos do que efetivamente

⁸²³ No sentido que vai, CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*, p. 90. Consigne-se, por oportuno, que não cabe ao magistrado substituir o papel do advogado ou defensor público em relação a este tema, não assumindo o dever de auxílio uma conotação mengeriana de assistência material da parte tecnicamente em situação de inferioridade informacional.

⁸²⁴ Nesse particular, relembre a lição de Barbosa Moreira: “O que o indício tem em comum com um documento ou com o depoimento de uma testemunha é a circunstância de que todos são pontos de partida. Enquanto, porém, o documento ou o testemunho são unicamente pontos de partida, o indício, repita-se, já é, ao mesmo tempo, um ponto de chegada. Não, ainda, o ponto final; mas um ponto, sem dúvida, a que o juiz chega mediante o exame e a valoração do documento ou do depoimento da testemunha. O indício, para resumir, é ponto de partida em confronto com a presunção, e é ponto de chegada em confronto com a prova documental ou testemunhal. Tanto basta, ao nosso ver, para que seja impróprio colocá-lo no mesmo nível destas.” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *As presunções e as provas*, p. 59). Para Raatz, a ausência de advogado redundaria na presunção de vulnerabilidade relativa (RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*, p. 258), posição com a qual não concordo.

favorecer o esclarecimento em torno do tema da negociação processual. A *Babel jurídica* deve ser sempre evitada.

Assim, se é certo que validade de uma convenção processual se sujeita ao requisito negativo consistente na ausência de vulnerabilidade do declarante, e nisto não discordo do processualista baiano, é bem de ver que a redação do parágrafo único do art. 190 do CPC, dá ao termo vulnerabilidade referência expressa, a indicar, segundo penso, tratamento jurídico específico.

Na linha do antes sustentado, a vulnerabilidade da parte macula a validade do negócio jurídico, mas a “manifesta situação de vulnerabilidade” poderá ser reconhecida de ofício pelo magistrado; esta distinção de tratamento entre a vulnerabilidade e a vulnerabilidade manifesta, que repercute nas iniciativas dos atores processuais na abertura procedimental para declaração da invalidade da convenção é o quanto basta para concluir que a vulnerabilidade é requisito específico de validade dos negócios jurídicos processuais, portanto, não absorto no termo “capacidade” constante do *caput* do art. 190 do CPC.

Avançando no tema da capacidade para celebrar convenções processuais atípicas, resta uma última questão a ser enfrentada, qual seja, os incapazes podem celebrar convenções processuais atípicas? A razão da indagação reside no fato de o *caput* do art. 190 do CPC estabelecer que as convenções processuais só poderão ser realizadas por *partes plenamente capazes*, abrindo margem ao entendimento de que não seria lícito aos absoluta ou relativamente incapazes ajustar sobre temas processuais, ainda que representadas ou assistidas.

A corrente majoritária tem se inclinado por essa possibilidade. Nesta linha, Didier Jr. registra que por se tratar de negócio jurídico, nada mais natural que se exigir a capacidade processual para celebrá-los. Logo, os incapazes, desde que devidamente representados, não estão impedidos de celebrar negócios jurídicos processuais⁸²⁵.

Câmara, quanto à essa questão, não hesita em afirmar que pela leitura do art. 190 do CPC “apenas partes *capazes* podem celebrar negócios processuais, não sendo válida sua celebração por incapazes, ainda que representados ou assistidos.”⁸²⁶.

Em mesma direção acena Gajardoni, acrescentando que a inviabilidade de celebração de negócios processuais decorre da recomendação do interesse público em preservar a situação jurídica do incapaz, conforme as regras legais, tal qual foi feito no art. 1º da Lei de Arbitragem

⁸²⁵ DIDIER JR. Fredie. *Arts. 190 e 191*, p. 298

⁸²⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil*, p. 126

(Lei nº. 9.307/96)⁸²⁷.

Yarshell a despeito de entender pela impossibilidade de que os incapazes celebrem negócios jurídicos, ainda que representados ou assistidos, obtempera que nem sempre será o caso de declarar-se a nulidade do ajuste, pois, no âmbito do direito processual, não há falar em nulidade sem prejuízo. Ao depois, a gradação da incapacidade civil, que se projeta também no campo das invalidades, resultará em hipóteses de anulabilidade dos atos praticados pelos relativamente incapazes, vício que está inclusive a desafiar, para o seu reconhecimento, a iniciativa da parte interessada (art. 171 do CC)⁸²⁸.

O posicionamento de Câmara, Gajardoni e Yarshell bem ilustra o posicionamento minoritário sobre o tema, trazendo importantes luzes à reflexão.

De fato, levando-se em consideração as especificidades processuais na regência das nulidades processuais, não há falar em decretação de nulidade sem a comprovação de prejuízo; a inteligência que interdita a invalidação de ato processual por preterição de forma, desde que alcançado o seu objetivo (art. 277 do CPC), também interdita a decretação da invalidade de convenção processual celebrada por incapaz, ainda que sem a representação ou a assistência de estilo, quando do conteúdo e dos efeitos decorrentes do ajuste são manifestamente benéficos ao incapaz (*e.g.* ampliação de prazo)⁸²⁹.

É isso porque a tutela endereçada aos incapazes atua conferindo-lhes proteção adicional, a compensar a falta de perfeita compreensão para a prática de atos jurídicos. As normas criadas com o intuito de atuar como escudo para o incapaz, evitando o aproveitamento oportunista de sua especial condição de fragilidade, não podem ser interpretadas de modo a subtrair-lhes uma posição jurídica de vantagem, isto é, não será possível invalidar uma convenção processual mais vantajosa para o incapaz do que o próprio tratamento legal a ele dispensado, a pretexto de proteger-lhes; a incoerência argumentativa seria evidente.

É importante que fique bastante claro: não invalidar uma norma convencional vantajosa

⁸²⁷ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et. all.. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral*, ebook.

⁸²⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?*, p. 85-86. Em relação à incapacidade relativa do agente Müller tem interessante entendimento: “Embora a capacidade relativa constitua causa de anulabilidade (CC, art. 171, I), os negócios processuais firmados por pessoas relativamente incapazes também são inválidos. É que o *caput* do art. 190 do CPC é bastante claro no sentido de que os negócios processuais exigem plena capacidade dos agentes. Entretanto, como todo negócio sujeito à anulação admite-se a confirmação posterior, especialmente quando inexistir prejuízo a terceiro, a teor dos artigos 172 e 175 do CC.” (MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios Processuais e a desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*, p.165).

⁸²⁹ Nesse sentido, o Enunciado 16 do FPPC: “O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo.”.

para conveniente incapaz, significa que não se deve decretar a invalidade de um ato processual sem que dele decorra prejuízo ou que tenha cumprido sua finalidade, que, *in casu*, é proteger os interesses do incapaz. Isto, no entanto, não significa que o incapaz está autorizado, ainda que devidamente representado ou assistido, a manejar indiscriminadamente a cláusula de convencionalidade processual⁸³⁰.

Não sendo possível aferir, *a priori*, vantagem processual decorrente da convenção processual atípica, a questão deve ser submetida ao crivo do contraditório; persistindo dúvidas, designadamente quanto àquelas que podem afetar, ainda que de modo reflexo, a defesa dos direitos do incapaz, a questão deve ser dirimida em prol da disciplina obtida a partir do devido processo legislativo.

Muito embora a incapacidade processual possa ser integralizada pelos representantes e assistentes (art. 71 do CPC), em tema convencionalidade processual atípica, as portas do poder de autorregramento da vontade em tema de calibragem da estrutura procedimental não lhes foram abertas. É a conclusão a que chega tomando em conta a expressão *partes plenamente capazes*, constante do *caput* do art. 190 do CPC.

A lição segundo a qual seria possível a celebração de acordos processuais por pessoas sem a perfeita compreensão para a prática dos atos jurídicos, desde de que representados ou assistidos, a partir do aveludado discurso de que estas convenções poderiam lhe resultar em regramento mais benéfico, dá margem para a convencionalidade processual para o bem, mas também para o mal, ou seja, para o aperfeiçoamento de estruturas processuais, mas também para a pilhagem de direitos processuais dos incapazes; se esta última possibilidade é factível, agiu bem o legislador em limitar o manejo da cláusula geral de convencionalidade processual àqueles *plenamente capazes*.

Não seria ocioso lembrar que a convencionalidade processual atípica poderia ser eventualmente utilizada como uma válvula autorizativa para, segundo a conveniência da atividade do representante legal ou do curador especial (e em seu próprio interesse), moldar as situações jurídicas ainda que em detrimento do incapaz.

De toda sorte, é de se registrar que nos processos envolvendo interesses de incapaz, o

⁸³⁰ Marinoni e outros sustentam que “(...), ao contrário do que supostamente sugere a lei brasileira, pouco importa se o beneficiário desse acordo é incapaz ou não. Se ele é favorecido pelo acordo, não haveria razão para negar-se ao pacto validade. O que não poderia ocorrer é a permissão para o incapaz "dispor" de suas faculdades processuais - isso porque nessa hipótese o prejudicado poderia ser o incapaz, surgindo aí razão para se negar validade ao acordo.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. Vol. 1, p. 529). A despeito do posicionamento dos autores produzirem efeitos práticos análogos aos que defendemos ao longo do texto, acreditamos ser válida a distinção apresentada, por não baralhar temas afetos ao regime de validade das convenções processuais com a sanção que eventualmente pode lhe recair.

Ministério Público deverá intervir como fiscal da ordem jurídica, cabendo-lhe eventualmente manifestar sobre a necessidade de invalidação de convenção processual celebrada por incapaz.

7.3.1.1 A questão da capacidade funcional para celebrar convenções processuais atípicas pelos representantes da Fazenda Pública

Corre de modo subjacente à discussão acerca da possibilidade de a Fazenda Pública figurar como parte nos negócios jurídicos processuais atípicos a desconfiança acerca da possibilidade normativa de se promover soluções ajustadas pelo representante judicial da Fazenda Pública, sem se vulnerar os princípios da indisponibilidade do interesse público e da legalidade (juridicidade), que, no campo do direito público, atua exigindo que o agente público só faça aquilo que a lei permite ou autoriza. Nesta linha, entra em rota de análise o conceito de competência, isto é, os limites instituídos por lei, dentro dos quais um agente público pode legitimamente exercer sua atividade (art. 2º, parágrafo único, a, da Lei nº 4.717/65).

A ideia de competência está para o direito público, como a de capacidade está para o direito privado, com um dado adicional: no direito público além das condições necessárias à capacidade, o sujeito da vontade deve atuar dentro da esfera traçada pela lei⁸³¹.

Dessa última observação ressaí importante distinção entre o sistema de capacidades que orienta a atuação dos sujeitos no direito privado e do sistema de capacidade que permite que agente público manifeste de forma válida a vontade da Administração: no direito privado, uma vez atingida a maioria, a incapacidade constitui exceção à regra geral que joga no sentido da plena capacidade do sujeito; no direito público, à conta da necessidade de que a atuação do agente se dê dentro do âmbito traçado pela lei, a incompetência é a regra geral, que pode ser excepcionada pela lei atribuidora de competência para ação⁸³². Aliás, é bom que se registre que a competência é sempre requisito vinculado⁸³³, mesmo diante de atos administrativos discricionários.

Diante daquelas hipóteses nas quais a legislação expressamente consagra a possibilidade de celebração de negócios sobre temas processuais – tal como se dá com submissão de litígios ao processo arbitral (art. 1º da Lei nº. 9.307/96) e de conciliação, transação e desistência nos processos submetidos à competência dos Juizados Especiais Federais (art. 10, parágrafo único,

⁸³¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, ebook.

⁸³² BARREIROS, Lorena Miranda. *Convenções Processuais e Poder Público*, p. 306.

⁸³³ MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*, ebook. Em mesmo sentido, Carvalho Filho, registrando que a discricionariedade de ato administrativo reside no motivo e objeto (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, ebook).

da Lei nº. 10.259/01) – conquanto não elimine por completo as divergências doutrinárias sobre a possibilidade do agente público encetar ajustes sobre temas processuais, a previsão legal, quando menos, transfere (ou intensifica) a discussão para paragens diversas da competência para celebração do ajuste, situando-a mais precisamente no âmbito da finalidade, objeto e motivo para a prática do ato administrativo, com reflexos na disciplina processual.

De mais a mais, interessa pontuar que os negócios processuais típicos, como a desistência e a renúncia recursal ou suspensão consensual do processo sempre foram realizados pela Fazenda Pública, sem maiores alardes pela literatura processual, antes mesmo da existência de uma cláusula geral de convencionalidade processual, nos moldes daquela prevista no art. 190 do CPC⁸³⁴.

No âmbito da convencionalidade processual atípica, à mercê da impossibilidade de determinação das hipóteses que poderão resultar da modulação do conteúdo eficaz da declaração de vontade, o controle subjetivo da validade das convenções processuais é tema revestido de acentuada complexidade, sendo, a meu ver, insuficiente a análise da questão a partir de uma autorização genérica de calibragem processual nos moldes constantes do art. 190 do CPC, em razão da simples (porém, relevantíssima) circunstância de haver diferença entre os sistemas de capacidade civil e de competência do direito público.

Como se sabe, à Advocacia Pública cabe a representação judicial e extrajudicial, inclusive a atividade de consultoria, dos entes públicos (arts. 131 e 132 da CF/88). Dentro desta perspectiva, seria lícito indagar se caberia cada procurador, no exercício de funções, encetar ajustes processuais atípicos naqueles processos em que atua? A questão revolve o controvertido tema da independência funcional dos advogados públicos.

Não obstante a divergência sobre o tema, cujo enfrentamento extravasaria o objeto deste estudo, no julgamento da ADI 470, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, o STF posicionou-se no sentido de inexistir independência funcional dos procuradores públicos⁸³⁵.

A despeito dessa decisão, a meu ver, a atuação do advogado público não comporta nível de autonomia funcional que lhe autorize indiscriminadamente a deixar de atuar em prol dos

⁸³⁴Cf. BARREIROS, Lorena Miranda. *Convenções Processuais e Poder Público*; BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia Pública e solução consensual de conflitos*.

⁸³⁵ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTS. 96 E 100, I E III, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO AMAZONAS. INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL DOS PROCURADORES ESTADUAIS. Perda do objeto do feito em relação ao art. 96 e ao inciso III do art. 100 da Carta amazonense, tendo em vista posteriores modificações nos textos normativos impugnados. O inciso I do mencionado art. 100, por sua vez, ao atribuir independência funcional aos Procuradores do Estado do Amazonas, desvirtua a configuração jurídica fixada pelo texto constitucional federal para as Procuradorias estaduais, desrespeitando o art. 132 da Carta da República. Ação julgada procedente, tão-somente, para declarar a inconstitucionalidade do inciso I do art. 100 da Constituição do Amazonas. (ADI 470, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/2002, DJ 11-10-2002).

interesses da pessoa jurídica cuja defesa lhe cabe, mas guarda certo grau de discricionariedade na condução dos processos em que atua e na formulação da estratégia defensiva nos interesses do ente por ele representado; poder-se-ia dizer que se trata de uma autonomia funcional *sui generis*. A advocacia – seja ela pública ou privada – não é uma atividade autômata e plenamente padronizável, ainda que em contexto de litígios de massa, daí porque certo grau de autonomia no desempenho de suas funções parece-me irrecusável.

A equalização entre essa autonomia funcional e a defesa dos interesses do ente público é o que precisamente vai permitir divisar soluções para o poder de autorregramento da vontade do ente público, judicialmente representado pelo advogado público.

Uma primeira solução que poderia ser aventada para aferição da capacidade dos advogados públicos para a celebração de negócios processuais atípicos consistiria na instituição de rol de hipóteses em que seria possível instituir ajustes deste jaez. Esta solução, conquanto tenha inegável ganho em questão de segurança jurídica para os advogados públicos, pode trazer consigo inconveniente de se negar a possibilidade de se instituir ajustes processuais não divisados pela norma, acaso o rol por ela instituído seja interpretado de modo restritivo (*numerus clausus*). Não é ocioso lembrar que a vantagem de cláusula geral de convencionalidade processual atípica está justamente na possibilidade de se permitir a customização processual a partir das necessidades concretas do litígio, sendo verdadeiro contrassenso tentar represar na tipicidade aquilo que nasceu para ser atípico. No entanto, a previsão de rol *numerus apertus* de hipóteses nas quais os ajustes processuais atípicos seriam admissíveis pelo advogado público constitui parâmetro inicial para o controle da competência para convenções processuais.

Nessa linha, parece ser possível viabilizar a convencionalidade atípica naqueles casos em que a lei admite a prática pelos advogados públicos de atos dispositivos quanto à matéria de fundo controvertida (reconhecimento do pedido e transação). Ora se a lei admite a prática de atos dispositivos quanto ao próprio direito material controvertido, admitindo inclusive o reconhecimento do pedido (negócio jurídico sobre o objeto do litígio), não parece haver empecilho para a prática de negócios jurídicos com reflexos processuais de menor envergadura⁸³⁶.

Não se pense, porém que a impossibilidade de se ajustar quanto ao direito material controvertido inviabilizaria, de per si, a instituição de convencionalidade atípica pelos advogados públicos com outros atores processuais. Mesmo nos casos em que o direito material

⁸³⁶ BRANCO, Janaína Soares Noleto Castelo. *Advocacia Pública e solução consensual de conflitos*, p. 171.

controvertido não admita autocomposição, o exercício da convencionalidade atípica pode resultar em regra mais vantajosa para Fazenda Pública (*e.g.* ampliação de prazo), não decorrendo, portanto, qualquer prejuízo direto ou indireto ao interesse público subjacente. Em outros casos, porém que não é possível vislumbrar vantagem ou tampouco desvantagem para os interesses da Fazenda Pública, tal como poderia se dar com a inversão consensual da ordem de inquirição de uma testemunha, a distribuição de tempo de sustentação oral nos feitos em que há litisconsórcio ente as Fazendas Públicas de pessoas políticas distintas, ou estipulação de memorias escritos em substituição dos orais apresentados em audiência; nestes casos também não há razão para recusar a validade da convenção processual, porque a norma resultante do ajustes se não favorece a defesa do interesse público, tampouco o compromete. Inexistindo dúvidas quanto a eventual prejuízo do ajuste processual, não há razão para invalidá-lo.

Entrementes, a convencionalidade processual atípica por parte do advogado público não terá a extensão deferida aos particulares no exercício do poder de autorregramento da vontade, por força dos princípios da indisponibilidade do interesse público e de outros que dão contextura a atuação da Administração Pública, dentro e fora do juízo. Assim, naqueles litígios envolvendo direitos indisponíveis, desde que não exista disposição reflexa ao direito material defendido pela Fazenda Pública, a convencionalidade processual atípica poderá atuar no sentido de emprestar maior concreção aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

Com efeito, nas demandas envolvendo litígios estruturais, a celebração de convenções processuais atípicas pode atuar de modo a facilitar a implementação da decisão judicial, instituindo ao lado do juiz e de outros interessados cronograma para o cumprimento da decisão, bem assim dos critérios para análise do controle de cada etapa da política pública cuja implementação se pretende, substituindo esquema ortodoxos de cumprimento das decisões judiciais. Nestes casos, a convenção processual pode permitir, o cumprimento da decisão judicial, levando-se em conta na equação de concretização de políticas públicas os interesses da Administração, nem sempre suficientemente contemplados⁸³⁷.

De uma maneira ou de outra, afigura-se viável a formulação de rol em que seria vedada a instituição de ajustes processuais, fixando limites a atuação do advogado público, com vistas a preservação do interesse público e a construção de parâmetros mais isonômicos em relação à

⁸³⁷ Cf. NUNES, Dierle. *Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória*; THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas*; OSNA, Gustavo. *Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas*; ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (orgs.) *Processos estruturais*.

convencionalidade processual.

As restrições à convencionalidade processual instituídas nesse rol, entretanto deveriam comportar interpretação restritiva, de modo a não engessar excessivamente a atuação do advogado público na calibragem processual.

Nessa perspectiva, seria viável a criação de parâmetros restritivos aos ajustes processuais atípicos, vedando-se, por exemplo, a estipulação convencional de mudanças de procedimento quando inexistir peculiaridades fáticas e jurídicas no caso concreto que as justifique ou a celebração de convenções obrigacionais sobre o regime financeiro do processo ou que resulte em renúncia de receita. A proibição de celebração de convenções processuais capazes de comprometer, ainda que de modo reflexo, os interesses indisponíveis também poderiam compor esse rol.

Entre os extremos daquilo que estaria expressamente permitido e aquilo que estaria vedado, haveria margem de discricionariedade deferida ao advogado público, sem embargos de outros critérios adicionais, formulados pela lei ou respectiva chefia das instituições.

Evidentemente, que os atos praticados e excesso ou desvio de poder implicariam na responsabilização pessoal do advogado público, na forma da lei.

De toda sorte, não há que se exigir que lei processual estabeleça a extensão da competência funcional dos advogados públicos no que toca ao exercício da convencionalidade atípica; à disciplina processual deverão se seguir outras normas que disciplinam a atuação dos advogados públicos, cumprindo o esquema corregulatório que orienta a celebração de convenções processuais atípicas, respeitando-se a autonomia legislativa e administrativa dos entes parciais na organização e estruturação da Advocacia Pública (art. 131 e 132 da CF/88).

Considerando o esquema corregulatório de normas que estabelecem os limites da competência de atuação dos advogados públicos, parece ser possível exigir a indicação da fonte normativa que circunda a prática das convenções processuais atípicas (indicação da norma administrativa atribuidora de competência), e, acaso inexistente, que o advogado público apresente justificativa para a prática do ato, demonstrando a correlação entre o ato negocial levado à efeito e sua pertinência com o atendimento da finalidade pública.

Certamente a solução aventada desagradará a muitos, tachando-a de burocrática, engessadora e publicista, mas é preferível certa antipatia em relação a proposta sugerida a permitir o uso indiscriminado da cláusula geral de convencionalidade processual por quem apresenta Fazenda Pública em juízo.

É bem de ver que em setembro do corrente ano (2019), com a promulgação da chamada Lei da Liberdade Econômica (Lei nº. 13.874), que alterou a redação do art. 19, §§ 12 e 13 da

Lei nº. 10.522, fica expressamente contemplada a possibilidade de os órgãos da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, no âmbito de sua atuação, celebrarem negócios jurídicos processuais.

De toda forma, com vista a estabelecer certo controle sobre a celebração de negócios processuais por parte dos órgãos de execução da PGFN, deverá a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional regulamentar a utilização do instituto, pelo quê parecem pertinentes as considerações acima tecidas (art. 19, §13 da Lei 10.522).

7.3.2 A integridade da manifestação de vontade

A validade do negócio jurídico, e nisto se inclua a do negócio jurídico processual, pressupõe a integridade do consentimento externado pelo declarante, vale dizer: que ele seja externado de modo livre, consciente e de boa-fé. Segue-se então que um negócio jurídico que teve o consentimento corrompido, por um vício da vontade ou social, é negócio jurídico defeituoso, e como tal, pode ter sua invalidade decretada.

Muito embora nunca se tenha negado que os atos processuais são essencialmente fatos humanos voluntários, a literatura processual clássica visualizava a vontade sob uma perspectiva genérica, relegada a posição secundária, decorrente da necessidade de se conferir ao processo disciplina, agilidade e segurança. Sob esta perspectiva, raros eram os casos nos quais se reconheciam a possibilidade de se invalidar ato processual por vício da vontade⁸³⁸.

Não é esse, porém o estado atual da arte, no qual a literatura processual contemporânea não mais encara a vontade no processo como dogma impenetrável. Dentro desta vertente, o renascimento do interesse da literatura processual pelo tema dos negócios processuais acaba colocando novamente em evidência a necessidade de se investigar, de modo mais substancial, o consentimento dentro do panorama geral dos atos processuais⁸³⁹.

Muito embora o CPC vigente não tenha dado tratamento sistemático ao tema dos vícios de vontade aplicável aos atos processuais, é bem de ver de que a higidez do consentimento se encontra presente em várias passagens da legislação processual. Lembre-se, por exemplo, que

⁸³⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Vol. I, p. 291; SILVA, Ovídio A. Baptista; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria geral do processo civil*, p. 191; SILVA, Paula Costa e. *Acto e processo: regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativos*, p. 165 et. seq..

⁸³⁹ GODINHO, Robson. *Negócios jurídicos processuais sobre o ônus da prova no Novo Código de Processo Civil*, p. 24 et. seq.; RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*; SILVA, Paula Costa e. *Regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo*; CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*.

o CPC permite a anulação da confissão havida por erro de fato ou coação (art. 393 do CPC); a anulação da partilha amigável por erro essencial, dolo ou coação (art. 657 do CPC) e; a invalidação da decisão de mérito transitada em julgado, quando resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida, bem assim nos casos de simulação ou colusão das partes com a finalidade de fraudar a lei (art. 966, § 4º do CPC)⁸⁴⁰.

Não fosse isso o bastante, a inegável necessidade de se manter a segurança, disciplina e agilidade dos atos processuais não é inexoravelmente incompatível com a preocupação com a manutenção da higidez do consentimento nos atos processuais, de modo que a aplicação da disciplina dos defeitos do negócio jurídico, constante do Código Civil, pode perfeitamente colmatar a lacuna da legislação processual.

Caminha nesse sentido o Enunciado 132 do FPPC: “Além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios jurídicos atípicos do art. 190.”.

Na medida em que a falta de conhecimento técnico-jurídico pode constituir porta para pilhagem de direitos processuais, permitindo que um contratante se aproveite da situação de inferioridade informacional de outro conveniente para distribuir de modo desequilibrado situações jurídicas processuais, acresce a importância em assegurar a integridade ao consentimento dos declarantes, sendo certo que o direito processual não pode ficar imune ao normativo de direito material que caminha exigindo correta representação da realidade para a validade da declaração de vontade.

Nessa linha, os vícios do consentimento previstos na legislação civil – erro, dolo, coação, lesão e estado de perigo – vão no sentido de se assegurar que a manifestação de vontade do declarante corresponda àquilo que foi realmente querido, rechaçando a validade da declaração que destoa do efetivamente desejado pelo agente.

A boa-fé objetiva aliada à possibilidade de anulação de convenção processual por erro ou por dolo podem servir para manutenção de um virtuoso ciclo de transparência nas tratativas negociais, impondo o fluxo de informação necessário para consentimento livre e esclarecido.

O conveniente, designadamente o proponente da convenção processual, deverá, em atenção ao princípio da boa-fé objetiva, prestar as informações necessárias para a compreensão do conteúdo e eficácia do ajuste, já que a negativa da informação ou o seu falseamento poderão resultar na invalidação do negócio jurídico processual por dolo. Assim, a ameaça de invalidação do negócio processual por dolo pode inibir a captação maliciosa do consentimento da parte mais

⁸⁴⁰ BARREIROS, Lorena Miranda Santos. *Convenções Processuais e Poder Público*, p. 241 et. seq..

vulnerável.

Na mesma direção, o erro, compreendido dentro da moderna perspectiva da boa-fé objetiva, vai impor ao declarante a necessidade de buscar esclarecer os elementos do negócios que lhe causem maior perplexidade, pois a eficácia invalidante do erro não se atrela exclusivamente a uma falsa representação da realidade acerca de um elemento determinante do negócio, mas também ao fato de ser reconhecível pela outra parte⁸⁴¹.

Na mesma linha, a possibilidade de invalidação de um negócio processual à conta de vício de lesão, pode atuar não apenas evitando que a parte mais forte se aproveite da *inexperiência*⁸⁴² da parte mais vulnerável, mas também combatendo *distorções exageradas entre as situações jurídicas processuais das partes*, resultante do desenho da estrutura processual havida por meio da convenção.

No âmbito dos contratos locatícios (especialmente quando existe intermediação de imobiliárias) e de construção civil (especialmente entre construtoras e consumidores), a lesão, enquanto vício do consentimento, pode ser importante instrumento de censura às convenções que imponham dificuldades exageradas no exercício de posições jurídicas pela parte débil.

Em mesma trilha, caminha o efeito invalidante do estado de perigo, protegendo o declarante, premido da necessidade de salvar-se ou salvar pessoa de sua família de grave dano, da ação oportunista de seu par contratual, que se aproveita da circunstância para impor prestação excessivamente onerosa. A literatura civil de há muito entreviu a larga possibilidade de aplicação do instituto do estado de perigo, quando da contratação de serviços médicos para pacientes em situação de risco de morte, assumindo obrigações materiais excessivamente onerosas⁸⁴³. Nestes contextos de grave risco de morte para o declarante ou para pessoa de sua família, a suscetibilidade de o declarante anuir com negócio jurídico processual manifestamente lesivo aos seus interesses não é mera conjectura.

A aplicabilidade dos vícios sociais (fraude contra credores e simulação) às convenções processuais obsta a produção de efeitos projetados pelo autorregramento da vontade, quando o negócio jurídico é praticado com a vontade deliberada de prejudicar terceiros ou de burlar a lei.

⁸⁴¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. Vol. 1, e-book. Nesse particular cumpre registrar que o direito brasileiro adotou a teoria da recognoscibilidade, de origem italiana, na aferição do erro. Esse entendimento encontra-se estampado no Enunciado 12 da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho de Justiça Federal: “Na sistemática do art. 138, é irrelevante ser ou não escusável o erro, porque o dispositivo adota o princípio da confiança.”

⁸⁴² Enunciado 410 da V Jornada de Direito Civil: “Art. 157: A inexperiência a que se refere o art. 157 não deve necessariamente significar imaturidade ou desconhecimento em relação à prática de negócios jurídicos em geral, podendo ocorrer também quando o lesado, ainda que estipule contratos costumeiramente, não tenha conhecimento específico sobre o negócio em causa.”

⁸⁴³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*, e-book.

No âmbito do processo executivo, a fraude contra credores constitui importante instrumento para obstar a celebração de convenções processuais destinadas a preterir credores, a partir do esvaziamento patrimonial ardiloso ou da manipulação das regras processuais de penhora.

Não é inoportuno acrescentar que em alguns casos os indícios de defeitos do consentimento poderão assumir proporções graves, denotando situação de manifesta vulnerabilidade do declarante. Em casos tais, será desnecessária a provocação da parte prejudicada para que promova a abertura do arco procedimental para a discussão da matéria, pois o art. 190 do CPC confere ao magistrado de poderes oficiosos para tanto.

As circunstâncias e o conteúdo do ajuste poderão também constituir indícios de que o autor e o réu se valeram da convenção processual para praticar ato simulado ou burlar a lei (art. 142 do CPC). Nestes casos, o magistrado também poderá de ofício agitar a questão, em cumprimento do dever de consulta, corolário da cooperação, e, em se constando a prática de ato simulado, deverá proferir decisão que impeça que as partes alcancem os objetivos visados a partir do autorregramento da vontade, aplicando, se for o caso, as penalidades de litigância de má-fé.

Tirante as hipóteses de simulação e aquelas em que os vícios do consentimento assumem gravidade o suficiente para configurar “manifesta situação de vulnerabilidade” ou que o corrompimento da integridade decorre da inserção abusiva da convenção em contrato de adesão, deverá a parte prejudicada suscitar a matéria, em atenção ao disposto no art. 177 do CC, dentro respectivo (vide item 7.9).

A princípio, não há problemas em que a anulabilidade da convenção seja deduzida como matéria de defesa ou cumulada com os pedidos da ação principal, especialmente porque em muitos casos a decisão sobre a validade da convenção processual poderá impactar no exercício de situações processuais ao longo do procedimento. A validade da convenção pode constituir questão prejudicial para o desenvolvimento do procedimento ou, eventualmente, para o próprio descortino da questão de fundo, hipótese em que ela deverá ser dirimida o quanto antes, evitando-se indeterminações quanto ao modo de atuação dos litigantes na situação jurídica disciplinada pela convenção⁸⁴⁴.

Não obstante, naqueles procedimentos em que for inviável a cumulação de pedido ou dedução da invalidade da convenção processual como matéria de defesa, deverá o interessado pleitear a anulação da convenção em ação autônoma, tornando-se eventualmente cabível a

⁸⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*, p. 96.

suspensão do outro processo, cujo cumprimento da convenção processual seja reclamada (art. 313, V, “a”, do CPC)⁸⁴⁵.

7.3.2.1 A questão da convenção processual simulada ou fraudulenta

A simulação também é causa de invalidade de negócio jurídico processual, mais especificamente de nulidade, não por conta do corrompimento da manifestação de vontade livre e consciente, tal como ocorre no erro, dolo, coação, estado de perigo e lesão, mas por força da “desconformidade consciente da declaração, realizada de comum acordo com a pessoa a quem se destina, com o objetivo de enganar terceiros ou fraudar a lei.”⁸⁴⁶. Trata-se de vício social, no qual o declarante esconde seu verdadeiro intuito a partir de declaração que ostenta objetivo diverso; a declaração constitui uma *cortina de fumaça* para camuflar o real intento do(s) declarante(s), normalmente de fraudar a lei ou de prejudicar terceiros.

A simulação, enquanto elemento invalidade no negócio jurídico, decorre da conjugação de dois elementos: a) a existência de ato jurídico de conteúdo intencionalmente inverídico quanto ao ato em si, às disposições do negócios, às pessoas envolvidas ou à data do ajuste, e; b) a ciência da simulação por todos aqueles que figuram no ato, já que a intenção não é provocar o equívoco de qualquer dos declarantes, mas de terceiro, que não figurou no ato e que se pretende prejudicar, ou fraudar a lei⁸⁴⁷.

A convenção processual apresentada pelas partes e as circunstâncias do caso concreto podem evidenciar que os convenientes se valeram do ajuste processual para praticar ato simulado ou para obter fim vedado por lei. Diante da suspeita da prática de convenção processual inquinada por vício de simulação, deve o magistrado submeter a questão ao crivo do contraditório, abrindo para os convenientes a possibilidade de trazer à luz os elementos

⁸⁴⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*, p. 96.

⁸⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. Vol. 1, e-book.

⁸⁴⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p. 129. Em Gonçalves “[a] simulação apresenta as seguintes características: a) *É, em regra, negócio jurídico bilateral*, sendo os contratos o seu campo natural. Resulta do acordo entre duas partes, para lesar terceiro ou fraudar a lei. Todavia, pode ocorrer também, embora a hipótese seja rara, nos negócios unilaterais, desde que se verifique ajuste simulatório entre o declarante e a pessoa que suporta os efeitos do negócio, como destinatária da declaração. De modo geral, podem ser objeto de simulação todos os negócios jurídicos bilaterais e unilaterais em que exista declaração receptícia de vontade, isto é, a que se dirige a determinadas pessoas, produzindo efeitos a partir de sua ciência. b) *É sempre acordada com a outra parte, ou com as pessoas a quem ela se destina*. Difere do dolo, porque neste a vítima participa da avença, sendo, porém, induzida em erro. Na simulação, a vítima lhe é estranha. É chamada de vício social, como foi dito, porque objetiva iludir terceiros ou violar a lei. c) *É uma declaração deliberadamente desconforme com a intenção*. As partes, maliciosamente, disfarçam seu pensamento, apresentado sob aparência irreal ou fictícia. d) *É realizada com o intuito de enganar terceiros ou fraudar a lei.*” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. Vol. 1, e-book).

fáticos e jurídicos que infirmem aquela impressão inicial do julgador; todavia, em se verificando efetivamente que se tratava de ato simulado, o juiz, de ofício, proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, sem prejuízo da aplicação da penalidade de litigância de má-fé (art. 142 do CPC)⁸⁴⁸.

Acaso não tenha sido obstada obtenção da finalidade pretendida a partir da convenção processual simulada, tendo o ato fraudulento influenciado a prolação de sentença definitiva transitada em julgado, é possível a propositura de ação rescisória com espeque no art. 966, III do CPC, que poderá ser movida pela parte prejudicada ou seus sucessores, bem assim pelo Ministério Público (art. 967 do CPC)⁸⁴⁹.

7.3.3 Inexistência de vulnerabilidade

A calibragem das estruturas processuais a partir do poder de autorregramento da vontade pressupõe a existência de relativo equilíbrio entre os convenientes, de forma a assegurar que a manifestação da vontade seja expressão da liberdade, e não decorrência do aproveitamento da fragilidade econômica, técnica ou situacional de uma das partes⁸⁵⁰.

Não há negar que em certas situações o nível de desigualdade entre os convenientes pode assumir uma proporção capaz de aviltar a própria liberdade da parte débil, viciando desta forma o próprio negócio jurídico.

Sob os auspícios do paradigma liberal, a vinculação das partes ao que foi ajustado decorria diretamente da autonomia da vontade, de modo que “[n]ão interessava o que se escolheu, bastava a liberdade de escolha”⁸⁵¹. Da amalgama dos princípios da liberdade de contratar e do *pacta sunt servanda*, forjava-se um escudo capaz de rechaçar a intervenção da ordem jurídica e do juiz no âmbito da disciplina contratual, cuja intervenção se limitaria a tutelar a validade do consentimento⁸⁵².

No entanto, como visto no segundo terceiro do trabalho, as reivindicações em prol do reconhecimento de uma igualdade substancial, que se intensificaram a partir de meados do século XIX e pelo século XX, caminharam no sentido de ressignificar o papel da autonomia da vontade do âmbito contratual, de modo a divisá-la dentro de contexto mais abrangente, que

⁸⁴⁸ Nesse sentido o Enunciado 410 do FPPC: “Aplica-se o Art. 142 do CPC ao controle de validade dos negócios jurídicos processuais.”

⁸⁴⁹ BARREIROS, Lorena Miranda. *Convenções Processuais e Poder Público*, p. 265.

⁸⁵⁰ Cabral, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p. 269 et. seq..

⁸⁵¹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: contratos*, p. 251.

⁸⁵² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: contratos*, p. 251.

também passa a se ocupar com questões afetas à justiça social. Nesse contexto, a sedimenta-se a noção de *autonomia privada*, que traz consigo a tentativa de compatibilizar, de um lado, a satisfação dos interesses privados a partir de atos de disposição juridicamente válidos e eficazes e, de outro, a limitações impostas pela ordem pública e a necessidade de assegurar a proteção do contratante débil⁸⁵³.

Não obstante, importa esclarecer que não é toda desigualdade entre os acordantes que irá repercutir no âmbito da validade dos ajustes processuais, mesmo porque acaso fosse exigível igualdade plena entre eles dificilmente um negócio jurídico resistiria ao teste da isonomia. Sempre existirão, no plano fático, diferenças entre os contratantes, seja por razões econômicas, por condução mais imprevidente de seus assuntos privados, pelas disparidades culturais e econômicas ou mesmo por conta de necessidades mais prementes⁸⁵⁴. A desigualdade que não resiste ao teste da isonomia é aquela que gera disparidade de forças entre os acordantes, grave o bastante para subjugar a vontade da parte mais débil ao poder opressor da parte mais forte.

Diante deste tipo de desigualdade, não deve o Estado se omitir, permitindo que a parte mais fraca se sucumba à vontade do mais forte; ele deve, pois, procurar, a partir do caráter contrafático do direito, restabelecer (ou pelo menos, minimizar) os desequilíbrios entre um e outro contratante⁸⁵⁵.

Aliás, é bom que se registre que mesmo no âmbito do direito privado, onde, a princípio, os particulares se movem predominante em prol da satisfação de interesses privados, o Estado passou a atuar na busca de reequilibrar relações intrinsecamente desequilibradas, assegurando direitos para os mais fracos e impondo deveres aos mais fortes (*e.g.* direito do consumidor e do trabalho), não haveria de ser no âmbito do direito processual – que definitivamente não se move exclusivamente orientado pela satisfação de interesses privados – que sua atuação deveria ser diferente.

Nessa linha, é bem de ver que o formalismo processual democrático⁸⁵⁶ tem a pretensão de guardar equilíbrio entre os atores processuais, de modo que os poderes públicos e privados não sejam exercitados de modo abusivo.

O direito processual, a partir do modelo constitucional do processo que lhe dá contextura, deve assegurar que os ônus, poderes, deveres e faculdades processuais sejam

⁸⁵³ COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: contratos*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁸⁵⁴ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p 190 et. seq.

⁸⁵⁵ THEODORO JR., Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*, p. 87; PEDRON, Flávio Quinaud. *Em busca da legitimidade do direito contemporâneo*, p. 95-107; GRECO, Leonardo. *Publicismo e privatismo no processo civil*, p. 29.

⁸⁵⁶ Cf. NUNES, Dierle; CRUZ, Clenderson Rodrigues da; DRUMMOND, Lucas Dias Costa. *A regra interpretativa da primazia do mérito e o formalismo processual democrático*.

exercitados de modo equilibrado ao longo de um procedimento estruturado a partir da garantia do contraditório. Subjaz a esta ideia que a igualdade entre os litigantes é um dos pilares estruturais do direito processual⁸⁵⁷.

Se é bem verdade que nem sempre a lei (lei material infraconstitucional) é capaz de demover, de modo satisfatório, a desigualdades materiais entre as partes, acresce a importância em buscar mecanismos para que estas desigualdades não se reproduzam, ou se intensifiquem, na principal arena oficial de solução de conflitos: o processo jurisdicional⁸⁵⁸.

A despeito disso, se mesmo diante das várias normas buscando equalizar desníveis entre as partes, não é raro se deparar com contratos peneiros de cláusulas leoninas, de fácil identificação. E se é assim em relação aos ajustes materiais, não causaria surpresa se convenções contendo graves deformações nas posições jurídicas processuais das partes seguissem na mesma trilha.

Nesse particular, os alarmantes níveis de desigualdade social, o baixo nível de instrução da população brasileira, as dificuldades do não iniciado nos estudos do direito em compreender o funcionamento do sistema jurisdicional de solução de conflitos, o diminuto número de Defensores Públicos do país, a baixa qualidade do ensino jurídico, as disparidades de poder entre os litigantes habituais e eventuais podem contribuir para transformar a negociação processual em instrumento de pilhagem de direitos processuais, justificando, em alguma medida, a intervenção judicial na correção de distorções aviltantes, a partir do controle de validade das convenções processuais (vide capítulo 4).

A interferência do Estado no âmbito negocial se justifica quando o poder de um contratante coloca o mais fraco em posição de demasiada fragilidade, isto é: quando o contratante mais forte e mais bem assistido tira proveito da ignorância, do despreparo ou da incapacidade da parte débil em perceber que poderia não aceitar determinada cláusula prejudicial aos seus interesses⁸⁵⁹.

Entretanto, a intervenção do estatal nesse domínio, designadamente pelo juiz, não pode constituir um escape para a irresponsabilidade decorrente de contratação irrefletida e incauta,

⁸⁵⁷ Cf. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*.

⁸⁵⁸ Cf. SILVA, Fernanda Tartuce. *Vulnerabilidade como critério legítimo de desquitação no processo civil*.

⁸⁵⁹ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*, p. 165. Em mesmo sentido, Greco ao esclarecer que a intervenção judicial no âmbito da autonomia das partes se sujeita a observância de três fatores, quais sejam: “a) à disponibilidade do próprio direito material posto em juízo; b) ao respeito ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas, para que uma delas, em razão de atos de disposição seus ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de ação e de defesa; e c) à preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito.” (GRECO, Leonardo. *Atos de disposição processual: primeiras reflexões*, p. 724-725, sem itálico no original).

permitindo que o contratante mais fraco se esconda debaixo das asas do pai-protetor: o Estado⁸⁶⁰.

De fato, quando o juiz age desta última forma assume um papel excessivamente paternalista, que reforça a irresponsabilidade das partes e assume a dianteira na tutela dos interesses de seus cidadãos, infantilizando-os, o que definitivamente não é compatível com a relação Estado-cidadão nos marcos de um Estado Democrático de Direito⁸⁶¹.

De qualquer forma, a manutenção de relativa paridade entre convenientes – premissa que decorre da projeção constitucional do princípio da isonomia – é indispensável para a validade dos negócios jurídicos processuais. Inegavelmente esta premissa foi tomada em consideração na redação da cláusula geral de convenção processual, prevista no art. 190 do CPC, ao destinar proteção à parte vulnerável, máxime naqueles casos em que a vulnerabilidade se apresente manifesta.

Com apoio em Lima Marques é possível compreender a vulnerabilidade como uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando uma relação⁸⁶². É uma “característica relacional de pessoas ou grupos de pessoas, indicativa da existência de disparidade (desequilíbrio) entre os sujeitos que se relacionam, em violação à igualdade”⁸⁶³.

Muito embora a vulnerabilidade seja uma situação relacional, o legislador pode estabelecer presunção de vulnerabilidade a determinados sujeitos ou grupos de sujeitos, destinando-os proteção especial. É o que se tem com os incapazes, cujo tratamento protetivo grassa com tradição milenar nos mais variados sistemas normativos. Em outros casos, porém a consolidação de um sistema protetivo pode surgir da emergência social, reclamando a intervenção estatal na atenuação das disparidades entre grupos de pessoas, tendo como emblemático exemplo as normas destinadas à proteção dos trabalhadores. De uma maneira ou de outra, durante o século XX, o direito brasileiro, seguindo a tendência mundial, foi palco de uma profusão legislativa fomentando proteção específica a determinados grupos em posição de inferioridade. Com o advento da Constituição de Federal esta tendência foi confirmada, a partir dos mandamentos constitucionais de proteção aos consumidores e as pessoas em situação de violência doméstica e familiar. Dentro desta perspectiva, não difícil encontrar no direito

⁸⁶⁰ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*, p. 165.

⁸⁶¹ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*, p. 165.

⁸⁶² BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, p. 87.

⁸⁶³ BARREIROS, Lorena Miranda. *Convenções Processuais e Poder Público*, p. 233-234.

brasileiro uma miríade de microssistemas destinados a promover a igualação substancial de pessoas e grupos de pessoas⁸⁶⁴.

Dentro desta linha, cumpre indagar se a vulnerabilidade referida no art. 190, parágrafo único, do CPC, encontra-se atrelada ao critério político tomado pelo legislador na construção das normas protetivas de pessoas em situação de desigualdade ou se seria possível reconhecer a vulnerabilidade prevista no mencionado dispositivo a partir de sentido próprio, a comportar o reconhecimento do desequilíbrio de poder resultante de outras circunstâncias emergentes do caso concreto e desafiar tratamento jurídico distinto.

Ao se trilhar a primeira linha interpretativa, seria irrecusável a conclusão de que uma convenção processual atípica firmada por um consumidor ou por incapaz seriam, a princípio, inválidas, já que milita uma presunção legal de que estes sujeitos são vulneráveis. Mas na falta de um sistema normativo específico dispensando tratamento protetivo para aqueles que estão em situação de rua ou que celebram negócios jurídicos sem o acompanhamento técnico-profissional, não haveria como reconhecer, no caso concreto, a existência de vulnerabilidade. Não é esta, a meu ver, a melhor linha interpretativa.

Com efeito, a vulnerabilidade a que se refere o art. 190, parágrafo único, do CPC, comporta sentido e tratamento jurídicos próprios: é, pois, uma vulnerabilidade do tipo processual⁸⁶⁵.

Nessa ordem de ideias, a vulnerabilidade processual deve ser vista à luz das peculiaridades do *caso concreto*, comportando, portanto, o reconhecimento do desequilíbrio entre os acordantes em situações não tomadas como critério político na construção de microssistemas protetivos, bem como a validade de ajustes entre convenientes vulneráveis, segundo o critério ditado segundo os critérios da legislação material.

Não se pense, porém que a vulnerabilidade processual é indiferente àquelas vulnerabilidades reconhecidas pelos diplomas de direito material. Existe entre elas um relação indiciária, que não chega a constituir uma presunção relativa de vulnerabilidade⁸⁶⁶.

Sob a perspectiva de direito material, o consumidor deve ser protegido porque presumidamente vulnerável nas relações que trava no mercado de consumo (art. 4º, I do CDC);

⁸⁶⁴ SILVA, Fernanda Tartuce. *Vulnerabilidade como critério legítimo de desquijaração no processo civil*, p. 152 et. seq.; SOARES, Lara Rafaelle Pinho. *A vulnerabilidade na negociação processual atípica*; BARREIROS, Lorena Miranda. *Convenções Processuais e Poder Público*, p. 233-234;

⁸⁶⁵ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, p. 386.

⁸⁶⁶ Em sentido contrário Raatz: “É importante deixar claro que a vulnerabilidade deve ser aferida no caso concreto, sendo possível, no máximo, presumi-la, como ocorre com o incapaz, com o consumidor e com o empregado.” (RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto*, p. 257).

trata-se de presunção absoluta. No campo do processo, no entanto não existe presunção absoluta de vulnerabilidade do litigante que figurou como consumidor na relação jurídica material que se discute em juízo.

Entretanto, a vulnerabilidade reconhecida no campo material pode atuar como fator indiciário de vulnerabilidade processual nas convenções sobre temas processuais celebradas extrajudicialmente, especialmente nos casos em que o ajuste coloca o consumidor em posição de exagerada dificuldade de defender seus interesses em juízo. Pense-se, por exemplo, na cláusula *solve et repete*, que pode se transformar em verdadeira negativa de acesso ao Judiciário para o consumidor, especialmente para o consumidor pobre.

Perceba-se, porém, que nem toda convenção desfavorável àquele considerado vulnerável pela legislação material é, a rigor, uma convenção inválida. É indispensável aquilatar outras circunstâncias do caso concreto. Seria lícito indagar se o conveniente tinha as informações necessárias sobre o conteúdo e os efeitos do ajuste, se o resultado acordado coloca o conveniente em situação de exagerada dificuldade na defesa de seus interesses em juízo, se a situação processual assumida concorre para o desfecho natural do processo à luz do princípio da boa-fé objetiva⁸⁶⁷.

É possível, segundo penso, uma convenção processual travada entre consumidor e fornecedor, no qual aquele se compromete a manter atualizado seu e-mail junto aos cadastros destes, de modo a viabilizar a comunicação de todos os atos processuais, da citação inclusive, por este canal. Também seria igualmente possível renúncia prévia à audiência prevista no art. 334 do CPC, no bojo de um contrato de consumo (desde que não a demanda não tramite no rito dos Juizados Especiais). Note-se que não existe vedação para que o consumidor ajuste sobre temas processuais nos contratos de consumo, lembrando nesta oportunidade a emblemática possibilidade de instituição de arbitragem, que só é considerada abusiva, acaso imposta de modo compulsório para a parte débil da relação.

Nessa linha, não concordo com Câmara, quando, peremptoriamente nega viabilidade de negócios processual em que são partes, de um lado, um poderosos fornecedor de produtos ou serviços e, de outro, um consumidor vulnerável⁸⁶⁸, pois a análise da vulnerabilidade processual

⁸⁶⁷ Cf. ABREU, Rafael Sirangelo. *A igualdade e os negócios processuais*.

⁸⁶⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil*, p. 128. Em sentido similar, Teixeira Filho, manifesta sua reticência em relação à aplicação da cláusula geral de convencionalidade processual na disciplina do Processo de Trabalho: “Talvez, a doutrina do processo civil venha a lançar generosos elogios a essa inovação. Os doutrinadores do processo do trabalho, entretanto, devem olhá-la com extrema reserva. Pela nossa parte, vamos além: entendemos que a inovação é inconciliável com o processo do trabalho. Não podemos nos esquecer que ainda está em vigor o art. 791, *caput*, da CLT, que atribui às partes capacidade postulatória, vale dizer, a faculdade de ingressarem em juízo, seja na qualidade de autora, seja na de ré, sem necessidade de advogado. Mesmo que, de *lege ferenda*, se venha a tornar obrigatória a presença do advogado no processo do trabalho, seguiremos com nossa

assim pensada se daria em abstrato, pouco levando em consideração outras circunstâncias subjetivas (*e.g.* conhecimento jurídico do conveniente-consumidor) e objetivas (*e.g.* conteúdo do ajuste, assunção de obrigações alinhadas com a boa-fé objetiva). Aliás, é bom que se diga que esta linha interpretativa levada às últimas consequências poderia inviabilizar a celebração de convenção sobre foro de eleição, mesmo naqueles casos em que inexistir qualquer abusividade pactuação (*e.g.* foro de eleição fixado no local da prestação do serviço em contrato mais abrangente sobre serviços educacionais).

Passo Cabral sustenta que na análise da validade de convenções processuais, com vício em termos de igualdade, capacidade ou informação adequada, é insuficiente perquirir o procedimento de negociação, sendo, pois indispensável levar em consideração os resultados do ajuste. Um negócio processual não deve ser invalidado, mesmo que exista irrecusável desvio de poder entre os acordantes, acaso o resultado final do ajuste beneficiar um sujeito vulnerável⁸⁶⁹.

A proposta sugerida pelo autor traz consigo a ideia de que não se deve invalidar um negócio jurídico, máxime um negócio sobre tema processual, caso não haja prejuízo. Esta orientação será válida naqueles casos em que o conveniente-vulnerável não se oponha a disciplina que lhe é benéfica, o que ocorrerá na maioria dos casos.

No entanto, em havendo oposição do conveniente-vulnerável em relação à validade daquele ajuste processual, circundada de elementos que permitam inferir a ausência de consentimento livre e esclarecido, não pesando contra ele a preclusão, em elogio ao direito

opinião quanto à incompatibilidade do art. 189, do CPC, com aquele processo. Note-se que o sobredito preceptivo legal não apenas permite às partes alterar o procedimento, para amoldá-lo às especificidades do caso concreto, mas, também, convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Essa faculdade legal, na prática, pode representar um grave risco para o trabalhador, sobre o qual poderão recair a maioria dos ônus e deveres processuais. Não nos esqueçamos de que o *devido processo legal*, assegurado pela Constituição da República (art. 5º, LIV), traduz uma *segurança jurídica* para os litigantes, que se submeterão a normas regentes da atuação em juízo *de toda e qualquer pessoa* que pretenda promover a defesa de um bem ou de uma utilidade da vida. O novo CPC estimula, sem dúvida, a realização de negócios jurídicos processuais, como evidenciam os seus arts. 168, 190, 191 e 471. Devemos saber, contudo, que dentre os pressupostos doutrinários para a realização desse negócio jurídico adquirem especial relevância os seguintes: a) a manifestação volitiva dos litigantes deve ser consciente, livre e provida de boa-fé; b) deve existir igualdade substancial entre os litigantes. Esses pressupostos ajustam-se, como a mão à luva, aos direitos civil e processual civil. A realidade do processo do trabalho, entretanto, é completamente diversa. Não há carga alguma de ideologia na afirmação de que, em tema de direito material ou processual do trabalho, a vontade do mais fraco, paradoxalmente, conspira contra ele. O hipossuficiente, não raro, escraviza-se pelas próprias palavras. Lembremo-nos da sábia e prudente advertência formulada por Lacordaire: “Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, é a liberdade que escraviza, é a lei que liberta”. E, como afirma Giovanni Tesorieri: “Quando o tomador de trabalho e o trabalhador assumem no processo as vestes formais de partes, não cessam por isso de ser o que sempre terão sido; a história das suas relações não se transforma numa outra história: é a mesma, que continua” (*Lineamenti di Diritto Processuale del Lavoro*, Padova: Cedam, 1975, p. 4).” (TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. *Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho: (Lei n. 13.105, 16 de março de 2015)*, p. 225-226).

⁸⁶⁹ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p. 327-328.

fundamental à liberdade, inclino pelo reconhecimento da invalidade do ajuste. É isto porque o conveniente-vulnerável tem o direito não ter imposta a fórceps disciplina processual – que deveria ser fruto de consenso –, ainda que, sob a perspectiva de terceiros (magistrado), ela lhe seja mais favorável. A proteção da autonomia privada caminha justamente no sentido de permitir que o indivíduo, dentro dos limites do sistema normativo, escolha *por si e para si* o que é melhor para os seus interesses, sem qualquer infantilização ou subjugo⁸⁷⁰.

Ao fim e a cabo, não há razão para se tratar o consumidor, o inquilino, a mulher vítima de violência doméstica e familiar, o idoso ou outras pessoas ou grupos considerados pela lei como vulneráveis, como interditados para a celebração de convenções sobre temas processuais, inclusive fora do processo, como se incapazes fossem.

Em relação ao incapaz propriamente dito – ainda que devidamente representado – a impossibilidade de celebrar convenções processuais atípicas decorre de vedação expressa, não obstante aqueles ajustes vantajosos para o incapaz possam ser preservados, pois seria um contrassenso levar a efeito a invalidação de uma convenção processual vantajosa para o incapaz, a pretexto de protegê-lo.

De toda maneira, à conta da relação indiciária entre a vulnerabilidade material e a processual, é preciso redobrar o cuidado para que as convenções sobre temas processuais não constituam válvula autorizativa para pilhagem de direitos processuais, negando os desníveis de poder que cruzam as relações processuais em plano multidirecional e multifacetado⁸⁷¹. Não há manifestação de liberdade ou de democraticidade em ajustes processuais nos quais a desigualdade de forças permite que a parte fraca se sujeite a jogo cujas regras foram determinadas pela parte mais forte.

Nogueira entende que o termo vulnerabilidade, empregado no art. 190 do CPC, deve ser interpretação a partir de uma acepção “técnica” ou “jurídica”, de sorte que quando as partes dispõem do domínio de informações necessárias à compreensão dos efeitos do ajuste ou estão tecnicamente assistidas quando a natureza do negócio assim recomendar ou poder de barganha razoavelmente equilibrado, inexistirá vulnerabilidade, ainda que se trate de conveniente economicamente hipossuficiente⁸⁷².

⁸⁷⁰ Segundo penso, seria hipótese de violação da liberdade negativa. Cf. DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*, p. 375 et. seq.

⁸⁷¹ Cf. SILVA, Fernanda Tartuce. *Vulnerabilidade como critério legítimo de desquiparação no processo civil*, p. 152 et. seq.; SOARES, Lara Rafaelle Pinho. *A vulnerabilidade na negociação processual atípica*; BARREIROS, Lorena Miranda. *Convenções Processuais e Poder Público*, p. 233-234.

⁸⁷² NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*, p. 238. Em mesmo sentido: “A vulnerabilidade processual de negociação, por sua vez, pode ser identificada quando falta conhecimento técnico à parte. Logo, é a vulnerabilidade técnico-jurídica a que possui relevância para o negócio jurídico processual.” (SOARES, Lara Rafaelle Pinho. *A vulnerabilidade na negociação processual atípica*, p. 159).

De fato, a hipossuficiência econômica de um dos convenientes não é, de per si, hipótese de vulnerabilidade processual, muito embora ela possa repercutir nesta seara, quando ela arrasta consigo o baixo nível educacional e as dificuldades em se obter a informação jurídica necessária para a compreensão substancial daquilo que foi efetivamente ajustado⁸⁷³.

As dificuldades encontradas para compreender o funcionamento do sistema oficial de justiça, vale observar, não é um revés sentido exclusivamente pela população economicamente mais vulnerável, muito embora seja por ela experimentado com maior intensidade. A desinformação jurídica está por todos os lugares e em todas as classes sociais⁸⁷⁴, e quanto maior esta desinformação melhor estará pavimentado o terreno para a pilhagem de direitos processuais. É bem por isto que a celebração de convenções sobre temas processuais, sem a assistência técnico-profissional do advogado é um indício *sério* de vulnerabilidade informacional (Enunciado 18 do FPPC).

Entrementes, não concordamos com Nogueira ao afirmar que a vulnerabilidade a qual alude o art. 190 do CPC é de índole “técnica” ou “jurídica”; esta forma de vulnerabilidade, capaz de comprometer o consentimento esclarecido, segundo penso, será a mais comum, mas não a única hipótese de vulnerabilidade açambarcada pelo dispositivo.

A vulnerabilidade pode ter como causa outros fatores, como, por exemplo, a condição de saúde do declarante, limitações de ordem geográfica ou organizacionais⁸⁷⁵. Em casos extremos, a disparidade de forças entre os acordantes, pode repercutir no âmbito do próprio exercício do consentimento livre, malgrado eventualmente o declarante débil disponha dos elementos necessários para a compreensão dos efeitos processuais decorrentes de sua declaração.

As tragédias ambientais decorrentes do rompimento das barragens nas cidades de Mariana e Brumadinho bem dão conta da maior suscetibilidade das vítimas daqueles eventos em assumir acordos lesivos aos seus interesses, tanto de ordem material como processual, premidos da urgência de providenciar novas instalações para si e para suas famílias, ou, ainda, para assegurar parcela material mínima de forma imediata para a garantia de sua própria subsistência. O risco do rompimento das barragens nas cidades de Barão de Cocais e Macacos

⁸⁷³ Em Schwarcs é possível entrever que um tipo de desigualdade (e.g. de gênero, racial ou de renda) repercute, não raro, em outras desigualdades. Cf. SCHWARCZ, Lilia Mortiz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*.

⁸⁷⁴ Cf. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Desinformação jurídica*; NUNES, Dierle, TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*; SOUZA, Jessé. *A ralé brasileira: quem é e como vive*; SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da Justiça*; SILVA, Nathane Fernandes. *O diálogo dos excluídos: a mediação social informativa como instrumento de ampliação do acesso à justiça via dos direitos no Brasil*; CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*.

⁸⁷⁵ SILVA, Fernanda Tartuce. *Vulnerabilidade como critério legítimo de desquiparação no processo civil*.

podem também sugerir a assunção de ajustes lesivos aos interesses dos moradores daquela localidade.

Se é certo que o consumidor pode celebrar negócios sobre temas processuais, a necessidade de se providenciar serviços médicos para paciente em situação de risco de morte também pode sugerir a ausência de liberdade do contratante em assumir disciplina processual em seu próprio detrimento.

Os exemplos acima caminham no sentido de não aprisionar o termo vulnerabilidade constante do art. 190, parágrafo único, do CPC a um contexto exclusivamente jurídico ou técnico. A vulnerabilidade é conceito jurídico indeterminado, e como tal deve ter seu conteúdo desenvolvido a partir da atividade argumentativa dos atores processuais, em processo regido pelo contraditório, capaz de permitir que os afetados pela decisão possam suscitar argumentos de fato e de direito relevantes para determinação de sentido ao termo.

Em síntese, não deve existir entre os convenientes um desequilíbrio a ponto de comprometer a liberdade em assumir ou não o ajuste processual, de modo que a validade da convenção se sujeita a requisito negativo: a ausência de vulnerabilidade.

Ainda que a vulnerabilidade não seja verificável *ictu oculi* ela poderá ensejar a invalidação da convenção processual, mesmo porque, no mais das vezes, ela poderá se travestir em vício do consentimento, especialmente nas modalidades de erro, dolo, estado de perigo ou lesão, incidindo nesse particular a disciplina constante do Código Civil. Nestes casos, o reconhecimento desafiará a provocação da parte interessada (vide item 7.8).

Naqueles casos de *manifesta vulnerabilidade*, não é necessário se aguardar a iniciativa da parte prejudicada para que a questão seja posta em debate, podendo, pois, o próprio magistrado abrir o arco procedimental para a sua discussão, em homenagem ao dever de consulta (art. 6º do CPC).

Considerando que inexistência de vulnerabilidade é requisito de validade da convenção sobre temas processuais, ela deve se verificar no momento da celebração do ajuste e não no momento em que se deflagram os efeitos projetados na declaração. Tome-se por exemplo uma convenção sobre tema processual firmada por um conveniente em manifesta situação de vulnerabilidade técnico-jurídica; a superveniente aquisição de informação necessária para a compreensão do ajuste não depura a invalidade existente quando da celebração do negócio, pois a vontade externada não era *esclarecida*, quando da perfectibilização do ajuste⁸⁷⁶.

O requisito em questão busca resguardar a integridade do consentimento do declarante,

⁸⁷⁶ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo: as convenções processuais no processo civil*, p. 191 et. seq..

e não o proteger do arrependimento ou de eventuais desventuras que possam lhe suceder⁸⁷⁷. Isto não significa, no entanto que fatos supervenientes sejam de todo desimportantes para a ventura das convenções processuais.

De fato, circunstâncias supervenientes, extraordinárias e imprevisíveis poderão desafiar a aplicação da teoria da imprevisão no âmbito das convenções processuais, quando resultar em dificuldade exagerada para uma das partes em cumprir o ajustado, externando um desequilíbrio não antevisto pelos pactuantes⁸⁷⁸. Em não sendo possível rever o ajuste, o negócio jurídico processual será resolvido, com fundamento no art. 476 do CC.

Todavia, a resolução do contrato à conta da aplicação da teoria da imprevisão não se confunde com a invalidade de origem, resultante da vulnerabilidade de um dos convenientes; os institutos têm regime jurídico muito diversos.

7.3.4 A manifestação da vontade viciada pela inserção abusiva de convenção processual em contrato de adesão

Nas sociedades de massa, o maior número de contratos não nasce a partir de amplas negociações entre os sujeitos. Disto Carvalho Mendonça, citado por Farias e Rosenvald, já tinha se dado conta, desde 1.910, ao registrar que “a despeito de todos os belos sonhos de igualdade jurídica, é preciso curvar-se à realidade dos fenômenos superiores da ordem social para confessar que, na maioria dos contratos, uma das partes é mais poderosa que a outra, está em situação de outorgar favores que a outra somente recebe.”⁸⁷⁹.

É bem por conta dessa circunstância, que marca o direito contratual contemporâneo, é que não se pode incorrer na ilusão de se pensar que tudo se pode ajustar, quando se pactua com parte com maior poder técnico e econômico; que cada cláusula contratual poderá ser discutida e moldada de forma a preservar integralmente os interesses de ambos os contratantes⁸⁸⁰.

É preciso muita cautela com a defesa efusiva da convencionalidade processual, colocando sob suspeita a narrativa de democraticidade que normalmente a envolve, pois, em rigor, a possibilidade de efetiva discussão dos termos do acordo não serão a regra, designadamente quando os ajustes sobre temas processuais se derem em contextos de

⁸⁷⁷ ABREU, Rafael Sirangelo. *A igualdade e os negócios processuais*, p. 210.

⁸⁷⁸ Sobre a aplicação da teoria da imprevisão nas convenções processuais, cf. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*, p. 109-110; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo: as convenções processuais no processo civil*, p. 191 et. seq..

⁸⁷⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: contratos*, p. 324-325.

⁸⁸⁰ No sentido que vai, Cf. GALANTER, Marc. *Por que “quem tem” sai na frente: especulações sobre os limites da transformação do direito*.

contratação mais ampla, envolvendo a disciplina de temas de direito material, no contexto de sociedade de massa.

A meu ver, as convenções pré-processuais, pelas inúmeras razões já expostas ao longo deste trabalho, podem apresentar um grande risco ao formalismo processual democrático, na medida em que permitem que a parte mais forte estorve direitos processuais do contratante débil.

O propalado efeito democratizante advindo de processo customizado pelas partes é mais factível nas relações envolvendo contratantes/litigantes em posição de paridade⁸⁸¹ (entre sócios de uma mesma pessoa jurídica, entre pessoas jurídicas de mesma envergadura, entre vizinhos), já que o equilíbrio de forças podem permitir a construção de espaços para debate das cláusulas contratuais que possam servir aos interesses de ambos os contratantes, levando em consideração as peculiaridades da relação jurídica material ou do litígio subjacente. No entanto, repita-se os contratos paritários são cada vez mais raros na contemporaneidade, e não há razão para pensar que as convenções pré-processuais terão sorte e fontes diferentes.

Com efeito, nas convenções processuais travadas entre partes com posições manifestamente assimétricas, é muito provável que a parte mais frágil suporte de modo mais intenso a distribuição de ônus e deveres processuais⁸⁸², bem como a pauperização de suas faculdades e direitos processuais. A ideologia do consenso atuaria como discurso retórico para legitimar a reprodução da desigualdade de forças operada no tecido social, na cena processual⁸⁸³.

Como desdobramento dessa preocupação, é importante alertar para os riscos que podem advir da inserção abusiva de ajustes processuais no bojo dos contratos de adesão, porquanto capazes de violar a integridade do consentimento do contratante débil.

Como se sabe, no contrato de adesão uma das partes aceita, em bloco, as cláusulas estabelecidas pela outra, aderindo a contrato definido em todos (ou quase todos) os seus termos; neles o consentimento manifesta-se pela mera adesão a conteúdo preestabelecido pela outra parte⁸⁸⁴.

Nos contratos de adesão existe restrição mais extensa ao princípio da autonomia privada,

⁸⁸¹ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*, p. 166-167.

⁸⁸² Cf. GALANTER, Marc. *Por que “quem tem” sai na frente: especulações sobre os limites da transformação*.

⁸⁸³ Cf. GALANTER, Marc. *Por que “quem tem” sai na frente: especulações sobre os limites da transformação do direito*; MATTEI, Ugo; NADER, Laura. *Pilhagem: quando o Estado de Direito é ilegal*; FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*.

⁸⁸⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 128; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*, e-book.

especialmente porque eles vão viabilizar estado de oferta permanente de produtos ou serviços por parte de grandes agentes econômicos, bem por isto eles não são apenas instrumento para preservação dos interesses desse agentes, mas também decorrem de necessidade de racionalidade empresarial, indispensável para assegurar o fornecimento de produtos ou serviços para as massas, bem assim de redução de custos deste processo⁸⁸⁵.

Muito embora o contrato de adesão normalmente seja associado às relações de consumo, em razão de sua grande utilização neste campo, nem todo contrato de consumo é contrato de adesão, tampouco os contratos de adesão se ligam exclusivamente às relações de consumo. Quanto a essa última observação, lembre-se, por exemplo, os contratos de franquia, no quais a pré-estipulação das cláusulas caminham no interesse na padronização dos franqueados, bem assim as transações por adesão para colocar termo em controvérsias, que tenham como base casos idênticos, envolvendo a pessoas jurídicas de direito público federal e cidadãos, ou seus próprios servidores (Art. 35 da 13.140/15).

A estipulação de ajustes processuais em contrato de adesão não implica automaticamente na invalidade da estipulação, pois, no plano teórico, é possível que conteúdo das cláusulas versando sobre temas processuais seja mais benéfico ao aderente; romantismos a parte, na prática, isto dificilmente ocorrerá.

O que ocorrerá no mais das vezes é que a estipulação se dará em proveito exclusivo do proponente, mas nem por isto ela será inválida, acaso esteja em consonância com princípio da boa-fé objetiva e não implique em desequilíbrio manifesto para o aderente. Veja-se, por exemplo, as cláusulas de eleição de foro insertas nos contratos de prestação de serviços educacionais, fixando a competência o local da prestação de serviço como o competente para o julgamento de eventuais conflitos emergentes daquele contrato; em casos tais não se vislumbra a cláusula de eleição de foro como manifestação de abusividade do fornecedor-proponente, destinada a obstar o acesso ao estuário judicial de solução de conflito, designadamente porque o local eleito para a solução da controvérsia foi o da prestação de serviço. Mais um exemplo: a instituição da obrigação do aderente-locador em manter atualizados junto ao proponente-locador o seu endereço e o endereço do fiador junto aos cadastros da imobiliária que intermediou a relação locatícia, sob pena de arcar com as despesas de citação por edital e multa no importe do quántuplo daquele valor.

Dentro dessa perspectiva, será inválida a cláusula que implique em exagerado ônus para

⁸⁸⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais*, ebook; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: contratos*, p. 330; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: contratos*, e-book.

o aderente em exercer suas posições jurídicas processuais, sem que o ato dispositivo seja resultado da sua autonomia da privada, mas fruto da imposição, decorrente do desequilíbrio de poder, entre ele e o proponente⁸⁸⁶. É o que se daria, a princípio, com aposição de cláusula *solve et repete*, em contrato de consumo, frustrando a garantia de acesso ao Poder Judiciário.

No mercado de consumo, a vulnerabilidade do consumidor e abusividade da cláusula pode se estampar a partir da inexistência de alternativa para o acesso a determinado produto ou serviço. Via de regra, não existe opção para o consumidor escolher quem será o fornecedor de energia elétrica e de água; em casos tais, a inexistência de alternativa de negociação com outros agentes econômicos capazes de assegurar o acesso àqueles produtos ou serviços, designadamente os essenciais, é forte indicativo de que o consumidor não dispunha de plena liberdade para não aceitar a convenção sobre tema processual inserida no bojo do contrato mais abrangente⁸⁸⁷.

Quanto maior o grau de essencialidade do produto ou serviço e quanto menores forem as opções de escolha de agentes econômicos, maiores serão os indícios de ausência de liberdade na aceitação da disciplina processual inserida na contingência de acesso à prestação material⁸⁸⁸. Segundo penso, esta inteligência também pode ser aplicável às transações por adesão firmada pela Administração Pública e seus agentes, condicionando o início do pagamento de verbas salariais indevidamente retidas, desde que o agente não postule por seus direitos em juízo, numa espécie de pacto *non petendo* mal disfarçado.

A cláusula processual abusiva é nula, pouco importando se ela foi inserida em um contrato de adesão, ou se emerge de relação de consumo ou com a Administração Pública, valendo, nesse particular a inteligência do Enunciado 172 da III Jornada de Direito Civil: “As cláusulas abusivas não ocorrem exclusivamente nas relações jurídicas de consumo. Dessa forma, é possível a identificação de cláusulas abusivas em contratos civis comuns, como, por exemplo, aquela estampada no art. 424 do Código Civil de 2002.”.

Nesse sentido, parece acerta a observação de Müller quando afirma que:

Convenções processuais que potencializam situação de desequilíbrio processual, independe de estar inserido ou não em contrato de adesão, autorizando o magistrado a reconhecer a invalidade do pacto. O legislador, todavia, foi além. Cláusulas a respeito de temas processuais, inseridas abusivamente em contrato de adesão, também

⁸⁸⁶ “A simples circunstância de o contrato ser de adesão não é suficiente para se ter como nula ou ineficaz a cláusula que disponha sobre procedimento ou sobre regras processuais. É preciso, para que o juiz recuse-lhe aplicação, a evidência de uma abusividade, quando há excessiva oneração de uma das partes, demonstrada e comprovada concretamente.” (CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Da forma dos atos processuais*, p.387).

⁸⁸⁷ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p. 323.

⁸⁸⁸ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p. 323.

se submetem ao dever-poder de controle de validade pelo juiz inclusive de ofício.⁸⁸⁹

De mais a mais, em se observando que a estipulação da convenção sobre tema processual se deu de modo abusivo, designadamente nos casos em que ela se encontra inserida em contrato de adesão, o juiz pode pronunciar de ofício a nulidade da convenção, não, porém, sem antes submeter a questão ao contraditório.

Sobre a forma na qual deve revestir as convenções processuais, remetemos o leitor às considerações feitas mais à frente, em tópico próprio (vide item 7.6).

7.4 Dos requisitos objetivos de validade da convenção processual: objeto lícito, possível, determinado ou determinável

De acordo com o disposto no art. 190 do CPC, os ajustes processuais podem ter como objeto situações jurídicas processuais – direitos, deveres, ônus e faculdades –, bem assim mudanças de procedimento destinadas a adequá-lo às especificidades da causa. Tendo como parâmetro o objeto do ajuste processual, eles podem ser divididos em duas grandes espécies: os ajustes obrigacionais, quando versar sobre situações jurídicas processuais, e procedimentais, quando tenham por objeto alterações do procedimento.

É bem verdade que nem sempre é possível estabelecer distinção precisa entre as duas espécies mencionadas, designadamente porque em alguns casos a alteração, modificação ou criação ou extinção de uma situação jurídica processual pode implicar em maior ou menor extensão em alterações procedimentais. Não obstante, a distinção entre uma ou outra espécie de ajuste processual deve ter como parâmetro a característica preponderante, e, nos casos de dúvida, dever-se-á considerar como procedimental o conteúdo do ajuste, com as consequências jurídicas decorrentes desta conclusão.

Destaque-se que no capítulo 6, mais especificadamente no item 6.2.4.4.3, foram feitas considerações mais substanciais sobre as convenções obrigacionais e procedimentais, para onde remetemos o leitor, de modo a se evitar o enfado reavivando conceitos e considerações já expostos.

Em prosseguimento ao descortino dos limites das convenções processuais, levando-se em consideração o disposto no art. 104, II do CC, a validade do negócio jurídico requer um objeto lícito, possível, determinado ou determinável. Ao depois, tomando em consideração o

⁸⁸⁹ MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios Processuais e a desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*, p.162

disposto no art. 190 do CPC é possível se extrair outro elemento de ordem objetiva que vai conectar àqueles previstos pelo legislador civil na determinação da licitude/possibilidade jurídica do objeto, qual seja: causas que admitam autocomposição.

Não obstante, na determinação da licitude/possibilidade jurídica do objeto⁸⁹⁰ é necessário que se faça investigações adicionais acerca da incidência do modelo constitucional do processo, bem assim da validade da utilização de outros parâmetros para o estabelecimento dos confins do poder de autorregramento da vontade no processo como, por exemplo, os conceitos de interesse público, bons costumes, norma cogente e ordem pública. Ao depois, parece necessário investigar a validade do critério da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais processuais, proposto por Passo Cabral, especialmente levando em consideração a ampla receptividade da tese proposta pelo autor na doutrina nacional.

7.4.1 Licitude do objeto: direitos que admitam autocomposição

A pauperização da estrutura processual inegavelmente pode comprometer a preparação do provimento jurisdicional, comprometendo (ou dificultando), por vias transversas, a proteção dos direitos materiais discutidos (ou já reconhecidos) em juízo.

Nessa linha, não é estranho observar que a legislação processual brasileira, a despeito de seu tímido tratamento em matéria de convenções processuais, tenha levado em consideração a conexão entre a estrutura técnica do processo e a realização do direito material, limitando, por exemplo, a instituição da arbitragem à direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º da Lei 9.307/96)

⁸⁹⁰ A despeito da existência de divergência na literatura jurídica, entendo que licitude do objeto negócio jurídico caminha em mesmo sentido da possibilidade jurídica do objeto, não havendo maiores razões para estabelecer a distinção entre as expressões. Nesse sentido, manifesta-se Gigliano e Pamplona Filho: “A licitude traduz a ideia de estar o objeto dentro do campo de permissibilidade normativa, o que significa dizer não ser proibido pelo *direito* e pela *moral*. Tal característica, vale dizer, por uma identidade de princípios, confunde-se com a própria *possibilidade jurídica ou idoneidade* do objeto.” (GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*, e-book). Também caminha nessa direção Coelho: “Em relação à possibilidade do objeto, foi a lei também aqui infeliz. Se está se referindo à possibilidade *física*, não cuida de requisitos de validade do negócio jurídico, mas de um de seus pressupostos de existência (...). Não se pode contratar o transporte de astros celestes não porque um negócio dessa natureza seria inválido, mas porque nem sequer existiria. E se a lei está-se referindo à possibilidade *jurídica*, está sendo redundante, visto que a hipótese já se encontra albergada no conceito de licitude. No direito privado só é juridicamente impossível o ilícito.” (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: parte geral*, e-book). Em sentido contrário, Gonçalves: “A *impossibilidade jurídica* do objeto ocorre quando o ordenamento jurídico proíbe, expressamente, negócios a respeito de determinado bem, como a herança de pessoa viva (CC, art. 426), de alguns bens fora do comércio, como os gravados com a cláusula de inalienabilidade etc. A ilicitude do objeto é mais ampla, pois abrange os contrários à moral e aos bons costumes.” (GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: parte geral*, e-book). Vê-se, pois que nesse último autor existe uma relação de continência entre os conceitos. Em Bernardes de Mello encontra-se lição no sentido de que a impossibilidade jurídica do objeto pode decorrer tanto de lei, quanto por força de ajuste negocial (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p. 114).

ou vedando a convenção sobre a distribuição do ônus da prova quando a controvérsia recaia sobre direito indisponível da parte ou tornasse excessivamente difícil o exercício do direito pela parte (art. 334, do CPC/73 e em mesma linha o art. 373, § 3º do CPC).

Mesmo em diplomas legislativos mais recentes, visualiza-se essa conexão, quando, por exemplo limita a mediação envolvendo a Administração Pública às causas envolvendo direitos disponíveis ou indisponíveis, que admitam transação (relembrando que neste último caso, o acordo obtido pelas partes se sujeita a homologação judicial, após a prévia oitiva do Ministério Público – art. 3º da Lei 13.140/15).

No direito francês, Cadiet lembra que nos negócios processuais, nos quais as partes, unilateral ou convencionalmente dispõem sobre seu direito de ação, renunciando ou não a análise de sua pretensão por um juiz estatal, é necessário que o declarante tenha livre disposição do direito, tal como se dá no caso da arbitragem, na transação ou renúncia ao recurso⁸⁹¹.

Antes da promulgação do vigente Código de Processo Civil, Greco apontava como um dos requisitos para o descortino dos limites entre os poderes do juiz e a autonomia das partes, a disponibilidade do direito material posto em juízo, malgrado obtemperasse que os titulares de direitos indisponíveis poderiam praticar atos de disposição, desde que não prejudicasse ou dificultasse, direta ou indiretamente, a tutela daqueles direitos⁸⁹².

De mais a mais, é bem de ver que a legislação processual brasileira somente abriu as portas da convencionalidade processual atípica para as causas que tenham por objeto “direitos que admitam autocomposição”. Cuida-se de requisito objetivo que leva em conta o objeto discutido ou potencialmente discutível em juízo.

A expressão “direitos que admitam autocomposição”, empregada no art. 190 do CPC, não se confunde com os chamados “direitos indisponíveis”, tampouco com aquela outra empregada no art. 1º da Lei 9.305/96 – “direito patrimoniais disponíveis” –, porquanto dotada de amplitude maior⁸⁹³. Vale dizer: incluem-se dentre os direitos que admitem autocomposição tanto os direitos disponíveis quanto os indisponíveis, que comporte solução por consenso (reconhecimento, renúncia e transação).

⁸⁹¹ CADIET, Loïc. *Perspectiva sobre o sistema da justiça civil francesa: seis lições brasileiras*, p. 93.

⁸⁹² GRECO, Leonardo. *Atos de disposição processual: primeiras reflexões*, p. 724-725. Mais recentemente, em mesmo sentido: “A indisponibilidade do direito material, embora não acarrete automática vedação às convenções processuais na relação jurídica em que o conflito é discutido, é capaz de motivar a invalidação ou a ineficácia de disposição de direito processual quando esta se revelar modo de disposição indireta do direito material indisponível.” (ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*, p. 187). Há quem entenda que a disponibilidade do objeto da pactuação deve se referir tanto ao direito material como o direito processual (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*, p. 98).

⁸⁹³ Expressamente em sentido contrário MACHADO, Marcelo Pacheco. *A privatização da técnica processual no projeto de novo código de processo civil*, p. 345-346.

A indisponibilidade do direito material não é, de per si, impedimento para a celebração de uma convenção processual (Enunciado 135 do FPPC). Nesta linha, é sempre lembrado o direito aos alimentos, que muito embora seja indisponível, poderá ter o seu valor e periodicidade ajustados pelas partes; na mesma linha, é possível que a Administração Pública transicione em juízo, malgrado sua atuação tenha como norte o princípio da indisponibilidade do interesse público. Mesmo quando se trata de direitos difusos, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ou ao patrimônio histórico, eventualmente é possível comportar soluções de consenso no que concerne à forma, tempo e modo de reparação dos danos, inclusive antes mesmo da propositura de demanda judicial, por meio de TAC⁸⁹⁴.

Em rigor, é bastante difícil encontrar exemplos de direitos que não comportem qualquer margem de autocomposição, em qualquer de suas modalidades, circunstância que denota o quão mais abrangente é a expressão “direitos que admitam autocomposição” quando em cotejo com àquelas, “direitos patrimoniais disponíveis” e “direitos indisponíveis”.

Segundo penso, tem-se nos processos coletivos de controle de constitucionalidade concentrado um raro exemplo de causa que não comporta autocomposição. Câmara dá outro exemplo: processos que tenham como objeto o reconhecimento da prática de atos de improbidade administrativa⁸⁹⁵.

Se é certo, porém, que a expressão “direitos que admitam autocomposição” é de tamanha latitude ao ponto de quase nada escapar-lhe, é de se cogitar então qual seria sua utilidade na construção da cláusula geral de convencionalidade processual atípica, especialmente tendo em conta que os ajustes processuais de que trata o art. 190 do CPC, em última instância, não tem como objeto o direito material controvertido em juízo, mas situações jurídicas processuais ou o procedimento propriamente dito.

É bastante interessante a posição de Barreiros, para quem a expressão “direitos que admitam autocomposição” como limite à convencionalidade processual raia a inutilidade, malgrado a expressão tenha para autora duas funções: uma simbólica, que reforça o amplo cabimento de negociações processuais, e outra hermenêutica, que atua no sentido de não visualizar no direito indisponível um obstáculo à negociação processual⁸⁹⁶.

Todavia, a meu ver, a resposta àquela indagação se passa pela consideração da relação entre o aspecto técnico do processo na proteção do direito lesado ou ameaçado de lesão, de modo que a corrosão inadvertida das situações jurídicas processuais ou da própria plataforma

⁸⁹⁴ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p. 295 et. seq.

⁸⁹⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil*, p. 126

⁸⁹⁶ BARREIROS, Lorena Miranda. *Convenções Processuais e Poder Público*, p. 253.

no qual se desenvolve o contraditório pode comprometer a solução da causa.

Dessa forma, muito embora as expressões “direitos que admitam autocomposição” e “direitos indisponíveis” não sejam equivalentes, seria temerário não cogitar a natureza do direito material discutido ou discutível em juízo como limite implícito para a validade ou eficácia de uma convenção processual.

Nas demandas envolvendo direitos disponíveis a plasticidade da cláusula geral de convenções processuais atípica é muito maior do que naquelas causas que tenha por objeto direitos indisponíveis, especialmente no que diz respeito à modulação de situações jurídicas processuais levadas a efeito por partes em relativa posição de paridade. Agita-se na memória as formulações mais elementares do princípio dispositivo, enquanto orientador da dinâmica do formalismo processual, notadamente nos contextos envolvendo a ampla disponibilidade do direito material controvertido. Isto não significa, porém que serão válidos todos os ajustes engendrados pelas partes nestes contextos; significa apenas que o poder de autorregramento da vontade será maior.

Estando, porém, em causa um direito indisponível, a validade e a eficácia do ajuste processual se subordina a não afetação reflexa a este direito. Será possível, por exemplo, que os litisconsortes ajustem a melhor forma de distribuição do tempo na sustentação oral, a escolha consensual do perito ou a forma de apresentação dos memoriais finais. Nos processos estruturais, a modulação da eficácia da decisão judicial a partir de uma implementação estratégica em etapas sucessivas pode apresentar horizonte infinitas vezes mais vantajoso do que a utilização das técnicas tradicionais de execução, mas nem por isto poderá dizer-se que houve renúncia de direito indisponível⁸⁹⁷.

Entretanto, não serão válidos os ajustes processuais atípicos que restrinjam a admissibilidade de certa prova ou que limitem excessivamente as situações jurídicas de vantagem instituídas pela lei para a proteção de direitos indisponíveis. Ora, se a própria lei interdita a inversão do ônus da prova convencional nas causas que tenham como objeto direito indisponível (convenção processual típica), consistiria em verdadeiro disparate tomar como válida uma convenção que inadmite um meio de prova (convenção processual atípica) indispensável para o reconhecimento daquele direito marcado pela nota da indisponibilidade. Neste caso, estar-se-ia, por vias oblíquas, comprometendo o próprio direito indisponível.

⁸⁹⁷ Cf. NUNES, Dierle. *Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória*; THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. *Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas*; OSNA, Gustavo. *Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas*.

Mais um exemplo: seria inválida a convenção processual na qual a Fazenda Pública renúncia, de modo antecipado, o recurso de apelação para os casos em que a própria prevê o reexame necessário. É certo que a Fazenda Pública poderá não exercer o direito de recorrer, mas de modo algum isto obstará o reexame necessário do tema decidido, e se é assim seria paradoxal que própria Fazenda Pública não pudesse manifestar sua insurgência em face da decisão que inexoravelmente será revisitada, via remessa necessária.

Na mesma linha, é possível sustentar a invalidade de negócio processual que tenha por objeto a derrogação ou afastamento de regra processual destinada a proteger direito indisponível⁸⁹⁸. Daí o acerto do Enunciado 254 do FPPC: “É inválida a convenção para excluir a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica.”.

Nessa perspectiva, a despeito da infeliz redação do legislador brasileiro, a expressão “direitos que admitem autocomposição” está simplesmente a indicar a viabilidade de se promover ajustes processuais atípicos nas demandas que tenha por objeto direitos indisponíveis, desde que o conteúdo do ajuste não o vulnere, direta ou indiretamente.

7.4.2 Licitude do objeto: a questão da reserva de lei e a inviabilidade dos critérios da moral e dos bons costumes

Diz-se que o objeto do negócio jurídico é lícito quando ele está em conformidade com o direito. Acaso o objeto do ajuste seja ilícito, o negócio jurídico padecerá de vício de nulidade, pouco importando se a infração às normas jurídicas se deu de maneira direta ou indireta (atuação fraudulenta tendente a burlar a lei)⁸⁹⁹.

A despeito de infundável controvérsia acerca dos limites objetivos de validade do poder de autorregramento da vontade das partes no processo, tem-se na literatura processual assentado o entendimento no qual não são válidos os negócios processuais versando sobre temas cuja disciplina seja reservada à lei.

Nesse particular, importa esclarecer que a lei atuará de duas maneiras distintas: em alguns casos ela regulará a matéria e pré-excluirá a possibilidade de ajuste sobre determinados aspectos da temática, e em outros casos, ela simplesmente deixa de reconhecer a autonomia privada como fonte normativa sobre tema⁹⁰⁰.

Como exemplo da primeira forma de atuação, tome-se como exemplo o poder de

⁸⁹⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Da forma dos atos processuais*, p.388

⁸⁹⁹ Cf. MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*.

⁹⁰⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Da forma dos atos processuais*, p.388

autorregramento da vontade em matéria de competência, levando em consideração as hipóteses de competência relativa e absoluta. Tratando-se de hipótese de competência relativa, as partes poderão validamente disciplinar sobre a matéria (art. 63 do CPC), o mesmo não pode ser dito em relação às hipóteses de competência absoluta.

Nesse particular, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais reconheceu a invalidade de convenção processual travada entre particular e o Estado de Minas Gerais que subtraia dos Juizados Especiais da Fazenda Pública a competência para julgar determinada demanda. Na espécie, os convenientes entenderam por bem estabelecer competência de uma das varas da justiça comum da Comarca de Lavras, ao argumento de que no sistema dos Juizados Especiais da Fazenda Pública inexistia a possibilidade de nomeação de assistente técnico e a dilação do prazo para conclusão da prova pericial. Não obstante, o ponderável argumento trazido pelos litigantes, a tese condutora foi no sentido de ser a competência absoluta dos Juizados Especiais da Fazenda Pública é inderrogável pela vontade das partes⁹⁰¹.

Como exemplo da segunda forma de atuação, destaque-se aqueles institutos que tem como nota a taxatividade, como, por exemplo, os recursos. Os recursos dependem de expressa previsão legal, não sendo possível que a partes convençionem sobre a criação de recursos outros não expressamente contemplados pela lei, tampouco é possível alterar as hipóteses de cabimento de recursos previstos em lei. Não se pode, portanto, ampliar, por via convencional, as hipóteses de cabimento de recurso de fundamentação vinculada (*e.g.* ampliar o rol da hipótese de agravo de instrumento ou recurso especial) ou instituir a figura do recurso *per saltum*⁹⁰².

Também não será possível a criação de título executivo por força de convenção processual, porque esta matéria também está sob reserva legal⁹⁰³. Caso desejem as partes atribuir força executiva a negócio jurídico por elas consumado, elas deverão acomodá-lo em uma das hipóteses tipicamente previstas em lei. Um caminho fácil certamente será a subscrição de documento particular assinado por duas testemunhas, a teor do disposto no art. 784, III do CPC; contudo, sem as providências previstas naquele dispositivo não será possível conhecer no ajuste particular a natureza de título executivo⁹⁰⁴.

⁹⁰¹ (TJMG - Agravo Interno 1.0382.17.000356-2/003, Relator(a): Des.(a) Adriano de Mesquita Carneiro (JD Convocado), 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 07/06/2018, publicação da súmula em 19/06/2018)

⁹⁰² Enunciado 20 do FPPC: “ (art. 190) Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância, acordo para afastar motivos de impedimento do juiz, acordo para criação de novas espécies recursais, acordo para ampliação das hipóteses de cabimento de recursos.”

⁹⁰³ ABELHA, Marcelo. *Manual de execução*, e-book; ASSIS, Araken. *Processo Civil brasileiro*, vol. IV: manual da execução, e-book.

⁹⁰⁴ Em sentido diverso, CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções Processuais*, 316-317.

No âmbito do direito privado, tem se sustentado que a licitude do objeto não se relaciona exclusivamente com a lei, abarcando também a compatibilidade do negócios jurídico com a moral e os bons costumes⁹⁰⁵.

De início, resta indagar se seria possível tomar como parâmetro de controle dos negócios jurídicos, dentro de uma perspectiva de Estado Democrático de Direito, a moral e os bons costumes.

Venosa, respondendo a essa indagação, é categórico ao afirmar que: “O objeto é ilícito quer por afrontar a moral, quer por afrontar os bons costumes, assim tidos como tal de acordo com a moral vigente na época.”. Em outra passagem de sua obra, quando discorre sobre a validade das condições (elemento acidental do negócio jurídico), sustenta: “São imorais as [condições] que, no geral, atentam contra a moral e os bons costumes. São dessa natureza as que vão contra o direito de liberdade das pessoas, seus princípios religiosos, sua honestidade e retidão de caráter.”⁹⁰⁶. E em outra passagem, é ainda mais curioso o pensamento do autor sobre o tema:

Da mesma forma, é diluído o conceito de bons costumes, não encontrável na lei. Embora não sejam exclusivamente preenchidos pela Moral, os bons costumes são integrados por ela. Existe moral costumeira variável no tempo e no espaço. Incumbe ao juiz, em cada caso concreto, interpretar o que sejam os bons costumes na sociedade na qual o próprio magistrado se insere. Não resta dúvida de que não podemos admitir negócio jurídico contrário à Moral.⁹⁰⁷

Como foi visto no capítulo 5, no contexto de sociedades plurais não é possível pensar em uma homogeneidade em formas de viver ou pensar a integração social a partir de um padrão de moralidade compartilhado pela sociedade em determinado momento histórico (vide item 5.1). E por esta razão, parece equívoco o pensamento de Venosa, que parte de concepção unívoca de sociedade, insustentável tanto no plano fático, quanto jurídico.

Uma mesma situação pode encontrar diferentes interpretações igualmente válidas e coerentes, e se isto pode ocorrer, não é possível sustentar padrão homogêneo de moralidade e de bons costumes, que poderia ser apreendido pela figura salvacionista do magistrado, o guardador das virtudes da sociedade de seu tempo. A interpretação judicial também pode ser posta sob suspeita, designadamente quando elementos axiológicos particulares do julgador

⁹⁰⁵ Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: parte geral*, e-book; GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: parte geral*, e-book; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: parte geral*, e-book.

⁹⁰⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*, p. 507; p. 482.

⁹⁰⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*, p. 384-385.

entram em cena, mascarados de elementos deontológicos⁹⁰⁸.

No âmbito do Código Civil, verdade seja dita, a palavra “moral” aparece explicitamente em três passagens (arts. 186, 883 e 1.638, III) e a de bons costumes em cinco (arts. 13, 122, 187, 1.336, IV, 1.638, III). No âmbito do Código de Processo Civil, no entanto, a expressão “bons costumes” não aparece em nenhuma passagem e o termo “moral” em duas ocasiões, referindo-se a liberdade na produção de provas (art. 369) e a admissibilidade da prova testemunhal, quando o credor não poderia obter a prova escrita da obrigação. No âmbito da legislação processual esparsa, é importante lembrar que a Lei 9.307/96, mais precisamente em seu art. 2º, §1º, toma os “bons costumes” como limite para a escolha das regras de direito aplicáveis na solução do conflito⁹⁰⁹.

A despeito de episodicamente a legislação brasileira se reportar as ideias de “moral” e “bons costumes” na construção dos dispositivos legais, estes padrões metajurídicos e axiológicos não podem compor o elemento deontológico do direito na perspectiva de Estado Democrático de Direito que tem no pluralismo um de seus fundamentos (art. 1º, IV da CF/88).

Nessa linha, Passo Cabral, com razão, esclarece que o critério dos “bons costumes” é imprestável para aferir a licitude do objeto dos acordos processuais, por ser vago e remeter a padrões de moralidade que não tem amparo em sociedade contemporâneas, marcadas pela pluralidade, e que por isto devem respeitar a diferença e exercerem a tolerância, inclusive nos costumes da vida privada⁹¹⁰.

7.4.3 Licitude do objeto: a inviabilidade do critério do interesse público

No processo não estão em jogo interesses privados, mas também interesses de toda a coletividade, de modo que as partes na defesa de suas pretensões não poderão colocar ao desabrigo o interesse público, dada sua posição de ascendência destes em relação àqueles defendidos por elas. A esta ideia elementar agregue-se outra mais: o interesse público é irrenunciável. Da amalgama entre o interesse público e sua irrenunciabilidade, tem-se procurado impor limites às convenções processuais.

A meu sentir, o critério em questão também não oferece marco instrasponível para a determinação dos limites de licitude para as convenções processuais, concordando uma vez

⁹⁰⁸ Cf. BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*; NUNES, Dierle José. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*.

⁹⁰⁹ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p. 302-303.

⁹¹⁰ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p. 302-303.

mais com Passo Cabral quando afirma que “o “interesse público” é uma cláusula vaga que não fornece, por si só, um critério único para o controle do objeto dos negócios jurídicos.”⁹¹¹.

Não fosse o bastante, tendo como fundamento a ideia co-originalidade entre as autonomias pública e privada, na contemporaneidade não é possível estabelecer uma dicotomia entre interesses público e privado, tampouco uma relação de hierarquia, na qual este deve se sucumbir, sempre e sempre, àquele (vide item 5.1). O que existe entre o interesse público e o privado é uma relação de permanente tensão e complementariedade, da qual se acresce em importância o procedimento discursivo, no qual os interessados, em simétrica paridade, poderão aportar suas contribuições, informações e argumentos para construção da deliberação sobre as diversas pretensões de validade emergentes do caso concreto⁹¹².

Entretanto, é bem de ver que a leitura neoliberal das convenções processuais ao se apropriar da ideia de co-originalidade entre interesses públicos e privados, tem feito uma narrativa capciosa renegando o interesse público dentro do contexto discursivo, fazendo parecer crer que o processo se sujeita exclusivamente ao interesse das partes. Na linha do sustentado ao longo do trabalho, esta narrativa é perigosa por expor a parte débil ao subjugo da mais forte, na medida em que dissolve os direitos e garantias que compõem o modelo constitucional do processo, coonestado pelo véu do consenso. Ademais, aquela leitura das convenções processuais, não raro, sugere que o engolfamento do interesse público pelo privado, olvidando-se que o serviço jurisdicional não é um serviço privado e que, bem por isto, nem tudo que concerne à estrutura processual é uma questão de mera escolha dos litigantes.

7.4.4 *Licitude do objeto: a questão das normas cogentes*

Quanto à imperatividade, as normas jurídicas são classificadas em normas cogentes ou em normas dispositivas. As primeiras são aquelas que determinam a ação ou a abstenção de uma conduta, retirando de seus destinatários qualquer alternativa distinta daquela preconizada pela norma. As segundas são aquelas que não instituem mandamento definitivo, permitindo a ação ou a abstenção do comportamento, bem como, eventualmente, colmatam os espaços deixados por uma declaração de vontade inexistente⁹¹³.

A classificação apresentada acima se funda na existência de diferentes graus de imperatividade das normas processuais, já que diante das normas cogentes – de imperatividade

⁹¹¹ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p. 302.

⁹¹² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre a facticidade e a validade*. Vol. 2, p. 189-190.

⁹¹³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral*, p. 49-50.

absoluta –, inexistem margem de liberdade ao poder de autorregramento da vontade das partes para alterar a disciplina legal sobre determinado tema, ainda que todos os sujeitos processuais estejam de acordo com a mudança de rota preconizada pelo legislador.

O poder de autorregramento da vontade ganha dimensão nos espaços não coberto pela atividade legiferante ou naquelas zonas disciplinadas por normas dispositivas, cuja incidência se opera na inexistência de declaração de vontade sobre o tema por ela disciplinado.

Dentro dessa lógica, não é difícil compreender porque a literatura jurídica nacional e estrangeira ao cuidar dos limites à convencionalidade processual, com bastante recorrência, encaram as normas cogentes como obstáculo ao poder de autorregramento da vontade⁹¹⁴.

É bem verdade que estabelecer os confins ao poder de autorregramento da vontade das partes em tema de convenções processuais, tomando como base a distinção entre normas cogentes e dispositivas, não é, por certo, critério infalível, especialmente porque nem sempre é fácil estabelecer a distinção entre as duas espécies de normas. Barbosa Moreira, de há muito, já havia apontado este inconveniente; na literatura processual mais recente, Passo Cabral renova as reticências a este critério, no que tem sido acompanhado por outros processualistas⁹¹⁵.

Se, de fato, o critério nem sempre constitui solução segura para todos os casos em que é preciso encontrar divisas ao poder de autorregramento da vontade no processo, é bem verdade, no entanto, que ele será útil para a grande parte dos casos, senão para a maioria deles. Daí porque me parece açoitado rejeitar peremptoriamente o critério em questão, ao argumento de que ele não é perfeito para toda e qualquer hipótese.

Naqueles casos, situados numa zona gris, onde não é possível verificar facilmente se a disciplina convencional afronta norma cogente, é compreensível o receio de que um conceito não precisamente demarcado possa ensejar decisões arbitrárias, designadamente aquelas que negam às partes o papel que lhes toca na gestão do processo.

Contudo, é preciso compreender o critério da distinção entre normas cogentes e dispositivas dentro de perspectiva mais panorâmica, de modo a percebê-lo para além daquela zona fronteira (com limites turvos, e isto não há negar); e esta visão panorâmica da paisagem vai permitir perceber que aquela zona fronteira ocupa pequeno espaço dentro do contexto da

⁹¹⁴ CAPONI, Remo. *Autonomia Privada e processo civil: os acordos processuais*, p. 359; DIDIER JR. Fredie. *Arts. 190 e 191*, p. 300-301; MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios Processuais e a desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*, p. 154; CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil*, p. 129; FACÓ, Juliane Dias. *A aplicação do art. 190 do CPC/2015 ao processo do trabalho*, p. 258.

⁹¹⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*, p. 91; CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p. 302; VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. *Convenções Processuais no paradigma do processo civil contemporâneo*, p. 270-271; COSTA, Marília Siqueira da. *Convenções processuais sobre intervenção de terceiros*, p.119.

paisagem geral, onde é possível identificar vasto campo ocupado pelas normas dispositivas e cogentes, sem margem para dúvidas quanto à sua natureza.

Ao que parece, ninguém coloca sob suspeita a natureza cogente das regras que determinam a intervenção do Ministério Público com fiscal da ordem jurídica, que impõem a publicação para a eficácia da decisão, que asseguram às partes a definição dos limites da demanda ou o direito de nomear profissional de sua confiança para o patrocínio da defesa técnico-jurídica de seus interesses, que estruturam o procedimento em contraditório, que impõem ao órgão decisor o dever de fundamentar suas decisões ou que estabelecem competências absolutas.

Não há razão para demover o critério das normas cogentes, especialmente quando a literatura processual não caminhou rumo a outro mais seguro e operável na determinação dos limites ao poder do autorregramento da vontade em tema de convenções processuais. Aliás, a meu ver, a negativa de utilidade do critério da distinção entre normas cogentes e normas dispositivas, antes de emprestar maior segurança aos limites da convencionalidade processual, promove, paradoxalmente, um sistema processual muito mais volátil e arbitrário do que aquele que se procurou evitar.

Caso uma convenção processual levante a suspeita de que o limite imposto por norma cogente foi transposto, a questão deve ser submetida ao crivo do devido processo constitucional, assegurando-se às partes o direito de participar em contraditório do procedimento que antecede a decisão, pois, decerto não cabe ao magistrado solitariamente preencher aquele conceito. Ao depois, há de se recordar que o controle de validade exercido pelo magistrado se sujeita a regra segundo a qual não há nulidade sem prejuízo (Enunciado 16 do FPPC: “O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo.”). Acaso remanesça qualquer crítica à decisão, deverão as partes recorrer.

Não se nega que o espólio publicista que impregnou a literatura processual reforça tendência em visualizar nas normas processuais uma preponderância de normas cogentes⁹¹⁶, sem que estas normas importem em qualquer ganho para um sistema processual edificado sobre os pilares do modelo constitucional de processo.

Entretanto, isso não justifica, por si só, a supressão do critério de distinção entre normas

⁹¹⁶ Theodor Jr. chega a afirmar que no direito processual as normas cogentes são a maioria (THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. I, p. 80). Consignando o mesmo entendimento ASSIS, Araken. *Processo Civil brasileiro: parte geral*. Vol. I, p. 123. De forma ainda mais carregada, GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*, p. 55.

cogentes e dispositivas como limite ao poder de autorregramento da vontade no processo. Talvez seja o caso de alterar o *locus* onde situa a divisa entre um grupo e outro de normas, e sendo este o caso, por certo, avulta em importância o papel da literatura processual, no desempenho de seu mister, questionar concepções retrógradas e inconsistentes, encruadas no imaginário científico, legislativo e jurisprudencial.

7.4.5 *Licitude do objeto: a questão da ordem pública*

O respeito às normas que resguardam a ordem pública tem sido utilizado como critério definidor dos limites para convencionalidade processual. Esta ideia é bastante frequente na literatura jurídica nacional e estrangeira sobre o tema.

No direito italiano, Caponi esclarece que a autonomia privada deve ser exercitada “dentro dos limites do respeito das normas imperativas, da ordem pública e do bom costume, limites que são postos em defesa de uma alocação proporcional dos recursos estatais, de modo a assegurar à coletividade um serviço eficiente de Justiça civil.”⁹¹⁷.

Na França, Cadiet e outros esclarecem que as regras impostas convencionalmente encontram limites nas leis que dizem respeito à ordem pública, de modo que a fronteira que separa a ordem pública e a liberdade contratual depende das regras que se pretende derrogar⁹¹⁸.

No direito nacional, Ataíde Jr., Almeida, Müller, Cordeiro, dentre outros, também reconhecem a ordem pública como um dos limites para a convencionalidade processual⁹¹⁹.

Não obstante, na doutrina nacional, na esteira das lições de Passo Cabral, tem questionado a suficiência do critério da ordem pública para estabelecer os limites ao poder de autorregramento da vontade no processo. Sustenta o autor que paira sobre a expressão “ordem pública” uma imprecisão conceitual e daquilo que comporia o seu conteúdo. Adverte o autor que muito embora a expressão tenha sido empregada em vários diplomas legislativos nacionais, a variabilidade de sentido emprestada em cada um deles não deixa pistas seguras para dotar aquela expressão de maior precisão. No campo dogmático, Passo Cabral se insurge em face das

⁹¹⁷ CAPONI, Remo. *Autonomia Privada e processo civil: os acordos processuais*, p. 359.

⁹¹⁸ CADIET, Loïc; NORMAND, Jacques; MEKKI, Soraya Amarani. *Théorie générale du procès*, p. 538.

⁹¹⁹ ATAÍDE JÚNIOR, Jadelmiro Rodrigues de. *Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais*, p. 275; ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*, p. 153-154; MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios Processuais e a desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*, p.154; CORDEIRO, Adriano C. *Negócios jurídicos processuais no novo CPC: das consequências de seu descumprimento*, p. 163 et. seq.; GRECO, Leonardo. *Atos de disposição processual: primeiras reflexões*, p.728; CABRAL, Trícia Navarro. *O regime das questões de ordem pública*, p. 1.214.

concepções teóricas que procuram associar a ideia de ordem pública àquela de normas cogentes, pois a vagueza deste último conceito acaba por refletir no daquele. O autor também direciona sua crítica àquelas construções que associam a ordem pública à cognoscibilidade oficiosa da matéria, porque existem hipóteses reconhecidas pela legislação em que uma matéria de interesse privado pode ser conhecida de ofício pelo magistrado. Ao depois, no campo ideológico o recurso a “ordem pública”, sustenta ele, parece encampar ideologia autoritária, que pretende fazer parecer crer que os interesses estatais são sempre superiores ao do indivíduo⁹²⁰.

Vidal, após endossar o caminho trilhado por Passo Cabral, arremata que os eventuais limites encontrados na ordem pública poderiam ser extraídos de outros filtros de regularidade, dentre os quais os princípios fundamentais do processo em seu núcleo essencial, a proteção aos vulneráveis, a impossibilidade de derrogar regras de proteção de direitos indisponíveis.⁹²¹

A meu ver, a crítica dos autores é parcialmente procedente, não, porém ao ponto de sepultar a utilidade do critério da ordem pública, não apenas em tema de convencionalidade processual, mas como um limite geral para a prática de negócios jurídicos nos seus mais variados âmbitos.

De início, há de ressaltar que a expressão “ordem pública” encontra-se presente em duas ocasiões dentro do vigente Código de Processo Civil (arts. 39 e 963, VI do CPC), especificamente quando o legislador trata da recusa de pedido de cooperação internacional e quando do estabelecimento dos requisitos para homologação da sentença estrangeira. Na Lei de arbitragem também há referência a essa expressão em três passagens (arts. 2º, §1º; 39, I, e; 39, parágrafo único, da Lei 9.307/96).

No Código Civil, diploma legislativo em que a expressão também trafega com relativa facilidade, importa chamar atenção para o disposto no art. 2.035, parágrafo único, (aplicável ao tema das convenções processuais, por força da correção de normas antes vista), que estabelece: “*Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.*” (destaquei).

Não é necessário muito esforço para encontrar a aludida expressão no direito positivo nacional, designadamente naqueles de maior relevo (e.g. CDC, ECA), na literatura jurídica e nas decisões judiciais.

⁹²⁰ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p. 306-315.

⁹²¹ VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. *Convenções Processuais no paradigma do processo civil contemporâneo*, p. 259-272.

Mas, de fato, o que compreende tal expressão? Seria possível tomar o seu conteúdo como um dos limites à convencionalidade processual?

Independentemente da resposta, cabe a advertência de Passo Cabral, no sentido de que a “ordem pública” é expressão que desafia uma multiplicidade de sentidos.

Em Greco a ideia de ordem pública processual é constituída pelos princípios e garantias fundamentais do processo. Para ele, dentro desse núcleo de princípios indisponíveis estariam compreendidos, a independência, a imparcialidade e a competência absoluta do juiz; a capacidade das partes; a liberdade de acesso à jurisdição por todos os cidadãos, com igualdade de oportunidade e de meios de defesa; a existência de um procedimento previsível, equitativo, contraditório e público; a concorrência das condições da ação; a delimitação do objeto litigioso e o respeito à iniciativa das partes e à congruência da decisão; a conservação do conteúdo dos atos processuais; a possibilidade de ampla defesa, inclusive com defesa técnica e autodefesa; a intervenção do Ministério Público nas causas que versam sobre direitos indisponíveis; o controle de causalidade e de legalidade, a partir da fundamentação da decisão, bem assim a celeridade do processo e a garantia de uma cognição adequada pelo juiz⁹²².

Em sentido aproximado, Ataíde Jr. afirma que “as questões de *ordem pública* exsurtem, e com toda relevância, como limites ao autorregramento da vontade no processo.”. Nesta linha, as normas que tratam da coisa julgada, da competência absoluta, da fundamentação das decisões, da imparcialidade do julgador, da capacidade processual, bem assim aquelas que compõem o núcleo duro do devido processo legal, a despeito das dificuldades fáticas e jurídicas de aplicação dessas normas, são todos exemplos de normas de ordem pública⁹²³.

Aprigliano encara a ordem pública processual como conjunto de regras técnicas que o sistema concebe, com vistas a controlar a tempestividade e a regularidade do processo, necessariamente voltadas para permitir que as finalidades do processo sejam alcançadas, com rapidez, economia e racionalidade. Para o autor, os pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito – expressão ampla que alberga em seu interior as condições da ação e os pressupostos processuais – constituem os elementos básicos e centrais da ordem pública processual⁹²⁴.

Xavier Cabral entende que a ordem pública processual consiste em técnica destinada a

⁹²² GRECO, Leonardo. *Atos de disposição processual: primeiras reflexões*, p.725-726.

⁹²³ ATAÍDE JÚNIOR, Jadelmiro Rodrigues de. *Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais*, p. 275.

⁹²⁴ APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no Direito Processual civil*, p. 106, 75. Também reconhecendo se tratar de matéria de ordem pública as condições da ação e os pressupostos processuais, ASSIS, Araken. *Processo Civil brasileiro: parte geral*. Vol. I, p. 708.

promover a correta identificação e aplicação das normas processuais, bem como o exercício do controle da regularidade processual, por todos os seus atores, especialmente pelo juiz, de modo adequado e tempestivo, a fim de que a prestação da tutela jurisdicional seja legítima e integral, com a pronúncia de mérito. Na visão da autora, a lei processual considera como questão de ordem pública aquelas nas quais o juiz pode e deve conhecer de ofício, a qualquer tempo e grau de jurisdição, como, por exemplo, as condições da ação, os pressupostos processuais e outros aspectos processuais e matérias que sejam capazes de gerar uma nulidade absoluta no processo⁹²⁵.

Roque, após apresentar a variabilidade conceitual atribuída à ordem pública nos diversos ramos do direito, aponta que “[n]o direito processual civil, as chamadas *questões de ordem pública* remetem a normas que autorizam o juiz, a qualquer tempo ou grau de jurisdição, extinguir o processo sem julgamento de mérito ou determinar sua nulidade.”⁹²⁶. Em mesma direção, a lição de Ortiz também sustenta que as matérias de ordem pública não estariam, em tese, sujeitas à preclusão, podendo, assim, ser suscitadas e conhecidas em qualquer tempo e grau de jurisdição, inclusive pelo juiz de ofício⁹²⁷.

Em outra linha, Müller aduz que a “ordem pública é formada pelo conjunto de regras cogentes, imperativas, fora do alcance dispositivo das partes.”⁹²⁸. Se alinhando a este entendimento, Scarpinella Bueno esclarece que “[a] primeira situação, de invalidade [dos negócios jurídicos processuais], relaciona-se com o que merece ser chamado de ordem pública processual ou, para quem preferir, de normas *cogentes*”, e mais à frente prossegue o autor: “As tais normas de ordem pública ou cogentes o são a ponto de não se poder querer desprezá-las, desconsiderá-las, esquecer-las, ainda que se queira. É esta a sua característica.”⁹²⁹.

Dados os limites deste trabalho, penso que se inserem dentro da ideia elementar de ordem pública processual os direitos e garantias que compõem o modelo constitucional de processo, núcleo duro e irredutível que constitui a base do direito processual.

O modelo constitucional de processo tem como base estrutural, conforme ensina Brêtas,

⁹²⁵ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Ordem pública processual*, p. 472-473.

⁹²⁶ ROQUE, Nathaly Campitelli. *A ordem pública e seu regime jurídico do direito processual às questões de ordem pública*, p. 263.

⁹²⁷ ORTIZ, Mônica Martinelli. *Âmbito da cognição das questões de ordem pública nos Tribunais Superiores e exigência de prequestionamento*, p. 175.

⁹²⁸ MÜLLER, Júlio Guilherme. *Negócios Processuais e a desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica*, p.154

⁹²⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de direito processual civil: volume único*, p. 339. Também no mesmo sentido: “São *cogentes*, imperativas ou de ordem pública, as normas jurídicas que devem ser cumpridas, sempre, independentemente da escolha daquele que lhes deva cumprimento e, mesmo, *independentemente da escolha daquele que em princípio será beneficiado por tal cumprimento*.” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de direito processual civil: parte geral*, Vol. 1, e-book).

o direito de ação, à ampla defesa, ao advogado ou ao defensor público, à um procedimento desenvolvido em contraditório paritário, à produção de prova, a um processo sem dilação indevida, a decisão proferida por órgão jurisdicional previamente definido segundo as normas vigentes, a uma decisão fundamentada no ordenamento jurídico vigente, ao recurso, na perspectiva de coextensão do direito de ampla defesa⁹³⁰. Àquelas bases estruturais apontadas pelo professor mineiro agrego o direito a um processo livre de provas ilícitas, ao respeito à coisa julgada, à publicidade dos atos processuais, com as ressalvas impostas pela própria Constituição Federal, à segurança jurídica e à autonomia privada.

Dada sua íntima relação com aquele bloco duro e irredutível de direitos e garantias que compõem o modelo constitucional de processo, insiro os pressupostos processuais compreendidos a partir de perspectiva de um formalismo processual democrático, isto é, como elementos promovem interação policêntrica entre os atores processuais, a partir de uma plataforma procedimental capaz de permitir o livre fluxo de argumentos de fato e de direito, em simétrica oportunidade, que impactaram na formação de uma decisão final, que tenha como base fundamentos jurídicos⁹³¹.

Também compõem a ordem pública processual as normas processuais destinadas a assegurar o mínimo existencial à pessoa humana, cuja impenetrabilidade assume especial importância no contexto nos processos executivos, por salvaguardar a dignidade da pessoa humana que tem seu patrimônio sobre o alvo da excussão estatal, bem assim os meios e recursos destinados a protegê-lo.

Nessa linha, não parece inteiramente procedente as críticas de Passo Cabral no sentido de que a ordem pública tem conteúdo indefinido, parecendo fazer crer que as divergências doutrinárias acerca dos elementos que compõem este conceito conduzem a absoluto vazio de sentido. Aliás, qual conceito em ciências é indene a crítica? Não é este o tempo da geometria dos conceitos⁹³², mas, ao contrário, é o tempo que sobreleva a função argumentativa no direito; e se este o tempo que sobreleva a função argumentativa no direito, certamente também é o tempo em que se deve fortalecer os espaços-tempo procedimentais na busca da melhor resposta possível para aquelas questões colocadas sob suspeita.

Ainda que a noção de ordem pública não corresponda com absoluta identidade àquela

⁹³⁰ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito*, p. 114-115.

⁹³¹ Cf. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*; NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*; NUNES, Dierle; CRUZ, Clenderson Rodrigues da; DRUMMOND, Lucas Dias Costa. *A regra interpretativa da primazia do mérito e o formalismo processual democrático*.

⁹³² Cf. SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Processo e Ideologia: o paradigma racionalista*.

de norma cogente, dada a maior amplitude desta última, a meu ver isto não constitui razão suficiente para infirmar a utilidade de ambas as construções, pois diante de normas de ordem pública ou de normas cogentes (ainda que não se tratem de normas públicas), em tema de poder de autorregramento da vontade a conclusão é a mesma: as partes não podem afastá-las. Ao depois, o argumento do autor antes de desautorizar aquelas noções, as confirma, por permitir entrever a possibilidade de identificação das normas que compõem uma e outra categoria.

Na mesma linha, é bem verdade que, excepcionalmente, a legislação processual permite que o magistrado conheça de ofício matéria de interesse privado, tal como se dá em alguns casos de incompetência relativa ou de prescrição⁹³³, mas estes casos, como dito, constituem exceções à regra geral. E repita-se novamente o argumento: se é possível identificar o que de interesse privado e o que é de ordem pública, cognoscível de ofício, novamente se afirma a utilidade do critério sob escrutínio, com os embargos de que não deveria o Estado imiscuir em interesses daquela ordem.

Resta ainda enfrentar o último argumento trazido por Passo Cabral, consistente em visualizar no recurso à “ordem pública” a encampação de uma ideologia autoritária, capaz de sufocar os interesses privados na contingência da afirmação dos do Estado.

Conforme foi visto em outras passagens deste trabalho, nos marcos do Estado Democrático de Direito não há falar em preponderância do interesse público em face do privado, tampouco a recíproca é verdadeira. O que existe é uma permanente relação de tensão e complementariedade, que deverão encontrar no fluxo discursivo do processo, copiosamente estruturado a partir do modelo constitucional, o espaço para filtragem de argumentos de natureza axiológica, na medida em que apenas argumentos deontológicos devem ter abrigo nos discursos de aplicação do direito⁹³⁴.

De toda forma, parece que tem sido a estratégia acusar as normas decorrentes do devido processo legislativo de autoritárias, como se elas não fossem também expressão da legitimidade do processo democrático. Segundo penso, não se pode ter o processo legislativo em tão pouca conta, a despeito de todas as críticas que a ele se possam endereçar, bem assim aos representantes do povo em exercício no Congresso Nacional. Mas adjetivo por adjetivo, o produto normativo das convenções processuais também pode ser autoritário quando havido por convenientes em com desnível de poder e de barganha, sem informações mínimas para

⁹³³ Não se desconhece a discussão travada em torno da natureza de ordem pública da prescrição, não obstante entendo se tratar de matéria de interesse privado dada a possibilidade de sua renúncia.

⁹³⁴ Cf. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais*; BAHIA, Alexandre Melo Franco. *Recursos extraordinários no STF e STJ*.

compreender o conteúdo e as consequências do que é ajustado; talvez a estas normas “consensuais” possam ser lançadas outros adjetivos pejorativos, mas me cabe ingressar neste campo, porquê que de adjetivo em adjetivo o foco se turva e os esforços se esvaem.

Dessa forma, parece-me mais adequado concentrar os esforços em aperfeiçoar a estrutura processual para que ela se converta no mais bem acabado instrumento técnico de interação entre os atores processuais e de controle recíproco de suas respectivas iniciativas, bem assim de afirmação e concretização de direitos e reação contra o ilícito, sem desconsiderar a importância do produto do devido processo legislativo, tampouco da calibragem processual levada a efeito nos casos concretos pelos atores processuais⁹³⁵.

7.4.6 *Licitude do objeto: a questão da proteção do núcleo essencial e a tese de Passo Cabral*

Passo Cabral reconhecendo as dificuldade de se encontrar limites para o poder de autorregramento da vontade em tema de convenções processuais atípicas, sugere que na tensão entre a autonomia privada e outros direitos fundamentais correlatos, deve-se equacioná-los de modo a proteger o núcleo essencial dos direitos processuais envolvidos⁹³⁶.

Para tanto, o autor propõe um método em três etapas, quais sejam:

- a) Primeira etapa: o juiz deve identificar os direitos fundamentais envolvidos no ato de disposição;
- b) Segunda etapa: deve-se procurar estabelecer o diálogo entre as convenções típicas e atípicas, de modo que em um sistema processual híbrido como o brasileiro, no processo de aplicação, cabe verificar se é possível enquadrar uma convenção atípica a um *grupo* convencional tipicamente legislado. Caso isto seja possível, incidirá sobre a convenção atípica a sistemática do acordo típico;
- c) Terceira etapa: A autonomia privada não pode implicar em disposição ou renúncia absoluta e incondicional às garantias fundamentais do processo. Nesta linha, sem negar a autonomia privada – que também é direito constitucional –, tampouco a importância dos direitos fundamentais processuais, deve-se encontrar ponto de equilíbrio no qual o poder de autorregramento não atinja o núcleo essencial de direito fundamental processual, sob pena de invalidade.

É importante observar que na proposta formulada pelo autor, a identificação dos direitos

⁹³⁵ Cf. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. *Processo constitucional e Estado Democrático de Direito*.

⁹³⁶ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p. 330 *et. seq.*

fundamentais envolvidos no ato de disposição, na primeira etapa do método por ele proposto, constitui “um passo necessário e indispensável”⁹³⁷, para o desenvolvimento das etapas subsequentes. No entanto, como reconhece o próprio autor, nem sempre constitui tarefa fácil descortinar quais seriam, de fato, os direitos envolvidos. Mesmo em situações mais banais, insuspeitas à primeira vista, como, por exemplo, uma engenharia diferenciada nos prazos processuais pode projetar impactos nas garantias de ampla defesa e do contraditório, quando em cotejo com o direito processual fundamental de duração razoável do processo.

Não fosse o bastante, o autor também reconhece déficit analítico da literatura processual, que, com frequência, mistura o conteúdo de diversas garantias fundamentais, sem maiores compromissos com a precisão conceitual, tal qual ocorre com a relação siamesa feita entre as garantias do contraditório e da ampla defesa.

De fato, muito embora a literatura processual brasileira, especialmente dos últimos anos, tenha sido prodigiosa, quantitativamente, em discorrer sobre os direitos e garantias processuais fundamentais, as referências feitas àquele núcleo duro constitucional, não raro, assumem feição meramente retórica, impregnadas de senso comum, quando não se prestam a chancelar o entendimento jurisprudencial, contribuindo, desta forma, para a manutenção do *status quo*.

À evidência, essa postura subserviente da literatura processual, acaba emprestando aos direitos e garantias fundamentais processuais uma leitura eminentemente formal, a despeito de todas as “juras de amor” endereçadas à Constituição.

Nessa perspectiva, deve-se recordar que os direitos e garantias processuais fundamentais só conseguirão cumprir sua função contrafática, redesenhando o *status quo*, a partir de uma leitura substancial e dinâmica⁹³⁸. É, pois, a partir desta leitura substancial e dinâmica que o modelo constitucional de processo se constitui em seiva, capaz de alimentar a legitimidade democrática das decisões jurisdicionais.

Sob essa última perspectiva, a crítica de Passo Cabral, muito embora correta, deve ser levemente obtemperada na medida em que não se pode olvidar do caráter expansivo e variável do modelo constitucional de processo⁹³⁹, já que não se pode represar o caráter dinâmico dos direitos e garantias fundamentais.

Nessa ordem de ideias, sem mais delongas, é de se questionar a metodologia proposta

⁹³⁷ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p. 333.

⁹³⁸ Cf. NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais* THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre de Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC: fundamentos e sistematização*.

⁹³⁹ Cf. ANDOLINA, Ítalo Augusto. *O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional*.

pelo professor carioca, desde sua primeira etapa, pelas dificuldades por ele mesmo apontadas: ora, se não é fácil identificar os direitos e garantias processuais fundamentais impactados pela convenção processual, e se a literatura jurídica processual nacional tem déficit analítico naquilo que diz respeito ao conteúdo dos direitos e garantias processuais fundamentais, o que leva a crer que a metodologia proposta por ele trará resultados melhores no que diz respeito à segurança no controle dos limites das convenções processuais?

Essa dúvida se intensifica ainda mais quando da terceira etapa proposta pelo autor, quando se faz necessário identificar o *núcleo essencial* dos direitos fundamentais processuais. Volve nesta fase a teoria da ponderação de direitos fundamentais.

Não se faz necessário rememorar os riscos do subjetivismo decisório que entram na ordem de cogitações acerca da aplicação daquela teoria nos estuários judiciais de solução de conflitos, especialmente em tempos de banalização dos princípios (muitos de juridicidade duvidosa); a discussão é antiga, assaz conhecida, e, ao que parece, está longe de encontrar um termo. O que se faz novo é o risco de se admitir transigir com garantias processuais fundamentais, que, em última instância, são garantias que se ocupam em construir um sistema jurídico que não se limita a enunciar direitos, mas, sobretudo, compromete-se em concretizá-los.

O modelo constitucional de processo – pensado para ser mínimo essencial em termos de garantias processuais – passa agora a convier com a ameaça reducionista, de ser pensado aquém do mínimo, pela sempre engenhosa – quase nunca, porém, técnica – aplicação do “princípio da proporcionalidade”.

Cabe, nesse particular, registrar a mordaz crítica feita pelo ex-Ministro Eros Grau, no sentido de que o falso princípio da proporcionalidade, quando vertido na máxima segundo a qual “não há direitos absolutos”, transforma-se em “gazua” apta para arrombar toda e qualquer garantia constitucional; a cada direito que se alegar, o juiz responderá que este direito existe, mas por não ser absoluto, não se aplica ao caso, e desta forma, de pouco a pouco se dá o esvaziamento de tudo o quanto foi construído ao longo da história para nos fazer, de súditos, cidadãos. Muito embora os direitos existam, eles nunca estarão lá, justamente na oportunidade que deveria nos acudir⁹⁴⁰.

Não intimida o argumento segundo o qual a disposição ou a restrição do direito ou garantia processual fundamental se dá na concretização de outro direito fundamental: a liberdade. Isto porque, o direito à liberdade, cuja incidência não se nega no campo processual,

⁹⁴⁰ HC 95009, Rel. Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 06/11/2008, DJe-241, p. 19-12-2008.

deve ser pensada dentro de um bloco com outros direitos e garantias fundamentais, e isto não é tudo. O direito fundamental à liberdade não é uma potestade; ele não ganha contornos que torna inviável a coesão social; e, portanto, um direito que encontra limites⁹⁴¹. Ademais, é necessário pensar à liberdade dentro de contextos entre partes com severos desníveis de poder, informação e inclusão nas estruturas básicas de cidadania. Sem estas necessárias considerações, a liberdade, emoldurada no discurso do consenso ou da harmonia, não será menos cínica do que a liberdade defendida nas letras jurídicas dos oitocentos.

7.4.7 A possibilidade do objeto

A validade do ajuste processual também se subordina à possibilidade do objeto, a teor do disposto no art. 166, II do Código Civil. Nesta esteira, a possibilidade do objeto deve ser compreendida dentro de perspectiva física e jurídica.

A impossibilidade física é aquela que resulta da própria natureza do objeto ou da prestação. Enquadra-se nesta noção tudo aquilo que não é passível de realizar-se pelo homem por sua própria força ou por ela com o concurso de outros instrumentos produzidos pelo engenho humano. Não é, todavia, qualquer impossibilidade física que invalida a convenção processual; é necessário que esta impossibilidade seja absoluta ao tempo da celebração do negócio⁹⁴².

Tem-se a impossibilidade absoluta quando o objeto ou a prestação ajustada não pode ser concretizada por qualquer ser humano, e relativa, quando passível de concretização, ainda que não por todos. A convenção processual que nomeia perito já falecido ao tempo do ajuste⁹⁴³, é exemplo de negócio jurídico inválido, por absoluta impossibilidade o objeto; também é inválida a convenção processual que determina a indispensabilidade de prova pericial de objeto que já não conservava os elementos necessários para a realização do exame (ainda que de modo indireto) ou que fixa convencionalmente multa pecuniária para entrega de bem infungível que não mais existia ao tempo da avença.

Caso o objeto seja fisicamente possível ao tempo do ajuste, mas absolutamente impossível ao tempo do cumprimento da prestação, não se terá caso de invalidade da

⁹⁴¹ Cf. DWORKIN, Ronald. *Justiça para ouriços*, p. 375 et. seq; RAATZ, Igor. *Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilidade procedimental e os direitos à participação na construção do caso concreto*, p. 92 et. seq.

⁹⁴² GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: contratos*. Vol. 4; Tomo I, e-book; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: parte geral*, e-book; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro: parte geral*, e-book.

⁹⁴³ BARREIROS, Lorena Miranda. *Convenções Processuais e Poder Público*, p. 265-266.

convenção, mas de sua resolução, a teor do disposto no art. 474 do Código Civil.

A impossibilidade jurídica, por sua vez, decorre de proibição normativa em relação ao ajuste. A despeito das divergências acerca da distinção entre os conceitos de ilicitude e impossibilidade jurídica do objeto, neste trabalho elas foram tomadas como sinônimas. Remete-se o leitor as considerações feitas nos itens 7.4.

7.4.8 A determinabilidade do objeto

Não basta que a convenção processual tenha objeto lícito e possível; é necessário que, além disto, ele seja preciso e determinado, ou, no mínimo determinável, sob pena de ser passível a decretação de sua invalidade (art. 104, II e art. 166, II do Código Civil).

Quanto a esse requisito é curioso observar que, muito embora seja mais fácil obter disciplina processual convencional antes do surgimento de um conflito do que diante de um que já se consumou, neste será mais fácil determinar a pertinência da norma que se pretende ajustar e os efeitos jurídicos que se projetarão a partir da autonomia privada, porque delimitados os contornos e a extensão do impasse surgido entre as partes que estará a desafiar decisão judicial.

Nas convenções pré-processuais, a distância entre o tempo da celebração da convenção processual e o momento em que ela operará seus efeitos, bem como a complexidade das obrigações assumidas, sob a perspectiva do direito material, podem favorecer diretamente no incremento da imprevisibilidade contratual, conspirando assim contra a validade do ajuste processual.

A liberdade, que dá substância à autonomia privada, pressupõe que o agente saiba, de antemão, sobre o que dispõe e quais são as situações processuais assumidas, modificadas ou renunciadas. Daí porque o objeto da convenção processual deve versar sobre situação jurídica individualizada e concreta⁹⁴⁴.

Dessa forma, com as ressalvas do entendimento majoritário sobre a matéria, tenho certas dificuldades em admitir a validade de ajuste pré-processual renunciando antecipada e genericamente o direito ao recurso. E isto, por vários motivos: *a uma*, não se pode renunciar o que não existe, de modo que o direito de recorrer só surge com a prolação da decisão que seja desfavorável ao litigante; *a duas*, o direito de recorrer se conecta diretamente com o direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório, atuando não apenas para assegurar a proteção dos interesses da parte sucumbente, mas também como elemento indispensável ao formalismo

⁹⁴⁴ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p. 78; BARREIROS, Lorena Miranda. *Convenções Processuais e Poder Público*, p. 266.

processual democrático na medida em que refreia o excesso e ou desvio de poder eventualmente praticado pelo decisor⁹⁴⁵.

A meu ver, não tem entrado na ordem de cogitações por parte daqueles que defendem efusivamente a renunciabilidade antecipada e genérica do direito de recorrer a questão da previsibilidade que se coloca como requisito de validade de qualquer negócio processual. Partem de um quadro ideal, no qual a decisão judicial respeita a defesa das posições dos litigantes desenvolvidas paritariamente em contraditório, dentro dos limites impostos pelo dever de congruência (art. 492 do CPC). Não obstante, quando a sentença ultrapassa os confins da congruência ou desconsidera de modo acintoso a perspectiva substancial do contraditório como garantia de influência e não surpresa, circunstâncias que só são passíveis de aferição quando da prolação da decisão, os inconvenientes daquela corrente teórica se tornam manifestos, já que não subsistirá qualquer instrumento técnico de controle da atividade decisória; a convenção processual que renúncia o direito de recorrer de modo genérico e antecipado é um ato de fé!

Veja-se que mesmo na arbitragem, convenção processual de maior envergadura do sistema jurídico brasileiro, o direito de opor embargos de declaração resta assegurado (art. 30 da Lei 9.307/96); nos procedimentos de competência originária do Supremo Tribunal Federal o direito de interpor o mencionado recurso também tem sido reconhecido. Nesta linha, é inválida a convenção processual no qual as partes renunciam genérica e antecipadamente o direito de opor os embargos de declaração.

Com a prolação da decisão, isto é, a partir do momento em que as partes têm ciência do conteúdo e da extensão daquilo que foi decidido, o poder de autorregramento da vontade se amplia, justamente por conta da previsibilidade.

Sob essa perspectiva, levando-se em conta o art. 190 do CPC, é insubsistente a resistência à possibilidade de renúncia ao direito de interpor recurso autônomo, conservando-se ao sucumbente o direito de interpor recurso adesivo. Naqueles casos que a lei admite a interposição recursal de forma acessória, é viável aposição de declaração inеха, fixando condição suspensiva ao direito de recorrer.

Retomando o tema, a deternabilidade implica que o ajuste processual tem como base uma relação jurídica material ou um conflito específico, razão pela qual não é válido o consentimento de um cônjuge autorizando o outro a propor de modo genérico qualquer ação real sobre imóveis, dada a inviabilidade de estabelecer o prognóstico do que, de fato, se está

⁹⁴⁵ Cf. NUNES, Dierle José Coelho. *Direito constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões*.

autorizando⁹⁴⁶.

Muito embora seja desejável que o objeto do ajuste esteja totalmente definido quando do momento da celebração da convenção processual, é bem de ver que a legislação civil admite que o objeto seja meramente determinável, isto é, que a imprecisão inicial em relação às características qualitativas e quantitativas se dissipem ao logo do tempo, estando, pois, determinadas ao tempo da produção dos efeitos da convenção; em suma, basta que o objeto seja determinável⁹⁴⁷.

Barreiros ressalta que a utilização de conceitos jurídicos indeterminados em convenções processuais podem redundar na invalidade do ajuste processual, à conta da indeterminabilidade do objeto do ajuste, acaso não seja possível determinar, quando da produção dos efeitos do pactuado, as especificações quantitativas e qualitativas pretendidas⁹⁴⁸. Realmente, restando inviável a depuração do conteúdo convencionado, que podem ainda se tornar controvertida no contexto de eclosão do conflito entre as partes, força convir pela invalidade da convenção. Contudo, deve-se ressaltar que a invalidação da convenção processual deve ser medida derradeira, somente possível se não for possível apurar seu conteúdo levando em conta o disposto nos arts. 112, 113 e 114 do Código Civil⁹⁴⁹, ressaltando, em todo caso a importância do contraditório neste processo de determinação de sentido da cláusula convencional acusada de vício de indeterminabilidade⁹⁵⁰.

7.5 Do requisito temporal: sobre o momento da celebração da convenção processual

É possível, a partir do poder de autorregramento da vontade, disciplinar sobre temas processuais antes mesmo do surgimento do processo, bem assim durante o seu curso; a parte final do *caput* do art. 190 do CPC é bastante clara quanto a isto.

Na linha do que sustei, antes da pendência de um processo não existe, a rigor convenção processual, mas apenas uma *convenção sobre temas processuais*, já que a pendência de um processo a que se refira aquele ajuste é *conditio sine qua non* para tomá-la como verdadeira

⁹⁴⁶ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p. 79; BARREIROS, Lorena Miranda. *Convenções Processuais e Poder Público*, p. 266.

⁹⁴⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*, p. 118 et. seq.

⁹⁴⁸ BARREIROS, Lorena Miranda. *Convenções Processuais e Poder Público*, p. 266-267.

⁹⁴⁹ Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem; Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração; Art. 114. Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente. Nesse sentido os seguintes enunciados 404, 405 e 406 do FPPC.

⁹⁵⁰ Enunciado 259 do FPPC: “(arts. 190 e 10). A decisão referida no parágrafo único do art. 190 depende de contraditório prévio.”

convenção processual.

Dessa forma, é perfeitamente admissível que no bojo de contrato atinente à relação jurídica de direito material (*e.g.*, contrato de locação ou de compra e venda), as partes estabeleçam determinada disciplina processual a ser observada, na eventualidade de surgir algum conflito e ser ajuizada demanda a seu respeito, bem como é possível que elas realizem escolhas acerca do procedimento a ser utilizado, caso o legislador lhes confira esta possibilidade, ou estabeleçam uma proposta de procedimento adequado às especificidades da causa, a qual ficará subordinada a ulterior participação judicial.

Nada obsta que esses ajustes sejam formulados em contratos sociais ou escritura pública de constituição de pessoa jurídica, estabelecendo a disciplina processual aplicável em conflitos societários ou entre associados; normas deste tipo também poderão constar em pactos antenupciais, contratos de convivência e convenções de condomínio⁹⁵¹.

Muito embora normalmente nas convenções pré-processuais os ajustes constem do próprio instrumento contratual referente à relação de direito material, é válida a sua inserção fixada em termo aditivo ou apartado, celebrado posteriormente ao negócio jurídico originário, antes ou mesmo após o surgimento do conflito.

Também é perfeitamente possível a fixação de convenções sobre temas processuais no bojo de TACs firmados pelo Ministério Público ou qualquer outro legitimado para a propositura de ação civil pública⁹⁵².

De toda sorte, uma vez ajuizada a demanda é indispensável que essa convenção venha aos autos, acaso o interessado tenha o interesse que ela produza os efeitos preordenados pela vontade; sem esta providência a convenção não produzirá qualquer efeito, ainda que nenhuma pecha recaia sobre a sua existência e sua validade. Diga-se mais: naquelas convenções que alteram o procedimento, fora dos casos expressamente autorizados pelo legislador, a produção dos efeitos processuais pretendidos deverá contar com a participação judicial.

Durante o curso do processo também poderão ser celebradas convenções processuais, com a participação do juiz em algumas delas, inclusive. Não indispensável que sua celebração se dê originariamente no bojo do processo, já que as partes podem perfeitamente celebrá-las fora do processo, submetendo-as posteriormente ao juízo; no caso de serem celebradas em audiência, os pactos deverão ser reduzidos a termo.

⁹⁵¹ DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*, p. 373.

⁹⁵² Cf. CABRAL, Antônio do Passo. *A resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais*.

Tem se afirmado que a convenção processual pode ser celebrada a qualquer tempo⁹⁵³. Não obstante, esta afirmação deve ser vista *cum granu salis*, de modo a não resultar em interpretações desavisadas, capazes de comprometer o formalismo processual e o equilíbrio da atuação entre os atores processuais.

Em atenção ao disposto na parte final do art. 190 do CPC, dizer-se que uma convenção processual pode ser celebrada *a qualquer tempo* significa que elas poderão ser realizadas antes da deflagração do processo (convenção pré-processual) ou durante o curso do processo (convenção incidental), nada mais. As partes podem, por exemplo, ajustar sobre a inversão do ônus da prova, dentro de certos limites impostos pelo sistema jurídico, antes do surgimento do processo ou durante o seu curso.

Nessa linha, uma convenção processual pode disciplinar situações jurídicas ou etapas processuais não consumadas, ainda que sejam celebradas pouco antes da prática do ato processual⁹⁵⁴. Uma convenção sobre a distribuição do tempo que tocará a cada parte na sustentação oral, por exemplo, pode ser celebrada momentos antes do início da sessão de julgamento.

No entanto, consumada a situação jurídica ou a etapa processual, a solução caminha em sentido diametralmente oposto, qual seja, a invalidade da convenção em razão da impossibilidade jurídica de seu objeto, operada por força do princípio da preclusão. Desta forma, as partes não podem convencionalmente provocar o retrocesso para a uma etapa já ultrapassada, ampliando prazo processual de modo a obstar os efeitos decorrentes da preclusão já consumada, ou tampouco disciplinar sobre a competência relativa, após a distribuição da demanda, fazendo letra morta o disposto no art. 43 do CPC.

Nas convenções processuais travadas fora do processo, ainda que elas tenham sido celebradas antes da consumação da situação jurídica ou da etapa processual cuja prática pretendia disciplinar, caso sua introdução no processo ou o requerimento do seu cumprimento se dêem a destempo, muito embora a rigor não sejam inválidas, porque quando de sua celebração o objeto era juridicamente possível, a regra da preclusão obstará a produção do efeito pretendido.

Dessa forma, a autonomia privada das partes, segundo a qual as partes podem disciplinar a estrutura processual é contraposta pelo limite imposto pela preclusão, que impõe aos atores processuais a necessidade de realizar, da melhor forma possível, dentro da fase processual ou

⁹⁵³ Dentre outros, CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Da forma dos atos processuais*, p. 384.

⁹⁵⁴ Parecendo trilhar o mesmo entendimento, CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*, p. 110.

do limite temporal respectivo, suas posições jurídicas, pois escoada aquela oportunidade, o ato não mais poderá ser realizado.

Dentro da perspectiva do formalismo processual democrático, a preclusão constitui peça fundamental na organização do processo, tencionando-o rumo ao fim, ao mesmo tempo que a possibilidade de sua ocorrência reforça a ideia de responsabilidade que deve orientar a atuação dos sujeitos processuais⁹⁵⁵.

Assim, muito embora o processo legítimo se funde na livre flutuação de argumentos, não se deve cair na posição extrema de subtrair-lhe qualquer balizamento, sob pena de se incorrer em um processo discricionário⁹⁵⁶, que dentre outros inconvenientes, protraí-se mais que o necessário e tem a potencialidade de encorajar a atuação displicente das partes, a partir da esperança de poder ressuscitar, por via convencional, oportunidades já sepultadas.

7.6 Do requisito formal

Aqui a forma é analisada numa acepção restrita, isto é, a partir do invólucro que reveste o ato processual, ou na expressão de Gonçalves, “[é] o conjunto de signos pelos quais a vontade se manifesta, ou de solenidades que se devem observar na celebração de certos atos jurídicos”⁹⁵⁷.

Há quem entenda que as convenções processuais devam ser escritas, admitindo-se, no entanto a validade daquelas oralmente apresentadas, desde que reduzidas a termo, seja por razões de segurança ou de eficiência⁹⁵⁸.

⁹⁵⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Formalismo no processo civil*, p. 169-171.

⁹⁵⁶ NUNES, Dierle José Coelho. *Preclusão como fator de estruturação do procedimento*, p. 189. Em mesma direção Alvaro de Oliveira: “Dessa forma, as determinações temporais assumem *status* especialíssimo entre as condições formais, compondo um complexo de normas que em boa parte servem como fundamento para todos os ordenamentos processuais, em face dos efeitos antieconômicos do protraí-se do estado antijurídico das lides, a precariedade das posses a paralisar e dificultar a atividade evolutiva, a necessidade de liberar os órgãos judiciais dos ônus da pendência ilimitada de contestação judicial e de garantir as partes contra o arbítrio de seus juízes e de evitar a insídia dos litigantes de má-fé.” (OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*, p.113).

⁹⁵⁷ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*, p. 16. No mesmo sentido: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil*, p. 5. A distinção entre forma em sua acepção restrita e a forma em sentido amplo (formalismo processual) foi apresentada na primeira parte desse trabalho, lembrando, por oportuno, que a forma em sentido amplo abarca não apenas os aspectos ligados à exteriorização da vontade do agente, mas também o modo pelo qual se organizam a distribuição de tarefas entre os atores processuais e a organização da estrutura processual – situações jurídicas processuais e procedimento –, de modo a se permitir que o processo alcance as suas finalidades.

⁹⁵⁸ No sentido que vai no texto, alerta Gajardoni: “Contudo, a falta de parâmetros seguros para o desenvolvimento do processo em juízo é fator absolutamente indesejável, dando ensejo a conflito paralelo e preliminar sobre quais serão as regras processuais avençadas a permitir a solução do conflito de fundo. Quer parecer, assim, que o parâmetro mínimo da convenção processual é que ela seja escrita (ainda que apresentada oralmente nos autos do processo e reduzida a termo), aplicando-se integrativamente o disposto nos artigos 63, § 1.º, do CPC/2015 (artigo 111, § 1.º, CPC/1973) e 4.º, § 1.º, da Lei de Arbitragem (Lei n.º 9.307/1996). Valores como previsibilidade e

Levando-se em conta a correção de normas aplicável em tema convencionalidade processual, os ajustes processuais atípicos têm forma livre, podendo, pois, as partes elegerem a forma mais adequada. É a conclusão que se chega tomando em conta o disposto nos arts. 188, 190 e 277 do CPC e art. 107 do CC.

É indispensável, no entanto, que a forma eleita pelos convenientes seja capaz de exprimir, de modo inequívoco, a vontade dos declarantes acerca da estrutura processual (situações jurídicas processuais e procedimento) que pretendem.

O mais conveniente é que estes ajustes sejam firmados de modo escrito, especialmente quando a convenção é firmada fora do processo, de modo a facilitar o conhecimento do pactuado pelo magistrado, acaso as partes reclamem o seu cumprimento.

É interessante observar que em algumas convenções sobre temas processuais típicas, celebradas antes do processo, o legislador estipula a forma escrita, tal como se dá na cláusula de foro de eleição (Art. 63, § 1º e art. 78 do CC) e na cláusula compromissória (Art. 4º, § 1º da Lei nº. 9.307/96), mas isto, no entanto, não é uma regra absoluta, pois nos ajustes sobre inversão do ônus da prova celebrados antes do processo, não existe tal exigência (Art. 373, §3º e 4º do CPC)⁹⁵⁹.

Não é necessário que os ajustes sobre temas processuais sejam pactuados, tampouco documentados, quando da celebração do negócio jurídico material, já que eles podem constar de instrumento apartado, deixando claro a qual negócio material aquele ajuste processual se refere.

Quando o negócio jurídico de direito material exigir determinada forma (*e.g.* forma escrita nas doações e escritura pública sobre direitos reais sobre imóveis, ressalvadas as

segurança jurídica, inclusive por serem decorrentes da cláusula do devido processo legal, devem prevalecer sobre tese em sentido contrário.” (GAJARDONI, Fernando da Fonseca et. all.. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral*, e-book). Em mesma linha Xavier Cabral: “Quanto à convenção extrajudicial, ela deve ser formulada de modo escrito, não se admitindo a estipulação da forma verbal. Isso porque seus termos têm eficácia condicionada à sua inserção no processo e ainda sofrem controle por parte do juiz no cante à sua validade, sendo certo, também, que as cláusulas que incluem prerrogativas do juiz dependem de sua concordância. Por esses motivos, a forma oral não seria adequada para os fins a que se destina a convenção em comento.” (CABRAL, Trícia Xavier Navarro. *Reflexos das convenções em matéria processual nos atos judiciais*, p. 316-317). Em trabalho mais recente, a processualista reitera aquele entendimento. Cf. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*, p. 63.

⁹⁵⁹ Por inexistir um padrão acerca da necessidade de forma escrita para as convenções processuais típicas, celebradas extraprocessualmente, colhido objetivamente na legislação, é que discordo de Gajardoni, que entevê tal exigência tomando como base o disposto nos art. 63 §1º do CPC e art. 4º, § 1º da Lei 9.307/96 (GAJARDONI, Fernando da Fonseca et. all.. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral*, e-book). Muito embora compartilhe das preocupações de fundo externadas pelo autor, como visto no texto, a partir do exemplo da inversão convencional do ônus da prova (art. 373, § 3º e 4º do CPC), não existe, sempre e sempre, uma exigência legal de forma escrita para as convenções sobre temas processuais celebradas fora do processo, daí porque eleger os casos que o legislador faz tal exigência e desconsiderar aqueles outros em que ela não foi feita é, a meu ver, instituir um critério arbitrário.

exceções legais para ambos os exemplos) e a convenção processual for aposta no mesmo instrumento (convenção mista), a validade dos ajustes – material e processual – devem seguir a orientação e disciplina do direito material⁹⁶⁰. Isto porque, a forma, neste caso, constitui substância do negócio jurídico material e o ajuste processual assume conotação de pacto jurídico acessório, donde, por força do princípio da gravitação jurídica, que estabelece que o acessório deve seguir o principal, a invalidade total do negócio jurídico material, por preterição da forma exigida em lei, irá se projetar no pacto acessório incluído no mesmo instrumento.

Entretanto, a convenção sobre tema processual não ficará subordinada a formalidade instituída pela lei material, acaso ela tenha sido celebrada de modo apartado, podendo, portanto, assumir outra forma⁹⁶¹. Sob o ponto de vista formal, é válido o ajuste processual firmado de modo escrito, estipulando redução de prazos e distribuindo, por convenção, o ônus de prova em litígio surgido sobre a validade de um contrato de compra e venda de suntuoso imóvel, vale dizer, a exigência de escritura pública para os negócios envolvendo imóveis com valor superior a 30 salários mínimos não será exigível para a convenção processual, firmada de modo apartado.

À mingua de determinação legal quanto à forma, a convenção processual atípica pode assumir a forma oral, com os inconvenientes que decorrem das dificuldades de provar o ajuste. As convenções firmadas oralmente em audiência, deverão ser registradas em termo (art. 367 do CPC), sem embargo da possibilidade de se documentar o ajuste por via eletrônica (art. 209, §1º do CPC).

Passo Cabral sustenta que nas convenções processuais que não tenham recebido a documentação necessária, como naquelas celebradas oralmente, é possível que o ajuste seja provado por outros meios, podendo-se inclusive ser agendada audiência de justificação, com inquirição de testemunhas, para esta finalidade⁹⁶².

Muito embora sob o ponto de vista estritamente técnico não se vislumbre qualquer razão que infirme a validade da afirmação do autor, é bem de ver que, sob a perspectiva operacional, admitir-se convenções processuais celebradas sem qualquer documentação pode ser fonte de tumulto processual e de pauperização da segurança que deve reger a prática dos atos do

⁹⁶⁰ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p. 290; VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. *Convenções Processuais no paradigma do processo civil contemporâneo*, p. 242. Aparentemente discordando, Greco sustenta que os atos processuais destinados a produzir efeitos materiais e processuais, deverão quanto à capacidade e à forma, observar a disciplina de direito material, mas quanto ao conteúdo, deverá guardar obediência ao direito material e processual, deixando entrever a possibilidade de o ajuste produzir efeitos em um campo, mas não em outro (GRECO, Leonardo. *Atos de disposição processual: primeiras reflexões*, p.730).

⁹⁶¹ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p. 287 et. seq..

⁹⁶² CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p. 290.

processo.

É lamentável o fato de o legislador não ter exigido a documentação das convenções sobre temas processuais celebradas fora do processo. A documentação a que refiro não toma o termo documento em sua acepção vulgar, limitada a instrumento escrito constando a declaração de vontade; a documentação no sentido que sustento leva em conta a acepção jurídica daquele termo, de modo a incluir também qualquer instrumento gráfico formal ou eletrônico do qual conste a declaração com confirmação de que foi emitida pelo declarante⁹⁶³.

Desse modo, segundo penso, a exigência de documentação estaria satisfeita por qualquer meio idôneo e lícito capaz de registrar a avença processual; a gravação do ajuste seria o bastante. É ocioso lembrar quão fácil e acessível são os meios de captação de áudio e imagem na contemporaneidade.

Todavia, pouco resta senão lamentar a falta de zelo do legislador em não exigir mínimo de formalidade, não apenas para proteger os sujeitos processuais, mas também para não transferir para o Judiciário a responsabilidade de certificar a existência do ajuste processual de interesse das partes; ajuste que, diga-se de passagem, não recebeu por parte dos declarantes, que teoricamente seriam os maiores interessados, a menor atenção.

Nas convenções processuais atípicas constantes em contratos de adesão, a cláusula deve ser redigida em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a permitir a fácil e imediata compreensão pelo aderente, preferencialmente com visto e assinatura específica para eles, tomando como parâmetro o disposto no art. 54, § 3º e 4º do CDC e no art. 4º, §2º da Lei nº. 9.307/96⁹⁶⁴.

O excesso de cautela não trará mal algum para os convenientes: o proponente evitará os dissabores decorrentes da frustração da expectativa de ter invalidada convenção processual de seu interesse (e normalmente ela será de seu exclusivo interesse), e o aderente terá sido, no mínimo, de alguma forma, exortado da singularidade da cláusula constante do contrato, podendo informar-se sob as consequências jurídicas decorrentes daquela estipulação. De toda forma, tanto para um quanto para o outro, em tendo sido observado as normas de conduta decorrentes da boa-fé objetiva que regem a relação contratual (deveres anexos de esclarecimento, informação, lealdade e proteção), e se de fato houve consentimento livre e esclarecido acerca do ajuste processual levado a efeito, não deve existir receio em deixar a cláusula contendo a convenção processual atípica exposta à toda vista.

⁹⁶³ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. *Manual elementar de processo civil*, p. 498.

⁹⁶⁴ GAJARDONI, Fernando da Fonseca et. all.. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral*, e-book.

Em conclusão, a falta de cuidado legislativo com a forma das convenções processuais atípicas, especialmente em relação àquelas travadas fora do processo, favorece a insegurança e a pilhagem de direitos processuais do litigante mais vulnerável, bem como pode comprometer e dificultar o desenvolvimento do processo.

Na atual quadra da ciência processual não há que se defender a *forma pela forma*, mas isto não significa a desnecessidade de se prestigiar a forma quando vinculada a garantia do processo democrático e, em última medida, da garantia da própria liberdade contra a ingerência de poderes públicos e privados. Aliás, é bom que se lembre, com apoio em Calmon de Passos, que “[a]s formas processuais tutelam as partes, ora assegurando-as contra o arbítrio judicial, ora contra os abusos do adversário, bem como tutelam o exercício do poder-dever jurisdicional do Estado.”⁹⁶⁵.

7.7 Do requisito externo: a invalidade da convenção processual decorrente da transferência de externalidades

O óbvio, às vezes, precisa ser dito. É por isto que se afigura pertinente a lição de Passo Cabral, lembrando que não é válida a convenção processual que gera externalidades, repassando para o Judiciário ou para terceiros os impactos econômicos do litígio. Segue-se então que a absorção dos custos decorrentes do ajuste devem ser internalizados pelos convenientes⁹⁶⁶.

É exatamente por essa razão que não é eficaz a convenção processual que, a pretexto de reduzir os custos da litigância, exclui ou reduz os honorários advocatícios, sem a anuência do causídico. Também é inválida a convenção processual, sob o mesmo pretexto, que disciplina a redução ou exclusão de custas processuais.

Acaso as partes tenham interesse em reduzir os custos da litigância – interesse absolutamente legítimo –, elas poderão engendrar soluções, desde que as despesas delas decorrentes sejam suportadas pelos convenientes. A nomeação conjunta de perito, por exemplo, pode reduzir os custos decorrentes de nomeação de assistentes técnicos, ou a determinação de citação por meio eletrônico pode reduzir os custos de citação feita por outros meios tradicionais, cumprindo ainda lembrar, a enorme utilidade da convenção de eleição de foro na equalização dos custos da litigância. No âmbito do processo de execução, a convenção indicando o bem sob o qual recairá a penhora também caminha neste sentido, na medida em que facilita a

⁹⁶⁵ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, p. 132.

⁹⁶⁶ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p. 328-329.

determinação do bem sob o qual recairá atividade executiva estatal.

Normalmente, as convenções processuais obrigacionais não implicam em transferência de externalidades para o Judiciário, mas isto, no entanto, não é uma regra absoluta. A instituição de dever adicional para um litigante – inclusive como forma de reforçar o cumprimento de uma convenção processual – acaso descumprido, poderá implicar na realização de mais atos processuais, e a prática de mais atos processuais reflete no custo daquele feito conglobadamente considerado, já que nem sempre o valor das custas será suficiente para amortizar completamente estes custos adicionais. Não é ocioso lembrar que o incremento do tempo de duração do trâmite do processo, de per si, implica em custo adicional no cômputo global do serviço judicial⁹⁶⁷.

Não obstante, são nos acordos dispositivos (procedimentais) que existe maior propensão para incremento dos custos do processo e de resvalar sobre os cofres públicos as despesas acrescidas pela customização processual.

A mera alteração do local onde se pratica os atos processuais pode repercutir em despesas adicionais de transporte e de desvio de recursos humanos no tempo morto necessário para o deslocamento; a alteração do horário do ato processual, para período diverso daquele de funcionamento do fórum, também pode implicar em despesas adicionais para Poder Judiciário, decorrentes dos custos de segurança, limpeza e energia elétrica⁹⁶⁸.

Essas observações renovam a minha convicção de que o juiz deve participar nas convenções processuais dispositivas (procedimentais) dinâmicas, seja como parte, seja para homologar a *proposta de engenharia procedimental* apresentada pelos contendores.

Moffitt pontua que a sugestão de que procedimentos personalizados podem confundir e sobrecarregar o sistema judicial é preocupação exagerada, e mesmo que deles decorressem alguma despesa adicional envolvida, não existe razão para pensar que os custos seriam avassaladores ao ponto de suplantarem os benefícios potencialmente advindos daquela personalização⁹⁶⁹.

De toda forma, é bem de ver que a conclusão do autor se baseia em estudos empíricos promovidos no direito norte americano, especialmente no campo da arbitragem. No Brasil conclusões deste tipo devem ser tomadas com reservas, designadamente porque aqui o sistema judicial trabalha com número altíssimo de processos e os estudos do direito processual se ressentem de pesquisas empíricas.

A preocupação com vedação da transferência de externalidades decorrentes das

⁹⁶⁷ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p. 328-329.

⁹⁶⁸ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p. 328-329.

⁹⁶⁹ MOFFITT, Michel L. *Customized Litigation: The Case for Making Civil Procedure Negotiable*, p. 515.

convenções processuais como elemento de validade das convenções processuais traz consigo ideia importante, muito embora não tenha sido levada a sério pela literatura processual brasileira: a jurisdição é um serviço público. E por ser serviço público, de envergadura ímpar dentro do contexto constitucional, ainda que a externalidade seja totalmente atribuída aos convenientes, a meu ver, nem todo ajuste processual deve ser admitido, à conta da vontade caprichosa da parte, lastreada pelo seu poder de econômico, sob pena de privatizar-se a jurisdição; de encarar o processo jurisdicional customizado como espécie de bem de consumo de luxo, cujo o supérfluo pode ser incorporado às práticas judiciais, desde que se possa pagar.

A abertura à convencionalidade processual não é mais um espaço para estabelecer a distinção daqueles que têm e os que não têm⁹⁷⁰, daí porque tenho sérias reservas à lição da leitura com carregado assento (neo)liberal que entrevê na cláusula geral de convencionalidade processual uma oportunidade para converter a jurisdição em “*mini-arbitragem*”⁹⁷¹. Muito embora a jurisdição possa e deva se aperfeiçoar a partir da experiência obtida pela arbitragem, especialmente depondo formalidades impertinentes e excessivas do modelo estrutural previsto pelo legislador, jamais se pode perder de vista que a jurisdição é um serviço público, coisa que a arbitragem definitivamente não é.

7.8 O descumprimento da convenção processual válida

Existe posicionamento do no sentido de que o conhecimento de convenção processual válida poderia se dar de ofício pelo magistrado, desde que constante dos autos, sem embargo da possibilidade da parte interessada arguir o seu descumprimento. A exceção à possibilidade de conhecimento oficioso da convenção processual pelo magistrado se daria naqueles casos em que a própria lei condiciona a apreciação da matéria à provocação do interessado, tal como se dá na convenção sobre foro de eleição e de arbitragem (art. 337, § 5.º do CPC). Barbosa Moreira

⁹⁷⁰ GALANTER, Marc. *Por que “quem tem” sai na frente: especulações sobre os limites da transformação do direito.*

⁹⁷¹ Segundo pensamos, parece infeliz a consideração de Tartuce no sentido de que pelos negócios processuais “[h]averia, assim, uma *mini-arbitragem judicial*” (TARTUCE, Flávio. *Impactos do novo CPC no Direito Civil*, ebook). No sentido do defendido do texto, Xavier Cabral sustenta que “(...) o fato de a justiça estatal cível estar mais flexível e participativa não significa que a liberdade conferida na arbitragem possa ter a mesma abrangência na jurisdição estatal, justamente em razão de se tratar de um poder de império do Estado e de consistir em uma função de natureza pública, com várias consequências daí resultantes.” (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*, p. 16). Em outra passagem, a autora registra: “Importante ressaltar que as garantias processuais também devem levar em conta a natureza pública do processo e as finalidades da jurisdição estatal, cujas restrições são bem maiores do que as aplicáveis à jurisdição arbitral, de natureza privada. Isso porque o ambiente em que vioga o interesse público da jurisdição e resulta na natureza pública do processo exige limites muito mais rigorosos do que se vê no âmbito judicial.” (CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Limites da liberdade processual*, p. 142).

em seu clássico texto sobre convenções processuais trilhou este entendimento, e mais contemporaneamente Nogueira⁹⁷².

Para Passo Cabral, é necessário que se faça distinção a partir do conteúdo da convenção. Em relação as convenções processuais procedimentais, deve o magistrado conhecê-las de ofício, atuando em conformidade com o procedimento desenhado pelas partes. Nas convenções obrigacionais, no entanto, o interessado deve exigir o cumprimento, sendo vedado ao magistrado o conhecimento oficioso da matéria, porque neste tipo de convenção é maior a liberdade das partes para agir em seu próprio interesse. Obtempera este entendimento geral, nos casos em que as partes submeterem a eficácia da convenção à homologação judicial – hipótese em que o magistrado só poderá aplicar a regra se houver requerimento de homologação do ajuste – e naqueles casos nos quais a lei expressamente condiciona a cognição a respeito da matéria à alegação do interessado, sob pena de preclusão, ainda que se trate de convenção dispositiva⁹⁷³.

Não obstante os entendimentos acima colacionados, a maior parte dos processualistas brasileiros caminham no sentido de que o magistrado não deve conhecer uma convenção processual válida, caso não haja provocação da parte interessada. O Enunciado 252 do FPPC é justamente neste sentido: “O descumprimento de uma convenção processual válida é matéria cujo conhecimento depende de requerimento.”. É isto porque, a convenção processual pode ser objeto de distrato pelas partes (Enunciado 411 do FPPC). Assim, na hipótese em que das partes descumpra a convenção processual firmada e outra parte não reclama o seu cumprimento, em tempo e modo, tem-se que operou o distrato em relação ao ajustado⁹⁷⁴.

Quanto à essa matéria, divirjo, ainda que parcialmente, das propostas apresentadas quanto ao tema.

Inicialmente, cumpre fazer uma distinção entre as convenções celebradas exclusivamente pelas partes das convenções celebradas entre elas e o juiz. Nesta última hipótese, não há razão para se vedar a exigibilidade do cumprimento da convenção *ex officio*, pois o magistrado também é um dos convenientes. Tome-se, como exemplo, a calendarização processual: o instituto restaria esvaziado se a cada marco do ajuste houvesse de ser necessária a provocação da parte interessada pelo reconhecimento da preclusão. De qualquer sorte, na

⁹⁷² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*, p. 98; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios jurídicos processuais*, p. 246-247.

⁹⁷³ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p. 241-246.

⁹⁷⁴ Dentre outros, CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil*, p. 129; GAJARDONI, Fernando da Fonseca et. al.. *Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral*, e-book; DIDIER JR. Fredie. *Arts. 190 e 191*, p. 302.

linha do que sustei, não deve o magistrado se intrometer no âmbito da conveniência e oportunidade das convenções processuais *válidas* que dizem respeito às situações jurídicas dos litigantes.

Nas convenções sobre temas processuais celebradas *extra autos*, seja em momento anterior ao surgimento do processo ou durante a litispendência, à toda evidência, não deverá o magistrado dela se ocupar, pouco importando o seu conteúdo, acaso elas não sejam introduzidas no processo. Contudo, uma vez introduzida no processo e tendo sido reclamado a sua execução, desde que não tenha sido consumada a situação jurídica disciplinada pela convenção processual válida, deverá o magistrado dar-lhe cumprimento, na linha do defendido no Enunciado 252 do FPPC. A não introdução do ajuste no processo, ou a sua introdução desacompanhada de manifestação expressa no sentido de vê-la cumprir, induz em hipótese de distrato, aplicando-se analogicamente o disposto no art. 485, VII do CPC (Enunciado 411 do CPC).

Em relação às convenções procedimentais dinâmicas, reiterando o entendimento apresentado no sexto capítulo, o magistrado delas participará, seja como conveniente, seja para homologar a proposta procedimental alinhavada pelas partes de modo privado. Sem, no mínimo, a homologação judicial estas convenções não produzirão qualquer efeito. No entanto, diferentemente do sustentado por Passo Cabral, é indispensável que qualquer das partes pugnem pelo conhecimento da matéria. Acaso a homologação da convenção procedimental se dê após ter sido ultrapassada etapa processual por ela disciplinada, por conta da inação dos convenientes, o ajuste, em relação a etapa já consumada estará prejudicado, não obstante ainda seja viável a implementação do procedimento customizado para as etapas subsequentes.

Nas convenções processuais procedimentais estáticas, quando a própria lei faculta a eleição do procedimento pelo autor, será desnecessária a homologação judicial.

Os convenientes podem estabelecer deveres e sanções para o caso do descumprimento do ajustado (Enunciado 17 do FPPC), sem embargo da possibilidade da responsabilização do conveniente pelos prejuízos decorrentes de seu inadimplemento relativo ou absoluto⁹⁷⁵.

7.9 O controle de validade das convenções processuais

A validade de uma convenção processual pode ser colocada sob suspeita, e, diante desta ocorrência, avulta-se em importância a dimensão do formalismo processual democrático na organização dos poderes de iniciativa de deflagração deste controle, distribuídos entre os atores

⁹⁷⁵ Cf. CORDEIRO, Adriano C. *Negócios jurídicos processuais no Novo CPC: das consequências do seu descumprimento*.

processuais, na organização do procedimento destinado ao debate da questão, bem como o regime jurídico aplicável.

Os defeitos dos atos jurídicos comportam gradação, mensurada por política legislativa, a qual atribuí consequências jurídicas, com nível de severidade variada, ao comportamento praticado com inobservância aos imperativos legais⁹⁷⁶.

Em Brêtas e Soares, com o cuidado de distinguir o vício do ato processual de sua consequência – a sanção de invalidade –, encontra-se a lição segundo a qual “os defeitos dos atos jurídicos processuais podem acarretar: nulidade absoluta; b) nulidade relativa, e c) anulabilidade”, não obstante os autores relembram em outra passagem a existência dos atos irregulares, que não ensejam a invalidação⁹⁷⁷.

A distinção apresentada pelos autores é relevante na medida em que possibilita a compreensão dos poderes de iniciativa dos atores processuais no controle da validade dos atos jurídicos em geral, e das convenções processuais em particular: enquanto na primeira hipótese (nulidade absoluta), a cognição da matéria pode ser feita de ofício pelo magistrado, bem assim pela provocação da parte prejudicada, ao passo que na segunda (nulidade relativa) e na terceira hipótese (anulabilidade), o magistrado deve aguardar a provocação da parte prejudicada.

Feito esse registro inicial, sem nenhuma pretensão em ingressar em considerações mais substanciais sobre o sistema de invalidade processual, há que se ressaltar que as convenções sobre temas processuais podem ser celebradas *fora* do processo, inclusive antes mesmo de sua deflagração. Tendo sido celebrada a convenção sobre tema processual *fora* processo, por mais escatológico que seja o defeito que a inquina, o magistrado não poderá abrir a plataforma processual para colocar a questão em debate sem que antes a convenção seja introduzida no processo, mesmo porque a sua não inserção associada à inexistência de requerimento de cumprimento daquilo que nela foi pactuado deve ser interpretado como distrato entre os convenientes (Enunciado 411 do CPC).

Não obstante, a convenção processual inquinada de defeito grave capaz de desafiar a decretação da sua nulidade, uma vez introduzida no processo e tendo sido exigido o cumprimento do ajustado, poderá o magistrado conhecer de ofício a nulidade da convenção, bem como sua abusividade na inserção em contrato de adesão ou a manifesta situação de vulnerabilidade do conveniente prejudicado pelo ajuste. É neste sentido, o disposto no art. 190 do CPC.

⁹⁷⁶ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*, p. 38.

⁹⁷⁷ BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique. *Manual elementar de processo civil*, p. 427-428.

Duas observações devem ser feitas: a) a introdução da convenção ou a sua exigibilidade tardia não implicará na retroação dos atos já praticados, ainda que se trate de ajuste válido, pois pesará a preclusão em face da parte que aproveitaria o cumprimento do pactuado; b) a iniciativa oficiosa deferida ao magistrado para o conhecimento da matéria disposta no art. 190 do CPC, não obsta que a parte interessada suscite a questão, tampouco do Ministério Público de o fazer, naqueles feitos em que lhe couber intervir como fiscal da ordem jurídica.

Pouco importa se a possibilidade de invalidação da convenção foi ventilada de ofício ou se houve pedido de aplicação da sanção pela parte interessada ou pelo Ministério Público, é indispensável que a questão seja submetida ao contraditório, aplicando-se nesse particular o disposto no art. 10 do CPC (“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.”) (Enunciado 259 do FPPC: “(arts. 190 e 10). A decisão referida no parágrafo único do art.190 depende de contraditório prévio.”).

Mesmo nos casos em que o defeito do ajuste passível decretação da nulidade tenha sido ventilado de ofício, a corresponsabilização de todos os atores do processo pela gestão e pelo resultado do processo vai exigir que o magistrado coloque sob debate sua impressão preliminar, na exigência inarredável de manter o diálogo com as partes, corolário do modelo cooperativo de processo. É, pois, sob o crivo do contraditório em sua perspectiva dinâmica de influência e não surpresa é que se poderá aquilatar o acerto ou desacerto daquela impressão inicial.

Nas convenções processuais incidentais, travadas às barras das mesas de audiência, sendo ou não o juiz parte do ajuste, o controle de validade da convenção processual deve ser feito imediatamente, evitando-se colher as partes de surpresa com a decretação de eventual nulidade do ato, no futuro (dever de prevenção).

Caso o magistrado deva participar do ato, tal qual se dá nas convenções procedimentais dinâmicas, o seu assentimento implica no juízo positivo de validade do ajuste processual. Entretanto, caso julgador se insurja de qualquer modo em relação à validade da proposta negocial, a sua negativa deve ser fundamentada, permitindo que as partes exerçam o controle da decisão.

Registre-se que mesmo nos casos em que o magistrado não seja parte da convenção processual, nos ajustes celebrados na sua presença, o controle de validade do negócio deve ser feito imediatamente, em relação aos temas que a lei lhe confere poderes oficiosos. Isto se dá por conta do dever de prevenção, que impõe ao julgador a obrigação de admoestar as partes sobre eventuais vícios que podem corromper a validade do ajuste por elas travado.

Veja-se que, sob essa perspectiva, o dever de prevenção, a partir do controle imediato da convenção, caminha de par com a boa-fé objetiva, na medida em que evita a frustração das legítimas expectativas de não ver o pactuado se cumprir no momento oportuno.

Acaso as partes insistam em levar a efeito o ajuste, confiantes na validade do pacto, o magistrado deve declarar a invalidade da convenção, fundamentadamente, de modo a permitir que os convenientes controlem a decisão.

Naqueles casos em que o controle da validade puder ser feito de ofício pelo magistrado, ainda que a iniciativa tenha se dado por provocação da parte interessada, a abertura do espaço-tempo procedimental para o contraditório se dará de modo incidental, isto é, nos próprios autos nos quais o cumprimento do ajuste foi exigido⁹⁷⁸.

Em relação às convenções processuais travadas com vício do consentimento – erro, dolo, coação, estado de perigo e lesão, bem assim em casos de vulnerabilidade não manifesta – a invalidação do negócio está a exigir provocação da parte interessada, aplicando-se na espécie o disposto no art. 177 do CC.

É bem de ver, no entanto, que nem sempre será possível pleitear pelo reconhecimento da anulabilidade da convenção no mesmo procedimento em que seu cumprimento foi requerido, devendo, pois, o interessado conduzir sua pretensão por via própria⁹⁷⁹. É o que se daria, por exemplo, no caso de uma convenção processual disciplinando sobre situações jurídicas processuais de herdeiros, cujo cumprimento tenha se dado no bojo dos autos de inventário; a verificação da ocorrência do vício do consentimento, por se tratar, normalmente, de matéria de alta indagação, deverá ser feita nas vias ordinárias.

Não tendo sido a questão do vício do consentimento discutida nos autos em que se pugna pelo cumprimento da convenção, *pode* ser necessário que se suspenda este feito, de modo a se evitar o tumulto processual, o que poderia emergir da disputa de qual seria o regramento processual aplicável ao caso (art. 313, V, “a” do CPC, aplicável em analogia), redundando na possibilidade de anulação de atos processuais⁹⁸⁰.

Acaso a discussão do vício do consentimento tenha se dado de modo autônomo, diante da possibilidade do risco de decisões contraditórias, a demanda anulatória e a demanda no qual se exige o cumprimento da convenção deverão ser julgadas pelo mesmo juízo (art. 55, §3º do

⁹⁷⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*, p. 96 et. seq.

⁹⁷⁹ Há entendimento no sentido que o vício só poderia ser conhecido pelo juiz acaso exista demanda autônoma para tanto. Caminham por este entendimento BARREIROS, Lorena Miranda. *Convenções Processuais e Poder Público*, p. 271-272, YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?*, p. 90.

⁹⁸⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*, p. 96.

CPC), a princípio⁹⁸¹.

Barreiros sustenta que o prazo para a propositura da ação anulatória é de quatro anos, tomando como base o prazo decadencial previsto na legislação civil (art. 178 do CC)⁹⁸². No esquema corregulatório de normas materiais e processuais, haver-se-ia de aplicar o prazo decadencial previsto por aquelas, já que estas são silentes quanto ao tema.

Não obstante esse respeitável entendimento, a questão não é tão simples como pode parecer à primeira vista, cumprindo rememorar o leitor as reticências da literatura processual clássica em relação ao reconhecimento de vícios da vontade na prática dos atos processuais, ao argumento de que esta sua admissão conspiraria contra a segurança e previsibilidade que deve reger a prática dos atos processuais. Estas reticências foram muito bem sistematizadas por Costa e Silva:

321. Do princípio da estabilidade do processo retira a doutrina algumas conclusões. Em primeiro lugar, não é possível impugnar o acto processual nos mesmos termos em que o pode ser o acto de direito substantivo. Seria inimaginável que o resultado do processo ficasse numa situação de dependência prolongada, dependendo da não impugnação dos actos que compõem dentro dos prazos alargados que conhece o direito material. Em segundo lugar, o processo tem de ser auto-suficiente, não sendo possível que a validade dos actos nele praticados constitua objeto de uma acção autónoma. Na verdade, uma acção como semelhante objeto poderia, em caso da respectiva procedência, representar uma ruptura da credibilidade do tribunal perante o qual decorrerá o primeiro processo, que seria destruído na sequência da segunda acção.

De fato, o sistema processual em tema de prazo para declaração/decretação de nulidades de atos tem disciplina muito menos elástica do que aquela colhida pela legislação material.

Consonante o disposto no art. 278 do CPC, a nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber a parte falar nos autos, sob pena de preclusão. Não se opera, contudo, a preclusão naqueles casos em que a nulidade pode ser decretada de ofício pelo juiz, bem como naqueles casos em que a parte provar legítimo impedimento. A partir deste dispositivo, tem se sustentado que o defeito do ato processual (em sentido amplo) que possa desafiar a decretação da sanção de anulabilidade (nulidade relativa), deve ser alegada pela parte interessada em sua decretação o quanto antes – “na primeira oportunidade que lhe couber falar nos autos” – sob pena de preclusão⁹⁸³.

⁹⁸¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*, p. 96.

⁹⁸² BARREIROS, Lorena Miranda. *Convenções Processuais e Poder Público*, p. 274.

⁹⁸³ Mesmo nos casos de defeitos graves do ato processual, os quais o juiz pode conhecer a qualquer tempo (uma nulidade absoluta), não tendo sido reconhecidos no curso do processo, eles passam a ser desimportantes com a formação da coisa julgada. Vale o registro da lição de Theodor Jr.: “Uma característica especial das nulidades processuais é a sanção de todas elas pela preclusão máxima operada através da coisa julgada. Mesmo as nulidades absolutas não conseguem ultrapassar a barreira da *res iudicata*, que purga o processo de todo e qualquer vício

É pacífico o entendimento de que os vícios dos negócios jurídicos são instituídos pela lei no resguardo dos interesses privados, então é de se cogitar se seria possível esquema corregulatório de normas materiais e processuais para disciplina temporal para invalidação dos negócios jurídicos processuais, por vício do consentimento, sem expor demasiadamente a segurança que deve impregnar os atos processuais. Se isto for possível, a solução encontrada não poderá desconsiderar a diferença de prazos instituída pela legislação material, quando da fixação do prazo decadencial das ações anulatórias por vício do consentimento, e aquele outro previsto pela legislação processual impondo a parte interessada o ônus de alegar a nulidade de seu interesse na primeira oportunidade que lhe couber falar nos autos.

A ação anulatória da convenção processual por vício do consentimento, acaso não deduzida a demanda na qual os efeitos do ajuste deveria se operar, será, a princípio, o prazo decadencial de quatro anos, instituído pela legislação civil (art. 177 do CC), cumprindo registrar que as convenções sobre temas processuais, celebradas antes da deflagração do processo, são, ao fim e ao cabo, negócios materiais versando sobre temas processuais.

Acaso, porém seja proposta a demanda na qual a convenção deverá produzir efeitos e tendo sido exigido o cumprimento do pactuado, a parte interessada deverá alegar a invalidade em seu proveito na primeira oportunidade que lhe couber falar nos autos, sob pena de preclusão, em atenção ao disposto no art. 278 do CPC; será também este o prazo para propor a ação autônoma anulatória, acaso não seja possível suscitar esta pretensão incidentalmente no feito no qual a convenção deverá operar seus efeitos. Pouco importa se remanesca um prazo maior segundo a disciplina de direito material; com a propositura da demanda, os eventuais defeitos que inquinam a convenção processual, quando disserem respeito exclusivamente à interesses privados, sujeita-se ao prazo preclusivo instituído no art. 278 do CPC.

É interessante ressaltar que a preclusão aludida no art. 278 do CPC é, sobretudo, de natureza lógica. Ela atua evitando a prática de atos contraditórios entre si por aquele que (silenciosamente) atua no processo, como se vício algum houvesse, e depois argui uma nulidade em seu proveito.

A arguição imediata da invalidade é decorrência da boa-fé objetiva, que vai atuar impedindo que a partes supostamente prejudicada guarde “nulidade de algibeira”⁹⁸⁴, capaz não apenas de aturdir os outros atores processuais, mas também resultar na prática de atos

formal eventualmente ocorrido em algum ato praticado irregularmente em seu curso.” (THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol I., p. 445).

⁹⁸⁴ MEDINA, José Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*, p. 269.

processuais com a potencialidade de serem anulados, demonstrando pouco ou nenhum apreço com a dignidade da justiça.

Essa regra geral, contudo, comportará duas exceções.

A primeira delas diz respeito à convenção processual inquinada por vício de coação. A teor do disposto no art. 178, I do CC, o prazo para alegar a coação é contado da data em que ela cessar, deste modo, tão logo seja cessada a coação, deverá a parte interessada alegar o defeito na convenção processual, na primeira oportunidade que lhe couber falar nos autos, sob pena de preclusão, caso exista processo pendente ao qual a convenção se refira.

Um adendo deve ser feito: acaso o dolo ou a coação em detrimento da parte vencida se faça perdurar durante todo o processo, ainda que advenha a coisa julgada, o disposto no art. 966, II do CPC assegura a possibilidade rescindir a decisão.

A segunda exceção diz respeito à convenção processual inquinada por vício de fraude contra credores. Neste caso, não há falar da aplicação do prazo instituído no art. 278 do CPC, porque o credor prejudicado pela norma convencional será pessoa estranha ao processo no qual a convenção tem seus efeitos reclamados. Sendo assim, o prazo decadencial será de quatro anos a contar da data da celebração da convenção (art. 178 do CC).

A convenção sobre tema processual celebrada por agente relativamente incapaz é nula, e não anulável. Não se aplica neste particular o disposto no art. 171, I do CC, porque o art. 190 do CPC somente autoriza a celebração de convenção processual por *partes plenamente capazes*, daí porque se faz desnecessário tecer qualquer comentário acerca do prazo disposto no art. 178, III do CC.

7.9.1 Inexistência de nulidade sempre prejuízo

Diante de um ato processual viciado ou irregular, no direito processual, não há falar em decretação de sua invalidade, acaso dele não decorra qualquer prejuízo (arts. 282 e 283 do CPC) ou se, a despeito de ter sido praticado de forma diversa, alcança a finalidade perseguida (art. 277 do CPC).

Nessa esteira, esclarece Gonçalves:

Finalidade e prejuízo no processo são conceitos muito próximos, que se entrelaçam. A finalidade do ato processual é de construir o procedimento válido para que possa ser, validamente emanado o provimento. Cada ato processual possibilita a edificação de mais uma etapa no desenvolvimento do processo. No procedimento realizado em contraditório, a finalidade do ato importa, conseqüentemente, e inexistência de

prejuízo na participação das partes.⁹⁸⁵

O sistema de invalidades dos atos processuais não se presta a proteger a forma pela forma, mas a assegurar um mínimo de garantias capaz de viabilizar o controle recíproco dos atores processuais e a construção de uma decisão participada.

Nesse sentido, é lapidar o Enunciado 16 do FPPC: “O controle dos requisitos objetivos e subjetivos de validade da convenção de procedimento deve ser conjugado com a regra segundo a qual não há invalidade do ato sem prejuízo.”.

Para além desse aspecto, a inexistência de prejuízo não pode ser pensada exclusivamente dentro da dimensão interna do processo, olvidando-se da ideia de que a jurisdição é um serviço público.

Desse modo, ainda que internamente a disciplina convencional não resulte em prejuízo para as partes, comprometendo sua participação no procedimento, a sua validade guarda pertinência com o não embaraçamento do funcionamento do serviço público jurisdicional. Daí porque não seria válida a convenção que estabelece uma “predileção” por autos escritos, quando o funcionamento do tribunal já está toda ajustado para processar e fazer processar as demandas por via eletrônica; também não teria melhor sorte o ajuste processual que para ser efetivado reclama instrumento tecnológico de que o tribunal não dispõe e também não pode ser custeado pelas partes (*e.g.* realização de audiência por videoconferência)⁹⁸⁶.

Em todo caso, ainda que a convenção padeça de vício, mas insuscetível de comprometer a finalidades do processo, e não sendo o caso de exercício abusivo do poder autorregramento da vontade (abuso de direito) ou de resultar em embaraço ao serviço público judicial, não há realmente que se decretar a nulidade do negócio processual.

7.9.2 Da autonomia da convenção

A convenção sobre tema processual é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de maneira que a nulidade do contrato não resvala, necessariamente, sobre o ajuste processual encartado, aplicando-se, em analogia o disposto no art. 8º da Lei 9.307/96⁹⁸⁷.

⁹⁸⁵ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*, p. 33.

⁹⁸⁶ Parecendo anuir com o que vai no texto: “Na hipótese de convenção que só trata de interesses preponderantemente das partes, sem dispor sobre a atividade jurisdicional propriamente dita, a validade desses acordos deve sujeitar-se, em primeiro lugar, aos requisitos comuns exigidos para qualquer negócio jurídico.” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil*. Vol. 1, p. 529).

⁹⁸⁷ CABRAL, Antônio do Passo. *Convenções processuais*, p. 249 et. seq..

Essa autonomia está a indicar que nulidade de disposição material não contamina inexoravelmente a disciplina processuais havida pela convenção, e a recíproca é igualmente verdadeira. Veja os seguintes exemplos: a) as partes celebram contrato de mútuo com taxa de juros escorchantes e convenção processual indicando bem a penhora, dentro de mesmo instrumento contratual: a invalidação/revisão do ajuste material em relação aos juros em nada impactará em relação à indicação do bem a penhora; b) as partes travam contrato de mútuo e convenção processual indicando a penhora bem de família, no mesmo instrumento: a invalidade da convenção processual (por transgredir matéria de ordem pública processual), não irá contaminar a integridade do ajuste material.

A autonomia da convenção processual em relação aos ajustes materiais insertos no mesmo instrumento, decorre da percepção de que existem invalidades totais ou parciais de negócio jurídico, de acordo com a abrangência do defeito que inquina a totalidade das cláusulas ou apenas parte delas, respectivamente⁹⁸⁸. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável, consoante dispõe o art. 184 do CC.

É importante ressaltar que podem existir em um mesmo instrumento customização processual sobre vários temas (*e.g.* inversão de ônus da prova e foro de eleição; redução de prazos e apresentação de memoriais finais escritos; dispensa de caução na execução provisória e indicação de bem a ser objeto de penhora). O defeito do ato em relação a um destes temas não comunicará aos demais, se for possível “separar o joio do trigo”. Em casos tais, novamente se aplica a noção de invalidação parcial do negócio jurídico, como aliás consigna o Enunciado 134 do FPPC (“O negócio jurídico processual pode ser invalidado parcialmente”).

Contudo, pode existir causa de invalidade que repercute sobre a totalidade dos temas versados no instrumento contratual. Pense-se, por exemplo, em um negócio jurídico de doação de significativo numerário, com indicação de bem a penhora, celebrado mediante grave ameaça de mal injusto; no caso em questão, a grave ameaça corrompe a indispensável liberdade do declarante, contaminando o negócio jurídico como todo.

⁹⁸⁸ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil*, p. 117-118.

8 CONCLUSÃO

As considerações feitas ao longo deste trabalho tiveram como objetivo propor critérios de controle da validade das convenções processuais, tendo como premissa a necessidade se manter o equilíbrio na atuação entre os atores processuais, bem assim no respeito aos direitos e garantias processuais fundamentais que compõem o modelo constitucional do processo.

Conforme se demonstrou ao longo do trabalho, o modelo cooperativo de processo que se pretende na presente quadra histórica radica na comunidade trabalho entre partes e tribunal na corresponsabilização pela gestão e pelos resultados do processo, sem que existam entre eles vínculos de subordinação.

Dessa forma, o modelo cooperativo de processo – que se funda nos direitos e garantias processuais fundamentais – operacionalizado a partir de eixos policêntricos e interdependentes, constitui horizonte promissor para a superação dos modelos processuais calcados no protagonismo das partes (liberalismo processual) ou no do tribunal (socialização processual).

Se a história dos dois últimos séculos testemunhou o engolfamento do papel das partes pelo tribunal dentro da dinâmica processual, o influxo neoliberal operado no último quarto do século passado vai resultar em novo episódio do formalismo processual: o neoliberalismo processual.

O neoliberalismo dentro da dinâmica processual, longe de efetivamente consolidar modelo genuinamente cooperativo de processo, não se livra do esquema processual baseado em protagonistas processuais, tal qual fora feito pelos modelos liberal e social. A diferença está, no entanto, como este protagonismo se opera, vale dizer: sem a linearidade de outrora.

Sem nenhum constrangimento, em nome da eficiência, a ideologia liberal ora reforça o papel do tribunal na definição jurídica das controvérsias, dentro de matriz industrial de produção de soluções, ainda que às custas da participação das partes e da compressão do espaço-tempo processual, ora incita a desregulamentação da gestão e da solução dos conflitos pelas partes, sugestionando a exclusão do tribunal nesta dinâmica, em prestígio à autonomia privada e às soluções de consenso.

Conforme se viu, dentro do fenômeno neoliberal mais amplo de privatização da vida, no qual os indivíduos são chamados a decidir sobre os variados assuntos da vida social, colocam-se as convenções processuais. O indivíduo neoliberal – o neossujeito – é descrito, a partir desta narrativa, como sujeito empreendedor, capaz de fazer cálculos prospectivos e de maximizar os próprios interesses, sopesando as variáveis que envolvem os mais diversos assuntos da vida pública; a estrutura processual e a melhor forma de gestão de seus próprios

conflitos não escapariam do domínio do *homo economicus* neoliberal, dentro de uma dimensão cada vez mais privatizada da vida social. Não obstante, o *homo economicus* neoliberal é indivíduo idealizado, uma representação do homem dotado de capacidades para trafegar com expertise na sociedade regida pela lógica de mercado.

Em paralelo a essa figura idealizada do neossujeito, o neoliberalismo como motor ideológico da globalização, paulatinamente tem se promovido processo de planificação jurídica, limando obstáculos jurídicos que eventualmente possam embaraçar a habilidosa *mão invisível do mercado*, no contexto da economia global.

O direito é apresentado como ferramenta tecnológica (tecnodireito), que poderia ser exportada para os países periféricos, independente do contexto sociocultural e econômico, ignorando (convenientemente) as necessidades e peculiaridades dos países periféricos.

Nessa linha, a incorporação deste tecnodireito seria, pois, necessidade (imposição por barganha) para criação de mercados competitivos e de melhor performance dentro do contexto global, daí porque a prodigiosa performance dos países hegemônicos na economia global acaba sugerindo que a estrutura jurídica destes países – descrita como flexível, moderna, ágil, sofisticada e eficiente – sirva como espelho para os países periféricos (disseminação por prestígio).

Nesse contexto, não é de se estranhar que as convenções processuais, como mais um “produto exportação”, também sejam normalmente qualificadas pelos mesmo adjetivos que são tipicamente empregados para a descrição do tecnodireito global. Também não surpreende o fato de que o tema da convencionalidade processual tenha se reavivado *pari passu* com ascensão neoliberal no final do século passado, a partir da experiência colhida a partir de países hegemônicos.

Em outro flanco, o processo de desregulamentação da estrutura processual a partir das convenções processuais se apropria em grande parte da ideologia da harmonia ou ideologia do consenso que serviram como base para a expansão das ADRs. Assim, as convenções processuais, tal qual as ADRs – máxime aquelas que designadas como formas consensuais de solução de conflitos – seriam, pois, o reflexo de “sensibilidade cultural” no qual os contendores passam assumir a dianteira na defesa de seus próprios interesses.

Antes, porém, de apresentar a metodologia de controle de validade das convenções processuais, colocou-se sob suspeita o aspecto virtuoso no qual normalmente as convenções processuais são descritas, cabendo destacar:

a) Os atributos do neossujeito não grassam de modo uniforme nos contextos sociais, máxime no brasileiro, marcado por aviltante nível de desigualdade social e baixo nível de

escolaridade. Segue-se então o receio de que a partir da suposta existência da capacidade de calculabilidade e de maximização de interesses na conformação da estrutura processual boa parte dos brasileiros, designadamente daquela parcela mais pobre, possa ser preterida na cena processual, comprometendo-se, de modo direto, o aspecto técnico do processo, e, de forma indireta, a própria realização do direito material que se persegue em juízo.

b) Em contextos sociais marcados por severa desigualdade social e econômica, com desníveis de poder e barganha, a flexibilidade da estrutura processual pode agravar ainda mais as desigualdades entre os litigantes e esvaziar o papel institucional do processo de servir como instrumento de controle e contenção dos abusos públicos e privados que emergem em contextos de disputa.

b.1) É de se ter em mente a possibilidade das convenções processuais serem instrumentalizada para a ampliar as vantagens estratégicas de litigantes habituais, que já possuem, dentro de contexto conglobante, vantagens dentro do sistema oficial de justiça. Quanto a este tema, é proveitoso rememorar, com base pesquisa realizada pelo CNJ, que os 10 maiores litigantes do país figuram em 66,47% dos processos que tramitam no Judiciário, bem assim o fato de que neste grupo encontra-se o Poder Público (INSS, União, Fazenda Nacional e Estado do Rio Grande do Sul) e grandes *players* do mercado (Caixa Econômica Federal, Banco do Brasil, Banco Bradesco, Banco Itaú, Brasil Telecom Celular e Banco Finasa).

b.2) Ainda quanto à possibilidade de ampliação das vantagens estratégicas por parte de certos atores frequentes no sistema de justiça, o fato de ser possível a calibragem da estrutura processual antes mesmo da eclosão do conflito, aliado ao fato que a contratação de adesão tem sido a tônica da privatização da vida social, redobra a preocupação com os riscos de pilhagem de direitos e garantias processuais do conveniente-aderente, especialmente pelos desníveis informacionais, de poder e de barganha entre as partes pactuantes.

c) À mingua de paridade ente os convenientes, as convenções processuais, a partir da ideologia do consenso, pode servir para camuflar relações de dominação ente os aparente acordantes.

A despeito dessas preocupações, não há negar, porém que a previsão de cláusula geral de convencionalidade atípica, nos moldes daquela instituída no art. 190 do CPC, deu ao sistema processual maior abertura ao poder autorregramento privado, sem, contudo, constitui espécie de “cheque em branco” para formatação da estrutura processual.

Como problema de pesquisa, questionou-se se os requisitos de validade dos negócios jurídicos de direito privado constituem critérios suficientemente claros e objetivos para o controle de validade das convenções processuais, capaz de a um só tempo assegurar o aspecto

participativo dos litigantes na gestão da estrutura processual, sem, no entanto, comprometer o equilíbrio entre os atores processuais (formalismo processual) e se fazer menoscabo ao modelo constitucional de processo.

Após a investigação do tema, a partir dos marcos teóricos apresentados no início do trabalho, chegou-se à conclusão de que é indispensável valer-se de um sistema combinado de normas constitucionais, materiais e processuais (corregulação de normas), acaso se pretenda alinhar as convenções processuais ao modelo cooperativo de processo. Muito embora o esquema corregulatório de normas já houvesse sido apresentado por outros estudiosos do tema, acredita-se que a partir dos marcos teóricos escolhidos, ofertou-se uma leitura original sobre o tema, visualizando o instituto liberto de uma visão romantizada, à guisa daquela feita sob as lentes neoliberais.

Entendeu-se que as convenções processuais, acaso celebradas observando o esquema corregulatório de normas e levando a sério o contexto sociocultural e econômico brasileiro pode servir como instrumento de aperfeiçoamento da estrutura técnica do processo. No entanto, a aplicação da teoria da corregulação de normas descontextualizada da realidade brasileira pode atuar como instrumento de pilhagem de direitos e garantias processuais, malgrado a leitura de exacerbada matriz socializante possa sufocar legítimas iniciativas privadas na gestão do processo. Nenhum destes extremos colocam as convenções processuais alinhadas ao modelo constitucional do processo.

A partir da produtiva teoria dos fatos jurídicos formulada por Pontes de Miranda é possível entrever elementos para a reconstrução da teoria específica dos fatos jurídicos processuais, superando-se os inconvenientes em se descortinar, de modo satisfatório, os requisitos de validade dos atos jurídicos, designadamente daqueles realizados fora do processo.

Na linha do sustentado, um fato recebe o designativo de processual quando tem aptidão para produzir efeitos no processo (critério da referibilidade). Não obstante, pareceu-me, insuficiente que o ato tenha a aptidão para deflagrar efeitos processuais, sendo, pois indispensável a pendência do processo ao qual aquele ato se refere: sem a pendência do processo, o ato jurídico, em especial o negócio jurídico, ainda que verse sobre temas afetos à estrutura processual, será um negócio jurídico material.

Após visitar a celeuma doutrinária acerca dos critérios que seriam pertinentes à definição do ato processual, com as contribuições advindas da teoria dos fatos jurídicos definiu-se as convenções processuais como espécie de negócio jurídico bilateral ou plurilateral, celebradas entre as partes ou entre elas e o juiz, nas quais os declarantes, perseguindo interesses comuns, a partir do autorregramento da vontade e dentro dos limites impostos pelo ordenamento

jurídico, disciplinam e estruturam o conteúdo de suas declarações para a produção de efeitos queridos em um processo, criando, modificando e extinguindo situações jurídicas processuais ou instituindo mudanças procedimentais.

Em relação à possibilidade do magistrado figurar como parte em convenção processual, pontou-se a impossibilidade de que ele renuncie seus poderes-deveres, porquanto conectados com bom desempenho da função judicante, não obstante isto não infirme a possibilidade de que ele figure em algumas convenções processuais, máxime naquelas que atingem de modo direto sua atuação, com se dá nas hipóteses de alteração procedimental.

Sustentou-se que o magistrado pode ser parte nas convenções processuais sobre procedimento, e não o sendo, os ajustes processuais encetados pelas partes neste campo só serão eficazes com a respectiva homologação. Entre outras razões apresentadas, viu-se que a participação concertada dos atores processuais neste campo decorre do modelo cooperativo de processo, no qual juiz e partes são corresponsáveis pela gestão do processo, sem vínculos de subordinação entre uns e outros. Como exceção a este entendimento se põe as hipóteses em que as partes disciplinam sob a escolha procedimental a partir de opções de procedimento deferidas pelo próprio legislador (convenção procedimental estática).

No que concerne à minha proposta de controle de validade das convenções processuais, sustentou-se que nos ajustes processuais travados sem a participação do magistrado, será indispensável que os convenientes reclamem o seu cumprimento, pois sem tal manifestação ter-se-á hipótese de distrato, sendo, pois desnecessário a operacionalização do controle de validade do pacto processual. No entanto, nas convenções processuais em que o magistrado seja parte, o cumprimento do ajustado pode ser feito de ofício.

Pontuou-se que na dúvida acerca da validade da convenção processual, há que se prestigiar o devido processo legislativo, o qual goza de presunção de constitucionalidade, não sendo sustentável a máxima do *in dubio pro libertate* em favor das convenções processuais em que pairam dúvidas acerca de sua validade.

Nada obstante, não há falar em decretação da nulidade de convenção processual à míngua de prejuízo para os litigantes e do regular desenvolvimento da atividade jurisdicional.

Na proposta de controle de validade das convenções processuais, sustentou-se a satisfação concomitante de seis requisitos, quais sejam: funcional, subjetivo, objetivo, temporal, formal e externo.

No que diz respeito ao requisito funcional, verificou-se que a boa-fé objetiva constitui norma de conduta que vai impor e vedar comportamentos, instituindo situações ativas e passivas para os sujeitos processuais, e bem por isto vai limitar o exercício de direitos subjetivos e criar

deveres jurídicos para os atores processuais.

Nessa linha, a boa-fé objetiva exerce uma função corretiva, funcionalizando o poder de autorregramento da vontade dentro do processo.

Como se viu, o desvio teológico-objetivo do poder autorregramento da vontade constitui ato ilícito, na modalidade de abuso de direito, justificando, dentre outras medidas, a invalidação de uma convenção processual.

No que diz respeito ao requisito subjetivo, pontou-se que uma convenção processual, enquanto espécie de negócio jurídico, reclama, para a sua validade, a exteriorização da vontade, por agente capaz, de forma livre e consciente, sem o intuito de burlar lei imperativa ou causar prejuízo a terceiros.

A capacidade mencionada no art. 190 do CPC é a capacidade processual, ainda que se trate de convenções pré-processuais já que os efeitos do ajuste serão produzidos no processo. De toda forma, por expressa vedação legal, o incapaz, ainda que representado ou assistido não poderá celebrar convenções processuais.

Além da capacidade do agente, a análise subjetiva da validade das convenções processuais perpassa pela aferição da integridade da manifestação de vontade. Sob esta perspectiva, uma convenção processual poderá ser invalidada acaso a manifestação da vontade tenha sido corrompida por vício do consentimento ou por vício social. Tratando-se de vício do consentimento, via de regra, é indispensável que a parte prejudicada suscite a invalidade da convenção. A exceção a esta regra se dá naqueles casos em que o vício do consentimento é de tamanha monta que redunde em indício de manifesta vulnerabilidade, como pode ocorrer em casos de flagrante lesão ou estado de perigo.

Nesse particular, é digno de encômios o CPC ao liberar poderes oficiosos ao magistrado no controle da validade das convenções processuais nos casos de manifesta vulnerabilidade ou inserção abusiva em contratos de adesão. Isto porque, a liberação de poderes oficiosos nestes casos tem o potencial de minimizar o desequilíbrio entre os convenientes, máxime nas relações contratuais massificadas.

O requisito objetivo impõe que a convenção processual tenha objeto lícito, possível, determinado ou determinável. Quanto à licitude, verificou-se a possibilidade de se tomar as normas cogentes e de ordem pública como limites à convencionalidade processual, a despeito de vozes dissidentes na doutrina processual brasileira recente.

Outrossim, sustentou-se que a tese de preservação do núcleo essencial antes de oferecer norte mais seguro para o controle objetivo das convenções processuais tem a potencialidade de abrir as veias do modelo constitucional do processo à subjetividade, sugerindo ainda a ideia de

que os direitos e garantias processuais contém um supérfluo que poderia ser decotado pela autonomia privada dos convenientes.

No que concerne ao requisito temporal, viu-se que as convenções sobre temas processuais podem ser celebradas antes da deflagração do conflito, bem assim após a sua eclosão. Neste último caso, tendo sido deflagrado o processo, a convenção processual não pode implicar na retroação de situação processual ou etapa processual já consumada, sob pena de se instituir a desresponsabilização dos atores processuais pelos atos praticados no curso do procedimento.

Sob essa perspectiva, viu-se que a preclusão é importante elemento do formalismo processual democrático que não apenas impulsiona o processo aos seus ulteriores termos, mas também imprime esquema organizatório ao longo do procedimento e institui a observância do exercício responsável das situações processuais ao longo do procedimento.

Quanto ao requisito formal, viu-se que de modo lamentável, o legislador processual não fez sequer a exigência de forma escrita. No entanto, sugeriu-se que os ajustes sejam firmados de modo escrito, ou seja, no mínimo, documentados de alguma forma, especialmente quando a convenção é firmada fora do processo, de modo a facilitar o conhecimento do pactuado pelo magistrado, acaso as partes reclamem o seu cumprimento. As convenções processuais celebradas oralmente no curso do processo devem ser reduzidas a termo.

Entretanto, nas convenções processuais atípicas constantes em contratos de adesão, a cláusula deve ser redigida em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a permitir a fácil e imediata compreensão pelo aderente, preferencialmente com visto e assinatura específica para eles (art. 54, § 3º e 4º do CDC e no art. 4º, §2º da Lei nº. 9.307/96).

Por fim, verificou-se como requisito externo, que as convenções processuais não podem gerar externalidades, transferindo os impactos econômicos do ajuste para o Judiciário ou para terceiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por BOSI, Alfredo; revisão da tradução e tradução dos novos textos por BENEDETTI, Ivone Castilho. 6º ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- ABDO, Helena. As situações jurídicas processuais e o processo civil contemporâneo. *In*: DIDIER JÚNIOR, Fredie (coord.). **Teoria Geral do Processo: panorama doutrinário mundial**. Vol. 2. Salvador: JusPodvium, 2010.
- ABELHA, Marcelo. **Manual de execução**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- ABREU FILHO, José. **O negócio jurídico e sua teoria geral**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. **Abuso de direito: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais**. Coimbra: Almedina, 2006.
- ABREU, Rafael Sirangelo. A igualdade e os negócios processuais. *In*: CABRAL, Antônio do Passo. NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 207-208.
- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. **A contratualização do processo: das convenções processuais no processo civil**. São Paulo: Ltr, 2014.
- ALVES, Isabella. **Cooperação no novo código de processo civil: por uma interpretação constitucional do art. 6º a partir da teoria normativa da comparticipação**. Dissertação apresentada na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. 2017. 156 f.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 18ª ed. rev. 18ª ed. rev. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.
- ANDOLINA, Ítalo Augusto. O papel do processo na atuação do ordenamento constitucional e transnacional. **Revista de processo** nº 87.
- ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. **Revista de Processo**. vol. 193, p. 167 – 200, mar. 2011.
- ANDRADE, Lédio Rosa de. **O Superior Tribunal de Justiça e os ricos: a cartilha neoliberal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- ANDRADE, Rogério Emilio de. **Direito homogêneo: mercado global, administração nacional e processo de harmonização jurídica**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.
- ANJOS, Luís Henrique Martins dos. **O sistema jurídico e a influência dos fatores metajurídicos**. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/63005/sistema_juridico_influencia_anjos.pdf. Acesso em 30/08/2018.
- APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no Direito Processual civil**. São Paulo: Atlas, 2011.

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A “Supremacia do Interesse Público” no advento do Estado de Direito e na Hermenêutica do Direito Público contemporâneo. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.
- ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao Código de Processo civil, lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Vol II: arts. 154-269. 5ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro, Forense, 1987.
- ARGÜELLO, Luiz Rodolfo. **Manual del derecho romano**: historia e instituciones. 3ª ed. Buenos Aires: Editora Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 2004.
- ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (orgs.) **Processos Estruturais**. Salvador JusPodvium, 2017.
- ASSIS, Araken. **Processo Civil brasileiro**. vol. IV: manual da execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- _____. **Processo Civil brasileiro**: parte geral. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ATAÍDE JÚNIOR, Jadelmiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais – existência, validade e eficácia – campo-invariável e campos-dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. 2ª ed. rev. e atual. Salvador: Juspodvium, 2016.
- AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais – já uma releitura. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). **Negócios processuais**. 2ª ed. rev. atual e ampl. Salvador: JusPodvium, 2016.
- _____. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. **Revista de Processo**. vol. 246, p. 219 – 238, ago. 2015
- ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? **Revista de Processo**. vol. 163, p. 50 – 59, set. 2008.
- _____. Repensando o “princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular”. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados**: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BAHIA, Alexandre Melo Franco. **Recursos extraordinários no STF e STJ**. 2ª ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2016.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção e na instrução do processo. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito processual**: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.
- _____. As presunções e as provas. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito**

Processual. São Paulo: Saraiva, 1977.

_____. Convenções das partes sobre matéria processual. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual:** terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Direito e ética no Brasil de hoje. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito Processual:** Sexta Série. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Linguagem Forense.** Disponível em: < <https://www.ebah.com.br/content/ABAAAhp0AI/a-linguagem-forense>>. Acesso em: outubro de 2018.

_____. Notas sobre o problema da “efetividade do processo”. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual:** terceira série. São Paulo Saraiva, 1984.

_____. O problema da “divisão do trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual civil:** quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito processual:** quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Privatização do Processo? In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito processual:** sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. Sobre a “participação” do juiz no processo civil. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de Direito processual:** quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARREIROS, Lorena Miranda. **Convenções Processuais e Poder Público.** Salvador: Editora JusPodvium, 2017.

_____. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual.** Salvador: Editora JusPodvium, 2013.

BARROSO, Luiz Roberto. **Nós, o Supremo.** Disponível em: <<https://www.osconstitucionalistas.com.br/nos-o-supremo>> Acesso em março de 2018.

BAUMAN, Zygmunt. Sociedade do consumo e do crédito não funciona mais. (ENTREVISTA). **Conjur.** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2012-jan-27/ideias-milenio-zygmunt-bauman-sociologo-polones>>. Acesso em março de 2018.

BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. **Os efeitos do negócio jurídico nulo.** São Paulo: Saraiva, 2010.

BENEDUZI, Renato Resende. Legitimidade extraordinária negocial. **Revista Brasileira de Direito Processual.** Ano 22, nº 86, abril/junho, 2014. Belo Horizonte: Editora Fórum.

_____. **Introdução ao processo civil alemão.** 2ª. ed. rev. e atual. Salvador: Editora JusPodvium, 2018, p. 81-82.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o Direito Administrativo In: SARMENTO, Daniel (org.).

Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor.** 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BERALDO, Maria Carolina Silveira. O dever de cooperação no Processo Civil. **Revista de Processo.** vol. 198, p. 455 – 462, ago. 2011.

BERLIN, Isaiah. **Dois conceitos de liberdade.** Disponível em: < <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiM4suHp8HIAhUbGLkGHVSLD2wQFjACegQIBBAB&url=http%3A%2F%2Fwww.academia.edu%2F36170808%2FBerlin%20Dois%20Conceitos%20de%20Liberdade%20Isaiah%20Berlin&usg=AOvVaw1czcF617-5dcVdbn8H1TR4>> Acesso em outubro de 2019.

BETTI, Emílio. **Teoria Geral do Negócio Jurídico.** Tomo I. Tradução de Ricardo Rodrigues da Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

_____. **Teoria Geral do Negócio Jurídico.** Tomo II. Tradução de Ricardo Rodrigues da Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

_____. **Teoria Geral do Negócio Jurídico.** Tomo III. Tradução de Ricardo Rodrigues da Gama. Campinas: LZN Editora, 2003.

BOMFIM, Daniela Santos. A legitimidade extraordinária de origem negocial; BENEDUZI, Renato Resende. Legitimidade extraordinária negocial. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). **Negócios processuais.** 2ª ed. rev. atual e ampl. Salvador: JusPodvium, 2016.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social.** 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORON, Atílio A. La sociedad civil después del diluvio neoliberal. In: SANDER, Emir; GENTILI, Pablo (comp.). **La trama del Neoliberalismo: mercado, crisis y exclusión social.** 2ª ed. Libronauta Argentina S. A., 2005

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras Reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. **Revista de Processo.** vol. 148, p. 293 – 320, jun. 2007.

BRASIL. Associação Brasileira de Jurimetria. **Maiores Litigantes na Justiça Consumerista: mapeamentos e proposições.** Disponível em: < <https://abj.org.br/cases/maiores-litigantes-2/>> Acesso em 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **100 maiores litigantes.** Brasília, mar. 2011. Disponível em < http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf > Acesso em: 23 nov 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2017: ano-base 2016.** Brasília: CNJ, 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça Pesquisa: perfil de acesso à justiça nos juizados**

especiais **cíveis.** Disponível em <
<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/b5b551129703bb15b4c14bb35f359227.pdf>> Acesso em: 23 nov 2018.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça Pesquisa: perfil de acesso à justiça nos juizados especiais cíveis.** Disponível em <
<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/b5b551129703bb15b4c14bb35f359227.pdf>> Acesso em: 23 nov 2018.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **A crise da América Latina: Consenso de Washington ou crise fiscal?** Disponível em: [ww.bresserpereira.org.br/papers/1991/91-AcriseAmericaLatina.pdf](http://www.bresserpereira.org.br/papers/1991/91-AcriseAmericaLatina.pdf). Acesso em abril de 2019.

_____. Cidadania e Res Pública. **Revista de informação legislativa.** v. 34, nº. 136, p. 289-313, out./dez. 1997.

BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito.** 4ª ed. ver. atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

_____. **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil.** Vol 1. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Manual de direito processual civil: volume único.** 4º. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. Ebook.

BÜLOW, Oskar. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales.** Tradução de Miguel Angel Rosas Litchetschein. Buenos Aires: Libreria EL FORO, S.A..

_____. Statutory law and the judicial function. Tradução de James. E. Hegedet e Ingrid Wade. **The american Journal of legal histpry.** Vol. XXXIX.

CABRAL, Antônio do Passo. A resolução nº 118 do Conselho Nacional do Ministério Público e as convenções processuais. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais.** 2ª ed. Salvador: JusPodvium, 2016.

_____. **Convenções Processuais.** Editora JusPodvium: Salvador, 2016.

_____. Convenções sobre os custos da litigância (II): Introdução ao seguro e ao financiamento processuais. **Revista de Processo.** vol. 277, p. 47 – 78, mar. 2018.

_____. Convenções sobre os custos da litigância (I): Admissibilidade, objeto e limites. **Revista de Processo.** vol. 276, p. 61 – 90, fev. 2018.

_____. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. **Revista de Processo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 126, ago. 2005.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Limites da liberdade processual.** Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.

- _____. **Ordem Pública processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.
- _____. Reflexo das convenções em matéria processual nos atos judiciais. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). **Negócios Processuais**. Salvador: JusPodvium, 2016.
- _____. O regime das questões de ordem pública. In: MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (orgs.). **Novo CPC doutrina selecionada**. Vol. 1. Salvador: Juspodvium, 2015.
- CADIET, Loïc. La tendance a la contractualisation de la justice et du procès. **Revista de Processo**. vol. 261, p. 117 – 137, nov. 2016.
- _____. Les conventions relatives au procès en droit français sur la contractualisation du règlement des litiges. **Revista de Processo**. vol. 160, p. 61 – 82, jun. 2008.
- _____. **Perspectivas sobre o sistema da justiça civil francesa: seis lições brasileiras**. Tradução de Daniel Mitidiero, Bibiana Gava Toscano de Oliveira, Luciana Robles de Almeida e Rodrigo Lomando. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- _____; Jacques; MEKKI, Soraya Amarani. **Théorie générale du procès**. 2ª. ed. Paris: Thémis Droit, 2013.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. São Paulo: Editora Atlas, 2015.
- CAMBI, Eduardo. O princípio da cooperação processual e o Novo CPC. **Revista de Processo**. vol. 984, p. 345 – 384, out. 2017.
- CANDIOTTO, César. **A governamentalidade política no pensamento de Foucault**. Disponível em: <http://revistas.unisinus.br/index.php/filosofia/article/view/4632/1856>. Acesso em Maio de 2018.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Almedina, 2000.
- CAPONI, Remo. Autonomia Privada e processo civil: os acordos processuais. **Revista de Processo**. vol. 228, p. 359 – 376, fev. 2014.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Ed., 1999.
- _____. **O processo civil no direito comparado**. Tradução de Hailtomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica – Ed. Líder, 2001.
- _____. **Processo, ideologia e sociedade**. Vol. I. Tradução de Elício Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2008.
- _____. **Processo, ideologia e sociedade**. Vol. II. Tradução de Hermes Zaneti Júnior. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2010.
- CARMONA, Carlos Alberto. Considerações sobre a evolução conceitual do processo. **Revista**

de Processo. vol. 57, p. 39 – 54, jan./mar. 1990.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil.** Vol. 1. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** 24^a ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

CARVALHO NETTO, Menelik de; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito:** a produtividade das tensões principiológica e a superação do sistema de regras. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CASTELLS, Manuel. **Sociedade em rede.** Vol. I. Tradução de Roneide Venâncio Majer. 8^a ed. rev. ampl. São Paulo: Editora Paz e Terra Ltda.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Argumentação jurídica e tutela jurisdicional dos direitos fundamentais.** Disponível em: <https://abacus.universidadeuropea.es/bitstream/handle/11268/5024/Cattoni_Oliveira_2002.pdf?sequence=1> . Acesso em janeiro de 2019.

_____. **Devido processo legislativo:** uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo. 3^a ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

_____. **Direito Constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

_____. **Processo Constitucional.** 2^a ed. ver. ampl. Belo Horizonte: Pergamum, 2013.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. **Teoria da argumentação jurídica:** constitucionalismo e democracia em uma reconstrução das fontes do direito moderno. 2^a ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual: sistema de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada.** Tradução de Sérgio Arenhart e Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** Vol. II. Campinas: Bookseller, 1998.

_____. **Princípio de derecho procesal civil.** Tomo I. Tradução de José Casais y Santaló. 3^a ed. Madrid: Editorial Reus (S.A.), 1922.

_____. **Princípio de derecho procesal civil.** Tomo II. Tradução de José Casais y Santaló. 3^a ed. Madrid: Editorial Reus (S.A.), 1925.

CINTRA, Antônio de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 31^a ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2015.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil:** contratos. 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de direito civil:** parte geral. 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

- CORDEIRO, Adriano C. **Negócios jurídicos processuais no novo CPC: das consequências de seu descumprimento**. Curitiba: Juruá, 2017.
- CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de direito romano**. s/l: Livros Cadernos Ltda., s.a.
- COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre o direito processual, economia e psicologia**. Salvador: Juspodvium, 2018.
- COSTA, Marília Siqueira da. **Convenções processuais sobre intervenção de terceiros**. Editora JusPodvium, 2018.
- COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos do Direito Processual Civil**. Tradução de Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva Livraria acadêmica, 1946.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Art. 5º. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- _____. Da forma dos atos processuais. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- _____. Negócios Jurídicos Processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios Processuais**. 2ª ed. Salvador: JusPodvium, 2016.
- DAKOLIAS, Maria. **Banco Mundial: Documento Técnico 319: Elementos para Reforma, 1996**. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/attachments/article/24400/00003439.pdf>>. Acesso em 15 de out. 2018.
- DAMASKA, Mirjan R. **Las caras dela justicia y el poder del Estado: analisis comparado del proceso legal**. Andrea Moraes Vidal. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 2000.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal**. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.
- DBCITY.COM. Disponível em: <<https://pt.db-city.com/País--Média-de-anos-de-escolaridade>>. Acesso em julho de 2019.
- DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. O Estado de bem-estar social no capitalismo contemporâneo. In: DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos (orgs.). **O Estado de bem-estar social no século XXI**. São Paulo: Ltr, 2007.
- DEUTSCH, Morton. A Resolução do Conflito. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação – Vol. 2**. Brasília, Grupos de Pesquisa, 2003, Parte II. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/a-resolucao-do-conflito>>. Acesso em: 02 mar. 2015.
- DIDIER JR. Fredie. Arts. 190 e 191. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo:

Saraiva, 2015.

- _____. Cláusulas gerais processuais. **Revista de Processo**. v. 187, set. 2010.
- _____. Normas fundamentais. In: CABRAL, Antônio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coords.). **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- _____; MAZZEI, Rodrigo (orgs.). **Reflexos do novo Código Civil no direito processual**. 2º ed. JusPodvium, 2007.
- _____; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais**. 2ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodvium, 2013.
- _____. **Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual português**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- _____. A fonte normativa da legitimação extraordinária no novo Código de Processo Civil: a legitimação extraordinária de origem negocial. **Revista de Processo**, vol. 232, p. 69 – 76, jun. 2014.
- _____. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. Vol. 1. 17ª ed. Salvador: JusPodvium, 2015.
- _____. O princípio da cooperação: Uma apresentação. **Revista de Processo**. vol. 127, p. 75 – 79, set. 2005.
- _____. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. **Revista de Processo**. vol. 198, p. 213 – 226, ago. 2011.
- _____. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). **Negócios Processuais**. Salvador: JusPodvium, 2016.
- _____. **Sobre a Teoria Geral do Processo, essa desconhecida**. 5ª ed. Salvador: JusPodvium, 2018.
- _____; CABRAL, Antônio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas**. Salvador: JusPodvium, 2018.
- _____; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios processuais em contratos empresariais. **Revista de Processo**. vol. 279, p. 41 – 66, mai. 2018.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 22.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Tradução DUARTE, Pedro Elói. Coimbra: Almedina, 2012.
- EXPÓSITO, Gabriela. Natureza negocial dos provimentos judiciais. In: MARCATO, Ana;

GALINDO, Beatriz; GÓES, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). **Negócios processuais**. Vol.1. Salvador: Editora JusPodvium, 2017.

FACÓ, Juliane Dias. A aplicação do art. 190 do CPC/2015 ao processo do trabalho. In: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GÓES, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). **Negócios Processuais**. Salvador: Juspodvium, 2018.

FAJARDO, Vanessa. **Como o analfabetismo funcional influencia a relação com as redes sociais no Brasil**. Disponível em: <
<https://g1.globo.com/educacao/noticia/2018/11/12/como-o-analfabetismo-funcional-influencia-a-relacao-com-as-redes-sociais-no-brasil.ghtml> > Acesso em junho de 2019.

FARIA, Márcio Carvalho. As funções das Cortes Superiores, os recursos excepcionais e a necessária revisão dos parâmetros interpretativos em relação à lealdade processual (parte um). **Revista de Processo**. vol. 247, p. 265 – 297, set. 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: contratos**. 8ª ed. Salvador: Editora Juspodvium, 2018.

_____. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 16ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodvium, 2018.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) crise: Reflexões de Teoria da Constituição e Teoria Geral do Processo sobre o Acesso à justiça e as recentes reformas do Poder Judiciário à luz de: Ronald Dworkin, Klaus Günther e Jürgen Habermas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. 4ª ed. ver. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

FISS, Owen. **Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade**. Coordenação da tradução por Carlos Alberto de Salles. 2ª ed. rev. atual. Curitiba, Juruá, 2017.

FREITAS, José Lebre de. **Introdução ao processo civil: conceito e princípios gerais à luz do novo Código**. 4ª ed. Coimbra: Gestlegal, 2017.

FREITAS, Helena Patrícia. **Eficiência da jurisdição: necessidade de sua (des)construção para efetivação do modelo constitucional de processo**. 2018. 224f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos**. Vol. 4; Tomo I, (ebook). 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Novo curso de direito civil: parte geral**. Vol. I. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca *et. all.*. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC**

de 2015: parte geral. São Paulo: Forense, 2015.

GAJARDONI, Fernando Foseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual, de acordo com as recentes reformas do CPC.** São Paulo: Atlas, 2008.

GALANTER, Marc. **Por que “quem tem” sai na frente:** especulações sobre os limites da transformação do direito. Tradução e organização da tradução: CHASIN, Ana Carolina. São Paulo: FGV Direito SP, 2018.

GARAPON, Antoine. **O guardião das promessas:** justiça e democracia. Tradução ARAGÃO, Francisco. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito.** Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GODINHO, Robson Renault. **Negócios Processuais sobre o ônus da prova no novo Código de Processo Civil.** São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

GOLDSCHMIDT, James. **Teoría General del Proceso.** Barcelona, Madrid, Buenos Aires, Rio de Janeiro: Editorial Labor S.A., s.a.

_____. **Teoria Geral do Processo.** Tradução de Leandro Farina. Leme: Fórum Editora e Distribuidora de Livros Jurídicos Ltda. 2006.

GOMES, Frederico Barbosa. As contribuições de Kant, de Rousseau e de Habermas para o estudo da autonomia no âmbito do direito. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coords.). **Direito Civil:** da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 46.

GOMES, Orlando. **Contratos.** 26º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Nulidades no processo.** 2ª ed. 2ª tir. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

_____. **Técnica Processual e Teoria do Processo.** 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro:** contratos e atos unilaterais. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, ebook.

_____. **Direito Civil brasileiro:** parte geral. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, ebook

GOUVÊA, Mariana França. Os poderes do juiz cível na acção declarativa: em defesa de um processo civil ao serviço do cidadão. **Julgar.** Coimbra, n. 01, jan./abril. 2007.

GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. **Revista Da Faculdade De Direito, Universidade de São Paulo.** Vol. 77, p. 177-183. Recuperado de <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66950>. Acesso em novembro de 2018.

GRECO, Leonardo. Atos de disposição processual: primeiras reflexões. **Revista Quaestio Iuris.** vol.04, nº01, p.720-746.

- _____. **Instituições de processo civil.** Vol. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- _____. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de Processo.** vol. 164, p. 29 – 56, out. 2008.
- GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (coords.) **Normas Fundamentais.** Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Vol. 8. Salvador: Editora JusPodvium, 2016.
- GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. **Dicionário Jurídico.** Atualização de Ana Cláudia Schwenck dos Santos. 23ª ed. São Paulo: Ridel, 2019.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia:** Entre a facticidade e a validade. Vol. 2. Tradução de Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- _____. **Direito e Democracia:** Entre a facticidade e a validade. Vol. 1. Tradução de Flávio Bueno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- _____. **Sobre a legitimação baseada em direitos humanos.** Disponível em: <<http://civilistica.com/sobre-legitimacao/>>. PDF. Acesso em novembro de 2018.
- HARVEY, David. **Neoliberalismo:** história e implicações. SOBRAL, Adail; GONÇALVES, Maria Stela (trad.). São Paulo: Edições Loyola, 2014.
- HAYEK, Frederich August von. **A caminho da servidão.** 6ª ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.
- HOBSBAWN, Erick J. **A era das revoluções:** 1789-1848. Tradução de Maria Tereza Teixeira e Marcos Penchel. São Paulo: Editora Paz e Terra Ltda., 2011.
- _____. **A era do capital:** 1848-1875. Tradução de Luciano Costa Neto. 15ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2011.
- _____. **A era dos extremos:** o breve século XX: 1914-1991. Tradução de Marcos Santarrita. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- HOFFMAN, Fernando; MORAIS, José Luiz B. de. Fundamentos hermenêuticos para um processo civil constitucionalmente adequado. **Revista da Faculdade de Direito-RFD-UERJ.** Rio de Janeiro, n. 30, dez. 2016.
- HUISMAN, Denis (diretor da publicação). **Dicionário dos filósofos.** São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- IBGE. **PNAD Contínua 2016: 51% da população com 25 anos ou mais do Brasil possuíam no máximo o ensino fundamental completo.** Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/18992-pnad-continua-2016-51-da-populacao-com-25-anos-ou-mais-do-brasil-possuiam-no-maximo-o-ensino-fundamental-completo>> Acesso em julho de 2019.
- IBGE. **Síntese de Indicadores Sociais: indicadores apontam aumento da pobreza entre 2016 e 2017.** Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23298-sintese-de-indicadores-sociais->

indicadores-apontam-aumento-da-pobreza-entre-2016-e-2017> Acesso em julho de 2019.

JULIOS-CAMPUZANO Alfonso. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Tradução de José Luiz Bolsan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2009.

KERN, Christoph A. Procedural Contracts in Germany. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). **Negócios processuais**. 2ª ed. rev. atual e ampl. Salvador: JusPodvium, 2016.

KOCHEN, Ronaldo. Introdução às raízes históricas do princípio da cooperação (kooperationsmaxime). In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (coords.) **Normas Fundamentais**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. Vol. 8. Salvador: Editora JusPodvium, 2016.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução BOEIRA, Beatriz; BOEIRA, Nelson. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

LANES, Júlio Cesar Goulart. **Fato e direito no processo civil cooperativo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo: primeiros estudos**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. 1. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 3º ed. São Paulo, Malheiros, 2005.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil**. Tradução de Magda Lopes e Marisa Lobo Costa. Editora Vozes, s.a..

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. **Manual Elementar de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956.

LOPES, José Reinaldo de Lima; QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo Queiroz, ACCA, Thiago dos Santos. **Curso de História do Direito**. 3ª. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013 (e-book).

LUCCA, Rodrigo Ramina de. **Disponibilidade processual: o interesse privado das partes diante da natureza pública do processo**. 2018. Tese (doutorado). Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. São Paulo, 2018.

MACÊDO, Lucas Buriel de. A concretização direta da cláusula geral do devido processo legal processual no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 216, fev. 2013.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de processo civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo: leis processuais civis extravagantes anotadas**. 2ª ed. Barueri: Manole, 2008.

MACHADO, Marcelo Pacheco. A privatização da técnica processual no projeto de novo código de processo civil. In: FREIRE, Alexandre et. all (org.). **Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**, vol. 3. Salvador:

JusPodvium, 2014.

MACIEL JR., Vicente de Paula. **Teoria das ações coletivas:** ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: Ltr, 2006.

MADEIRA, Dhenis Cruz. **Processo de conhecimento & cognição:** uma inserção no Estado Democrático de Direito. Editora Juruá, 2012.

_____. Técnicas de argumentação oral em audiências. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique (coords.). **Técnica processual.** Del Rey, 2105.

MALUF, Said. **Teoria geral do Estado.** 27ª ed. rev. e atual pelo prof. MALUFE NETO, Miguel Alfredo. São Paulo, Saraiva, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo.** Vol. 1. 3ª ed. rev. atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2008, p. 388

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil:** teoria do processo civil. Vol. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de processo civil: artigos 1º ao 69.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como sistema em construção: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro. **Revista de informação legislativa.** Brasília, nº 139, jul/set. 1998.

MATTEI, Ugo; NADER, Laura. **Pilhagem:** quando o Estado de Direito é ilegal. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

MAUS, Ingeborg. **O Judiciário como superego da sociedade.** Tradução de CARVALHO, Geraldo e MENDES, Gercélia Batista de Oliveira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo.** 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MEDINA, José Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, ebook.

MELLO, Marcos Bernardes de. Achegas para uma teoria das capacidades em Direito. **Revista de Direito Privado.** vol. 3, p. 9 – 34, jul/set. 2000.

_____. **Teoria do fato jurídico:** plano da eficácia. 7ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Teoria do fato jurídico:** plano da existência. 7ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Teoria do fato jurídico:** plano da validade. 7ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 8ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 263.

- MENGER, Antonio. **El derecho civil y los pobres**. Tradução de Adolfo Posada. Madrid: Libreria General de Victoriano Suárez: 1898.
- MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011;
- _____. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão Judicial. **Revista de Processo**. vol. 206, p. 61 – 78, abr. 2012.
- MOFFITT, Michel L. **Customized Litigation: The Case for Making Civil Procedure Negotiable**. Disponível em: <
https://pdfs.semanticscholar.org/67b5/ad3904653b21e8ce65be46b460b74872a382.pdf?_ga=2.228602847.275427461.1561811366-964756875.1561811366 > Acesso: 29 de junho de 2019.
- MONTERO AROCA, Juan. Sobre el mito autoritario de la “buena fé procesal. **Revista Boliviana de Derecho**. Bolívia, Santa Cruz: Fundación Iuris Tantum. nº. 2, pp. 87-133, 2006.
- MOREIRA, Victória Hoffman; PEIXOTO, Juliene de Souza. Negócios jurídicos processuais e poderes instrutórios do juiz. In: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GÓES, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). **Negócios processuais**. Vol.1. Salvador: Editora JusPodvium, 2017.
- MORTIMER, Ian. **Séculos de transformações: em mil anos de história, qual o século passou por mais mudanças e qual a importância disso**. Tradução de Milton Chaves de Almeida. Rio de Janeiro: Difel, 2018.
- MÜLLER, Júlio Guilherme. **Negócios Processuais e a desjudicialização da produção da prova: análise econômica e jurídica**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MUNDIM, Luís Gustavo Reis. **Segurança jurídica e precedentes no código de processo civil de 2015: uma análise crítico-epistemológica a partir da Teoria Neoinstitucionalista do Processo**. 2017. 160 f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2017.
- NADER, Laura. Harmonia Coercitiva: a economia política dos modelos jurídicos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, nº 29, ano 9, 1994.
- NERY JR., Nelson; NERY, Maria Rosa de Andrade. (coords.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 206-207.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8ª ed. Salvador: Editora JusPodvium, 2016, p. 265.
- NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Situações jurídicas processuais. In: Didier Jr., Fredie (coord.). **Teoria Geral do Processo: panorama doutrinário mundial**, vol. 2. Salvador: JusPodvium, 2010.
- _____. **Negócios jurídicos processuais**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora JusPodvium, 2017.

- NUNES, Daniel Cappechi. **Minorias no Supremo Tribunal Federal: entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2017.
- NUNES, Dierle José Coelho. Apontamentos Iniciais de um processualismo constitucional democrático. In: MACHADO, Felipe Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (coords.). **Constituição e processo: A contribuição do processo ao Constitucionalismo Democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- _____.; CRUZ, Clenderson rodrigues da; DRUMMOND, Lucas Dias Costa. A regra da primazia do mérito e o formalismo processual democrático. In: CÂMARA, Helder Moroni; DELFINO, Lúcio; MOURÃO, Luiz Eduardo Ribeiro; MAZZEI, Rodrigo (orgs.). **Aspectos polêmicos do Novo Código de Processo Civil**. Vol. 1. São Paulo: Almedina, 2018.
- _____.; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da imparcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing***. Salvador: Juspodvium, 2018.
- _____. **Direito constitucional ao recurso: da teoria geral dos recursos, das reformas processuais e da participação nas decisões**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.
- _____. **O que não está nos autos, não está no mundo? E a jurisprudência, onde está?** Disponível em: < genjuridico.com.br/2015/09/11/o-que-nao-esta-nos-autos-nao-esta-no-mundo-e-a-jurisprudencia-onde-esta/> Acesso em 15 de março de 2019.
- _____. Preclusão como fator de estruturação do procedimento. In: LEAL, Rosemiro Pereira. **Estudos Continuados de Teoria do Processo: origens históricas da processualidade democrática**. Vol. IV. Porto Alegre: Síntese, 2004.
- _____. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2012.
- _____. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva: a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. **Revista de Processo**, v. 199, p. 38, set. 2011.
- NUNES, António José Avelãs. **A revolução francesa: as origens do capitalismo – a nova ordem jurídica burguesa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 122.
- _____. **Neoliberalismo e direitos humanos**. São Paulo/Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.
- O GLOBO. **Brasil ainda tem 11,3 milhões de analfabetos**. Disponível em: < <https://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/brasil-ainda-tem-113-milhoes-de-analfabetos-23745356>> Acesso em julho de 2019.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. **O formalismo-valorativo no confronto com o formalismo excessivo**. Disponível em: < [file:///C:/Users/Alisson/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8b-bwe/TempState/Downloads/74203-307998-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Alisson/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8b-bwe/TempState/Downloads/74203-307998-1-PB%20(1).pdf)> Acesso em: outubro de

2019.

OSNA, Gustavo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Felix (orgs.) **Processos Estruturais**. Salvador JusPodvium, 2017.

ORTIZ, Mônica Martinelli. Âmbito da cognição das questões de ordem pública nos Tribunais Superiores e exigência de prequestionamento. **Revista de Processo**. vol. 128, p. 175 – 184, out. 2005.

OXFAM BRASIL. **Nós e as desigualdades: pesquisa Oxfam Brasil/Data Folha: percepções sobre a desigualdade no Brasil**. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/publicacoes/relatorio_nos_e_as_desigualdades_datafolha_2019_final.pdf> Acesso em 2019.

_____. **País estagnado: retrato das desigualdades brasileiras 2018**. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/sites/default/files/publicacoes/relatorio_desigualdade_2018_pais_estagnado_digital.pdf> Acesso em 2019.

PALMA, Rodrigo Freitas. **História do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEIXOTO, Ravi. Rumo à construção de processo cooperativo. **Revista de Processo**. vol. 219, p. 89 – 114, mai. 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol. 1. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PÉREZ RAGONE, Álvaro. El revisionismo garantista en el proceso civil a través de las ideas de Franz Klein y Adolf Wach: precisiones sobre eficiencia y derechos procesales. **Revista de Derecho**. Chile. Valparaíso: Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, núm. XLII, pp. 523-551, enero-junio, 2014.

PEREZ, Fabiola. **Brasil tem déficit de seis mil defensores públicos, diz estudo**. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/sao-paulo/brasil-tem-deficit-de-seis-mil-defensores-publicos-diz-estudo-15062018>> Acesso em junho de 2019.

PICARDI, Nicola. A vocação do nosso tempo para a jurisdição. In: PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira como organizador e revisor técnico da tradução. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Introdução ao Code Louis (Ordonnace Civile, 1667). In: PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira como organizador e revisor técnico da tradução). Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. **Jurisdição e Processo**. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira como organizador e revisor técnico da tradução). Rio de Janeiro: Forense, 2008

PICÓ I JUNOY, Juan. **O juiz e a prova: estudo da errônea recepção do brocardo iudex iudicare secundum allegatta et probata, nom secundum conscientiam e sua**

- repercussão atual.** Tradução de Darci Guimarães Ribeiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- POMJÉ, Caroline. A mitigação da incidência do adágio iura novit cúria em virtude das convenções processuais: breve análise do art. 357, §2º, do novo código de processo civil. In: MARCATO, Ana; GALINDO, Beatriz; GÓES, Gisele Fernandes; BRAGA, Paula Sarno; APRIGLIANO, Ricardo; NOLASCO, Rita Dias (coords.). **Negócios processuais.** Vol.1. Salvador: Editora JusPodvium, 2017.
- PINTER, Rafale Wobeto. A boa-fé no processo civil e o abuso de direitos processuais. **Revista de Processo.** Vol.253, p. 129 – 160, mar. 2016.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Tomo III. Rio de Janeiro: Forense, 1979
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado.** tomos I, II, III, IV e IV. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.
- PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema Integrado de Bibliotecas. **Orientações para elaboração de trabalhos científicos:** projeto de pesquisa, teses, dissertações, monografias, relatório entre outros trabalhos acadêmicos, conforme a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). 3. ed. Belo Horizonte: PUC Minas, 2019. Disponível em: www.pucminas.br/biblioteca. Acesso em: fevereiro de 2019.
- PORTUGAL. **Decreto-Lei n.º 329-A/95,** Disponível em <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/226051/details/normal?q=329-a>. Acesso em 2018.
- RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo civil:** negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto. Salvador: JusPodvium, 2017, p. 31.
- RÁO, Vicente. **Ato jurídico:** noção, pressupostos, elementos essenciais e acidentais. O problema do conflito entre os elementos volitivos e a declaração. 4ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997
- REDONDO, Bruno Garcia. **Adequação do procedimento pelo juiz.** Salvador: JusPodvium, 2017.
- RIBEIRO, Darci Guimarães. O papel do processo na construção da democracia: para uma nova definição da democracia participativa. **Scientia iuris.** Londrina, v. 13, p. 155-168, nov. 2009.
- ROQUE, Nathaly Campitelli. A ordem pública e seu regime jurídico do direito processual às questões de ordem pública. **Revista dos Tribunais.** vol. 908, p. 263 – 291, jun. 2011.
- SALES, Lilia Maia de Moraes. Técnicas de Mediação de Conflitos e Técnica da Reformulação – Novo Paradigma e nova formação para os profissionais do Direito. **Revista de novos estudos jurídicos.** Vol. 21 - n. 3 - set-dez 2016. Disponível em: < <https://siaiap32.univali.br> > seer > index.php > nej > article > download > Acesso em outubro de 2019.

- SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; COUTINHO, Jair Pereira. Reconfigurações do processo à luz do constitucionalismo contemporâneo: a boa-fé objetiva como condução funcional do modelo processual do Estado Democrático de Direito e sua incidência sobre o novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. vol. 254, p. 45 – 71, abr. 2016.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da Justiça. **Revista de Processo**. vol. 37, p. 121 – 139, jan/mar. 1985.
- _____. **Para uma revolução democrática da Justiça**. 3ª ed. São Paulo: Editora Cortez, 2011.
- SANTOS, Leide Maria Gonçalves. **A boa-fé objetiva no processo civil: A Teoria dos Modelos de Miguel Reale aplicada à jurisprudência brasileira contemporânea**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2008.
- SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da Teoria e da Filosofia Constitucional. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.
- _____. **Livres e iguais: estudos de Direito Constitucional**. Editora Lumen Juris, 2010.
- SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel (org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2010.
- SCHEREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- SCHUARTZ, Lilia Mortiz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. 2ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- SCHWARZ, Roberto. **As ideias fora do lugar**. São Paulo: Penguin Classics e Companhia das Letras, 2014.
- SHÖNKE, Adolf. **Derecho Procesal Civil**. Barcelona: Casa Editorial Boch, 1950.
- SILVA, De Plácido. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.
- SILVA, Fernanda Tartuce. **Vulnerabilidade como critério legítimo de desquiparação no processo civil**. 2011. 384f. Tese (doutorado). Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito. São Paulo, 2011.
- SILVA, Nathane Fernandes da. **O diálogo dos excluídos: a mediação social informativa como instrumento de ampliação à justiça pela dos direitos no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e Ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- _____; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria Geral do Processo**. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

- _____. **Jurisdição e Execução na tradição romano-canônica.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 78.
- SILVA, Paula Costa e. **Acto e processo:** regressando ao dogma da irrelevância da vontade na interpretação dos vícios do acto postulativos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- _____. O processo como situações jurídicas processuais. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo (coords.). **Teoria Geral do Processo:** panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodvium, 2008.
- SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho. Técnica de ajuizamento da ação. In: BRÊTAS, Ronaldo de Carvalho Dias; SOARES, Carlos Henrique (coords.). **Técnica processual.** Del Rey, 2105.
- SOARES JÚNIOR, Jarbas; ÁVILA, Luciano Coelho (orgs.). **Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público.** Brasília: Ministério da Justiça, 2014.
- SOARES, Lara Rafaelle Pinho. **A vulnerabilidade na negociação processual atípica.** 2016. 185f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Programa de Pós-Graduação em Direito. Salvador, 2016.
- SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira:** quem é como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.
- SPRUNG, Rainer. Os fundamentos do processo civil austríaco. **Revista de Processo.** vol. 17, p. 138 – 149, jan./mar. 1980.
- STEGER, Manfred. B; ROY, Ravik K.. **Introdução ao Neoliberalismo.** Tradução de Pedro Elói Duarte. Coimbra: Conjuntura Actual Editora, 2013.
- STRECK, Lênio Luiz; DELFINO, Lúcio; BARBA, Rafael Giorgio Dalla; LOPES, Ziel Ferreira. **Aposta na bondade: A cooperação processual do novo CPC é incompatível com a Constituição.** Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2014-dez23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao?imprimir=1> > Acesso em: 02 mar. 2015.
- _____; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro (orgs.). **Comentários ao Código de Processo Civil.** São Paulo: Saraiva, 2015.
- STÜRNER, Rolf. Oralidade e escritura no processo civil europeu. Tradução de Ronaldo Kochen. **Revista de Processo.** vol. 223, p. 111 – 129, set. 2013.
- TARELLO, Giovanni. **Dottrine del processo civile:** studi storici sulla formazione del diritto processuale civile. Bologna: Il Mulino, 1989.
- TARTUCE, Flávio. **Impactos do novo CPC no Direito Civil.** Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.
- TARUFFO, Michele. **Ensaio sobre o processo civil:** escritos sobre processo e justiça civil. RIBEIRO, Darci Guimarães (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.
- _____. Relatório geral. Abuso de direito processual. Padrões comparativos de lealdade

processual. In: DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle; FREIRE, Alexandre (coords.) **Normas Fundamentais**. Salvador: JusPodvium, 2016.

TEIXEIRA DE SOUZA, Miguel. **Omissão do dever de cooperação do tribunal: que consequências?** Disponível em: <https://www.academia.edu/10210886/TEIXEIRA_DE_SOUSA_M._Omissao_do_dever_de_cooperacao_do_tribunal_que_consequencias_01.2015_>. Acesso em outubro de 2018.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **Comentários ao novo código de processo civil sob a perspectiva do processo do trabalho: (Lei n. 13.105, 16 de março de 2015)**. São Paulo: LTr, 2015.

TERCEIRO NETO, João Otávio. **Interpretação dos atos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Vol I. 55ª ed. São Paulo: Forense, 2014.

_____. O abuso de direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos (coord.). **Abuso dos direitos processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Litigância de interesse público e execução participada de políticas públicas. **Revista de Processo**, São Paulo: RT, v. 224, out. 2013.

_____; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC: fundamentos e sistematização**. 3ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. **O novo Código Civil e as regras heterotópicas de natureza processual**. Disponível em: <[abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%20FAnior\(6\)%20formatado.pdf](http://abdpc.org.br/abdpc/artigos/Humberto%20Theodoro%20J%20FAnior(6)%20formatado.pdf)> Acesso em: 27/05/2019.

TORNAGHI, Hélio. **A relação processual penal**. 2ª ed. rev. e atual. Saraiva: São Paulo, 1987.

TROLLER, Alois. **Dos fundamentos do formalismo processual civil**. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VIANA, Aurélio; NUNES, Dierle. **Precedentes: a mutação no ônus argumentativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VIANA, Márcio Túlio. O segundo processo. **Rev. TST**. Brasília, vol. 77, no 2, abr/jun 2011.

VIDAL, Ludmilla Camacho Duarte. **Convenções Processuais no paradigma do processo civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Gramma, 2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de direito processual civil: parte geral**, Vol. 1. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2ª ed. Tradução de A. M. Botelho

Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulberkian.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das Partes em matéria processual. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords.). **Negócios Processuais**. Salvador: JusPodvium, 2016.