PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Faculdade Mineira de Direito

Igor Garcia Marques

**A DESPROCESSUALIZAÇÃO COMO CLÁUSULA OCULTA NOS NEGÓCIOS
JURÍDICOS PROCESSUAIS**

Belo Horizonte

2023

Igor Garcia Marques

**A DESPROCESSUALIZAÇÃO COMO CLÁUSULA OCULTA NOS NEGÓCIOS
JURÍDICOS PROCESSUAIS**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal

Área de concentração: O Processo na Construção do Estado Democrático de Direito

Belo Horizonte

2023

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

M357d Marques, Igor Garcia
A desprocessualização como cláusula oculta nos negócios jurídicos
processuais / Igor Garcia Marques. Belo Horizonte, 2023.
128 f.

Orientador: Rosemiro Pereira Leal
Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Programa de Pós-Graduação em Direito

1. Brasil. Código de processo civil (2015). 2. Direito processual. 3. Negócio jurídico. 4. Atos jurídicos. 5. Ato processual. 6. Teoria do direito. 7. Racionalismo. 7. Devido processo legal. I. Leal, Rosemiro Pereira. II. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

SIB PUC MINAS

CDU: 347.13

Igor Garcia Marques

**A DESPROCESSUALIZAÇÃO COMO CLÁUSULA OCULTA NOS NEGÓCIOS
JURÍDICOS PROCESSUAIS**

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

Prof. Dr. Rosemiro Pereira Leal – PUC Minas
(Orientador)

Prof. Dr. Dhenis Cruz Madeira – UFJF
(Banca Examinadora)

Prof. Dr. Joseli Lima Magalhães - UFPI
(Banca Examinadora)

Prof. Dr. Vinícius Diniz Monteiro de Barros – PUC Minas
(Banca Examinadora)

Belo Horizonte, 02 de junho de 2023

AGRADECIMENTOS

Agradeço à querida mãe, minha principal incentivadora, que não mediu esforços para, com conselhos e dispêndio de sua própria vida (trabalho), permitir a construção da minha para além da linguagem materna.

A meu Orientador, Professor Dr. Rosemiro Pereira Leal, que permitiu que o trabalho de minha mãe não fosse em vão. Sem sua obra e acolhimento a mim dispensado, os incentivos ao estudo que recebi desde a infância provavelmente teriam sido destinados ao reforço do dogmatismo, sendo que disto eu sequer teria compreensão.

Aos familiares que me apoiaram, seja com palavras ou com momentos que refrescaram essa penosa trilha rumo à diminuição de minha ignorância.

Aos grandes amigos que tanto me ajudam, de conversas até auxílios na dissertação: Bernardo; Edson Júnior, a quem sou grato pela inestimável ajuda na digitação desta dissertação; João Paulo, Rafael e Sávio.

Aos pesquisadores e professores com os quais tive o privilégio de aprender e conviver no PPGD, Alexandre Monteiro de Castro, Alfredo Vieira, Carol Cotta, Cláudio Nascimento, Gabriela Machado, Gabriel Salema, Jaíne Gláucia Teixeira Ank, Janus Pantoja, Joseli Lima Magalhães, Luiz Henrique Vieira, Luiz Sérgio Arcanjo dos Santos, Marcos Cezar Moutinho da Cruz, Sérgio Tiveron, Túlio Márcio Santos da Trindade, Vinícius de Barros e, especialmente, ao Arthur Procópio e Daniel Farnese, que se disporem gentilmente à leitura prévia desta dissertação.

Ao Lucas Cantalice e Eduardo Queiroz, pelos incentivos e compreensão de minhas ausências no trabalho.

RESUMO

A presente dissertação se destina a levantar a doutrina clássica e contemporânea acerca dos negócios jurídicos processuais para perquirir qual seria o avanço promovido pelo Código de Processo Civil de 2015, no que tange à positivação deste instituto, quanto à implementação do Estado democrático de direito. Nesse sentido, indaga-se da pertinência dos fundamentos do instituto à implantação de direitos fundamentais, uma vez que adotada como marco teórico a teoria processual neoinstitucionalista do direito. Na medida em que o processo, nesta teoria, tem por consectário lógico o *devido processo*, o qual é voltado a um devir redutor de incertezas irreparavelmente danosas a existência minimamente digna, a confrontação dos fundamentos da negociabilidade processual se dá frente a implementação de uma democracia que ofereça aos destinatários do processo (povo) os direitos à ampla defesa-liberdade, isonomia-dignidade e contraditório-vida. Neste *iter*, as teorias do processo que encampam o instituto dos negócios processuais, assim como os denominados pela doutrina *princípio da cooperação* e *princípio da participação*, serão testados quanto a sua pertinência ao denominado por Karl Popper *princípio da solvência*, isto é, avaliar-se-á a capacidade dos fundamentos do instituto objeto do trabalho de propiciar a redução da gênese de conflitos, e não a mera resolução de casos isolados.

Palavras-chave: Negócios jurídicos processuais; Teoria processual neoinstitucionalista do direito; Racionalismo crítico; Desprocessualização do procedimento.

ABSTRACT

The present dissertation is intended to raise the classic and contemporary doctrine about the procedural business to inquire what would be the advance promoted by the Code of Civil Procedure of 2015, regarding the positivization of this institute, regarding the implementation of the democratic rule of law. In this sense, the relevance of the foundations of the institute to the implementation of fundamental rights is questioned, since the neo-institutionalist procedural theory of law is adopted as a theoretical framework. To the extent that the process, in this theory, has due process as a logical consequence, which is aimed at reducing uncertainties that are irreparably harmful to a minimally dignified existence, the confrontation of the foundations of procedural negotiability takes place in the face of the implementation of a democracy that offers the recipients of the process (the people) the rights to broad defense-freedom, isonomy-dignity and contradictory-life. In this *iter*, the theories of the process that encompass the institute of procedural business, as well as those denominated by the doctrine principle of cooperation and principle of co-participation, will be tested as to their relevance to the so-called by Karl Popper principle of solvency, that is, to evaluate the capacity of the foundations of the institute object of the work to propitiate the reduction of the genesis of conflicts, and not the mere resolution of isolated cases.

Keywords: Procedural business; Neo-institucionalist theory of the process; Critical rationalism; Procedural desprocessuality.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AMB	ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS
CC	CÓDIGO CIVIL
CF	CONSTITUIÇÃO FEDERAL
CNJ	CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA
CNMP	CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
CPC	CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
CTN	CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL
OAB	ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
TPND	TEORIA PROCESSUAL NEOINSTITUCIONALISTA DO DIREITO

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	EM DESCULPA DO DIREITO.....	15
2.1	Da superação do lógos pela metodologia.....	20
2.2	História da filosofia da ciência	23
3	A CONTROVERSA NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL.....	53
3.1	Teorias do processo na história do direito	57
3.1.1	<i>Teoria do processo como contrato.....</i>	<i>59</i>
3.1.2	<i>Teoria do processo como relação jurídica.....</i>	<i>61</i>
3.1.3	<i>Teoria estruturalista do processo.....</i>	<i>67</i>
3.1.4	<i>Teoria processual neoinstitucionalista do direito.....</i>	<i>75</i>
3.2	História dos negócios processuais	81
3.3	Do ato jurídico	86
3.3.1	Do ato jurídico ao ato processual	91
4	A INEGOCIABILIDADE DO PROCESSO.....	105
4.1	O princípio da cooperação como fundamento dos negócios processuais	105
4.2	O devido processo legal e os negócios processuais.....	113
4.3	O impedimento ao devir processual como cláusula oculta dos negócios jurídicos processuais.....	118
5.	CONSIDERAÇÕES GERAIS	121
	REFERÊNCIAS.....	125

Visar à simplicidade e à lucidez é um dever moral de todos os intelectuais: a falta de clareza é um pecado e a presunção é um crime. (A concisão também é importante, em vista da explosão das publicações, mas é de menor importância e às vezes é incompatível com a clareza.) Frequentemente somos incapazes de corresponder a esses requisitos e deixamos de dizer as coisas claras e compreensivelmente, mas isto apenas mostra que todos não somos suficientemente bons como filósofos.

1. INTRODUÇÃO

Estado democrático de direito é expressão cada vez mais vulgarizada, sendo utilizada muitas vezes retoricamente devido a sonorância que empresta ao discurso, seja ele jurídico, político ou jornalístico. Nesses discursos, os emissores são pródigos em afirmarem a existência deste como pressuposto a uma série de inferências lógicas, e, no direito, uma destas tem sido o instituto dos negócios jurídicos processuais. Resta saber quais são os fundamentos dessa afirmativa, e por conseguinte, se resistem a uma testificação teórica.

Com *testificação teórica*, quer-se remeter às teses popperianas, no sentido de que toda fala está impregnada de teorias e através da confrontação entre elas que se pode aferir o crescimento do conhecimento humano. É nesse sentido que para se aferir a consonância entre negócios jurídicos processuais e democracia há de se perquirir quais sistemas de proposições podem ser colocadas em choque. Para tanto, requer-se não discursos tópicos-retóricos ou exposições pautadas no senso comum ou senso comum do conhecimento, mas pesquisas jurídicas que indaguem seu objeto no sentido de esclarecer seus fundamentos e, por conseguinte, colocá-los em xeque.

Para levar a cabo a investigação das *doxas* e *endoxas* que permeiam o discurso jurídico desde seus primórdios é que o Programa de Pós-graduação da PUC Minas foi instaurado com a área de pesquisa denominada *O processo na construção do Estado democrático de direito*. O *Estado democrático de direito* é assumido, então, pela PUC Minas não como um modelo estatal historicamente recebido, mas como um objetivo. Noutros termos, a Constituição Federal de 1988, ao dizer, no *caput* do seu primeiro artigo, que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, apenas institui um modelo estatal que deve ser implantado em substituição ao republicanismo aristotélico. A partir de 1988, portanto, foi direcionado aos juristas um desafio de alteração do Estado, que a PUC Minas assumiu mediante a instalação de pesquisas na área de processo.

Ao processo foi direcionado a responsabilidade de implantação do Estado democrático de direito porque o professor fundador do Programa da Pós-graduação em Direito da PUC Minas, Professor Doutor Rosemiro Pereira Leal, o enxergou,

pioneiramente, como a linguagem do direito. Sendo a linguagem, através do processo é que se poderia afastar a milenar função superestrutural do direito, mediante revisitação dos institutos jurídicos que sempre permitiram a aplicação das leis segundo conveniência e interesses dos patrimonializados. Na medida, então, que a dominação republicana (relação de autoridade e obediência) assumiu, pela juridicidade, vestes mais sofisticadas após a queda da escravidão e servidão tradicionais, a superação do estado aristotélico reclamou uma teoria que impedisse a utilização do direito como mera reafirmação dos privilégios consolidados milenarmente a determinadas classes.

O processo, como teoria, passou a ser, com a teoria neoinstitucionalista do direito, uma barreira à utilização do direito como superestrutura, constituindo-se numa linguagem utilizada para falar de outra linguagem, isto é, uma metalinguagem. A lei, então, como instituidora de objetos linguísticos (institutos jurídicos) passaria a ser controlada não pela sua afinidade à Constituição, conforme o subjetivo controle de constitucionalidade, mas pelo processo que, como metalinguagem, passaria a aferir sua democraticidade. Nessa perspectiva, uma vez que o processo neoinstitucionalista foi conjecturado como uma teoria da lei e constituído pelos institutos biunívocos do contraditório-vida, ampla defesa-liberdade e isonomia-dignidade, qualquer criação, extinção, modificação ou aplicação da lei deveria observar os referidos princípios institutivos do processo. Nesse sentido é que esta dissertação, como mais um capítulo da pesquisa em processo empreendida pela PUC Minas, se destinou aos negócios jurídicos processuais.

Os negócios jurídicos processuais ganharam especial relevo com a publicação do CPC/15 devido a sua suposta capacidade de propiciar a consolidação do Estado democrático de direito, haja vista sua derivação do princípio de participação. É que, como advertido por Karl Popper, toda fala está impregnada de teorias, e uma boa amostra para tal afirmativa é a exaltação dessa participação e, de conseguinte, dos negócios jurídicos processuais.

Desde o final do século XX, a dialogicidade habermasiana tem sido sobremaneira adotada pelos juristas como forma de implantação de uma democracia. Nessa esteira, um instituto velho como o dos negócios jurídicos processuais ganhou destaque no CPC/15 como uma grande ferramenta

democrática. Ocorre que não passa essa valorização de um mero engodo, causado por incompreensões metodológicas.

Assim como a expressão *Estado democrático de direito*, a palavra *metodologia* é termo utilizado amplamente de forma retórica. Atento a esse problema é que no primeiro capítulo desta dissertação abordar-se-á o problema da *metodologia*, expondo-se não somente suas raízes na história da filosofia, como seu peculiar emprego por Karl Popper e sua transposição para o direito feita por Rosemiro Pereira Leal, na criação da teoria neoinstitucionalista do processo, hoje reconominada para teoria processual neoinstitucionalista do direito.

A compreensão da metodologia leva, em consonância com o que dito acerca da construção do Estado democrático de direito, à perquirição do instituto dos negócios jurídicos pelo questionamento de suas bases teóricas. Daí que no segundo capítulo abordar-se-ão as relações deste instituto com suas raízes no direito privado e nas matrizes privatistas e publicistas do processo. Para tanto, demonstrar-se-á que, ao contrário do que faz parecer a enxurrada de publicações acerca dos negócios processuais, estes não são novidades no direito processual, sequer do brasileiro. Assim, a euforia que se deu acerca do assunto por força da publicação do CPC/15 decorre não somente da expressa positivação, sobretudo mediante permissão de negociações atípicas, mas pelos ares de democraticidade que o diploma trouxera no seu artigo 190. Desta feita, coube ao capítulo 3 a abordagem de todo esse histórico dogmático, como preparação para a crítica da linguagem-objeto pela metalinguagem (processo no sentido neoinstitucionalista) empreendida no capítulo 04.

No capítulo 04, valendo-se da explicação feita sobre a finalidade do trabalho exposta no capítulo 02, levar-se-á os negócios jurídicos processuais à crítica pelo processo na acepção da teoria processual neoinstitucionalista do direito. Dessa forma, nele não se encontrará qualquer pretensão de classificação dogmática dos negócios processuais ou da apresentação de seus conteúdos com relação à sua aplicabilidade. O intuito do capítulo 04 é indagar o discurso de que a comparticipação tal como consubstanciada no artigo 190 do CPC. Nele o leitor encontrará um percurso acerca das constantes afirmativas de correspondência entre negócios processuais e Estado democrático de Direito. Nesta altura é que se poderá

explicar que a presente dissertação guarda compromisso com a função do processo na supressão do republicanismo, como conjecturado por Rosemiro Pereira Leal e subscrito no título da área de pesquisa inauguradora do Programa de Pós-graduação em direito da PUC Minas.

2 EM DESCULPA DO DIREITO

Logo na introdução de sua tese de doutoramento, Helder Moroni Câmara¹ cuidou de justificar a realização de sua pesquisa tendo em vista que trabalho de tal envergadura demanda inovação, e o leitor não desavisado poderia, de plano, questionar a possibilidade desta no campo dos negócios jurídicos processuais.

É que, com a publicação do CPC/15, houve uma explosão de publicações acerca dos negócios jurídicos processuais, já que o artigo 190 deste código não corresponde a qualquer dispositivo nos seus predecessores. Este fato, com efeito, *a priori*, justificaria a grande investida científica (dogmática?!) voltada para o instituto dos negócios jurídicos processuais. Mas, então, por qual motivo se deu a cautela introdutória de Câmara?

Sua precaução, no entanto, se deu, e com razão, pela existência dos negócios jurídicos processuais já nos códigos de processo civil de 1973 e 1939. Acerca do tratamento dispensado por este código ao referido instituto, conveniente a transcrição das anotações de Gajardoni²:

No regime revogado do CPC/1939, apesar de já haver diferenciação entre prazos dilatatórios e peremptórios, o art. 35 expressamente permitia ao juiz abreviar ou prorrogar quaisquer destes prazos mediante requerimento de uma das partes e assentimento das demais (inclusive do Ministério Público) desde que ele ainda não houvesse se esgotado. (GAJARDONI; 2008, p. 221).

Então, Moroni Câmara arrazoa seu empreendimento científico sob o argumento de que o CPC/15, embora não tenha criado os negócios processuais, “ao menos expressamente previu e alargou os lindes de uma categoria própria de negócios jurídicos, os processuais, e passou a admitir variadas novas hipóteses de incidência dessa modalidade de negócio jurídico”.³

Mais à frente, esses contornos dos negócios processuais serão tratados pormenorizadamente para que, ao fim, conjecturemos sobre seus resultados. Por

¹ CÂMARA, Helder Moroni. **Negócios jurídicos processuais: condições, elementos e limites**. São Paulo: Almedina, 2018.

² GAJARDONI, Fernando Fonseca. **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.

³ CÂMARA, Helder Moroni. **Negócios jurídicos processuais: condições, elementos e limites**. São Paulo: Almedina, 2018

ora, o que se pretende é apenas relatar que os trabalhos científicos que têm o mesmo objeto (negócios processuais) buscaram expor em linhas dogmáticas os conteúdos entendidos como necessários à aplicação do instituto na prática forense. Devido a isso que este capítulo da dissertação foi nomeado “em desculpa do direito”. Este título é, com efeito, uma paráfrase ao subtítulo do capítulo 1 do Conhecimento Objetivo de Karl Popper, qual seja, “Em desculpa da filosofia”.

Embora Popper tenha deixado claro seu amor pela sabedoria, não só implicitamente através de toda sua produção, mas também de maneira expressa (quando disse, por exemplo, que “sem paixão não se consegue nada – certamente não em ciência pura”, arrematando que “a frase ‘a paixão pela verdade’ não é uma metáfora”), não lhe agradava ser chamado de filósofo, mas de epistemólogo. Nesse sentido que em sua *Lógica das ciências sociais*, tratando do que entende por filosofia, Popper asseverou⁴:

Eu chego a sentir que o fato de eu próprio ser um filósofo profissional é um ponto contra mim, eu o sinto como uma acusação. Eu devo declarar-me culpado se, como Sócrates, fazer minha apologia. (POPPER; 1978, p. 86).

Contudo, o que nos importa ao tratarmos dos negócios processuais é, sobretudo, as razões que Popper dá para se desculpar por ser filósofo. Isto, pois, o descrédito que os filósofos vêm merecendo tem o mesmo fundamento que aquele a que fazem jus os juristas acadêmicos, que é ignorar a epistemologia.

Talvez, a única diferença seja que, utilizando a expressão de Emanuele Severino, a filosofia já nasceu grande,⁵ enquanto que o direito carrega seu dogmatismo desde suas origens. Entendo que a afirmação feita por Popper de que a grande filosofia tenha sido a dos pré-socráticos^{6 7} tem tudo a ver com a apologia de

⁴ POPPER, Karl R. *Lógica das ciências sociais*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1978.

⁵ SEVERINO, Emanuele. *A filosofia antiga*. v. 1. Tradução de José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70 (1986): 3. P.17.

⁶ POPPER, Karl R. *Lógica das ciências sociais*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1978. P.86.

⁷ A utilização do termo “pré-socráticos” não se deu por desconhecimento a tese de que a melhor terminologia seria “físicos”, mas foi uma opção tomada com base nas seguintes considerações de Emanuele Severino: “Aristóteles designa os primeiros pensadores gregos por ‘físicos’ ou ‘fisiólogos’. Na sua linguagem, a ‘física’ (isto é, a ciência estudada pelos ‘físicos’) tem por objeto aquela parte do *Todo* que é a realidade *em devir* (seja ela realidade corpórea, biológica ou psíquica), para lá da qual existe a realidade imutável de Deus. A ‘física’ aristotélica (e, mais ainda, a física moderna) não é ciência do *Todo*. Ainda que esta interpretação de Aristóteles quanto ao nascimento da filosofia possa ser explicada relativamente ao modo como se configura a filosofia aristotélica, no entanto, o dar-se conta de que nos primeiros pensadores gregos a preocupação pela verdade é também um dirigir-se ao *Todo* implica que *não* se possa aceitar a tese aristotélica, de acordo com a qual a filosofia, no seu

Moroni, mesmo que este talvez não o tenha percebido. Buscarei explicar essa relação numa breve trajetória pela filosofia antiga. Peço licença ao leitor que pretendia encontrar aqui um trabalho circunscrito à técnica jurídica, mas também lhe suplico alguma paciência, pois, derradeiramente, toda essa incursão filosófica fará sentido. Ou melhor, pelo menos assim espero.

A filosofia, nascida no século VI a.C., conforme leciona Emanuele Severino, é imprescindível à compreensão da sociedade moderna, tendo em vista que a “civilização ocidental apresenta-se hoje como civilização da técnica, ou seja, como organização da aplicação da ciência moderna à indústria”⁸, e a filosofia, por sua vez, sobretudo a antiga, é que abriu espaço para a construção da ciência moderna.

Esse surgimento da filosofia somente se deu porque os pré-socráticos ousaram romper com narrativas explicativas ancoradas em crenças. Essas eram chamadas pelos gregos de *mythos*, palavra que, na linguagem mais antiga desses povos, não carregava o sentido de fábula ou lenda, mas o de anúncio e sentença.⁹ Aliás, talvez por isso Aristóteles tenha distinguido “proposições” de “sentenças”¹⁰, anotando que estas são gênero do qual aquelas são espécies, na medida em que “chamamos proposições somente as que encerram verdade ou falsidade em si mesmas” e conclui afirmando que “uma prece, por exemplo, é uma sentença” e, portanto o estudo delas (sentenças) “diz respeito mais propriamente ao âmbito da retórica ou da poética”.¹¹

início, é simplesmente uma ‘física’. Visto que a palavra ‘metafísica’ será utilizada, na linguagem filosófica posterior, para designar o ato de a filosofia se dirigir ao Todo, ultrapassando o saber ilimitado ao mundo físico, é mais adequado à situação real dizer que os primeiros pensadores gregos são ‘metafísicos’ e até mesmo os primeiros metafísicos. Isto no caso de a palavra ‘metafísica’ (utilizada inicialmente por Andronico, editor das obras de Aristóteles, no século I a.C., para designar os escritos que, na edição, vinham ‘depois’ daqueles que haviam sido destinados à física) ser entendida precisamente como uma procura do Todo, indo *para além* dessa dimensão particular do Todo que é constituída pela realidade em devir.

SEVERINO, Emanuele. **A filosofia antiga**. v. 1. Tradução de José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70 (1986): 3. P.23 e 24.

⁸ SEVERINO, Emanuele. **A filosofia antiga**. v. 1. Tradução de José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70 (1986): 3. P.18.

⁹ SEVERINO, Emanuele. **A filosofia antiga**. v. 1. Tradução de José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70 (1986): 3. P.19.

¹⁰ SEVERINO, Emanuele. **A filosofia antiga**. v. 1. Tradução de José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70 (1986): 3. P. 19.

¹¹ BINI, Edson; ARISTÓTELES. *Organon: categorias da interpretação, analíticos anteriores, analíticos posteriores, tópicos, refutações sofísticas*. 2010. P. 88.

Talvez o uso da palavra “verdade” na elaboração da distinção entre sentença e proposição, em Aristóteles, guarde importante relação com a etimologia da palavra “mythos”, pois justamente o compromisso com ou a busca da verdade é que caracterizou a nova forma do pensar inaugurada pelos gregos, representada pela palavra grega, criada contemporaneamente àquilo que significaria, “filosofia”.

É de se destacar que para os gregos o interesse pelo saber denotado pela palavra “filosofia” tenha um sentido específico, porque esse “saber” se relacionaria exatamente com a passagem do *mythos* ao *logos*. Quando lê-se “filosofia”, reportando-se aos pré-socráticos, é preciso que se tenha em mente que estes pensadores entendiam a sabedoria (*sophia*) como nome derivado do adjetivo *saphés* (claro, manifesto, evidente, verdadeiro), que, de seu turno, ecoa o sentido de *phaós* (a luz).¹² Sendo assim, a palavra *philosophia* denotava o interesse pela verdade que era manifestada por si mesma, ao contrário de *mythos*, que refletia o subjetivismo dos seus enunciadores. Por isso é que “a filosofia não tardou a chamar-se a si mesma *episteme*”, considerando que esta palavra significaria o “estar (*stème*) que se impõe sobre (*epí*) tudo aquilo que pretende negar aquilo que está: o estar que é próprio do saber inegável e indubitável”.¹³

Nessa altura, impende retornar à afirmação feita de que Karl Popper preferia epistemólogo à filósofo como designação para si. Ora, se no parágrafo anterior foi dito que a filosofia passou a se chamar de episteme, qual sentido teria essa preferência? Esta questão exige que se explique, como brilhantemente o fez Emanuele Severino, que “a episteme a que se refere a moderna ‘epistemologia’ já nada tem a ver com o sentido filosófico da episteme”.¹⁴ É que, enquanto a antiga episteme significava o mesmo que *physis* e *kósmos* nos seus sentidos mais antigos, “a moderna epistemologia é a reflexão crítica sobre a ciência moderna, ou seja, sobre esse tipo de conhecimento que foi progressivamente renunciando a situar-se como verdade irrefutável”. De fato, é no sentido exposto por Emanuele Severino, considerando, portanto, a mudança do conceito de episteme, que Popper gostaria de ser conhecido como epistemólogo, bem como situava a epistemologia como a

¹² SEVERINO, Emanuele. **A filosofia antiga**. v. 1. Tradução de José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70 (1986): 3. P.20.

¹³ SEVERINO, Emanuele. **A filosofia antiga**. v. 1. Tradução de José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70 (1986): 3. P.25.

¹⁴ SEVERINO, Emanuele. **A filosofia antiga**. v. 1. Tradução de José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70 (1986): 3. P.26.

razão de ser, ou a desculpa da existência da filosofia acadêmica, sendo que via os problemas da teoria do conhecimento como o coração da filosofia, seja ela do senso comum ou acadêmica.¹⁵

Retomando à ciência jurídica, o aproveitamento que podemos fazer de toda essa digressão filosófica é a chamada de atenção para a necessidade de se pensar sobre as pretensões de conhecimento que deveríamos ter ao empreendermos uma pesquisa no campo do direito. Embora Moroni Câmara não tenha demonstrado tais preocupações, uma vez que seu receio era ser julgado por não acrescentar nenhum dogma num trabalho doutrinal, sua ressalva introdutória expressa um problema que não pode ser ignorado em pesquisas desenvolvidas em programas de pós-graduação *stricto-sensu*: a diferença entre grande ciência e ciência grande.¹⁶

É devido à ignorância do referido problema, e a consequente identificação (salvo raríssimas exceções) dos trabalhos de *lato* e *stricto-sensu*, que Rosemiro Pereira Leal anota que as universidades tornaram-se “meras alavancas de geração e confirmação estratégica da repressão pelo fortalecimento continuado da ciência grande”¹⁷ e acrescenta ainda que o direito não pode virar as costas para os avanços realizados noutras áreas, como a da epistemologia e da psicanálise.

Fazer, no entanto, a transposição das conjecturas popperianas para o direito, de modo a romper com o dogmatismo e promover pesquisas afins à grande ciência é tarefa árdua. Entendemos que somente com decisões metodológicas tal empreendimento se faz possível, e assim o fez, pioneira e exclusivamente, Rosemiro Pereira Leal com o lançamento da Teoria Neoinstitucionalista do Processo, em 1999, que, devido a amplitude que alcançou após duas décadas de pesquisas, foi renomeada Teoria Processual Neoinstitucionalista do Direito.

Tendo como referencial teórico a Teoria Processual Neoinstitucionalista do Direito é que esta dissertação se direciona na contramão da dogmática e, de conseguinte, da ciência grande. Somente assim entendo ser possível fazer uma apologia do direito.

¹⁵ POPPER, Karl R. **Lógica das ciências sociais**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1978. P. 95.

¹⁶ POPPER, Karl Raimund. **O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade**. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70. 2018.

¹⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017

Poder-se-ia, no entanto, objetar se a própria escolha do marco teórico não seria dogmática. Ora, questionamento como esse só pode ser explicado adentrando-se nos problemas do método. Outrossim, ao ignorar-se a metodologia, o resultado não pode ser outro senão reflexões doutrinárias sobre os negócios jurídicos processuais, de tal forma a explicá-los pelo idêntico,¹⁸ o que implica também na repetição do mundo bélico em que vivemos. Penso, também, que se o intelectual tem alguma responsabilidade moral pela posição privilegiada que ocupa, como disse Popper, não há desculpas caso ele atue no acirramento da letalidade do Estado dogmático, o que se trata de um bom argumento para estimar a metodologia.

2.1 Da superação do lógos pela metodologia

A preocupação em introduzir um trabalho jurídico com uma digressão, ainda que breve, sobre o problema filosófico da verdade não se dá apenas para justificá-lo, ou melhor, argumentar sobre sua relevância, como exposto no item anterior. A importância de se trabalhar as noções de verdade e certeza consiste também na apresentação do marco teórico aqui adotado.

É que, como já foi dito, não há pretensão de se apresentar, descrever, classificar, definir os negócios jurídicos processuais ou lhes oferecer contornos de operacionalização, mas de oferecê-los, enquanto lei, à crítica. Ocorre que para se criticar é preciso que se adote teorias, já que toda fala impregna-se delas. Assim sendo, vem à tona o problema da metodologia, pois, para afastar-se do dogmatismo, impende seja explicado o motivo para adoção da teoria que servirá de base para efetuar-se a crítica. Em outras palavras, tal como a fuga do dogmatismo é uma escolha, também o é a eleição de uma teoria para produzir um trabalho crítico e, assim, empreender essa evasiva. Todavia, se se pretende justificar racionalmente essas escolhas, imprescindível é abordar o que se chama por “metodologia”.

Não à toa que Popper lecionou lógica e método científico na Universidade de Londres, pois na medida em que ele equipara epistemologia à metodologia científica,¹⁹ tem-se que esta é, como explicado anteriormente, a apologia ou a razão

¹⁸ADORNO, Theodor, MAX Horkheimer. **Dialética do esclarecimento**. Tradução de Guido Antonio de Almeida. 1. ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

¹⁹ POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 2013.

de ser da filosofia. Contudo, como em Popper nenhuma explicação é finalista, e, portanto, sua lógica, denominada racionalismo crítico, se afasta de qualquer vertente essencialista, é preciso que se entenda o que ele entende por metodologia.

Metodologia, em Popper, guarda relação com escolhas e finalidades, pois, no racionalismo crítico, ela está estritamente ligada ao critério de demarcação. Esse vínculo é de suma importância devido ao fato de que o critério proposto por Popper para distinguir ciência de metafísica é uma proposta, e não um dogma: a grande valia desse critério reside, portanto, nos benefícios que dele decorrem. Em outras palavras, com a adoção da falseabilidade como critério distintivo da ciência e da metafísica, produz-se resultado proveitoso em relação ao crescimento do conhecimento ao, por exemplo, evitar-se a aniquilação das ciências naturais, como o fazem os positivistas, e da metafísica, tal qual sugerido por David Hume.

Recapitulando, o que precisa ser ressaltado é que a ciência, sua definição e seus propósitos não são, para o racionalismo crítico, indiscutíveis. Ao contrário, uma vez que a lógica popperiana rompe com as definições essencialistas (justamente pois, como citado anteriormente, a lógica de Popper não é *a priori*, mas decorre de sua metodologia ou epistemologia, que, por sua vez rompe com a episteme grega), todas essas questões relativas à caracterização da ciência importam em convenções. O estudo dessas convenções é que, em Popper, consiste no que se chama de “metodologia” ou “epistemologia”, que, frise-se, é a desculpa da existência da filosofia.

Quando disse, portanto, que a relevância de uma pesquisa como esta apenas pode ser compreendida por meio de um percurso acerca da metodologia, tinha em mente que sua não trivialidade depende da adoção da experiência como um problema, e não como um programa, isto é, a justificativa está no abandono do justificacionismo. É que, sendo a metodologia uma teoria das teorias ou uma convenção sobre a manipulação de enunciados científicos, a escolha da teoria processual neoinstitucionalista do direito passa a ser uma escolha não arbitrária, mas imprescindível se se quiser evitar os problemas de se adotar naturalisticamente a teoria do método. É que ao afirmar, como fiz, que pretendo apresentar um estudo dos negócios jurídicos processuais numa perspectiva crítica, isto é, não dogmática, o que precisa ser explicado é que por crítica, aqui, deve-se entender um método, e

não uma postura subjetiva do autor. Não obstante toda essa forma de se empreender uma pesquisa passe, por óbvio, por uma decisão do pesquisador, já que este é que acolherá ou não as convenções metodológicas, num momento posterior, quando do resultado do trabalho, consegue-se a produção de um conhecimento objetivo, e isso justamente pela execução do método crítico.

Entretanto, a execução do método crítico no direito exige a passagem por uma teoria jurídica. Isto, pois, adotar a metodologia popperiana significa manipular enunciados de forma que estes sempre sejam testáveis. Mas como oportunizar a testabilidade na ciência jurídica sem o suporte de uma teoria? Ora, se a metodologia em Popper é a teoria das teorias, logo explicita-se a necessidade da teoria objeto da metodologia, ou seja, o método. Daí que, para executar o método crítico na abordagem (diálise)²⁰ do instituto dos negócios processuais, suplica-se uma teoria, e até hoje a única ofertada conforme a metodologia popperiana foi a teoria processual neoinstitucionalista do direito. Nesse sentido, vale a transcrição de trecho em que o autor desta aborda o problema do direito e método:²¹

Uma metodologia da ciência do direito na atualidade dos estudos jurídicos há de se expressar numa escolha de uma teoria resistente como método de aferição de validade, eficácia e legitimidade, de um ordenamento jurídico (lei), bem como de produção, modificação, ou destruição, de um sistema (ordenamento) jurídico. (Leal; 2017, p. 203)

Com efeito, a escolha da teoria processual neoinstitucionalista do direito é a escolha de um método. É, portanto, a adoção da teoria que permite a aplicação da crítica popperiana. Dessa forma, não há falar que a metodologia é dedutiva ou indutiva, como se faz de praxe nos trabalhos acadêmicos. A metodologia é a teoria que enuncia as formas de se manipular enunciados para a construção de sistemas teóricos. Esses sistemas teóricos, de sua parte, serão os métodos, pois eles atuarão na efetuação das críticas. As deduções, portanto, longe de se tratarem de metodologia, seguindo a epistemologia popperiana, sequer são consideradas como métodos. Outrossim, são as deduções apenas inferências que permitem seja a

²⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

²¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

crítica, baseada num método (numa teoria), exercida de forma racional (a lógica é uma teoria da crítica racional,²² então a dedução é apenas objeto da lógica, enquanto as lógicas são objeto de estudo da metodologia), isto é, pelo *modus tollens* e *modus ponens*.

Sendo assim, ao introduzir o presente trabalho com uma apresentação metodológica, nenhuma afinidade guardo com o que fez Gajardoni e com o que usualmente se faz, que é a adoção de pesquisa de campo, estudo de casos, do dedutivismo ou indutivismo. Todas essas chamadas, pelo senso comum do conhecimento, “metodologias” se ancoram em explicações finalistas e tratam, como disse Popper, a experiência como um programa e não como um problema. Mas, antes de expor o problema da metodologia no campo do direito, explica-se-á seu desenvolvimento na história da filosofia.

2.2 História da filosofia da ciência

No subcapítulo anterior, para explicar as razões que suplicam a elaboração de uma pesquisa não dogmática, muito foi dito a respeito de termos filosóficos sem que seus conteúdos fossem minimamente apresentados. Falou-se em dedução, indução, demarcação, explicação finalista, essencialismo, racionalismo crítico, falseabilidade, justificacionismo e experiência, que são todas nomenclaturas que guardam relações entre si e se enquadram no espectro da filosofia da ciência, assunto que lamentavelmente é ignorado por boa parte, para não dizer maioria, dos juristas, porquanto suplica exposição ainda que sucinta.

Ao invés de apenas apresentar definições desses termos, parece-me melhor empreender uma trajetória sobre a história da filosofia com vistas à exposição deles, de modo a explicar, também, ainda que pecando pelo excesso, os motivos da preocupação com a metodologia, sobretudo por possibilitar, propedeuticamente, um exame crítico das “teorias” do direito até então formuladas.

Pois bem. Embora os cursos de filosofia comecem, em regra, pelos pré-socráticos, seguindo uma ordem cronológica, partiremos de Descartes, pois seu método é o que ainda se destaca nos empreendimentos científico-jurídicos, e a partir

²² POPPER, Karl R. **Lógica das ciências sociais**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1978.

da exposição do pensamento cartesiano faz-se possível a abordagem dos temas centrais de toda a filosofia de modo a preparar o ingresso nas teorias do direito.

Gajardoni, por exemplo, em capítulo introdutório de sua obra, reservou espaço ao tratamento da metodologia, e, dentre as considerações lá feitas, o que há, para nós, de mais importante é que, além de designar seus argumentos de “premissas”, estabeleceu que uma dessas seria a abordagem dos negócios jurídicos processuais tendo como objeto o procedimento, isto é, Gajardoni decidiu que os atos processuais não seriam, isoladamente, por ele considerados, mas apenas o procedimento enquanto definido pelo autor como “combinação de atos processuais”. A relevância desta afirmativa consiste do emprego, por Gajardoni, do método cartesiano, na medida que fragmenta o problema para partir dos objetos mais simples. Ocorre que quando partiu do simples, qual seja, do enquadramento do negócio processual como um ato processual na esteira da dogmática chiovendiana, ele o fez de forma essencialista, aplicando a navalha de Guilherme de Ockan para se esquivar do enfrentamento de problemas complexos, dogmatizando seu ponto de partida para julgá-lo como princípio seguro de correspondência entre certeza e verdade, à maneira de Descartes.

Poder-se-ia objetar que o que o processualista fez foi demarcar o seu objeto de pesquisa, o que de fato é necessário, mas tal hipotética defesa não procederá se se convencionasse sobre a teleologia de uma pesquisa na ótica da lógica menor (pesquisa a nível *stricto-sensu*). Em outras palavras, é o ato processual tema que não pode ser desprezado numa pesquisa sobre negócios processuais que se pretende não dogmática. Desta maneira, restringir o tema dos negócios processuais ao âmbito do procedimento sem perquirir as condições que lhe atribuem legitimidade num estado democrático não é um mero recorte temático, mas uma aderência ao método cartesiano. Afirmar que o negócio processual é um ato processual pressupõe uma teoria do processo.

Nesta altura, poder-se-ia, então, apresentar os seguintes questionamentos: qual é o problema de se adotar o método cartesiano? Por que adotar Descartes significa empreender uma pesquisa dogmática? Essas interrogações contribuem à elucidação da escolha do marco teórico deste trabalho.

Partindo do último questionamento, o que Popper explica é que não há método certo ou errado de *per se*, mas sim possibilidades de escolhas racionais levando-se em consideração os resultados possíveis e os almejados. Daí decorre que para se aceitar ou recusar o método cartesiano, bem como para se optar pelo aceite ou recusa do dogmatismo, o que impende ter-se em vista é o que se pretende com a pesquisa jurídica. Nesse sentido que Rosemiro Pereira Leal anota que se a ciência do direito persistir em ser aquela advogada por Tércio Sampaio Ferraz Júnior como ciência dogmática do direito, os privilégios gozados pelos patrimonializados continuarão a ser, e, talvez, cada vez mais sofisticadamente, mantidos pelo direito que atua como mera superestrutura. Não há, portanto, como dar uma demonstração segundo os postulados da lógica formal de que a ciência não deve ser dogmática. O que se pode é apresentar razões para o afastamento do dogmatismo se se quiser, ao invés de repetir o mundo, construir um melhor.

Contudo, construir um mundo melhor sem que se despreze a possibilidade de regressão não é tarefa fácil, por isso que, em Popper, objetivar crescimento do conhecimento humano implica convenções metodológicas que, por sua vez, só puderam por ele ser pensadas após rigorosos estudos gnoseológicos. Daí que imprescindível um percurso pela história da filosofia. Em outras palavras, não é possível que se entenda a necessidade de convenções metodológicas sem o estudo da episteme desde os pré-socráticos. E, além disso, já que toda essa digressão se motiva pela busca de um mundo melhor por meio do crescimento do conhecimento, não há como negar que, embora a recusa do dogmatismo possa ser arrazoada com bons argumentos, no fundo ela depende em algum grau da paixão do cientista. A despeito da opção pelo crescimento do conhecimento seja influenciada pela subjetividade do pesquisador, há que se dizer que os desejos podem ser motivados por estudos epistemológicos e, como aqui não há pretensão de se realizar uma discussão ética, a epistemologia é que será levada à pauta. Assim é possível oferecer boas razões para a rejeição do método cartesiano, provando que nem a rejeição do dogmatismo é dogmática, e, de consequência, tampouco a opção pela Teoria Processual Neoinstitucionalista do Direito como marco teórico.

Assim como Popper elabora seu critério de demarcação e a partir dele constrói um método que permite que o conhecimento progrida sem ignorar os problemas da filosofia da ciência que levaram Hume ao ceticismo, mas também sem

neles sucumbir, Descartes tentou refundar tudo o que fora produzido para viabilizar a produção de conhecimentos inegáveis. O que instigou esses dois intelectuais é o problema que ainda é pano de fundo dos pesquisadores no campo do direito, estejam ou não eles conscientes disso, qual seja, a conciliação entre o racionalismo, o empirismo, o dedutivismo e o indutivismo. Essa relação da filosofia com o direito será tratada pormenorizadamente num momento posterior, pois para a sua compreensão é necessário antes passar pelo desenvolvimento que as duas grandes maneiras de se pensar cientificamente foram construídas. Por ora, o que há de se ressaltar é que Descartes vislumbrou que o fracasso das ciências tinha como razão a utilização de princípios da filosofia que se mostraram equivocados.²³ Para ele, todos os erros decorrentes da adoção dos princípios filosóficos poderiam ser evitados, então, somente mediante a adoção de um método que garantisse a construção do conhecimento sobre bases seguras e, nesse sentido que utilizou a metáfora da reconstrução de um edifício,²⁴ que seria o edifício do saber, a partir de uma total demolição e refundação dos alicerces.

Embora, de fato, Descartes tenha oferecido inovações, é preciso que se leia com atenção a afirmativa por ele feita de que nada de sólido poderia ser criado com o emprego dos princípios filosóficos até então elaborados. É que não se pode entender que o pensamento cartesiano se isola e independe totalmente do que fora produzido, quando, muito pelo contrário, seu pensamento baseia-se na metafísica grega, nem que seja como contraponto, utilizando, contudo, suas categorias.

Ao elencar como um dos preceitos lógicos a asserção “nunca julgar qualquer coisa como verdadeira que não percebeu claramente ser tal”, Descartes admite uma série de pressupostos desenvolvidos pelos pré-socráticos. Pode-se começar pela noção de verdade.

O nascimento da filosofia se deu pela tentativa de se pensar em explicações que não fossem adstritas a uma cultura, de modo que a noção do Todo foi, como leciona Emanuele Severino, imprescindível à caracterização de uma forma de se pensar que se distinguisse do senso comum e dos mitos.²⁵ Esta forma, chamada

²³ DESCARTES, René. **Discurso sobre o método**. Petrópolis: Vozes, 2011. P. 18.

²⁴ DESCARTES, René. **Discurso sobre o método**. Petrópolis: Vozes, 2011.

²⁵ SEVERINO, Emanuele. **A filosofia antiga**. v. 1. Tradução de José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70 (1986): 3.

filosofia, foi considerada inaudita, assim como o nome a ela atribuído, porque, embora continuasse a defender os principais postulados do senso comum dos gregos antigos, o fez mediante expressa conjecturação dos termos que pudessem arrazoar as velhas crenças. De tal forma, como assevera Hegel, a filosofia antiga defendeu o realismo assim como o senso comum o fizera.²⁶ No entanto, o realismo filosófico se destacou do senso-comum ao levar em consideração a necessidade de demarcação do Todo, isto é, como os pré-socráticos se deram conta de que apenas se poderia alcançar a verdade na medida em que se excluísse a existência de outros mundos que repentinamente refutassem aquela suposta verdade encontrada, foi preciso pensar nos limites para lá dos quais nada existiria. Daí, portanto, que surgiram as conjecturas sobre o ser e o nada que foram utilizadas por Descartes.

Não há falar que Descartes, então, abandonou tudo o que a filosofia produzira. Após detido exame, pode-se dizer que ao afirmar que nunca se deve julgar qualquer coisa como verdadeira que não percebesse claramente ser tal, Descartes apropriou da filosofia antiga não só a contraposição entre o ser e o nada, mas inclusive o realismo. A explicação disto suplica uma incursão no pensamento do filósofo francês no que toca ao percurso que partiu da indubitabilidade da existência do eu e chegou, após a comprovação da existência também de Deus, à possibilidade de correspondência da certeza à verdade numa perspectiva metafísica diversa da filosofia antiga.

Para expor a filosofia cartesiana é preciso ter-se em mente que ela foi elaborada como uma contraposição ao rompimento com a episteme grega que a ciência moderna levava a cabo. Considerando que a tradução literal do termo grego “episteme” é “ciência”, é salutar, para o entendimento desse rompimento, que se chame atenção para a etimologia da palavra episteme. Episteme (*epí* + *stéme*) significou, inicialmente, o “estar” (*stéme*) que se impõe “sobre” (*epí*) tudo aquilo que pretende negar aquilo que está: o “estar” que é próprio do saber inegável e indubitável.²⁷ A compreensão dessa etimologia, outrossim, requer o saber do que seja o “Todo” e a “identidade dos diferentes”, duas noções caras ao entendimento do nascimento da filosofia. É que, como já vem sendo exposto desde o início deste

²⁶ SEVERINO, Emanuele. **A filosofia moderna**. v. 2. Tradução de José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70 (1986): 3.

²⁷ SEVERINO, Emanuele. **A filosofia antiga**. v. 1. Tradução de José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70 (1986): 3. P.25.

trabalho, a singularidade da filosofia enquanto nova forma de se pensar entre os gregos se deu reflexão acerca dos fundamentos (ainda que metafísicos) que pudessem constituir um conhecimento inegável ou irrefutável, e é justamente essa preocupação metafísica que foi abandonada pela ciência moderna e retomada pela filosofia moderna, sobretudo por obra de seu maior representante, Descartes.

A ciência moderna, na medida em que teve como principal objetivo a construção de hipóteses que, ao descreverem o acontecer natural (a realidade em devir), sejam confirmadas pela experiência e assim permitam ao homem o domínio da natureza, prescindia da filosofia primeira (metafísica). Como leciona Emanuele Severino, “a demonstração da verdade da hipótese, para a ciência moderna, é algo de radicalmente diferente do processo que, na episteme, constitui a demonstração da verdade”. Decerto que Newton, para ter, à época, aprovação, em tamanho talvez antes nunca visto na história da ciência, de sua teoria da gravitação, não precisou explicar o que era a gravidade (embora tal problema não deixasse de atormentá-lo).²⁸ Tal fato corrobora a prescindibilidade do Todo à ciência moderna e, de conseguinte, a diferença cognitiva acerca da “verdade” entre esta e a filosofia antiga.

A filosofia antiga, frize-se, reputou como indispensável o pensar sobre o Todo e sobre a identidade dos diferentes para se alcançar um saber que se revelasse por si mesmo, isto é, que se desgarrasse da cultura e fosse inegável, estando sobre tudo aquilo que pretendesse negá-lo (episteme).

Descartes, ao retomar a reflexão sobre a filosofia primeira (lembre-se que uma de suas principais obras foi intitulada por “meditações sobre a filosofia primeira”), rompeu com a ciência moderna por deixar de isolar objetos de estudo relacionados à realidade em devir, voltando sua atenção ao Todo e à identidade do diferente. É por isso, então, que ele destaca a necessidade de se partir de um princípio seguro para a construção de um novo edifício do saber. Ora, não à toa a palavra “arché” é predominantemente traduzida por “princípio”, haja vista que a

²⁸ “A própria posição de Newton, suponho, era um tanto quanto deslocada. Ele não só nunca desistiu do essencialismo, como também jamais abandonou suas objeções em considerar a gravidade como uma causa essencial aceitável. Ele também nunca desistiu da esperança dele próprio (ou um seu sucessor) poder encontrar a causa essencial da gravidade, e assim ser capaz de dar uma explicação final da razão inversa da atração gravitacional. (...) (Quem pode dizer que os seus ataques de depressão não eram devidos, ou parcialmente devidos, ao essencialismo herdado?)”. POPPER, K. R., ECCLES, John C. **O eu e seu cérebro**. Tradução de Silvio Meneses Garcia, Helena Cristina F. Arantes e Aurélio Osmar C. de Oliveira. Campinas: Papyrus; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991. P. 241.

verdade para os gregos estaria relacionada ao imutável e a imutabilidade só poderia ser explicada se se compreendesse o que seria intangível na realidade em devir, já que o devir, em Descartes, não foi tido como uma ilusão tal como quisera Parmênides.

O retorno à preocupação com o Todo efetivado por Descartes, após o hiato que se deu com a ciência moderna, é evidenciado na utilização por ele feita do princípio da causalidade desenvolvido pelos pré-socráticos, que se resumia na expressão “do nada nada se gera”. Ocorre que esse axioma, como leciona Emanuele Severino, foi, na metafísica descartiana, empregado de forma inovadora, pois, nesta, foi aplicado à realidade objetiva (as ideias enquanto conteúdo do pensamento – *id – quod cognoscitur*) e não à realidade formal (entes, coisas em si, realidade tal como entendida pelo realismo filosófico, ser em si mesmo). É que na filosofia cartesiana o princípio da causalidade ganha relevo num momento em que a existência da realidade formal ainda é objeto de dúvida. A propósito, é valendo-se do princípio da causalidade como ideia inata que o raciocínio cartesiano prossegue no sentido de comprovação da realidade em si, isto é, o axioma “do nada nada se gera” é pressuposto da conclusão pela existência da realidade em si e, por consequência, de qualquer pretensão de equivalência entre a certeza e a verdade. Mas, vejamos como isso se dá.

Para entender a filosofia cartesiana, o que de plano precisa-se ter em mente é que seu ponto de partida é a indubitabilidade da realidade objetiva, isto é, do eu enquanto conjunto de pensamentos. Quando da leitura, portanto, do enunciado “*cogito, ergo sum*”, deve-se entender que, ao utilizar a primeira pessoa (*sum*), Descartes está dizendo que se o eu é um conjunto de pensamentos, e os pensamentos enquanto considerados em si mesmo, isto é, desprezando-se a correspondência deles a uma realidade externa (certeza → verdade), têm sua existência como inegável simplesmente por serem objeto de dúvida, o eu existe. Em outras palavras, nesse momento inicial, no qual enuncia *cogito, ergo sum*, Descartes não afirma a existência dele mesmo enquanto ser de corpo e alma, mas apenas do conjunto de pensamentos (realidade objetiva, em que esta última palavra significa *objectum mentis*).

A partir da comprovação da existência da realidade objetiva, na qual pela primeira vez a certeza se identifica com a verdade, é que Descartes julga possível construir o edifício do conhecimento, pois é nesta identificação inicial entre certeza e verdade que a episteme, enquanto conhecimento inegável, irrefutável, tal como entendida pela metafísica antiga, se revela pela primeira vez.

Ao passo que a realidade objetiva existe, aplicando-se o princípio da causalidade, chega-se, segundo a metafísica cartesiana, na comprovação da existência de Deus. A compreensão dessa passagem, no entanto, resta prejudicada se não se entender o que seja deus em Descartes.

Segundo Popper, o primeiro pensador a locar o termo “ideia” na subjetividade humana, no mundo 2, foi Aristóteles. Corroborando esta afirmativa, Emanuele Severino aduz que, em Platão, ideia é o mesmo que *physis* para os pré-socráticos²⁹, isto é, o ser enquanto realidade inegável e imutável. Inclusive, foi assim que Platão ofereceu solução ao problema parmenídico. Diferentemente, portanto, de Empédocles e Demócrito, que buscaram conservar a imutabilidade do ser, sem negar o devir, mediante a propositura de elementos materiais que construiriam o ser e, posteriormente, se rearranjariam e desagregariam no devir dos entes, Platão defendeu que o ser tratava-se de algo imaterial que nalguma medida sempre estaria presente na composição de qualquer ente. E trazendo à baila a concepção de ideia em Platão é que novamente se comprova que Descartes, embora tenha oferecido conjecturas inovadoras, não desprezou ou abriu mão de todo o arcabouço filosófico construído por seus predecessores.

Ao estudar a defesa da existência de Deus advogada por Descartes, não se pode perder de vista que esta tese depende do pressuposto de que no pensamento dele, como leciona Emanuele Severino, o termo “ideia” pode assumir duas configurações: (i) “modos de pensar, formas particulares do meu ato de pensamento”, (ii) imagens enquanto representações de coisas diferentes entre si.³⁰

Utilizando a segunda maneira de se considerar as ideias, Descartes afirmou que entre essas representações, isto é, no âmbito da realidade objetiva há uma

²⁹ SEVERINO, Emanuele. **A filosofia antiga**. v. 1. Tradução de José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70 (1986): 3. P.83.

³⁰ SEVERINO, Emanuele. **A filosofia moderna**. v. 2. Tradução de José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70 (1986): 3. P.68.

hierarquia de tal forma a tornar-se possível apontar qual delas seja detentora de maior “consistência, intensidade e amplitude”, sendo que dessas derivariam, causalmente, os atributos pertencentes às menos intensas, amplas ou consistentes. Assim, aplicou o pai da filosofia moderna o axioma “do nada nada se gera” para asseverar, embora preliminarmente na realidade objetiva, que, assim como Platão, por intermédio do princípio da causalidade, haver-se-ia de defender a existência de uma ideia da qual derivassem todos os atributos que preencheriam, em variáveis quantitativas e combinatórias, todas as outras.

Enquanto Platão, portanto, atribui a essa ideia suprema o nome de bem, Descartes a entendeu como “Deus”. É que Deus, na sua filosofia, corresponde à “ideia de uma substância infinita, eterna, imutável, independente, onisciente, onipotente e criadora de todas as outras coisas”³¹. É de se ressaltar, no entanto, que, neste ponto, Descartes apenas está dizendo que é inegável que no conjunto de pensamentos, isto é, no eu, exista uma ideia com esses atributos, ou seja, ele afirma que essa ideia a que denomina “Deus” existe enquanto realidade objetiva. A defesa da existência de Deus enquanto realidade formal é feita após outro passo. É somente aplicando o princípio da causalidade à ideia de Deus que Descartes conclui que o eu enquanto realidade objetiva não é o único ser no mundo. Isto, pois, se é indubitável que o eu duvida, ele não é perfeito, de tal maneira que a ideia de perfeição há de ser efeito de uma causa que não o eu: o eu não está sozinho no mundo, logo existe uma realidade formal.

É preciso considerar, contudo, que não obstante haja um rigor dedutivo nesse itinerário cartesiano, há a possibilidade de que tudo isso seja um sonho ou enganação imposta ao eu por uma criatura maligna. Não se pode descuidar, então, que a metafísica cartesiana tem como pressuposto a existência de um Deus benigno, que inclusive nos deu a dúvida como forma de nos permitir a busca pelo conhecimento.

Para, por fim, explicar a metafísica cartesiana e retornarmos a relação dela com o desenvolvimento da episteme de modo a nos habilitarmos a analisar os fundamentos das teorias jurídicas produzidas ao longo dos séculos e assim darmos

³¹ SEVERINO, Emanuele. **A filosofia moderna**. v. 2. Tradução de José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70 (1986): 3. P.72

boas razões à escolha da teoria processual neoinstitucionalista do direito, resta apenas dizer da existência da realidade formal do mundo conectando-a ao problema da adequação da certeza à verdade.

Até então foi demonstrada apenas a existência de Deus enquanto realidade formal, de tal forma que, pelo exposto, a existência do mundo corpóreo ainda é dubitável. Ocorre que é justamente apoiando-se na existência de Deus, e em sua caracterização como ser perfeito, que Descartes conclui pela existência das coisas corpóreas. É que, como leciona Emanuele Severino, partindo do princípio (ideia clara e evidente) de que o eu possui uma faculdade passiva de sentir, há que se admitir a existência de uma faculdade ativa de “produzir ideias das coisas sensíveis”.³² Essa faculdade ativa, não advinda, portanto, do eu, só pode provir das coisas ou de Deus. Descartes conclui que a primeira hipótese é a correta, porque havendo convicção do eu quanto à existência das coisas e sendo Deus uma criatura perfeita, portanto não maligna, aquele não seria engano por este. Veja-se, portanto, que Deus sustenta toda a filosofia cartesiana. Popper, além de escrever no mesmo sentido desta última afirmativa, resume tudo o que foi dito aqui acerca da filosofia cartesiana em um parágrafo:³³

Descartes, como eu disse, era um essencialista, e suas ideias físicas repousavam sobre uma ideia intuitiva da essência do corpo. A credibilidade desta intuição era supostamente garantida por Deus. Descartes tentou mostrar, por argumentos que começavam por ‘eu penso logo existo’, que Deus existia e que, por ser perfeito, não deixaria que nos decepcionássemos quando tínhamos uma intuição ou percepção clara e distinta. Assim, a clareza e a distinção das nossas percepções (e de alguns outros pensamentos subjetivos) são, para Descartes, seguros critérios de verdade. (POPPER; 1991, p. 225, 226).

Recapitulando, a filosofia cartesiana foi explicada pormenorizadamente com o fito de respaldar a tamanha importância a que se vem dando à metodologia no presente discurso. Em outras palavras, toda essa digressão filosófica serve como

³² SEVERINO, Emanuele. **A filosofia moderna**. v. 2. Tradução de José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70 (1986): 3. P.77

³³ POPPER, K. R., ECCLES, John C. **O eu e seu cérebro**. Tradução de Silvio Meneses Garcia, Helena Cristina F. Arantes e Aurélio Osmar C. de Oliveira. Campinas: Papirus; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991. P.225, 226.

argumentação contra o dogmatismo jurídico, nas suas vertentes realistas ou idealistas, que se apoia em correntes filosóficas afeitas à possibilidade de correspondência entre certeza e verdade, imediatamente ou não, bem como a um relativismo que pudesse atribuir a escolha da Teoria Processual Neoinstitucionalista do Direito como um mero ato desprovido de critérios extrassubjetivos.

Como já dito, não há pretensão de defender a escolha do marco teórico como uma decisão irrefutável (inclusive, se o fizesse, enunciaria uma explicação finalista e cairia numa contradição imanente), mas na medida em que se estuda a história da filosofia, é possível, através dos erros que já foram cometidos, apresentar boas razões (argumentos não finalísticos) para produzir também no direito uma ciência (episteme) regida por convenções provisórias resultantes de estudos (metodologia-epistemologia) que lhe preservem a continuidade.

E, para explicar como preservar a continuidade do jogo científico é que retornamos aos nomes que no início do capítulo nos propusemos a elucidar. Ao passo que feitas as considerações sobre a filosofia cartesiana, nesta altura se faz possível cumprir a promessa didaticamente.

Entendo que “atualidade”, na anotação feita por Rosemiro Pereira Leal de que “uma metodologia da ciência do direito na atualidade dos estudos jurídicos há de se expressar numa escolha de uma teoria mais resistente como método de aferição de validade, eficácia e legitimidade da lei”, deve ser entendida como um momento histórico no qual as diversas correntes que defenderam a episteme como um saber inegável e irrefutável já se mostraram, senão contraditórias, insuficientes à prática de um direito igual de interpretação a todos, pois, na medida em que se baseiam em critérios metafísicos para aferição de uma suposta verdade, impedem a estabilização do sentido normativo.

É que quando se reclama uma teoria para que por ela se afira a validade, legitimidade e eficácia da lei, o que está implícito é a problemática quanto à correção do ato decisório no Estado dogmático. Isto pois, para que nesse modelo estatal se alcance, ou no mínimo se aspire o acertamento da decisão jurídica através de uma correspondência entre o pensamento do decisor (certeza) e a verdade (no direito, essa verdade é comumente designada por justiça), há de haver uma crença em um saber inegável e irrefutável, isto é, na episteme da filosofia antiga e moderna, que, à

maneira de Platão, só seria alcançável pelas autoridades na medida em que elas, unidas pela investidura, sagrariam-se portadoras de uma habilidade restrita àqueles dotados de almas superiores que lhes permitiam o exercício da dialética. Afinal, ao atribuir aos julgadores a condição de intérpretes privilegiados sem que a lei seja balizada por uma teoria, qual seria o papel deles senão o de atingirem a compreensão de conceitos à moda maiêutica ou dialética?

Como dito, as teorias do direito, embora muitas vezes seus adeptos não tenham isso em mente por carência de estudos epistemológicos, são ancoradas no problema que foi explicitado, pela primeira vez, por Parmênides, que é o problema do método científico enquanto apontamento dos dois caminhos utilizados para se conhecer: o pensamento e a percepção.³⁴ É que Parmênides, enquanto fundador da ontologia³⁵ chamou atenção, ao criar a lógica³⁶, para a impossibilidade do devir e do múltiplo, já que a aceitação de ambos implicaria dizer que o ser é não-ser, e, considerando que a filosofia que precedeu a ele só pôde distinguir-se de outras formas de explicação da realidade (*mythos*, por exemplo) por meio da demarcação dos limites do Todo, para lá dos quais restaria o nada, afirmar que o ser se identificaria com o não-ser equivaleria a igualar o ser e o nada e, assim, negar-se-ia toda a singularidade da filosofia com relação ao mito.

Diante do impasse parmenídico, que os filósofos passaram a propor teses para conciliar a experiência que indicava a existência do devir e do múltiplo com o racionalismo que dependia da negação da identificação entre o ser e o nada. Nesta esteira que Empédocles entendeu o ser como quatro elementos (água, terra, ar e fogo), Anaxágoras, as homeomerias, e Demócrito, os átomos, sendo que este chegou a afirmar que também o não-ser é (existe).³⁷ Quem resolveu esse impasse, como anotado por Emanuele Severino, foi Platão, e embora essa solução também possa ser criticada como metafísica, ela nos é importante devido à forte influência que exerce no direito. Assim vai se explicitando como a lógica de Parmênides, enquanto nova forma de se conhecer foi sendo utilizada como substrato filosófico

³⁴ JAEGER, W. W.; PARREIRA, A. M. **Paideia : a formação do homem grego**. 6. ed. [s. l.]: WMF Martins Fontes, 2013. P. 221.

³⁵ REALE, Giovanni. **Pré-socráticos e Orfismo: história da filosofia grega e romana**, v. I. São Paulo: Ed. Loyola,[1975] (2009). P. 106.

³⁶ JAEGER, W. W.; PARREIRA, A. M. **Paideia : a formação do homem grego**. 6. ed. [s. l.]: WMF Martins Fontes, 2013. P. 218.

³⁷ SEVERINO, Emanuele. **A filosofia antiga**. v. 2. Tradução de José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70 (1986): 3. P.62

para a construção da episteme antiga e, por consequência, do direito, já que este, ainda hoje, como veremos, se alicerça naquela.

O ponto nevrálgico da solução platônica do problema parmenídico consiste na tese de que o não-ser não necessariamente é o nada. Platão defende a possibilidade do múltiplo e do devir afirmando que as coisas que crescem e morrem (física aristotélica) não são, de fato, o ser puro de Parmênides, de modo a concordar quanto à caracterização da mutabilidade como um atributo inaplicável ao ser. No entanto, ao afirmar a existência de dois mundos, Platão consegue manter a coerência entre a existência de um ser imutável e a existência do devir dos entes que se relacionam com o puro-ser, mas que com ele não se identificam. Dito de outra maneira, os entes (sujeitos ao devir) também são o ser, mas não o puro-ser parmenídico. Ocorre que essa existência de dois mundos, que como já se pode notar, é pilar da filosofia platônica, sobretudo no que toca à conciliação entre a razão que afirma a imutabilidade do ser e a experiência que nos indica o devir, parte de uma abstração advinda de Sócrates, que é a dos conceitos universais.

Tal como ressalva Emanuele Severino, não se pode dizer que utilizar conceitos seja uma inovação socrática, já que seus predecessores, embora designassem a identidade do diferente com nomes que, pelo senso comum, representam entes sensíveis (ar, água, fogo), desejavam uma conotação abstrata. No entanto, foi Sócrates que evidenciou que o saber, enquanto episteme antiga, só poderia ser alcançado como determinação dos conceitos universais.³⁸ Nesse sentido que ele buscava o saber irrefutável em debates que levavam seus interlocutores à contradição na medida em que chegavam a situações nas quais as definições inicialmente apresentadas como verdadeiras por seus interlocutores (justiça, por exemplo) tornavam-se esdrúxulas. Ou seja, as contradições geradas em torno de conceitos eram sinais do não saber dos seus debatedores.³⁹ Tendo em mente que o saber, na episteme socrática, residia na determinação de conceitos universais, fica claro, portanto, não só a finalidade de seus debates, como procedimentos integrantes da maiêutica, senão que a filosofia platônica.

³⁸ SEVERINO, Emanuele. **A filosofia antiga**. v. 2. Tradução de José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70 (1986): 3. P.77

³⁹ SEVERINO, Emanuele. **A filosofia antiga**. v. 2. Tradução de José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70 (1986): 3. P.75.

Platão, apropriando-se do pensamento socrático de que a verdade estaria nos conceitos, afirma que a identidade dos diferentes consistira na inteligibilidade, de tal forma que o ser não seria concebido pelo homem através dos sentidos, da percepção, mas do pensamento. Diante de tal possibilidade, abriu-se margem para se aceitar não só a existência dos entes percebidos pelos sentidos, já que embora não fossem o puro-ser, também não seriam nada, mas apenas algo diferente do ser de Parmênides.⁴⁰ É que se a compreensão do ser se daria pelo pensamento, nenhuma contradição haveria no fato da percepção nos apontar entes degenerescentes. Ao contrário, justamente por eles conterem em alguma medida as ideias é que eles poderiam ser percebidos. De tudo isso, importa, sobretudo, que Platão, há dezenove séculos antes de Descartes, já se contrapôs à tese parmenídica da irrealidade das coisas corpóreas, utilizando o argumento de que haveria uma relação de compartilhamento de “informações” entre dois mundos (realidade objetiva e formal em Descartes, e mundo das ideias e das coisas, em Platão). De se lembrar, contudo, que enquanto Descartes afirma essa relação com uso do princípio da causalidade, Platão o fez pela introdução da figura do Demiurgo.⁴¹

Ao retornarmos, portanto, à Platão e Sócrates, relacionando seus pensamentos com o problema desencadeado pela filosofia de Parmênides (como conciliar razão e experiência), faz-se possível entender contextualizadamente o racionalismo crítico enquanto lógica resultante da pesquisa popperiana que rompeu com a epagoge grega. Ademais, passando pela relação entre o racionalismo crítico e as lógicas socrática, platônica e cartesiana, como consequência, por inevitável, explica-se os termos “dedução”, “indução”, “demarkação”, “explicação finalista”, “essencialismo”, “falseabilidade”, “justificacionismo” e “experiência”, como prometido no primeiro parágrafo deste item 2.2.

Por este percurso, o que percebemos é que a filosofia, seja dos pré-socráticos, de Sócrates, Platão ou Descartes, ficando com os autores aqui abordados com maior ênfase, para explicar o ser e os entes, sempre cai na pretensão de dizer da origem e constituição das coisas, desaguando no

⁴⁰ Em cada ente, afinal, a ideia é aquilo que o ente é, é o que é de cada ente.

⁴¹ SEVERINO, Emanuele. **A filosofia antiga**. v. 2. Tradução de José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70 (1986): 3. P.86.

essencialismo. Seja, portanto, por intermédio do racionalismo ou empirismo, o que os pensadores buscaram, mediata (filosofia moderna) ou imediatamente (filosofia antiga), foi a construção de sistemas metafísicos que pudessem garantir a correspondência das representações mentais com a realidade propriamente dita (realidade em si; realidade formal de Descartes; ideia, para a filosofia antiga, já que compreendida como a própria realidade inteligível).⁴² Ao passo que buscaram essa correspondência, ou critérios que possibilitem a identificação entre o pensado e a realidade, tanto os racionalistas como os empiristas não deixaram de pressupor a existência da realidade. Mesmo Descartes que inicia seus escritos colocando em xeque a existência do mundo corpóreo, como brilhantemente exposto por Emanuele Severino, teve o realismo como pressuposto, porquanto, como já dito, o representante da filosofia moderna admite dogmaticamente a passividade humana, no sentido de que sentimos e percebemos, e o princípio da causalidade como ideia inata sendo, por conseguinte, necessário admitir que exista algo que tenha a capacidade ativa de agir sobre nós, gerando as sensações, e esse algo só poderia ser Deus ou as coisas corpóreas.

Diante desses pressupostos admitidos dogmaticamente, tanto pelos racionalistas quanto pelos empiristas, a defesa do idealismo não pode ser tida como ingênua ou totalmente descabida. O embate entre essas duas correntes é tão problemático que Popper, a despeito de não adotar o idealismo, destinou a ele longas considerações em sua obra *Conhecimento Objetivo* para dizer de sua irrefutabilidade, e, portanto, de acordo com seu critério de demarcação, de seu enquadramento na metafísica. É que, segundo o racionalismo crítico, o fato do tema ser metafísico não o destitui de relevância. Nesse sentido é que Popper não defende o arremesso das obras metafísicas na fogueira tal como Hume, nem aniquilar a metafísica por ser ela destituída de significação, como Wittgenstein, mas busca, pelo seu critério de demarcação, preservá-la pela sua importância no que toca a sua capacidade de criação de problemas. Dito de outra forma, a metafísica, que segundo Popper se distingue da ciência por ser irrefutável, é relevante para nos mostrar que não convém sermos muito ambiciosos quando o assunto se trata da inteligibilidade

⁴² SEVERINO, Emanuele. **A filosofia moderna**. v. 2. Tradução de José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70 (1986): 3. P. 12.

da realidade, isto é, de alcançarmos a verdade, seja mediata ou imediatamente, conforme pretensões, respectivamente, da filosofia moderna e antiga.

De acordo com essa limitação é que Popper constrói seu critério de demarcação com base na falibilidade. É que se nem sequer podemos afirmar, indubitavelmente, a existência da realidade, uma vez que o idealismo é irrefutável, como poderíamos adotar o racionalismo ou o empirismo para, mediante deduções e induções, concluirmos em uma proposição justificada, confirmada de tal sorte que, por identificar certeza e verdade, pudesse lhe ser atribuída o título honorário de “teoria”?⁴³ Noutro giro, a identificação da verdade com a certeza feita pelo idealismo também é problemática, pois esta corrente filosófica busca resolver o problema da ciência e da própria filosofia (busca da verdade) ignorando os problemas que nos afetam ao dizer que tudo o que existe são pensamentos. Nesse sentido que Popper, embora não negue a irrefutabilidade do idealismo, adere ao realismo, porquanto para ele este é que, embora problemático, guarda afinidade com o racionalismo. Podemos sintetizar a escolha popperiana com um questionamento: qual seria o motivo de toda essa discussão e deste trabalho se tudo não passa de um sonho?

Popper, com efeito, não nega a verdade como uma ideia orientadora da ciência, tal como sempre o foi para a filosofia (mesmo os céticos radicais não deixam de trabalhar a ideia da verdade). Acontece que, segundo o racionalismo crítico, se chegarmos a alguma verdade, não o saberemos, tendo em vista que Popper concordava com Kant no sentido de que o homem que prescreve leis à natureza e, por serem estas indemonstráveis, ainda que sejam exitosas por milhares de vezes, por fracasso da defesa de um princípio da indução (*regresso ad infinitum*), nunca poderemos afirmar sua intangibilidade na futuridade. É claro que nessa impossibilidade de se alcançar, em ciência, a verdade já está implícito o critério de demarcação popperiano, isto é, enunciados insuscetíveis a testes empíricos, tais como o pressuposto realista de que as sensações são causadas por ações externas (em Descartes, provenientes de Deus ou das coisas) estão excluídos do jogo da ciência por decisões metodológicas.

⁴³ POPPER, Karl R. **Os dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento**. Editora Unesp, 2013.

Foi, então, sob o panorama de toda a evolução da episteme desde a Grécia Antiga, que Popper introduziu a proposta de se seguir regras para o manejo de enunciados científicos como alternativa para os problemas que se apresentavam às pretensões de conhecimento, seja para os racionalistas, seja para os empiristas. Decerto que o empirismo, quando vinculado ao método indutivo, já se mostrava insustentável desde Hume devido aos problemas acerca do princípio da causalidade por ele levantados. De outra face, o racionalismo puro de Descartes não tardou a perder prestígio, de tal forma que Kant, há mais de um século antes de Popper, já tentara superar as duas correntes clássicas (racionalismo e empirismo) pelo seu criticismo. De se ressaltar, portanto, que Kant antecedeu Popper na tentativa de conciliação entre o racionalismo e o empirismo, porém Kant o fez admitindo juízos sintéticos *a priori*, ao contrário de Popper.

Toda essa trajetória filosófica é importante para que se compreenda a singularidade da pesquisa popperiana e, após, o aproveitamento desta ao direito efetivado por Leal, para, por fim, fazer sentido a imensa preocupação com a metodologia que tem sido levada a cabo neste trabalho. A compreensão da filosofia grega é que permite o entendimento dos fundamentos metafísicos dos negócios jurídicos processuais, como o essencialismo na vertente de Aristóteles. Ora, foi a partir das cogitações dos pré-socráticos, com relevo do problema parmenídico, que Sócrates, Platão e Aristóteles cunharam seus sistemas filosóficos voltados ao alcance da verdade por meio da compreensão dos universais, sempre lançando mão dos princípios da não-contradição e da causalidade.

Descartes, tal como já exposto, inovou ao colocar em dúvida a correspondência entre certeza e verdade, no entanto, não o fez mediante desprezo dos referidos princípios: muito pelo contrário, sem eles o pensamento cartesiano ruiria, já que ele se sustenta na existência de Deus, que, por sua vez, depende da aplicação do princípio da causalidade às ideias objetivas (*objetum mentis*). Seguindo na filosofia moderna, vê-se no precursor do empirismo lógico (Locke) a importância do maior representante do racionalismo tradicional, Descartes.

O empirismo lockiano se fundamenta na defesa de que a realidade só pode ser conhecida pela experiência. Há que se ressaltar, no entanto, que essa compreensão da realidade em Locke é, com efeito, limitada, se comparada ao que

Descartes advogava. É que, em Descartes, ao homem se fazia possível conhecer as substâncias, sempre tendo em vista que Deus o amparava em tal jornada, permitindo-lhe a posse de ideias inatas; Locke, por sua vez, 35 anos antes de Vico, negou a capacidade do homem de conhecer a natureza. Essa posição do empirista relaciona-se fortemente com o problema dos universais da filosofia antiga, mas, e aí vem a maior dívida de Locke à Descartes, através da apropriação do conceito de ideia cartesiana (*id quod cognoscitur*). Para o empirista inglês, o entendimento se dá por duas vias: a sensação e a reflexão. Isto, pois, o espírito é capaz tanto de absorver, por meio dos estímulos sensíveis advindos dos objetos externos, ideias simples, quanto de associá-las para formar ideias complexas. Com efeito, as duas formas de se conhecer (sensação e reflexão) indicavam, para Locke, na medida em que ele, ao contrário de Hume, adotava o princípio da causalidade sem maiores problematizações,⁴⁴ que existiam dois substratos ou substâncias primordiais. Aos objetos que nos são dados haveria de corresponder um substrato (corpo), enquanto à nossa capacidade de associar ideias simples deveria existir outro substrato (mente).⁴⁵ Ocorre que na filosofia lockiana ao homem é impossível o conhecimento desses substratos, pois são ideias complexas não reduzíveis a ideias simples advindas da experiência.

Aliás, a redução das ideias à experiência ganhou maior relevo ainda com David Hume. É que para ele as ideias têm as impressões como causas e para que consigamos saber se algum termo foi usado sem significância, basta que perquiramos se à ideia por ele representada corresponde alguma impressão. O empirismo está, neste discurso, manifesto no seu teor mais radical. Mas Hume não parou aí, pois questionou também a experiência.

É importante passarmos pelos empiristas clássicos, assim como cuidamos do maior expoente do racionalismo moderno (Descartes), para que a singularidade do racionalismo crítico seja compreendida, tendo em vista que Popper, como já dito, propôs seu método em razão dos benefícios que dele podem ser gerados no tocante ao crescimento do conhecimento. Contudo, antes de darmos o último passo, isto é, de explicar as razões da singularidade do racionalismo crítico, convém seja

⁴⁴ SEVERINO, Emanuele. **A filosofia moderna**. v. 2. Tradução de José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70 (1986): 3. P. 132.

⁴⁵ LOCKE, John. **Draft a Do ensaio sobre o entendimento humano**. SciELO-Editora UNESP, 2013.

abordada também a problematização humeana do princípio da causalidade, pois, como veremos, tal problema é fundamental na conciliação entre razão e experiência conjecturada por Popper.

Hume acreditava que todos nossos juízos sobre fatos (sintéticos) derivavam de experiências prévias. A título de exemplo, o homem apenas afirma que pão alimenta devido às recorrentes experiências colecionadas nesse sentido. Contudo, investigando o princípio da causalidade, o filósofo conclui que não é possível que se apresente uma inequívoca força, uma essência, um fundamento que nos leve a crer que em algo tenha em si uma razão para que apontemos seus efeitos.⁴⁶ Disto decorre a conclusão humeana de que a adoção do princípio da causalidade como fundamento de um conhecimento certo é uma ilusão humana. Não nega o filósofo que tal utilização não seja, sobretudo para nossa sobrevivência, importante, mas nos é impossível demonstrar a regularidade da natureza⁴⁷ de modo a, racionalmente, podermos estender a eventos futuros as nossas experiências passadas. Daí que Hume levanta seu problema lógico da indução, asseverando que se só conhecemos pela experiência e dela não podemos extrair certezas devido ao problema da fundamentação do princípio da causalidade, numa visita a uma biblioteca, teríamos de lançar os livros ao fogo (a menos que contivesse algum raciocínio abstrato acerca da quantidade ou do número ou algum raciocínio experimental a respeito de questão de fato e de existência), pois tratariam apenas de sofismas e ilusões.⁴⁸

Ora, nas primeiras linhas do Tratado da natureza humana, Hume estabelece a máxima que orientara toda a obra, qual seja, a de que toda ideia simples provém de uma impressão. De se notar, portanto, que nas teses do filósofo escocês, o termo ideia assumiu um significado mais restrito do que tivera em Descartes, Berkeley e Locke: em Hume ideias são formas do pensar, que podem ser simples ou complexas, classificadas, assim como as impressões, como espécie do gênero “percepções”; as ideias podem ser simples ou complexas, de modo que estas são agrupamento daquelas e, portanto, redutíveis à experiência, já que as ideias simples nada mais são impressões dotadas de menor força, vivacidade, intensidade ou

⁴⁶ HUME, David. **Tratado da natureza humana** (trad. Serafim da Silva Fontes). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1888. P. 112.

⁴⁷ SEVERINO, Emanuele. **A filosofia moderna**. v. 2. Tradução de José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70 (1986): 3. P. 148.

⁴⁸ HUME, David. **Investigação sobre o entendimento humano**. Leya, 2013.

potência. O que é chamado por Hume de ideia não compreende apenas as ideias que, para Locke, são obtidas através da reflexão, mas também todas ideias às quais Locke chama complexas e que são constituídas pela mente. Levando em consideração sua máxima que de toda ideia é reduzível a uma impressão é que Hume, por rigor lógico, busca a origem da causalidade. Veja-se esse ponto de decolagem nas palavras do autor: ⁴⁹

Para começar conforme as regras, temos de examinar a ideia de causação e ver onde ela tem origem. Não se pode raciocinar corretamente sem compreender perfeitamente a ideia sobre a qual se raciocina; e não se pode compreender perfeitamente uma ideia sem remontar à sua origem e examinar a impressão original donde ela provém. O exame da impressão lança clareza sobre a ideia, e o exame da ideia por sua vez lança clareza sobre todo o nosso raciocínio. (HUME; 1888, p. 109)

A partir daí que Hume dá cabo a uma longa pesquisa do fundamento do princípio da causalidade, trabalhando diversas vias hipotéticas, demasiado extensa para aqui ser reproduzida, e conclui que a ideia de causa e efeito não somente é injustificável apoditicamente, como também sequer é necessária. Nas palavras do filósofo:⁵⁰

O verdadeiro estado da questão é se todo o objeto que começa a existir tem de dever a sua existência a uma causa, e eu afirmo que isto não é nem intuitiva nem demonstrativamente certo e espero tê-lo provado suficientemente pelos argumentos precedentes. Visto que não é do conhecimento, nem de nenhum raciocínio rigoroso, que tiramos a opinião da necessidade de uma causa para toda a nova produção, esta opinião deve necessariamente originar-se na observação e na experiência. (HUME; 1888, p. 117)

Após essa problematização é que Hume conclui, levando em consideração sua máxima e, por consequência, a rejeição de ideias inatas, que só nos valem da causalidade em razão do hábito.

⁴⁹ HUME, David. **Tratado da natureza humana** (trad. Serafim da Silva Fontes). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1888. P. 109.

⁵⁰ HUME, David. **Tratado da natureza humana** (trad. Serafim da Silva Fontes). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1888. P. 117.

O que mais nos importa no tocante aqui dito sobre a filosofia Humeana é que nela foi levantado o problema da indução, atingindo o método empírico, já que ambos se combinavam fortemente no empirismo clássico. E é justamente esse desafio lançado por Hume que culminou no criticismo Kantiano e, depois, no racionalismo crítico popperiano, enquanto lógicas que buscaram a superação tanto do racionalismo cartesiano, quanto do empirismo clássico.

Foi exposto, então, o problema de Hume, isto é, o problema da indução. Vejamos agora o problema da demarcação, que foi designado por Popper como o problema de Kant, sendo que ambos explicam o título da obra popperiana: os dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento.

Como anotado por João Paulo Monteiro,⁵¹ a filosofia humeana não deve, a rigor, ser qualificada sumariamente de empirista. Há uma série de princípios fundamentais da natureza humana que não são derivados da experiência na filosofia de Hume. O que o filósofo escocês fez de mais célebre, portanto, foi levantar o problema da indução, o qual foi expressamente considerado por Kant.

De posse do problema da indução, Kant, tal como Hume, também colocou a metafísica sob rigoroso julgamento. A diferença é que Hume se destacou pelo levantamento do problema, tendo inclusive, em parte, se esquivado de apresentar explicações finalistas (“não se podem explicar as causas últimas das nossas ações mentais. Basta que possamos dar delas uma explicação suficientemente fundamentada na experiência e na analogia”)⁵², enquanto Kant buscou salvar a metafísica no sentido de lhe proporcionar fundamentos à transformação em ciência (ciência como conhecimento certo).

Kant assim o fez retomando a exigência que se vira na episteme platônico-aristotélica, na medida em que a metafísica deveria ser reconstruída a partir de bases seguras para que seus juízos fossem dotados de necessidade e universalidade. Com efeito, após a crítica humeana ao indutivismo, Kant admitiu que um conhecimento com as referidas qualidades não poderia advir da experiência, já que à universalização de um conhecimento empírico impende a aplicação da

⁵¹ HUME, David. **Tratado da natureza humana** (trad. Serafim da Silva Fontes). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1888. P. 16.

⁵² HUME, David. **Tratado da natureza humana** (trad. Serafim da Silva Fontes). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1888. P. 52.

indução, mas, tal qual esta, como denunciara Hume, carece de fundamentos lógicos. Daí que Kant conclui que o conhecimento verdadeiro não se deve fundamentar a *posteriori*, isto é, pela experiência, mas *a priori*:⁵³

... a experiência não concede nunca aos seus juízos uma universalidade verdadeira e rigorosa, apenas universalidade suposta e comparativa (por indução), de tal modo que, em verdade, antes se deveria dizer: tanto quanto até agora nos foi dado verificar, não se encontram exceções a esta ou àquela regra. Portanto, se um juízo pensado com rigorosa universalidade, quer dizer, de tal modo que, nenhuma exceção se admite como possível, não é derivado da experiência, mas é absolutamente válido *a priori*. (KANT; 2001, p. 38)

O conectivo “portanto” é o que chama a atenção. Ora, a menos que se refute o problema de Hume, há boas razões para se recusar a experiência, enquanto engastada pelo princípio da indução, como critério para aferição da verdade, irrefutabilidade de um conhecimento, mas, a partir dessa recusa, concluir pela possibilidade de juízos sintéticos *a priori* é problemático. Não entendo a recusa da experiência como premissa lógica à síntese da existência de juízos sintéticos *a priori*, mas ao menos, como diz Popper, Kant “deixa de lado o mero recurso à evidência e coisas parecidas”⁵⁴ para justificar sua tese.

A fundamentação dos juízos sintéticos *a priori* em Kant se dá pela abstração de toda sensibilidade. De se ressaltar, portanto, que Kant não rejeita completamente a experiência, pelo contrário, afirma que “não resta dúvida de que todo nosso conhecimento começa pela experiência”, de tal forma que, conforme leciona Emanuele Severino, o pensamento de Locke antecipa temas fundamentais à metafísica kantiana, como, por exemplo, “o conceito do espírito que se volta para a realidade externa e a sua passividade em relação a ela no que concerna às ideias simples”.⁵⁵ Ora, se para se alcançar os fundamentos do conhecimento verdadeiro é preciso, em Kant, que se abstraia toda experiência, vê-se, portanto, que já está implícita na sua filosofia a existência de uma realidade externa ao pensamento. Kant, então, pressupõe o realismo na medida em que este compreende o

⁵³ KANT, I. **Crítica da razão pura**. 5. ed. [s. l.]: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

⁵⁴ POPPER, Karl R. **Os dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento**. Editora Unesp, 2013. P. 21.

⁵⁵ SEVERINO, Emanuele. **A filosofia moderna**. v. 2. Tradução de José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70 (1986): 3. P. 133.

conhecimento da natureza como o entendimento dos fenômenos, assim como Descartes afirma ser a ideia, como conteúdo do pensamento, uma representação. Esta é a crítica que o idealismo dirige aos referidos filósofos. Mas, o que há de se ter em mente é que a episteme, em Kant, embora não objetive a compreensão das coisas em si (outro ponto da filosofia kantiana antecipada por Locke), já que elas são incognoscíveis, tem pretensões de certeza, de modo que a metafísica que seria a ciência encarregada de perquirir os princípios basilares dessa episteme.⁵⁶

Kant assume a responsabilidade, portanto, de constituir a metafísica como ciência, e já que esta, no seu pensamento, é justificacionista, aquela não poderia basear-se na experiência, tendo em vista que com o problema humeano ficara comprovado (no sentido de Popper) que o critério de validade de um juízo não poderia ser *a posteriori*, mas *a priori*. A partir daí Kant procede a uma série de abstrações que resultariam em princípios (juízos sintéticos *a priori*) que denotassem a capacidade humana de produzir conhecimento certo pela conexão entre a sensibilidade (fundamentada no espaço e no tempo) e no entendimento (fundamentado nas categorias).

É de se exaltar o empreendimento kantista pela sua preocupação com a fundamentação de toda sua metafísica, o que inclusive foi ressaltado por Popper em sua autobiografia intelectual.⁵⁷ Em que pese o brilhantismo de Kant no que toca à percepção de que a metafísica vinha em derrocada devido a sua constante vinculação com o objetivo de se conhecer as coisas em si e a conseqüente elaboração de um sistema filosófico em que o conhecimento certo poderia ser edificado sem que significasse o conhecimento das coisas em si, o filósofo alemão precisou admitir uma série de pressupostos infalseáveis. Neste ponto que convém a abordagem do critério de demarcação popperiano.

Espero que apesar de tantas voltas, o leitor possa, neste ponto, ter em mente que diante do problema levantado pela filosofia antiga (como proceder com a razão e a experiência na busca de um conhecimento necessário e universal) levou pensadores à construção de diversos de sistemas que explicassem a possibilidade (ou não) e a maneira (em caso de resposta afirmativa àquela, isto é, para os não

⁵⁶ KANT, I. **Crítica da razão pura**. 5. ed. [s. l.]: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. P. 40.

⁵⁷ POPPER, Karl R. **Autobiografia intelectual**. São Paulo: Cultrix, 1977. P. 24.

céticos) de se desvelar a verdade. Nesse sentido é que Popper ofertou contribuição singular. Isto, pois, Popper, assim como Kant, sugeriu a conciliação entre o racionalismo e o empirismo, mas, pioneiramente, com vistas ao crescimento de um conhecimento despido da certeza. Em outras palavras, enquanto Kant pensou um sistema que salvasse a metafísica por lhe emprestar cientificidade no sentido de conhecimento irrefutável pela certeza, Popper almejou a defesa da metafísica pela sua capacidade criativa de problemas que, de seu turno, viabilizariam um esquema epistêmico de crescimento do conhecimento conjectural.

Não há, portanto, para o racionalismo crítico, a necessidade de se extirpar (jogar livros na fogueira – Hume) ou alterar a metafísica por ser ela desprestigiada de certeza (Kant) ou significação (Wittgenstein), mas simplesmente de tratá-la como um celeiro de problemas. Nesse sentido que toda metafísica que orbita os negócios processuais, como a preconização de valores da estirpe de *lealdade, justiça e boa-fé* feita pelos princípios que fundamentam o referido instituto, não devem ser menosprezados. Com efeito, os problemas gerados pelo discurso metafísico dos princípios da cooperação e da participação é que justificam a presente pesquisa.

Querer, aliás, que a metafísica seja equiparada à ciência por ser construída mediante aferição de certeza de seus enunciados é um paradoxo, pois, devido à falsidade do justificacionismo, tal é uma missão impossível mesmo para o que se entende correntemente por ciência. Nesse panorama é que está embutido o critério de demarcação popperiano.

Dos dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento, o que recebeu primeiramente a atenção de Popper foi o da indução. Ao longo de suas pesquisas, no entanto, ele entendeu que o problema de Hume estava embutido no problema da demarcação de modo que existia, com efeito, apenas um problema.⁵⁸ Isto introduz não só a inovação popperiana no que toca à conciliação entre razão e experiência, como também a explicação da relevância atribuída à metodologia no presente discurso.

Como já exposto, ao longo dos séculos foram produzidos inúmeros discursos filosóficos que se contradiziam e, na medida em que nunca se alcançara um critério

⁵⁸ POPPER, Karl R. **Os dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento**. Editora Unesp, 2013. P. 460.

lógico para justificar um ou outro, pensadores como Descartes e Kant entenderam pela necessidade da reconstrução do edifício da metafísica por alicerces seguros ou indubitáveis. Nesse empreendimento, o que se tentou foi a atribuição de certeza à filosofia. Mas será tal feito possível ou necessário? Este é o questionamento popperiano. Nas palavras do epistemológico austríaco: Há uma ciência filosófica?⁵⁹

O próprio questionamento já indica uma resposta afirmativa. Mas não no sentido de que a filosofia ou a metafísica deva ser construída por enunciados justificados ou certos. O que Popper diz é que pensar sobre a relação metafísica-ciência exige uma metalinguagem, ou seja, um conjunto de enunciados que permitam a construção de um discurso que trate de áreas historicamente distintas (metafísica e ciência). Essa metalinguagem é o que Popper denomina como “teoria do conhecimento” ou “metodologia”, e a principal problemática dela é o exame do que seja “ciência”.⁶⁰

Acontece que, na investigação do conceito de ciência, é possível, por exemplo, que a teoria do conhecimento proceda através de definições naturalísticas, definindo a ciência de forma empírica, “cuja base seria a atitude efetiva do cientista”.⁶¹ A tarefa de se distinguir ciência e metafísica, isto é, oferecer um critério de demarcação, é, de acordo com Popper, uma questão não empírico-científica, mas de decisão por objetivos arbitrários. Em outras palavras, e retomando o que foi dito no início dessa pesquisa, a metodologia, em Popper, é a metalinguagem da ciência, isto é, um sistema teórico prescritivo que tem por objeto a ciência, na medida em que enuncia regras orientadoras da manipulação de proposições que queiram se enquadrar no que a teoria do conhecimento (metodologia) define, pelo critério de demarcação por ela adotado, como ciência.

É de se ressaltar, como já mencionado, que a metodologia (teoria dos métodos) não é concebida em Popper de forma empirista, nem naturalista.⁶² Isto

⁵⁹ POPPER, Karl R. **Os dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento**. Editora Unesp, 2013. P. 457.

⁶⁰ POPPER, Karl R. **Os dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento**. Editora Unesp, 2013. P. 458.

⁶¹ POPPER, Karl R. **Os dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento**. Editora Unesp, 2013. P. 466.

⁶² POPPER, Karl R. **Os dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento**. Editora Unesp, 2013. P. 466.

significa que ela é construída de acordo com o que se pretende da ciência, “de determinados objetivos ou fins científicos”.⁶³

Agora, ao leitor não afeito aos temas filosóficos se faz possível, espero, a compreensão das razões que fundamentam a escolha de Popper quanto à demarcação entre ciência e filosofia, porque sua opção decorre dos problemas que todos seus predecessores levantaram.

Em sua autobiografia intelectual, Popper relata que lhe espantou o fato de que seu pai, doutor em leis, advogado, historiador, de grande inclinação pela filosofia, antes homem de estudos que advogado,⁶⁴ não entendeu as críticas que fizera quando da leitura da autobiografia Strindberg. Na oportunidade, este foi criticado por Popper devido a “sua tentativa de extrair algo importante do ‘verdadeiro’ significado de alguns vocábulos”⁶⁵. Essa atitude de Strindberg, que, como notou Popper, era comum entre os filósofos foi denominada pelo então jovem austríaco por “essencialismo”.

Ao longo de seus estudos, Popper entendeu que o essencialismo era um “problema de método”.⁶⁶ O essencialismo, em suma, consiste numa abordagem dos problemas por perguntas do tipo “o que é”. Ora, Locke e Hume, na medida em que buscaram explicar como se dava a formação das ideias complexas, acabaram por propor uma definição do que é o pensamento, de modo que ao adentrarem na natureza humana numa tentativa de desvendá-la por definições, enunciaram sistemas filosóficos essencialistas.⁶⁷ Newton, embora tenha produzido sua teoria de forma não essencialista, nunca abandonou sua maneira de pensar, porquanto ainda que com o sucesso de suas leis, não deixou de buscar uma causa final para a gravidade.⁶⁸ Kant, enquanto se dedicava a elaborar suas teses de princípios

⁶³ POPPER, Karl R. **Os dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento**. Editora Unesp, 2013. P. 466.

⁶⁴ POPPER, Karl R. **Autobiografia intelectual**. São Paulo: Cultrix, 1977. P. 17.

⁶⁵ POPPER, Karl R. **Autobiografia intelectual**. São Paulo: Cultrix, 1977. P. 23.

⁶⁶ POPPER, Karl R. **Autobiografia intelectual**. São Paulo: Cultrix, 1977. P. 26.

⁶⁷ POPPER, K. R., ECCLES, John C. **O eu e seu cérebro**. Tradução de Silvio Meneses Garcia, Helena Cristina F. Arantes e Aurélio Osmar C. de Oliveira. Campinas: Papirus; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991. P.246.

⁶⁸ POPPER, K. R., ECCLES, John C. **O eu e seu cérebro**. Tradução de Silvio Meneses Garcia, Helena Cristina F. Arantes e Aurélio Osmar C. de Oliveira. Campinas: Papirus; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991. P.240, 241.

(fundamentos) *a priori* da sensibilidade, também não se desgarrou do método essencialista ao definir o tempo e o espaço.

Popper percebeu, então, que algo lhe singularizava perante os demais filósofos: ele não se preocupava com questões do tipo “o que é”. Essa rejeição do essencialismo é fundamental para se arrematar a discussão sobre a distinção entre metafísica e ciência, a relação deste problema (problema da demarcação) e a metodologia e, derradeiramente, de todos esses temas com o escopo desta pesquisa.

Se Popper propusesse uma distinção entre ciência e metafísica baseando-se em uma “teoria da evidência”, numa clarividência ou, com suporte na doutrina platônica, por ser privilegiadamente dotado de uma alma de filósofo, que, portanto, conviveu com as ideias puras no mundo inteligível, seria ele essencialista. Na contramão de tudo isso, Popper discorreu incansavelmente sobre ter sido a distinção que propôs baseada numa teoria (teoria das teorias – epistemologia – teoria do conhecimento – metodologia) que deveria ser aceita ou criticada pelos fins por ela almejados. Nesse sentido, Popper se desvencilhou da necessidade de fazer da metafísica uma ciência, com quisera Kant. Tampouco a considerou inútil a ponto de descartá-la como propôs Wittgenstein. Ao revés, Popper não acompanhou seus predecessores e contemporâneos na busca de definições ou explicações finais que, por método essencialista, descreveram como os objetos exteriores (se se admitir o realismo) se relacionam com a mente e a esta se ofertam à cognoscibilidade. Dessa forma, Popper se afastou do materialismo, do associacionismo, do dualismo cartesiano, do ocasionalismo, do monismo neutro e do paralelismo em suas diversas versões.

É que, para o racionalismo crítico, todas essas teorias que, enquanto essencialistas, a rigor, não são (pelo critério de demarcação popperiano) teorias, mas, concernentes à metafísica, são importantes, pois geram problemas. Então, justamente por esse aproveitamento, não precisam ser jogadas à fogueira. No entanto, se quisermos um progresso do conhecimento, precisamos usá-las apenas como pontos de partida ou propedêutica. Diferentemente de Descartes e Kant, o racionalismo crítico advoga a tese de que o conhecimento pode partir do senso-

comum. E isso é permitido porque na epistemologia popperiana não há espaço para o justificacionismo.

Ao passo que Popper abandona o justificacionismo, portanto, o cientificismo, a metafísica, enquanto um campo em que sistemas de proposições podem sempre ser embatidos por outros contraditórios sem possibilidade de decisão racional por um deles, não perde sua importância. A ciência, por outro lado, exige que seus enunciados sejam decisíveis, mas apenas de uma forma, e essa é a peculiaridade do critério de demarcação popperiano. Segundo este, um enunciado científico nunca poderá ser julgado como verdade, no sentido das epistemes antiga e moderna, ou justificado, mas deverá abrir a possibilidade para que seja apontado como falso.

Ora, se um enunciado consiste numa afirmação do que seja o corpo, a mente, os princípios por meio dos quais estes permitem a produção de um conhecimento válido *a priori* (Kant), qual é a oportunidade que o interlocutor tem para fazer prova em contrário? O que se dizer, então, de supostas pesquisas que se detiveram na revelação da natureza jurídica dos negócios processuais?

Popper somente conseguiu se desvincular dessa tradição do essencialismo metodológico, propondo como alternativa o nominalismo, porque a ciência em sua epistemologia não se faz por explicações finalistas. A metodologia impõe (prescritiva) no racionalismo crítico que os enunciados sejam decidíveis apenas negativamente, o que faz com que o conhecimento progrida, já que a cada enunciado falso corresponde um verdadeiro, isto é, sua negação. Assim, o progresso científico é notado pela evolução dos problemas. Não é preciso que partamos nem cheguemos a pontos seguros. A metodologia vai prescrever regras que se imporão a qualquer teoria, isto é, a qualquer conjunto de enunciados que queiram participar do jogo da ciência. Em outras palavras, quando se diz que o critério de demarcação popperiano é o da falseabilidade, argumenta-se que, por não podermos desvendar a natureza humana, e, portanto, situá-la como base segura de um conhecimento certo, tal como Vico e Locke defenderam o abandono da pretensão de conhecimento da natureza pela incognoscibilidade da coisa em si, o que nos resta é enunciar juízos que sejam testáveis e, além disso, que os testes sejam possíveis. Um enunciado que afirme, por exemplo, que há um unicórnio no

planeta terra, em tese, é testável, mas por ser o teste (buscar por todo o planeta) inviável, ele é imprestável à ciência.

Disso tudo, resulta que o racionalismo crítico não está inserido no contexto da descoberta, mas no contexto da justificação.⁶⁹ Isto significa que embora Popper trabalhe profundamente o problema corpo-mente, inclusive pressupondo o realismo e propondo um interacionismo interconexista, ele não o faz para apoiar enunciados, numa ambição justificacionista, numa suposta natureza humana e na relação desta com os objetos. Popper estuda o problema corpo-mente como propedêutica ao seu critério de demarcação. Dito de outra forma, é o problema corpo-mente que suscita a impossibilidade de explicações finalistas e, de conseguinte, fundamenta a falibilidade discursiva. Fundamenta no sentido de chamar atenção para a necessidade de uma humildade acadêmica, na medida em que expõe nossa fragilidade frente a ambições muito elevadas quanto ao conhecimento. Há de ser feita essa ressalva, porque, repita-se, o critério de demarcação popperiano fundamenta-se em fins que se quis dar à ciência, que, aliás, são subjetivos.⁷⁰

Pois bem. Espero que tenha arrazoado o que se segue, no tocante aos objetivos científicos do presente trabalho, isto é, da negativa de adoção do que se chama vulgarmente nas pesquisas jurídicas de metodologia em que qualquer das suas ramificações (empírica, dedutiva, estudo de caso). Peço desculpas pela dimensão que este capítulo dotou. Digo dotou porque é como se ele não fosse obra do escritor. É que foi planejado um retrospecto menor, mas durante a escrita alguns problemas chamaram minha atenção, e na tentativa de não faltar com clareza, pequei pela extensão. Isso, como disse Popper só mostra minha debilidade.

Agora, resta-nos partir para o problema dos negócios jurídicos, já que a propedêutica está minimamente exposta. Entretanto, antes, impõe-se explicar como a metodologia popperiana pôde ser transposta para o direito, e para isso, hodiernamente, faz-se imprescindível a intermediação pela teoria processual neoinstitucionalista do direito.

⁶⁹ ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. Grupo Gen-Editora Forense, 2000. P. 05

⁷⁰ c P. 61.

3 A CONTROVERSA NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL

Até então muito foi dito sobre dedução, indução, fundamentos de validade para os juízos (*a posteriori* ou *a priori*), portanto, quanto às diversas formas de utilização da experiência. Mas, quando se fala em testes empíricos, a utilização da metodologia popperiana no direito pode parecer inviável. Como solução para este problema não temos proposta que não seja a teoria processual neoinstitucionalista do direito. Vejamos, então, as razões.

A partir de agora ficará explicado o motivo de se ter tratado de forma pormenorizada, se se levar em conta que a presente pesquisa é jurídica, as correntes filosóficas. É que como afirma o autor da teoria processual neoinstitucionalista do direito, “a ciência jurídica, na acepção atual, encontrou autonomia na filosofia das ciências, após o abrandamento do fatalismo marxista, que coloca a história fora do controle do homem”⁷¹. Com isso, o que se quer dizer é que se quisermos construir um direito que não seja mera superestrutura, precisamos, pela ciência, esclarecer o que seja o direito. De se ressaltar, no entanto, que esse esclarecimento do que seja o direito não há de ser feito de forma essencialista. O que se está defendendo é que o direito não pode ser considerado um conjunto de coisas (seja fenômenos ou númenos) que se permitam ser conhecidos pelos juristas por faculdades mentais (de sensibilidade e entendimento) que lhes são congêntas ou recebidas pela investidura em cargos públicos ou por cerimônias (rituais) de entrega de carteiras da Ordem dos Advogados do Brasil. Em outras palavras, a ciência do direito deve esclarecer os fundamentos de seu objeto (o direito), sendo, para tanto, imprescindível a consideração de seus resultados empíricos.

A experiência, se utilizada nas chamadas pesquisas jurídicas com viés justificacionista, é colaboradora da manutenção do direito como superestrutura do Estado. É o que se faz nos ditos “estudos de caso”, já que por meio dessa metodologia (conforme linguagem corrente) o que se faz é confirmar, justificar, acertar um determinado posicionamento ou maneira de decidir através de interpretações tomadas em eventos anteriores. Assim, sem delimitação teleológica

⁷¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 15. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2021. P.22.

do direito por demarcação teórica, utiliza-se a experiência apenas para, pela lógica indutiva, fixar os interesses reinantes de um estado dogmático por sublimação da perversidade. Assim, pode-se continuar defendendo as mais diversas ideologias e formas de dominação não por argumentos finalísticos, mas pela simples e inquestionável repetição.

Decerto que quando se diz que “a ciência do direito deve esclarecer os fundamentos de seu objeto”, há uma teoria por trás, pois se aqui se afirmasse uma teleologia da ciência de forma naturalística ou essencialista, estar-se-ia não só desprezando, mas entrando em contradição com todo o percurso filosófico pressuposto pelo critério de demarcação popperiano. É nesse sentido que entendo deva ser feita a interpretação de adjetivos que Rosemiro Pereira Leal atribui à ciência, tais como “atual” e “pós-moderna”. Feitas essas considerações, já se faz possível compreender como deve a ciência jurídica ser informada pela epistemologia popperiana, como sintetizado por Rosemiro Pereira Leal:⁷²

A ciência jurídica, como conquista teórica pós-moderna da humanidade, em base de múltiplos sistemas de explicação do direito, equivale a uma permanente conspiração da consciência dos povos contra o absolutismo das ideias jurídicas formadas em teorias destituídas de problematicidade e com propósitos de manutenção dos privilégios dominantes pelo eufemismo da igualdade formal de direitos e defesa gráfica dos direitos humanos. (LEAL; 2021, p. 22 e 23).

Nota-se, pela transcrição acima, que a ciência jurídica, se respaldada pela epistemologia popperiana, deve, em observância a todos problemas que as escolas filosóficas, nas suas vertentes racionalista e idealista, levantaram, ter compromisso com resultados empíricos, não podendo, portanto, se resumir em descrições de institutos jurídicos como rotineiramente se faz, intitulado seus resultados como desvelamento da natureza jurídica do que se encontra positivado. É como se os legisladores fossem espécies de médiuns que trouxessem para o ordenamento jurídico as ideias presentes no mundo 3 de Platão, e aos juristas, como se dotados de almas privilegiadas, coubesse a tarefa de revelar os traços distintivos de cada uma delas. Nesse sentido é que Rosemiro Pereira Leal introduz sua Teoria Geral do

⁷² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 15. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2021. P.22 e 23.

Processo pelo estudo das chamadas teorias do direito, entendendo que este é propedêutico ao das teorias do processo.⁷³

Leal explica que o que se tem enquadrado, obsoletamente, como teorias do direito são tentativas de “definir, achar, reencontrar ou lembrar um direito como se este fosse um ente-objeto dentro ou fora do espaço-tempo ou embutido no cérebro ou esquecido na natureza humana”.⁷⁴ Nesse sentido, ora pelo idealismo jurídico se apregoa a existência de um direito criado por Deus ou pela natureza de forma a restar ao homem o papel de revelador dessa criação, ora, pelo realismo jurídico, o direito seria produzido, e não mais só revelado, pela razão humana, Acontece que, como conclui Leal, ambas doutrinas são imprestáveis, na medida que “o realismo jurídico nada mais estava fazendo do que trocar um mito por outro, em que, numa guinada antropomórfica, Deus assumiria a forma humana”.⁷⁵ Os mitos em questão seriam, no idealismo, a crença de que Deus ou a natureza produz o direito, e, no realismo, a crença na capacidade inata de humanos, sem teorização prévia, distinguir o bem do mal, o justo do injusto, por, por exemplo, possuir alma que contemplou o mundo das ideias, ou uma faculdade de perceber pela sensibilidade, a qual se fundamenta no tempo e no espaço, as relações sociais e, pelo entendimento, usá-las na confecção de categorias puras. Assim que Rosemiro Pereira Leal critica, como subespécies do idealismo e racionalismo, as doutrinas jurídicas cognominadas por positivistas, sociologistas, fenomenologistas, formalistas e instrumentalistas.

Disso, no entanto, não resulta que o direito prescindia de formas. A crítica ao formalismo irreducionista se dá pela burocratização que estrategicamente encontra-se embutida nesta doutrina. O problema é que o formalismo jurídico tem suas raízes na doutrina racionalista do direito, de modo que ao entender que cabe à ciência jurídica a preservação e expansão dos institutos jurídicos por um suposto respeito que lhes são dirigidos pelo transcorrer dos séculos, o que se faz é exaltar a razão humana como criadora ou receptora de categorias ou fenômenos jurídicos indispensáveis ao direito. Nessa perspectiva, como aduz Rosemiro Pereira Leal, o

⁷³ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 15. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2021. P.23.

⁷⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 15. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2021. P.24.

⁷⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 15. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2021. P.25.

formalismo jurídico trata-se de uma doutrina que guarda profunda afinidade com a dominação moderna que, numa de suas vias (legal), é exercida por intermédio do direito. Isto, pois, na medida em que se coloca uma suposta competência humana de receber ou intuir normas à frente da pretensão de esclarecimento destas no que toca a sua produção (desmistificação e demitificação) e efetividade como capacidade de guiar a comunidade por ela regulada à prossecução dos fins almejados, há um desprezo por tudo que dito a respeito da epistemologia popperiana. Em outras palavras, a ciência, tal como o direito, não é um conjunto de proposições que se agrupam em torno de uma neutralidade.

Como longamente dissertado, a epistemologia popperiana é a metalinguagem da ciência, orientando esta em determinados objetivos. Quando se diz de um direito que se pretende puro, tal como quis Kelsen, continua-se, a rigor, escolhendo objetivos. Portanto, de pureza nada existe. Ao passo que se defende as formas pelas formas, advoga-se também uma tese, qual seja, a de que o direito é uma excelente via estratégica para resolver conflitos e não para diminuí-los, mediante manutenção de uma estrutura que “preserva, pela fetichização ético-moral dos ordenamentos jurídicos, os privilégios milenares dos grupos de comando econômico-social.”⁷⁶

Recapitulando, é pelo estudo das teorias (doutrinas) do direito, após passagem pela propedêutica (estudo do problema corpo-mente) que se conjectura que, se quisermos livrar o direito da condição de superestrutura e, de conseguinte, ofertá-lo como via de implantação de um Estado democrático, faz-se imprescindível o abandono da convicção de que a ciência do direito consiste na dogmática jurídica. Ao revés, o que se precisa é de pesquisas que tenham por objeto o direito dogmático no sentido de dessacralizá-lo, demitificá-lo, como um primeiro passo para a construção de um sistema substituto do ordenamento (ordens do passado) que nos domina. Assim é que Rosemiro Pereira Leal, em 1999, lançou sua teoria do processo, intitulada à época “teoria neoinstitucionalista do processo”, que foi recentemente reconominada, por iniciativa de estudiosos egressos do Programa de Pós-graduação em Direito da PUC Minas, por “teoria processual neoinstitucionalista do direito”.

⁷⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 15. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2021. P.28.

As proposições formalizadas por Rosemiro Leal romperam com as referidas doutrinas idealista e racionalista do direito porque, valendo-se da epistemologia popperiana e das teses de Edward Lopes, buscaram construir um sistema jurídico de tal sorte a afastar o sujeito conhecedor da produção, atuação e modificação do direito. Nesse sentido, as instituições não seriam mais tratadas como coisas a serem descortinadas pelo talento dos juristas e legisladores. Tampouco o direito, na teoria processual neoinstitucionalista do direito, estaria fadado a seu histórico manejo, de modo que restasse aos pesquisadores uma tarefa meramente descritiva aos moldes de uma concepção naturalística de ciência.

Assim, ofereceu Rosemiro Pereira Leal uma teoria na qual o processo assumiria contornos jamais vistos, e é a isso que nos deteremos nas próximas linhas, traçando um percurso sobre as teorias do processo. Dessa forma, entendemos que a utilização da epistemologia popperiana, ampliada por Leal para adequar-se ao âmbito jurídico será, aos poucos, esclarecida. Outrossim, e de maior relevo para o presente trabalho, formaremos, pelo referido trajeto, bases para questionar a abertura do processo à negociação, tendo sempre em vista que o formalismo não pode ser de todo excluído do direito, mas não basta para a construção de um Estado democrático de direito, isto é, ele não será estudado somente numa perspectiva dogmática (natureza jurídica), mas, passando pelos seus contornos históricos e pela forma com que se encontra positivado no CPC/15, será indagado como viabilizador de uma democracia, já que, como visto, a ciência não deve, na contemporaneidade, ignorar a teleologia de seu objeto.

3.1 Teorias do processo na história do direito

Ao remontar às origens do processo civil italiano, Chiovenda anotou que o enquadramento histórico dos institutos processuais seria imprescindível ao enfrentamento dos problemas por eles gerados.⁷⁷ É nesse sentido que se entende pertinente a historiografia da ciência processual à compreensão do instituto dos negócios jurídicos processuais.

Tão logo impende ressaltar, no entanto, que a regressão histórica que aqui será empreendida não tem qualquer afinidade com pretensões historicistas, como se

⁷⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. I. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. P. 118.

pudessem indicar fatalisticamente uma conclusão a respeito dos negócios jurídicos. O que se pretende demonstrar é somente que por detrás da potencialização da negociabilidade procedimental há um secular embate entre teorias (ideologias) do processo, de tal forma que a teleologia que elas atribuem a este é que vão informar os fundamentos do instituto previsto no artigo 190 do Código de Processo civil de 2015.

Circunscrevendo-se nos limites do objeto desta dissertação, a digressão histórica que será feita a seguir não abordará todas as teorias do processo, sequer almejará expor com grande amplitude aquelas que serão tratadas, à maneira de uma teoria geral do processo. Para alcançar o escopo da historiografia, está será apresentada com foco nos pontos em que se destaca a dicotomia interesse público-privado do processo.

Discorrer sobre o interesse público ou privado do processo, outrossim, significa pensar a teleologia deste, que é ponto crucial das teorias do processo, uma vez que, como anota Aroldo Plínio Gonçalves, uma das formas encontradas pelos juristas de se distinguir processo e procedimento é a de se atribuir àquele uma finalidade. Decerto que este critério, como aponta o processualista mineiro, é controverso, mas é por meio dele que, didaticamente, se pode começar uma explanação acerca das teorias do processo.

É que a distinção entre processo e procedimento é problema central quando se trata da temática dos negócios processuais, uma vez que pela teorização do processo é que se consegue definir a correção da nomenclatura do instituto conferida pela doutrina e a positivação deste tal como feita no Código de Processo Civil de 2015. Isto pois, embora a doutrina clássica utilize o termo *negócios processuais*, esta lei, em seu artigo 190, mencionou a possibilidade de ajustes no *procedimento*. Daí já se afigura a equivocidade do tema pela ausência de prévia demarcação teórica.

Na tentativa de formalizar a *natureza jurídica* do processo, é que se aponta como primeira tentativa a de Pothier, conceituando este como um contrato. É por ela que iniciaremos a exposição das teorias do processo, buscando nela, bem como nas teorias seguintes, explicar como a definição de processo implica atribuição de

escopos a este de tal forma a oferecer bases para compreensão e crítica dos negócios processuais.

3.1.1 Teoria do processo como contrato

Processo e procedimento são termos que em direito foram utilizados como equivalentes durante milênios, haja vista que ambos denotavam o conjunto de atos processuais. Nesse sentido que César Fiúza leciona que a *actio* romana significava tanto *procedimento*, quanto *atos processuais e relação jurídica processual*.⁷⁸

Embora a teoria do processo como contrato tenha como marco a obra *Traité des obligations*, publicada por Pothier no século XVIII, com bases na teoria de Rousseau⁷⁹, os fundamentos dela já eram há muito conhecidos. É que o privatismo do processo, enquanto qualidade deste de servir meramente à resolução de conflitos entre as partes, sendo a vontade destas “a única fonte de direito e dever, nada mais cabendo ao Estado senão atender aos seus pactos”⁸⁰, é destacado pela formalização advinda da teoria de Pothier, mas na Roma antiga já se entendia o acordo das partes como pressuposto da atuação judicial (*litiscontestatio*).

Devido a essa relação entre a teoria do processo como contrato e a *litiscontestatio* é que Dierle Nunes anota que as tentativas de conceituação do processo, num primeiro momento, estavam mais associadas ao direito privado e a uma dificuldade de rompimento com a vertente privatística do Direito Romano.⁸¹ Importante é, no entanto, ressaltar que o Direito Romano tinha uma vertente privatística, isto é, não pode se compreender o processo romano em todas suas fases como destituído de finalidades públicas. Nesse sentido é que Rosemiro Leal cuida de especificar que a teoria do processo como contrato “guarda semelhanças com o direito romano da fase formulista”.⁸²

⁷⁸ FIUZA, C. **Direito processual na história**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. P. 22.

⁷⁹ COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. P. 39.

⁸⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 15. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2021. P.99.

⁸¹ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. **Teoria geral do processo**. Salvador: Juspodivm, 2020. P. 236.

⁸² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 15. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2021. P.99.

É que apenas no ano 342 que se aboliu formalmente o processo formular, modelo este em que, tal como no processo *per legis actiones*, dividia-se o processo em duas fases (*in iure e apud iudicem*), sendo a última fase iniciada após o momento da *litis contestatio*. Em outras palavras, o processo extraordinário, que já acontecia no período formular, mas que só se tornou exclusivo a partir de 342, fez com que se extinguisse a *litis contestatio* nos termos em que era compreendida no processo *per legis actiones* ou *per formulas*, de tal forma que passou-se a equiparar à *litis contestatio* o momento em que as partes expunham a controvérsia perante o magistrado, fixando, assim, os termos da lide.⁸³ Em outras palavras, mesmo que se possa falar em *litis contestatio* também no período da *extraordinaria cognitio*, neste período o Direito Romano vetou o contratualismo como pressuposto da atuação judicial.

Outrossim, o processo romano, somente com ressalvas pode ser caracterizado como privatista. E isto não apenas pela sua divisão em fases e correspondente parcial adoção da *litis contestatio* como momento de acordo das partes quanto ao aceite da prestação judicial. É que o Direito Romano guardava especial preocupação com a manutenção do Estado, e nesse sentido o processo romano adquiria também conotações publicistas.

O aspecto público do processo romano se dava em razão de seu alvo, que era a atuação da vontade da lei a um determinado bem da vida.⁸⁴ Considerando que a atuação da vontade da lei se dava pela emanção de um ato de vontade estatal (sentença), e que a vontade da lei era entendida como a vontade do Estado⁸⁵, o processo não tinha como finalidade a resolução de questões.⁸⁶ Nesse sentido, aliás, é que as reformas processuais empreendidas no século XIX retomaram, segundo Chiovenda, o processo romano.

Retomar o processo romano significa o rompimento com o processo romano-canônico que, a partir do século XII, fez prevalecer a ideia do processo como modo

⁸³ FIUZA, C. **Direito processual na história**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. P. 47.

⁸⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. I. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. P. 120

⁸⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. I. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. P. 118.

⁸⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. I. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. P. 121.

de resolver questões, a ponto de ser enquadrado no campo do direito privado.⁸⁷ E as datas dessas reviravoltas não são desprezíveis. Com efeito, o enquadramento do processo no direito privado se deu numa época em que a centralização do poder estatal romano foi se desfigurando. Na medida em que a soberania foi se pulverizando (formação dos feudos), debilitou-se a ideia de jurisdição como função estatal e o processo, de conseguinte, passou a se configurar como exclusiva contenda entre litigantes.

O que sobressalta desse percurso histórico é que embora tenha sido formalizada a contratualização do processo por Pothier, esta forma de encará-lo foi uma reconstrução, utilizando os mesmos alicerces, do processo romano-canônico, história essa que auxiliará na compreensão da teoria do processo como relação jurídica. Assim é que o enquadramento da ciência processual no campo do direito público ou privado e consequente abertura à negociação processual podem ser avaliados em seus fundamentos.

3.1.2 Teoria do processo como relação jurídica

Embora fora a teoria de Pothier criticada, antes de Bülow, por Savigny e Guényvau, foi aquele o principal antagonista do contratualismo processual ao ofertar a teoria do processo como relação jurídica. Bülow se contrapôs à Pothier ao caracterizar, em retorno ao direito romano, o processo como uma relação jurídica de direito público, que seria autônoma à relação jurídica de direito privado.

Eis que essa retomada do direito romano efetuada por Bülow pode parecer contraditória, uma vez que, segundo suas lições, a relação jurídico-processual distinguir-se-ia das demais relações jurídicas de direito material por aquela ser sempre de direito público⁸⁸, enquanto que o processo civil romano é recorrentemente caracterizado como privatista.⁸⁹ Ocorre que a caracterização do

⁸⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. I. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. P. 127 e 128..

⁸⁸ BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; QUINAUD PEDRON, Flavio. **Teoria Geral do Processo**: com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020. P. 237.

⁸⁹ Dentre os pontos geralmente aceitos está o caráter público do processo moderno, em contraposição com o processo civil romano, eminentemente privatista. É que, como já foi salientado, o processo é encarado hoje como o instrumento de exercício de uma função do Estado (jurisdição), função essa que ele exerce por autoridade própria, soberana, independentemente da voluntária submissão das partes – enquanto que, no direito romano, ele era o resultado de um contrato celebrado entre estas (*litiscontestatio*), através do qual surgia o acordo no sentido de aceitar a decisão que fosse proferida.

processo romano como privatista é feita recorrentemente pela doutrina em razão da *litis contestatio*, sobretudo pelos relacionistas⁹⁰, mas olvidam eles que na obra que adotam como marco teórico consta que a *litis contestatio* não se tratava de mero contrato pelo qual as partes aceitariam a decisão a ser proferida.⁹¹

A *litiscontestatio* merece se destacar firmemente como o ponto mais importante do processo e como o pilar básico indiscutível de todo o procedimento judicial. Ela não se baseou em uma discussão superficial, mediana, feita como ensaio, do material contencioso que viria a uma elucidação fundamental na fase *in judicio*. Tampouco se baseava em um acordo privado das partes. Era o resultado de um debate completo e decisão final de um complexo de questões que não voltaria à mesa uma segunda vez. Era o momento em que se fazia constar que, por meio da atividade das partes e com o controle e aprovação da autoridade estatal, aquela relação de direito público, que chegava a sua constituição e término irrevogável, estava destinada a conter dentro de si a relação litigiosa privada existente entre as partes para fazer emergir esta – depois de uma cuidadosa decomposição de seus distintos elementos e dependendo do resultado favorável ou desfavorável da análise – em um estado melhor, mais firme e útil que antes ou para reduzi-la a nada.

Da obra *Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais* aduz-se que a *litis contestatio*, embora seja recorrentemente utilizada como marca da vertente privatista do processo, é fundamento do retorno bülowiano ao direito romano para, contrapondo-se a esta, definir o processo como relação jurídica de direito público entre juiz, autor e réu. Mas não é somente a *litis contestatio* que explica toda a importância atribuída por Bülow ao direito romano.

Ao comentar o rompimento com o processo romano-canônico efetuado no século XIX, importantíssima é a observação de Chiovenda quanto ao fato da projeção da concepção do processo como relação de direito público basear-se na

CINTRA, AC de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 2005. P. 296.

⁹⁰ CINTRA, AC de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 296.

⁹¹ BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1964. P. 286 e 287.

restauração da ideia do Estado⁹². Isto pois, ainda que modestamente, o processualista italiano indica que a teoria de Oskar Von Bülow não conceitua o processo com finalidades apenas descritivas. Afirmar que o processo é relação jurídica entre juiz, autor e réu não é simplesmente descrever a realidade, como fosse essa proposição uma mera conceituação empírica ou observacionista do processo. A falsidade desta isenção da teoria bülowiana decorrente de sua enunciação, mediante utilização de um método supostamente descritivo, foi minuciosamente trabalhada apenas no século XXI, por obra de André Cordeiro Leal.⁹³

Ao afirmar que a *Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias* é unanimemente considerada como a primeira obra científica sobre direito processual, Cintra, Dinamarco e Grinover demonstram insuficiência de atualização de sua *Teoria Geral do Processo*, porquanto em 2008 foi publicada a *Instrumentalidade do processo em crise*, fruto da pesquisa desenvolvida por André Cordeiro Leal a nível de doutoramento pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Mas o problema, com efeito, não é apenas a equivocada generalização feita por Cintra, Dinamarco e Grinover. O mais grave, e de suma importância ao estudo dos negócios processuais, consiste nos efeitos da adesão à teoria da relação jurídica por ser ela, supostamente, o marco da compreensão do processo na medida em que a partir dela se pôde distinguir o direito processual do direito material.⁹⁴

É que embora Bülow tenha argumentado que já em Roma se podia distinguir a norma processual da norma que regulava a *res in iudicio deducta*, sempre se destacava o procedimento quando se tratava da noção do processo.⁹⁵ Em outras palavras, na medida em que no direito romano já se destacava uma fase procedimental (*in iure*) para a discussão de questões afeitas à relação processual (pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo), faz-se possível afirmar que em Roma já se compreendia o processo como uma relação

⁹² CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil. v. I. Trad. J. Guimarães Menegale*. São Paulo: Saraiva, 1969. P. 142.

⁹³ LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/ FUMEC, 2008.

⁹⁴ LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/ FUMEC, 2008. P. 28.

⁹⁵ BÜLOW, Oskar von. *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964. P. 3.

jurídica distinta da relação jurídica formada previamente ao exercício do que hoje chamamos de direito de ação⁹⁶ (à época o procedimento tinha início com a *in ius vocatio*, que vinha a ser um ato de citação, privado do autor).⁹⁷

Agarrados na etimologia, os próprios romanos, ao invés de exaltarem o processo como uma relação jurídica de direito público, em razão dos pressupostos de sua constituição que por eles já eram trabalhados, acabavam por confundir processo e procedimento enquanto um *caminhar para frente*.⁹⁸ Nesse sentido, dizer que Bülow inovou ao conceituar o processo como relação jurídica não seria um equívoco somente pelo fato de Búlgaro já ter enunciado que *judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei*,⁹⁹ mas também porque na própria obra *Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais* está consignado que os juristas romanos já haviam concebido a natureza do processo como uma relação jurídica.¹⁰⁰

Desta feita, o que de relevante há na obra de Bülow é a tentativa de desvencilhar a noção de processo da de procedimento conferindo àquele uma

⁹⁶ O estudo da ação, como instituto do direito processual, implica incursões conceituais para desfazer a confusão terminológica que esse tema tem provocado nas diversas exposições dos compêndios especializados. É que, atualmente, já não se pode confundir ação, no sentido de procedimento, e ação como palavra integrante da expressão jurídica direito de ação, destinada a significar direito constitucionalizado incondicional de movimentar a jurisdição.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. – 15. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2021. P.147.

⁹⁷ FIUZA, C. **Direito processual na história**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. P. 34.

⁹⁸ Em lugar de considerar o processo como uma relação jurídica de direito público, que se desenvolve de modo progressivo, entre o tribunal e as partes, tem sempre se destacado unicamente aquele aspecto da noção do processo que salta à vista da maioria: sua marcha ou avanço gradual, o procedimento; unilateralidade que tem sua origem na jurisprudência romana da Idade Média e que tem sido favorecida pela concepção germânica do direito. Tem sido feito, lamentavelmente, da palavra 'processo' um monumento eterno e um ponto de apoio muito difícil de abater. Quem pretende extrair a ideia da palavra, será levado, desde o princípio, pela expressão 'processo' a um caminho, senão falso, bastante estreito. Porém, os juristas romanos não se satisfizeram com a ideia superficial do processo como uma pura série de atos do juiz e das partes, mas eles haviam concebido a natureza daquele como uma relação jurídica unitária (judicium).

BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964. P. 3 e 4.

⁹⁹ Não é que haja Bülow propriamente criado a ideia de que no processo há uma relação entre as partes e o juiz, que não se confunde com a relação jurídica de direito material controvertida: antes dele, outros autores já haviam acenado a essa ideia, a qual, de resto, estava presente inclusive em antigo texto do direito comum italiano (Búlgaro): *judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei*; e, segundo alguns, nas próprias Ordenações do Reino já se vislumbrava, ainda que sem muita nitidez, a intuição de uma relação jurídica ligando partes e Estado-juiz (trata-se da 'instância' ou 'juízo', de que falam as Ordenações Filipinas).

CINTRA, AC de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 298.

¹⁰⁰ BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964. P. 4.

finalidade. Com efeito, atribui-se importância a essa tentativa não porque por seu intermédio se pôde alocar o processo no campo do direito público, conferindo-lhe autonomia, mas pelo fato de ter provocado teses alternativas, das quais se destaca a de Fazzalari, bem como devido aos fundamentos da relação jurídica que, como explicitado por Leal, ancoraram gerações de processualistas no autoritarismo do Estado Social.¹⁰¹

É que mais importante do que descrever a teoria da relação jurídica ressaltando o publicismo atribuído ao processo por ela, porque já brilhantemente o fizeram processualistas da estirpe de Dierle Nunes, Cintra, Dinamarco e Grinover¹⁰², anotando aquele, por exemplo, que “a relação jurídico-processual, para Bülow, distinguir-se-ia das demais relação jurídicas de direito material por aquela ser sempre de direito público”¹⁰³, é avaliar as consequências de todo esse empreendimento bülowiano.

Ultrapassar a recorrente afirmativa de que Bülow prestou autonomia ao direito processual requer, no entanto, leitura cuidadosa deste autor, sendo insuficiente o estudo apenas da obra *Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais*. É que como adverte André Cordeiro Leal, o empreendimento de fôlego levado a cabo por Bülow quanto à proposta de substituição das *exceções processuais* pelos *pressupostos processuais* não tinha objetivo apenas acadêmico, mas político.¹⁰⁴

A compreensão do escopo político, no entanto, requer não somente atenção ao último parágrafo da *Teoria das exceções processuais e dos pressupostos*

¹⁰¹ LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/ FUMEC, 2008. P. 35.

¹⁰² Natureza pública – Desde que o juiz, no processo, não é sujeito em nome próprio, porém órgão através do qual age o próprio Estado; e desde que o Estado-juiz não vem ao processo em disputa com as partes sobre algum bem, nem tem com estas qualquer conflito de interesses, mas exerce sobre elas a sua autoridade soberana – então a relação entre ele e estas é tipicamente uma relação de direito público (as relações de direito público, como se sabe, são aquelas que se caracterizam pelo desequilíbrio entre as posições dos seus sujeitos, um dos quais é o Estado na sua condição de ente soberano).

CINTRA, AC de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2005. P. 309.

¹⁰³ BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle; QUINAUD PEDRON, Flavio. **Teoria Geral do Processo**: com comentários sobre a virada tecnológica no direito processual. Salvador: JusPodivm, 2020. P. 237.

¹⁰⁴ LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/ FUMEC, 2008. P. 44 e 45.

*processuais*¹⁰⁵, senão que, a obra *Gesetz und Richteramt*, na medida em que nesta é que Bülow expôs seu projeto de entregar à magistratura o controle de todo o direito, o que partiria do controle da relação processual como proporá em 1865 na *Teoria das exceções processuais e dos pressupostos processuais*.¹⁰⁶ Confira-se trecho de *Gesetz und Richteramt*, traduzido por André Cordeiro Leal, no qual encontra-se o objetivo principal da obra de Bülow:¹⁰⁷

Nesse sentido, posso me devotar à esperança de que esta tentativa, que está muito além das proposições anteriores, de desenvolver uma teoria sobre a criação do direito pelos juízes, bem como de justificá-la integralmente não diste muito do que os outros, mesmo que silentes, também entendam como correto. A verdadeira decisão sobre a correção do caminho escolhido dependerá daqueles, aos quais se destina este trabalho, ou seja, aos juízes, para que reencontrem no tema aquilo que preencha e anime sua profissão!

Para Bülow, então, pouco importava conceituar o processo por meio de uma descrição do que ocorria no direito romano. Seu objetivo sempre foi romper com a Escola Histórica do Direito e a Jurisprudência dos Conceitos, fornecendo as bases para o movimento do Direito Livre, no qual prevaleceria a intuição e a sensibilidade dos juízes na criação do direito de tal forma a lhes conceder a tarefa de resgatar a nação alemã da anomia em que se lançara.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Por eso, dirijo a la comisión encargada de proyectar la ordenanza procesal civil para la Confederación Alemana del Norte el apremiante pedido de someter a prueba las precedentes investigaciones y, si los resultados acreditan, tenerlas presentes en la redacción, cuanto fuere posible. Al igual que las más modernas legislaciones particulares (de los Estados que formaban el Reich), también los proyectos previos a la obra de la nueva legislación común (para todo el Reich) se basan, todavía, em los puntos de vista de la teoría de las excepciones procesales. Se debe tratar de evitar, por lo menos, que en la redación de las partes más importantes se mantenga la equivocación de costumbre.

BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1964. P. 302.

¹⁰⁶ Torna-se compreensível, nesse passo, o motivo pelo qual o processo não poderia mesmo ser abordado por Bülow das perspectivas do contrato ou quase-contrato, mas como relação jurídica de direito público vinculativa das partes aos tribunais, cuja formação e existência deveria ser controlada pelos juízes. Diante da importância dos magistrados, o controle da relação processual permitiria, em última análise, o controle de todo o direito vigente, e somente mesmo a relação jurídica e a subordinação nela pressuposta poderiam dar sustentação a esse projeto.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/ FUMEC, 2008. P. 60.

¹⁰⁷ LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/ FUMEC, 2008. P. 59.

¹⁰⁸ LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/ FUMEC, 2008.

Isso, a princípio, pode parecer uma contradição. *A priori* porque, sob detida análise, é possível vislumbrar que em ambas teorias, o que se protege é o Estado aristotélico. Portanto, a dicotomia publicismo-privatismo ao fim e a cabo representa apenas vestes ou caminhos diferentes para se chegar ao mesmo destino: preservação da relação autoridade-obediência.

É que se as teorias do processo, na medida em que buscaram conceituar seu objeto ao distingui-lo do procedimento por meio da elaboração de uma terminologia que rompesse com a etimologia, precisaram atribuir-lhe uma teleologia, gerando assim, para alguns, uma autonomia do direito processual, resta à ciência indagar dessas finalidades quanto ao aproveitamento delas à construção do Estado democrático de direito. Daí, impõe-se passar por Fazzalari, porquanto sua teoria confronta-se com a teoria da relação jurídica e, assim, abre espaço a um debate acerca da negociabilidade processual na contemporaneidade.

3.1.2 Teoria estruturalista do processo.

Embora o próprio Bülow tenha ressaltado que os romanos já não se contentaram com a definição de processo como uma mera sequência de atos, Aroldo Plínio Gonçalves, em consonância com a doutrina majoritária¹⁰⁹, leciona que fundamentando-se em Bülow que a doutrina passou a estabelecer a distinção entre processo e procedimento com base em critérios teleológicos, de tal sorte a reagir contra a tradicional absorção do processo no procedimento como uma mera sucessão de atos.¹¹⁰ Seguindo, então, o desafio de se distinguir processo e

¹⁰⁹ A aceitação da teoria da relação jurídica processual, todavia, não significa afirmar, como foi feito desde o aparecimento desta, que o processo seja a própria relação, processual, isto é, que processo e relação processual sejam expressões sinônimas. Como já ficou indicado acima, o processo é uma entidade complexa, podendo ser encarado sob o aspecto dos atos que lhe dão corpo e da relação entre eles (procedimento) e igualmente sob o aspecto das relações entre os seus sujeitos (relação processual): a observação do fenômeno processo mostra que, se ele não pode ser confundido com o mero procedimento (como fazia a doutrina antiga), também não se exaure no conceito puro e simplesmente de relação jurídica processual. CINTRA, AC de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 2005. P. 301 e 302.

¹¹⁰ GONÇALVES, A. P. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2012. P. 53.

procedimento, mas sob uma perspectiva lógica,¹¹¹ é que Fazzalari teria avançado em relação a Bülow.

Ocorre que, a proposta dos relacionistas de diferenciação entre processo e procedimento pelo fato de que este é “apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; é a manifestação extrínseca deste, a sua realidade fenomenológica perceptível”¹¹², enquanto que o processo é “essencialmente teleológico, porque ele se caracteriza por sua finalidade de exercício do poder”¹¹³, é frustrante. É que, conforme Rosemiro Pereira Leal, não há explicação, por parte dos adeptos de Bülow, do que seja esse *meio*.¹¹⁴

o que dela se conclui é uma *confusão* tormentosa entre processo e procedimento, porque os seus adeptos, na tentativa desesperada de distingui-los, hermetizam, ainda mais, os conceitos de Bülow, ao proclamarem que o *procedimento* é a manifestação fenomênica do processo ou ‘meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve e termina o processo. Aqui, neste conceito, nada se explica sobre a origem desse ‘meio’. (LEAL, 2021; p. 100)

Embora a distinção de processo e procedimento feita por Fazzalari ainda tenha pecado por se encaixar na taxonomia aristotélica, não há como negar que com o processualista italiano, pela primeira vez, foi enunciada uma proposição passível de crítica. Assim Fazzalari que pela primeira vez distinguiu cientificamente processo de procedimento. Nesse sentido, afirmar, ao explicar a teoria estruturalista, que “o processo é procedimento realizado mediante o desenvolvimento da relação entre seus sujeitos, presente o contraditório”¹¹⁵ é promover um embaraço, porquanto a teoria de Bülow e de Fazzalari não são compatíveis.

Com efeito, Fazzalari se preveniu do sincretismo que Cintra, Dinamarco e Grinover tentaram promover, ao explicitar em sua obra *Instituições de direito processual* que

¹¹¹ GONÇALVES, A. P. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2012. P. 56.

¹¹² CINTRA, AC de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 2005. P. 295.

¹¹³ CINTRA, AC de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 2005. P. 295.

¹¹⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 15. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2021. P. 100.

¹¹⁵ CINTRA, AC de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 2005. P. 303.

ao esquema de direito subjetivo relativo equipara-se a velha e gloriosa figura da relação jurídica, modelada pela pandetística alemã¹¹⁶ e nela imperante, mas já em declínio exatamente pela impossibilidade de empregá-la em relação a complexas relações entre normas. Pensa-se, aliás, no emprego impróprio que do esquema da relação jurídica por tanto se fez a fim de definir a estrutura do processo. (Fazzalari, 2006; p. 85)¹¹⁷.

Ignoram, portanto, os adeptos de Bülow, que seus críticos se atentaram ao problema da relação jurídica: “o problema que se coloca ao se considerar o processo como uma relação jurídica é o problema da própria relação jurídica”.¹¹⁸ É que Fazzalari, ao discorrer acerca da estrutura da norma, explica que o direito subjetivo, como uma de suas faces, implica em proeminência de um sujeito em relação a outro, mesmo que, para Fazzalari, essa posição favorecida se direcione a um objeto, e não mais ao outro sujeito diretamente tal como se entendia na doutrina clássica do direito subjetivo.

Ao dissertar sobre a história da doutrina da relação jurídica, Francisco Amaral ressalta que por um “processo de *extensão*” que o conceito de relação jurídica, originário do direito civil, passou a ser utilizado por outros ramos do direito. Nessa evolução histórica, pode-se destacar a doutrina de Savigny como representante da concepção clássica do direito subjetivo, contrapondo-se à fazzalariana, sendo esta decorrente de críticas àquela pela sua condução à subalternização da pessoa humana.¹¹⁹

Quando Savigny aduz que “toda relação jurídica aparece-nos como relação de pessoa a pessoa, determinada por uma regra de direito que confere a cada

¹¹⁶ O conceito de relação jurídica é produto da pandectística alemã. Introduzido por Savigny, consiste, ainda hoje, em uma das mais importantes categorias da técnica jurídica do direito privado e um dos mais importantes critérios de orientação da teoria geral do direito. Embora noção antiga, com antecedentes no direito romano (*iuris vinculum*, *nexum*, *coniunctio*), e no direito canônico medieval em matéria de casamento (*relatio*), foi com a pandectística alemã que se alçou à condição de conceito básico do sistema jurídico, considerando “relação de pessoa a pessoa, determinada por uma regra jurídica”. Era, assim, uma relação de vida reconhecida pelo direito. Com o envolver do direito civil, a relação jurídica passa a considerar-se um nexu jurídico entre pessoas, significando a palavra nexu um vínculo, uma relação poder-dever entre duas pessoas. AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 161 e 162.

¹¹⁷ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. trad. Português Elaine Nassif-Campinas: Bookseller, 2006. P. 85.

¹¹⁸ GONÇALVES, A. P. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2012. P. 83.

¹¹⁹ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 165.

sujeito um domínio onde sua vontade reina independentemente de qualquer vontade estranha”¹²⁰, o que fica explícita é, como leciona Francisco Amaral, a adoção da primeira concepção teórica da relação jurídica, qual seja, a *personalista*, que é tida como clássica e dominante, e anterior à concepção *normativista*. A diferença entre ambas é que a primeira defende que a relação se dá entre pessoas, enquanto a segunda advoga que a relação é vínculo entre os respectivos sujeitos e o ordenamento jurídico.¹²¹

No entanto, na medida em que Francisco Amaral elenca Kelsen como adepto da teoria da relação jurídica *normativista*, indica-se que esta espécie (*normativista*), que se aproxima da tese que Fazzalari subscreve, seja problemática. Em outras palavras, talvez não seja uma espécie, mas um gênero, uma vez que Caio Mário da Silva Pereira, por exemplo, assevera que Kelsen nega o direito subjetivo¹²² e, diante da negação deste, torna-se controversa a defesa da teoria da relação jurídica.¹²³

É a afinidade entre o direito subjetivo enquanto vínculo de sujeição entre indivíduos e a teoria da relação jurídica que faz com que seja equivocada a tentativa de conciliação entre Fazzalari e Bülow tal como feita por Cintra, Dinamarco e Grinover. Aliás, diante da asserção fazzalariana de que o marco distintivo de *processo* e *procedimento* é o *contraditório*, e que este é realizado em simétrica paridade entre as partes, não há como falar em sujeição do réu ao autor, ou vice-versa. Tampouco, em Fazzalari, poder-se ia falar em sujeição das partes à autoridade, porque o principal ato do processo, isto é, o provimento final, deve ser,

¹²⁰ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 162.

¹²¹ AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 167.

¹²² PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de direito civil: volume 1: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil**. 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2000. P. 20.

¹²³ Ihering identifica a relação jurídica com o direito subjetivo dizendo que todos os direitos privados, exceto os de personalidade, dariam fundamento a uma relação jurídica entre o titular e o mundo exterior, pessoas e coisas. Todo direito seria, portanto, ao mesmo tempo, uma relação jurídica, em que se distinguiria um lado ativo e um lado passivo, sendo que grande parte da doutrina posterior a Ihering tende a identificar a relação jurídica com o conteúdo dos direitos subjetivos, como ocorre com Gierke, Max Weber, Francesco Ferrara. AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. P. 163. Chiovenda afirma que todo direito subjetivo pressupõe (como sua fonte ou causa imediata) uma relação entre duas ou mais pessoas, regulada pela vontade da lei e formada pela verificação de um fato, sendo que quando uma relação entre homens é regulada pela vontade da lei, qualifica-se de relação jurídica. Calamandrei, ao passo que distingue os momentos da *obrigação* e da *sujeição*, parece equiparar a *relação jurídica* ao *direito subjetivo*, já que anota que a este corresponde uma obrigação, e que a relação jurídica entre os particulares não é nunca um poder de sujeição entre homens, mas apenas, num primeiro momento, uma expectativa do titular do direito que, para satisfação do próprio interesse, conta com a voluntária colaboração do obrigado. Clóvis Beviláqua anota que a relação jurídica traduz o poder de realização do direito subjetivo, e contém a sua essência.

na teoria estruturalista, sob pena de nulidade, construído pelas partes em observância aos respectivos ônus e não deveres. Por isso é que Aroldo Plínio, dentre tantas passagens brilhantes quando da explicação da incompatibilidade da relação jurídica com o estruturalismo fazzalariano, anota que:¹²⁴

No exercício de faculdades ou poderes, nos atos processuais, a parte sequer se dirige à outra, mas sim ao juiz, que conduz o processo. E, do juiz, as partes não exigem conduta ou atos. Mesmo a doutrina tradicional já via a dificuldade de se sustentar o poder da parte sobre a conduta do juiz, resolvendo a questão pela concepção de que “a relação” entre eles, juiz e parte, seria de “subordinação”. Não há relação jurídica entre o juiz e a parte, ou ambas as partes, porque ele não pode exigir delas qualquer conduta, ou a prática de qualquer ato, podendo, qualquer das partes, resolver suas faculdades, poderes e deveres em ônus, ao suportar as consequências desfavoráveis que possam advir de sua omissão (...) Inexistindo vínculo entre sujeitos, pelo qual atos possam ser exigidos, pelo qual condutas possam ser impostas entre as partes e o juiz, não há como se aplicar ao processo a figura da relação jurídica que, conforme se expôs, construída no século XIX, fruto do individualismo jurídico, já não encontra terreno propício para continuar vicejando no Direito. (GONÇALVES, 2012; P. 84 e 85).

O avanço da teoria estruturalista do processo frente à teoria da relação jurídica se dá, portanto, na rejeição do direito subjetivo e seu intrínseco autoritarismo como essência do processo. Contudo, essa distinção suplica considerações sobre a dicotomia público-privado com relação ao processo, que é o que mais interessa ao exame dos negócios jurídicos processuais.

Como explica Aroldo Plínio Gonçalves, a própria distinção entre processo e procedimento com base na existência de uma teleologia apenas no primeiro é problemática, haja vista que se o procedimento, segundo os relacionistas, é meio necessário à existência do processo, há nele uma intrínseca finalidade, contida na sua funcionalidade enquanto técnica.¹²⁵ Outrossim, para a presente dissertação,

¹²⁴ GONÇALVES, A. P. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2012. P. 84 e 85.

¹²⁵ A distinção pelo critério teleológico propicia ao processo a abertura de um leque de finalidades, dentre as quais a atuação do direito, mas suscita, dentre outras questões um problema para o qual não se encontra resposta adequada. É que, se o procedimento se constitui em meio necessário, (pois não se aboliu, ainda, a necessidade da existência do procedimento), para a existência, ou o

esse problema da suposta neutralidade do procedimento e da atribuição de uma teleologia ao processo é tema que precisa ser expandido.

O problema de todo esse embate entre os enunciados da teoria da relação jurídica e da teoria estruturalista reside na compreensão do processo e do procedimento como matérias de direito público ou de direito privado. Apesar de Bülow ter afirmado que processo é relação jurídica de direito público, nem mesmo nesta teoria é simples, como a princípio parece, enquadrar seu objeto (o processo) como ramo do direito público. Ao revés, André Cordeiro Leal já ressaltou essa controversa publicização do processo por meio de uma teoria do direito privado:¹²⁶

a opção pela relação jurídica como marco de compreensão daquilo que se denominaria “processo” tem desdobramentos teóricos embaraçosos, alguns deles já diversas vezes apontados por aqueles que se contrapuseram à proposta bülowiana. O primeiro é o de que, embora Bülow houvesse demonstrado que o que chama de “processo” não se confundiria com o direito debatido entre partes, adotou o modelo da *relação jurídica* oriundo de um enfoque privatístico do direito, apenas adaptando-o às bases do direito público, mantendo-se intocada, no entanto, a questão do vínculo de subordinação entre pessoas, fundamento típico do direito privado obrigacional. (LEAL, André Cordeiro, 2008; p. 28).

Quem, embora não processualista, reforça não só a desconfiança na neutralidade da teoria da relação jurídica, senão que a exposição das fontes individualistas desta, é Francisco Amaral:

Se o Código Civil francês foi produto de uma concepção antropocêntrica, colocando o homem no centro do universo jurídico, a pandectística alemã tinha a pretensão de ser estritamente científica, neutra, rejeitando todo e qualquer sistema de ideias que servisse de fundamento ao direito. Este seria apenas um conjunto ordenado e unitário de elementos, entre os quais, alguns conceitos dedutíveis uns

desenvolvimento, ou a ordenação, do processo, tem, então, o caráter teleológico que toda técnica intrinsecamente comporta, como meio idôneo para atingir finalidades. Mesmo considerado como série de atos, como forma de ordenação, como meio de se estamparem os atos do processo, o procedimento estaria impregnado de sentido teleológico, porque sua finalidade, já explícita em sua funcionalidade, não poderia ser negada.

GONÇALVES, A. P. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2012. P. 54 e 55.

¹²⁶ LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/ FUMEC, 2008. P. 28.

dos outros, conceitos fluidos, como o da relação jurídica. Ocorre que o direito, tanto no seu sistema quanto nos seus conceitos e categorias, não é neutro. Suas normas representam os valores que se defendem e realizam, de modo que não se pode separar os preceitos jurídicos desses princípios que os fundamentam e legitimam. Conseqüentemente, sendo o Código Civil francês e a ciência das pandectas produto cultural do mesmo século e do mesmo conjunto de ideias, o individualismo, o princípio fundamental é a liberdade como imperativo categórico, expressa na mais ampla esfera de autonomia que se realiza nos institutos da propriedade, do contrato e da transmissão da herança. (...) Fundamento ideológico da relação jurídica, pelo menos na concepção personalista, é, assim, o individualismo, que tem como corolários imediatos o liberalismo, no campo político, e o capitalismo, no campo econômico. E a prova de que a teoria da relação jurídica tem suas raízes no individualismo dos iluministas está no fato de que um dos mais representativos cultores, Emmanuel Kant, considerava o direito como relação. Daí poder dizer-se que os seus fundamentos axiológicos são a moral Kantiana e a doutrina liberal-democrática, e seu campo de incidência a experiência jurídica privada. (AMARAL, 2006. P. 165 e 166).

Essa aproximação entre a o privatismo da relação jurídica e o publicismo parece, *a priori*, contraditória, mas não o é. O problema de se enquadrar processo e procedimento temas do direito público é comum na doutrina especializada. Couture, por exemplo, que atribui ao processo uma finalidade, que é a de “fazer cessar o conflito, mediante um debate preordenado, por ato de autoridade”¹²⁷, defende que “esse fim é privado e público ao mesmo tempo”¹²⁸. Eis as razões por ele apontadas¹²⁹:

É privado, no que diz respeito às próprias partes, por ter feito cessar o conflito. Ao autor assegura a efetividade de seu direito, quando sua pretensão é justa: ao réu assegura a improcedência da ação, quando a oposição é justa. Ao lado desse interesse privado, todavia, o processo tem uma finalidade que interessa à comunidade. Essa finalidade de caráter público consiste em garantir a efetividade

¹²⁷ COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. P. 45.

¹²⁸ COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. P. 45.

¹²⁹ COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. P. 45 e 46.

integral do direito. O processo é um instrumento de produção jurídica e uma forma incessante de realização do direito. Este se realiza, positivamente, nas sentenças judiciais e a elas se chega apenas mediante o processo. (COUTURE, 2001; p. 45 e 46).

Fazzalari, por sua vez, aponta que no processo se desenvolvem atividades de direito público e de direito privado,¹³⁰ sendo que “o direito público não se limita a disciplinar o ato final, mas também toda uma série de atividades preparatórias daquele ato”,¹³¹ enquanto que se pode rotular de *direito privado* “as normas que disciplinam as condutas dos concidadãos nas suas recíprocas relações”.¹³² Ainda está consignado nas *Instituições de direito processual* que “enquanto pelas normas de direito público é acentuada a posição predominante da autoridade sobre cidadão, pelas normas de direito privado é realizada uma condição de substancial paridade entre os sujeitos”.¹³³ Assim, se para Fazzalari o processo não pode se fundamentar numa teoria que tenha por base o direito subjetivo (relação jurídica), e, como exposto, o direito público se relaciona com a predominância da autoridade sobre o cidadão, não pode o procedimento em contraditório ser regido apenas por normas de direito público.¹³⁴

O que se pretende demonstrar é que avaliar a negociabilidade procedimental pela mera caracterização do procedimento como matéria de ordem pública é, de acordo com a doutrina, medida precipitada, visto que mesmo entre os processualistas é controversa essa qualidade do procedimento ou processo. Se se der atenção ao que dizem os civilistas, tampouco há ganhos, porquanto Caio Mário da Silva Pereira, tal como Fazzalari, defende que a qualidade do direito não se

¹³⁰ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. trad. Português Elaine Nassif–Campinas: Bookseller, 2006. P. 27.

¹³¹ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. trad. Português Elaine Nassif–Campinas: Bookseller, 2006. P. 32.

¹³² FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. trad. Português Elaine Nassif–Campinas: Bookseller, 2006. P. 34.

¹³³ FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. trad. Português Elaine Nassif–Campinas: Bookseller, 2006. P. 35.

¹³⁴ Fazzalari considera possível a distinção entre normas públicas e privadas em razão de uma homogeneidade de significados em cada uma das espécies: Ainda que, no âmbito do ordenamento, seja possível colher um conjunto bastante vasto de normas que disciplinam as relações entre o Estado e os cidadãos, isto é, entre os órgãos munidos de império e os sujeitos submetidos a tal império (os súditos), cada uma de tais normas, e todas, revelam (seja pela forma, seja pelo conteúdo da própria disciplina) aspectos e elementos peculiares. Há, portanto, uma homogeneidade de significados entre elas; e, sobre essa base, podem reunir-se aspectos comuns sob a insígnia de “direito público”: donde a qualificação “público” é a síntese daquelas peculiares características”. FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. trad. Português Elaine Nassif–Campinas: Bookseller, 2006. P. 34.

determina pelos sujeitos que integram a relação jurídica,¹³⁵ de tal forma que não se poderia caracterizar o processo ou o procedimento como direito público pelo simples fato de neste se regular uma série de atos em que o Estado-juiz esteja relacionado.

O que, nesse debate acerca da dicotomia *direito público-direito privado*, se pode extrair de mais relevante na obra de Fazzalari é que a norma não se qualifica como pública ou privada em razão de seus elaboradores. Veja nas palavras do autor:¹³⁶

Quanto ao “direito privado”, deve-se observar que as normas que o compõem não se distinguem daquelas que constituem o chamado direito público pelo fato que as segundas sejam emanadas pelos poderes públicos e as primeiras sejam criadas pelas pessoas privadas. Uma distinção feita dessa maneira, que foi possível instituir em alguns momentos da história, é hoje totalmente privada de fundamento. Com efeito, todas as normas de direito público e/ou direito privado são emanadas pelo Estado, principalmente pelos órgãos do Estado aos quais a nossa Constituição confere o “poder legislativo”, isto é, justamente, o poder de fazer leis. Desse ponto de vista – da ordem e da força das normas -, todas as normas do nosso ordenamento jurídico estatal são direito (objetivo) público.

Discorrer sobre a importância deste discurso fazzalariano requer, no entanto, passagem pela teoria processual neoinstitucionalista do direito, vez que esta é que vai encaminhar proposições que possibilitam a ampliação da tese de Fazzalari na abordagem dos negócios jurídicos processuais.

3.1.2 Teoria processual neoinstitucionalista do direito.

Embora, na contramão da doutrina, Rosemiro Pereira Leal indique que somente com Fazzalari que a ciência do processo teve seu início,¹³⁷ uma vez que, enquanto seus predecessores elaboraram doutrinas que mostraram-se “insatisfatórias, e até confusas, para discernir o instituto do *procedimento* em face do

¹³⁵ PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de direito civil: volume 1: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil**. 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2000. P. 32.

¹³⁶FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. trad. *Português Elaine Nassif–Campinas: Bookseller*, 2006. P. 33 e 34.

¹³⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 15. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2021. P. 102.

processo”,¹³⁸ a teoria estruturalista desvincula-se de uma sacralização ao definir o *processo* de forma “rigorosamente taxionômica”,¹³⁹ o autor da teoria processual neoinstitucionalista do direito entendeu ser necessário não acolher a oferta fazzalariana. Através da explicação da rejeição da teoria estruturalista é que se pode alcançar um desenvolvimento do problema da negociabilidade processual.

Na medida em que Rosemiro Pereira Leal anota que o problema da teoria estruturalista foi não ter, ao diferenciar processo de procedimento, posicionado o *contraditório* como um direito-garantia, mas apenas como uma “qualidade que devesse ser incorporada por parâmetros doutrinários ou fenomênicos ao procedimento pela atividade jurisdicional”,¹⁴⁰ indica-se que, a despeito dos méritos de Fazzalari, é preciso, para a implementação de um Estado democrático de direito, avançar na teorização do processo. Nesse sentido que Rosemiro Leal aduz que sua teoria “nenhuma relação apresenta com as demais teorias que, ao se proporem a instrumentalizar soluções de conflitos numa sociedade pressuposta, não se comprometem com a autoinclusão processual de todos nos *direitos fundamentais*”.¹⁴¹

A teoria processual neoinstitucionalista do direito destacou-se das demais porque apenas nela que o processo foi considerado mais do que um mero ramo do direito. Ao entender o processo como a linguagem do direito, Rosemiro Pereira Leal rompeu com Fazzalari, porque sendo o processo apenas uma espécie de procedimento qualificada pelo *contraditório* não há como se esperar dele qualquer função de efetivação de direitos fundamentais. Em outras palavras, na medida em que todos os direitos chamados *materiais* dependem de uma linguagem própria para serem acertados e executados, Rosemiro Leal conjecturou que essa linguagem, o *processo*, deveria ser o caminho para se reestruturar o direito, de tal forma a libertá-lo de seus valores republicanos.

¹³⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 15. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2021. P. 111.

¹³⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 15. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2021. P. 112.

¹⁴⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 15. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2021. P. 104.

¹⁴¹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 15. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2021. P. 107.

É claro que dessa nova proposta de compreensão do processo se extrai um retorno à Bülow no que toca a uma atribuição de finalidade ao processo. Se, então, Fazzalari foi o primeiro a conseguir distinguir precisamente *processo* de *procedimento*, mas o fez por um critério estritamente lógico, destituindo o *processo* de uma teleologia, Rosemiro Leal aproveitou a teoria do procedimento fazzalariana, contudo, de maneira a distinguir *processo* de *procedimento*, atribuindo àquele uma finalidade.

Processo, segundo a teoria processual neoinstitucionalista do direito, não mais se distingue do procedimento por uma diferença específica (qualidade do contraditório), mas deve regenciar este, exercendo sua função de metalinguagem do direito. A importância dessas considerações, com efeito, pode ser vislumbrada ao passo que, ao se adotar a teoria processual neoinstitucionalista do direito como marco teórico, pouco importa atribuir ao processo e ao procedimento uma *natureza* de direito público ou de direito privado.

Prescinde-se dessa dicotomia direito público e direito privado em razão justamente da teleologia do processo. Nesse sentido, aliás, são aproveitáveis as considerações fazzalarianas a respeito da fonte da norma, que é sempre o Estado. No entanto, enquanto Fazzalari enunciou este posicionamento com vistas a apenas refutar a corrente diferenciação a seu tempo ainda em moda quanto à distinção entre normas de direito público e privado, para a teoria processual neoinstitucionalista do direito é possível assinalar maiores consequências.

Para se explicar as implicações desta discussão na TPND, talvez seja conveniente traçar um conflito entre Chiovenda e Fazzalari a respeito da lei. Chiovenda inicia sua obra *Instituições de direito processual civil* alegando que a lei representa a vontade coletiva e tem o mesmo escopo do Estado. O trecho merece transcrição:¹⁴²

A lei em sentido lato (ou direito objetivo) é a manifestação da vontade coletiva geral, destinada a regular a atividade dos cidadãos ou dos órgãos públicos. O escopo a que esta vontade mira, como o escopo do Estado é dúplice: a) Prover a *conservação* dos sujeitos jurídicos, assim como à de sua organização política (Estado), e dos bens que

¹⁴² CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. I. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. P. 3.

se lhes consideram próprios; b) Regular a *atribuição* dos bens da vida aos diferentes sujeitos jurídicos. (CHIOVENDA, 1969; p. 3)

Fazzalari, por sua vez, aduz que o consenso não é indispensável à norma, “já que foram e são normas consideradas vinculantes também por quem não as aprova”,¹⁴³ sendo o direito “constituído pelo conjunto de normas jurídicas e de condutas a elas referentes cujo encontro tende a realizar a ordem de uma dada sociedade”¹⁴⁴.

Fazzalari e Chiovenda discordam, então, acerca da representatividade das normas em relação à vontade dos jurisdicionados, porém concordam quanto à utilidade delas à manutenção do Estado, fato este que é caro à demonstração do rompimento da TPND com as teorias antecessoras a ela. É que embora Fazzalari seja mais lúcido que Chiovenda no que toca à mitificação da lei, ele não consegue, pelo processo, conjecturar alternativas a essa manutenção da ordem. Em outras palavras, enquanto Chiovenda sequer dá o primeiro passo na compreensão de que a lei que conserva o Estado não advém de um consenso, Fazzalari percebe o problema, porquanto adverte que a ordem é mantida por leis que não são legitimadas por um pressuposto contrato social, mas sequer esboça uma preocupação em resolvê-lo.

Chiovenda, como um bom adepto de Bülow, imagina o Estado como um ente mítico que a todos salva, promovendo um bem comum, através de seu instrumento mágico (lei) que somente pode ser lido pelos magnânimos magistrados, superdotados de uma sensibilidade que lhes capacita à interpretação e afirmação da vontade concreta da lei. Fazzalari ao menos se atentou à retoricidade da lei legislada. Contudo, em ambos se percebe que o conjunto de normas, independentemente da publicidade de umas e privacidade de outras, serve à manutenção do Estado. Daí o que importa é pensar a qual tipo de Estado essas normas prestam auxílio, problema este que é central para a teoria processual neoinstitucionalista do direito.

O que Rosemiro Leal entendeu é que seja no Estado social ou liberal de direito, o objetivo da norma é manter a ordem a que se refere o Estado platônico-

¹⁴³ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. trad. Português Elaine Nassif–Campinas: Bookseller, 2006. P. 52.

¹⁴⁴ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. trad. Português Elaine Nassif–Campinas: Bookseller, 2006. P. 52.

aristotélico, isto é, o republicano. Neste Estado, que tem a *natureza* como sua fonte, impera a *causa final* de tal forma que, se o homem tem por fim basta-se a si mesmo e não o atinge sem se associar a outrem, não tem como o homem não se submeter à obediência. Daí que Aristóteles afirma que “aquele que não pode viver em sociedade, ou que nada precisa por basta-se a si próprio, não faz parte do Estado; é um broto ou um deus”, e que aquele que por ser incapaz de se submeter a qualquer obediência não faz parte de uma cidade é um ser vil ou superior ao homem.¹⁴⁵ Em outras palavras, o Estado aristotélico é republicano e, portanto, fundamentado na *natureza* que prescreve relações de autoridade e obediência, conforme a teoria da alma platônica.

Para romper com esse Estado republicano, e considerando ser o *processo* a linguagem do direito, é que Rosemiro Leal tornou a atribuir ao processo uma teleologia. É que, como já notado por Aroldo Plínio Gonçalves, até mesmo o procedimento há de ter uma finalidade, sendo ingênua a afirmação da escola relacionista de que ele seria uma mera formalidade. Mas, nenhuma teoria do processo antecedente à TPND ousou a regular essa finalidade do procedimento.

Coube a Rosemiro Leal a constatação de que sendo o procedimento uma técnica, inevitavelmente também é ideologizado, assim como o restante dos institutos jurídicos. De tal maneira, para se criar um direito apto a promover uma ruptura com o Estado aristotélico em qualquer das suas vertentes (liberal ou social), faz-se necessário conjecturar uma teoria que seja sua metalinguagem. Nas palavras do autor da TPND, “a desideologização da *técnica* em direito suplica passagem pela teorização da técnica como esse proceder que se estrutura por atos jurídicos sequenciais”.¹⁴⁶

Assim, o processo na TPND não se relaciona com o procedimento apenas taxionomicamente, mas por reger este como metalinguagem. Esta foi a saída conjecturada por Rosemiro Leal para retirar o direito de sua histórica condição de

¹⁴⁵ ARISTÓTELES. **A política**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017. P. 20.

¹⁴⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 15. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2021. P. 52.

superestrutura. Nesse sentido, vale a transcrição literal de parte da exposição feita acerca da epistemologia quadripartite (técnica-ciência-teoria-crítica):¹⁴⁷

Em direito, o que nos sobra dessa exposição é o propósito de que algum dia a *técnica jurídica*, por pressupor a existência de uma estrutura de atos jurídicos sequenciais, não seja conduzida por saberes jurisdicionais induzidos de transcendentalidades imunes à fiscalidade de uma *ciência* processual cujos fundamentos não estejam numa razão iluminada *a priori* em que *juízos de direito* venham a assumir o significado de critérios demarcantes da movimentação de direitos constitucionalmente produzidos e regidos pelo *devido processo* desde o nível instituinte ao nível instituído do sistema normativo. (LEAL, 2021; p. 54)

Daí que o processo foi definido pela TPND como uma “instituição jurídico-linguístico-autocrítica de criação, atuação, modificação e extinção de direitos e deveres”, sendo que a regência dessas ações a serem feitas por meio do processo se dá pelos institutos *metalinguístico-argumentativos* que o compõem, quais sejam, o do contraditório, da ampla defesa e da isonomia.

Pensando o processo nessa nova perspectiva, não há como estudar a negociabilidade procedimental apenas na perspectiva de ser o procedimento regulado por normas públicas ou privadas. O que há de ser respeitado é que o procedimento, no âmbito da TPND, deve guardar consonância com os institutos que definem a instituição do processo, de sorte a propiciarem ganhos sistêmicos.

A rigor, os procedimentos na TPND compõem o *devido processo legal*, na medida em que são criados e regidos pelo *devido processo* para operar, fiscalizar e assegurar direitos e deveres contidos no discurso coinstitucional.¹⁴⁸ Em razão dessa regência efetuada pelo *devido processo*, os procedimentos, então, devem sempre se destinar à redução de incertezas, pois o *devido* na TPND não tem relação com o dever-ser kelseniano, no qual se abandona qualquer preocupação com a causa, mas impõe-se consequências mediante condições não pesquisadas. O *devido* na TPND é voltado a um *dever* redutor de incertezas irreparavelmente danosas à

¹⁴⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 15. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2021. P. 54.

¹⁴⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 15. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2021. P. 47.

existência minimamente digna para o homem, sendo a dignidade, no discurso em questão, não aquela kantiana, mas um direito irrestrito de autoilustração sobre os fundamentos do sistema processualmente implantado.¹⁴⁹

Assim, em sendo o *processo*, nos contornos lhe atribuídos pela TPND, a teoria da lei no Estado democrático, dois pontos que vem permeando a discussão acerca dos negócios jurídicos processuais passam a receber novas respostas. Em primeiro lugar, resolve-se a questão nomenclatural, isto é, passa-se a ser possível afastar o sincretismo presente no CPC/15 para se afirmar que os negócios tal como positivados tratam-se de ajustes *procedimentais*, e não *processuais*. O segundo ponto é que a dicotomia público-privado não deve ser ignorada, pois desperta problemas, mas, uma vez adotada a TPND, ela é insignificante na consideração dos negócios procedimentais.

Sobre a análise do instituto dos negócios processuais (a rigor, procedimentais) na perspectiva da dicotomia público-privado, ainda serão feitas mais considerações no que se relaciona com a TPND. Antes, porém, far-se-á um percurso sobre a história dos negócios processuais e seu tratamento na doutrina.

3.2 História dos negócios processuais.

Não à toa que os estudos recentes acerca dos negócios jurídicos processuais se ocuparam da relação do processo com a histórica dicotomia direito público e direito privado. É que por ser o instituto do negócio jurídico do direito privado um percussor e referente do negócio jurídico processual, este, sob a ótica de sua existência, validade e eficácia, remete às teorias do processo no que tange à evolução desta instituição como objeto de uma ciência autônoma dentro do direito. Dito de outra forma, a organização do direito processual como conjunto de conhecimentos que, em tese, escapam ao direito privado é tema preliminar ao estudo dos negócios processuais. Nesse contexto, ora se tende ao publicismo para se combater os negócios processuais, ora, para defendê-los, apologiza-se o privatismo, sendo, no entanto, possível encontrar até mesmo quem defenda um

¹⁴⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 15. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2021. P. 47.

misterioso equilíbrio “entre a autonomia privada e a autonomia pública, o que já significa pensar o espaço público numa dimensão democrática”.¹⁵⁰ Minha tese é que tais posicionamentos são inevitáveis diante da desconsideração dos problemas epistemológicos suscitados no capítulo anterior. No presente capítulo pretender-se-á explicitar a problemática.

Diante da evolução do conceito de processo na história do direito, virou praxe entre os processualistas dizer, como o faz Alexandre Freitas Câmara, que o direito processual somente “adquiriu autonomia científica, em meados do século XIX, através da obra de Oskar Von Bülow”.¹⁵¹ Isto, pois, até Bülow, para os que pensam no mesmo sentido de Câmara, não se havia conceituado o processo numa perspectiva não privatística.

Ocorre que quando os processualistas assim argumentam, não cogitam eles da vertente epistemológica na qual estão enredados. É que, como dito nas linhas anteriores, ciência é a tradução da palavra grega *episteme*, e esta, como visto, pode carregar, a depender da linha filosófica adotada, em seu significado a noção de certeza (epi + steme = estar sobre). Assim, embora não explicitem os fundamentos que lhes habilitam, ao falar da cientificização do processo, entendem que, após longos séculos, passaram a conseguir intuir sua verdadeira definição. Em Alexandre Freitas Câmara isto fica exposto na medida em que diz que “a meu sentir, várias daquelas teorias que expus podem ser tidas como adequadas a uma razoável explicação do fenômeno processual”¹⁵², bem como, ao apresentar uma distinção entre a natureza jurídica e a definição do processo, aduz que a diferença é “facilmente perceptível”.¹⁵³

Ao dizer da compreensão do processo por meio de sua percepção como “fenômeno” ou “entidade complexa”,¹⁵⁴ Freitas Câmara sequer entra na discussão sobre os limites da compreensão humana, tal como exposto no capítulo

¹⁵⁰ GIANNAKOS, Demétrio Beck da Silva. *Negócios jurídicos processuais e análise econômica*. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. P. 83.

¹⁵¹ CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual civil**: volume 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 126.

¹⁵² CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual civil**: volume 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 131 e 132.

¹⁵³ CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual civil**: volume 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 133.

¹⁵⁴ CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual civil**: volume 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P.131

antecedente. As palavras “fenômeno”, “entidade” e “real” são utilizadas prodigamente como se elas não comportassem problemas que já renderam mais de dois milênios de discussão. Assim, o que faz o eminente processualista é, quando da exposição das teorias do processo, dizer que uma diferenciação teórica acerca das disposições geométricas da relação jurídica processual é irrelevante por “gerar os mesmos resultados teóricos e práticos, sendo a divergência muito mais acadêmica que real”;¹⁵⁵ afirmar sem explicar que uma teoria “obviamente não teve grande aceitação”¹⁵⁶ (teoria do processo como quase-contrato); ou que, a seu sentir, várias das teorias podem ser tidas como adequadas a uma razoável explicação do fenômeno processual,¹⁵⁷ sem explicar o que seja “adequado” e “razoável”.

Ao invés de utilizar uma teoria para escolher teorias tal como proposto por Popper (preferência teórica e preferência pragmática), Freitas Câmara julga o que foi produzido cientificamente pela adesão da maioria, de modo a não apenas crer num consenso subjetivista, como fundamento de escolha racional, mas também explicita que, nessa tomada de decisão, relevantíssima é a envergadura social daqueles que compõe a maioria, num aberto discurso de autoridade: “a teoria do processo como entidade complexa, que tem tido boa aceitação por parte da mais recente e autorizada doutrina brasileira, é a tese que me parece mais adequada para definir o processo”.¹⁵⁸

Como pano de fundo de toda retórica apontada na obra de Freitas Câmara tem-se a metodologia. O que faltou ao eminente jurista foi estudos epistemológicos que lhe advertissem da necessidade de uma teoria para se fazer escolhas entre teorias, tendo em vista que o processo, como objeto linguístico, não pode ser capturado pelo homem a ponto de ser desvendada sua natureza e, por conseguinte, ser possível afirmar que uma definição seja acertada enquanto descrição de uma percepção certa, fidedigna, privada de incorreções. Diante dessa desatenção epistemológica é que Freitas Câmara entende que “muitas das dissidências sobre o

¹⁵⁵ CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual civil** : volume 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 128.

¹⁵⁶ CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual civil** : volume 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 126.

¹⁵⁷ CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual civil** : volume 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 132.

¹⁵⁸ CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual civil** : volume 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 131.

processo teriam sido superadas se houvesse clara noção de que natureza jurídica e conceito são ideias que não se confundem”.¹⁵⁹

Assim, Câmara defende que não é preciso optar pela teoria de Fazzalari (processo como procedimento em contraditório) em detrimento da teoria de Bülow (teoria da relação jurídica), posto que esta diz respeito à natureza jurídica do processo, enquanto que aquela é uma definição, de modo que ao juízo de Câmara processo seria procedimento, realizado em contraditório, animado pela relação jurídica.¹⁶⁰ A argumentação de Freitas Câmara é que natureza jurídica remete à classificação dos seres vivos, em espécies, gêneros, famílias, ordens, classes, filos e reinos, sucedendo que o processo “não guarda elementos em comum com nenhum outro instituto jurídico”,¹⁶¹ sendo, portanto, gênero (relação jurídica), enquanto que o conceito é, segundo o Dicionário Aurélio a ação de formular uma ideia por meio de palavras; definição, caracterização.¹⁶² Diante disso, olvida, no entanto, o processualista de que definir, formular uma ideia por meio de palavras requer sempre a utilização de um conjunto de significados outros que permitam, mediante uma aproximação e afastamento, precisar o conteúdo semântico daquele objeto linguístico que se pretende definir. Em outras palavras, não há código linguístico que permita se definir alguma palavra sem um raciocínio analógico,¹⁶³ o que, com efeito, retoma a taxionomia aristotélica, já que esta trabalha definições pelo apontamento do gênero mais próximo e da diferença específica, isto é definir é trabalhar semelhanças e diferenças, de tal forma que é infrutífera a distinção entre natureza jurídica e conceito tal como defendido por Freitas Câmara.

¹⁵⁹ CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual civil**: volume 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 132.

¹⁶⁰ CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual civil**: volume 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 133.

¹⁶¹ CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual civil**: volume 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 132 e 133..

¹⁶² CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual civil**: volume 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 133.

¹⁶³ *Nenhuma mensagem tem sentido em si mesma*. Os elementos componentes de uma mensagem só têm sentido completo quando os correlacionamos, em nossa memória da língua, com os demais elementos linguísticos com os quais ele forma sistema. Os elementos da língua jamais apareem isolados, em nossa memória; pelo contrário, eles participam de *classes*, isto é, conjuntos de elementos que ‘se associam por um traço linguístico permanente, que é o denominador comum’ de todos esses elementos. À base desse traço estabelecem-se as diferenças e igualdades entre os elementos e as classes”. LOPES, E. **Fundamentos da lingüística contemporânea**. 20. ed. – São Paulo: Cultrix, 2008. P. 90.

Desta feita, quando Moacyr Amaral Santos manifesta sua filiação “à corrente que considera ter o processo a natureza de uma relação jurídica”, e, após, aduz que “no processo, naquela série ordenada de atos, formando uma unidade, tendentes a um fim, que é a provisão jurisdicional, se contém uma relação jurídica”,¹⁶⁴ vê-se que, antes de Freitas Câmara, e sem cogitar da diferenciação entre “conceito” e “natureza jurídica”, já se apensava o procedimento em Fazzalari com a teoria da relação jurídica. Da comparação da definição de processo de Freitas Câmara (procedimento, realizado em contraditório, animado pela relação jurídica)¹⁶⁵, com a de Moacyr Amaral Santos (série ordenada de atos, formando uma unidade, tendentes a um fim, que é a provisão jurisdicional, em que se contém uma relação jurídica)¹⁶⁶ conclui-se que a distinção entre natureza jurídica e conceito é irrelevante, pois ambos apresentaram a mesma definição sem que Amaral Santos tenha se dado ao trabalho de tentar diferenciar natureza jurídica e conceito. Em outras palavras, se a vantagem desta distinção fosse a possibilidade de definir o processo sem se abdicar de uma teoria por outra (preferir a teoria de Fazzalari pela de Bülow ou vice-versa), fica, com Moacyr Amaral Santos, exposto que ela é prescindível. Se as “dissidências do processo”¹⁶⁷ que Freitas Câmara entende como evitáveis fossem outras, caberia a ele citá-las, o que não foi feito. De tal maneira, penso que a única utilidade da suposta distinção entre natureza jurídica e conceito seja a de travestir, hermeticamente, o sincretismo desejado (mistura das teorias de Fazzalari e Bülow) de uma suposta definição rigorosamente científica.

É que com Fazzalari, os defensores da teoria da relação jurídica perceberam que, a rigor, não haviam tido êxito na discriminação de processo e procedimento ao alegarem que aquele é o meio pelo qual este se exterioriza.¹⁶⁸ A saída que encontraram foi a mistura de ambas. Contudo, o que há de se ressaltar é que esse sincretismo decorre de problemas metodológicos, assim como a distinção entre natureza jurídica e conceito.

¹⁶⁴ SANTOS, M. A.; KÖHNEN, M. B. A. S. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 25. ed. rev. e atual. / por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen. – São Paulo: Saraiva, 2007. P. 281.

¹⁶⁵ CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual civil**: volume 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 133.

¹⁶⁶ SANTOS, M. A.; KÖHNEN, M. B. A. S. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 25. ed. rev. e atual. / por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen. – São Paulo: Saraiva, 2007. P. 281.

¹⁶⁷ CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual civil**: volume 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 132.

¹⁶⁸ CINTRA, AC de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 2005.

O esforço que os processualistas empreendem no socorro da teoria da relação jurídica está impregnado de uma teoria, que é a da naturalização da ciência. Há, nesse sentido, uma busca por definir o processo de modo a contemplar o que se encontra na *praxis forense*. Já que sempre se entendeu o processo com base na sua etimologia, qual seja, caminhar para frente, e essa marcha se constitui pela prática de atos jurídicos, os processualistas precisaram se reinventar para explicar como se poderia distinguir o processo do procedimento, já que ambos guardam o mesmo sentido etimológico. Conquanto nada se esclareça ao dizer que procedimento é o meio pelo qual o processo se exterioriza, e hodiernamente esteja em moda se dizer democrático pela defesa do contraditório, aditaram este na teorização do processo sem abrir mão da máxima de Bulgarus: *judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei* (o processo é ato de três personagens: do juiz, do autor e do réu).¹⁶⁹ Em síntese, buscou-se preservar a etimologia da palavra processo como se os nomes guardassem uma imanência ao objeto, com uma dose de democraticidade pela retórica apologia ao contraditório. Nesse sentido é que se define o processo como procedimento, realizado em contraditório, animado pela relação jurídica.

Para a presente dissertação, o que se sobreleva quanto à definição de processo é que, sendo ela arraigada na etimologia, o ato jurídico é que compõe o processo ao lhe impor a marcha para frente. Todavia, cumpre perquirir se o processo na teoria da relação jurídica exige alguma qualidade do ato praticado para que se lhe atribua o adjetivo de processual. O ato processual, portanto, tem de ser objeto de estudo, sobretudo porque também por sua cogitação é que se abre caminhos à pesquisa dos negócios processuais. É o que se fará a seguir

3.3 Do ato jurídico

Falar em negócios processuais é recordar as mais profundas raízes que o direito processual tem no direito privado, haja vista que são eles uma pretendida derivação dos negócios jurídicos que, por sua vez, tratam-se de uma espécie do gênero ato jurídico.¹⁷⁰ Pensar a relevância dos negócios jurídicos processuais

¹⁶⁹ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 15. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2021. P. 100.

¹⁷⁰ PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de direito civil: volume 1: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil**. 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2000. P. 304.

requer, então, estudos sobre o ato processual, de tal forma a se remontar ao direito romano, sobretudo porque nele já se correlacionava o processo com os atos jurídicos. Em síntese, o objetivo deste item é expor as origens doutrinárias dos negócios jurídicos processuais para, a seguir, pensarmos na relação destes com as teorias do processo, o que, por fim, nos habilitará a perquirir sua capacidade contributiva à construção do Estado democrático de direito.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, a importância da teoria dos atos jurídicos é tamanha que pode ser estendida ao status de “teoria genérica de fonte formal”¹⁷¹ do direito, abrangente de todas as situações objetivas que criam poderes e deveres correlatos.¹⁷² É que conforme o renomado civilista, “todo direito subjetivo tem seus pressupostos materiais, sendo o fato jurídico o mais importante deles.”¹⁷³ O direito subjetivo, portanto, depende do direito objetivo e de um fato que com este se relacione, pois somente com essa relação é que o fato se torna relevante para o mundo jurídico, criando, modificando ou extinguindo direitos. Dessas poucas linhas que sintetizam a teoria geral do direito lecionada por Caio Mário da Silva Pereira depreende-se a relevância do fato jurídico na construção da dogmática jurídica.

O ato jurídico, por sua vez, é uma espécie do fato jurídico, já que, assim como o fato, ele tem por base a subsunção de um fato (acontecimento) a uma norma, mas sua especificidade se dá em razão de ser resultado de uma vontade humana. Dessa noção de ato jurídico é que a “doutrina alemã elaborou o conceito de negócio jurídico”.

Assim como o *ato jurídico* é espécie do gênero *fato jurídico*, o *negócio jurídico* é desdobramento do ato jurídico. Distingue-se na doutrina contemporânea o ato *lato sensu* do *stricto sensu* pela finalidade. Explica-se que o negócio jurídico trata-se do ato jurídico *stricto sensu*, haja vista ser constituído “de uma declaração de vontade dirigida na obtenção de um resultado”.¹⁷⁴ A distinção reside, então, na produção de efeitos jurídicos queridos ou *ex lege*. Se na prática do ato não se pensa em

¹⁷¹ PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de direito civil: volume 1: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil**. 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2000. P. 38.

¹⁷² PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de direito civil: volume 1: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil**. 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2000. P. 38.

¹⁷³ PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de direito civil: volume 1: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil**. 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2000. P. 290.

¹⁷⁴ PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de direito civil: volume 1: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil**. 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2000. P. 303.

consequências, isto é, estas apenas se produzem por aplicação da lei, tem-se um ato jurídico. Noutra giro, se as declarações de vontade são prestadas por uma teleologia, que, ressalte-se, não deixam de estar amparadas na lei tal como os atos jurídicos, constituem a figura do negócio jurídico. Arremata Caio Mário da Silva Pereira que “todo ato jurídico, portanto, se origina de uma emissão de vontade, mas nem toda declaração de vontade constitui um negócio jurídico”.¹⁷⁵

Com relação à distinção dos fatos e atos jurídicos, Carnelutti concorda com Caio Mário da Silva Pereira quanto à classificação pautada na relação espécie/gênero na medida em que anota que “dentro do conjunto dos fatos jurídicos, tem, como é natural, extraordinária importância a categoria dos fatos jurídicos voluntários, ou seja, dos atos jurídicos”¹⁷⁶. No entanto, ao contrário do emérito civilista, Carnelutti entende seja equivocada a correspondência entre negócios jurídicos e atos jurídicos *stricto sensu*, uma vez que classifica aqueles como uma espécie destes.¹⁷⁷

Explica Carnelutti que os atos jurídicos em sentido estrito, que são considerados, por Caio Mário da Silva Pereira como sinônimos de *negócios jurídicos*, tratam-se, na verdade, de gênero que abrange três espécies: provimentos, negócios jurídicos e atos devidos. Com efeito, na classificação carneluttiana, os negócios jurídicos se identificam com o exercício de um direito subjetivo, enquanto os provimentos são o exercício de um poder, e o ato devido, o cumprimento de uma obrigação.¹⁷⁸

Carnelutti ainda prossegue referindo-se à tese advogada por Caio Mário da Silva Pereira como seu contraponto. Confira-se:¹⁷⁹

¹⁷⁵ PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de direito civil: volume 1: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil**. 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2000. P. 305.

¹⁷⁶ CARNELUTTI, F. **Sistema de direito processual civil: volume 1: introdução e função do processo civil, apêndice código de procedimento civil italiano de 1940**. - São Paulo: Classic Book, 2000. P. 124.

¹⁷⁷ CARNELUTTI, F. **Sistema de direito processual civil: volume 1: introdução e função do processo civil, apêndice código de procedimento civil italiano de 1940**. - São Paulo: Classic Book, 2000. P. 125.

¹⁷⁸ CARNELUTTI, F. **Sistema de direito processual civil: volume 1: introdução e função do processo civil, apêndice código de procedimento civil italiano de 1940**. - São Paulo: Classic Book, 2000. P. 125.

¹⁷⁹ CARNELUTTI, F. **Sistema de direito processual civil: volume 1: introdução e função do processo civil, apêndice código de procedimento civil italiano de 1940**. - São Paulo: Classic Book, 2000. P. 125

Tampouco é corrente a definição do negócio jurídico como exercício do Direito subjetivo. Pelo contrário, a noção que comumente se dá dele é a de ato cuja finalidade prática consiste na produção de um efeito jurídico, ou seja, na constituição, modificação ou extinção de uma relação jurídica; mas se compreende que esta é a noção do gênero *ato jurídico no sentido estrito* e não na de espécie *negócio jurídico*, cuja *diferença específica* frente às outras duas se percebe observando que a produção do efeito jurídico tem lugar precisamente porque o agente exercita um Direito subjetivo. (CARNELUTTI; 2000, p. 125)

É tamanha a divergência entre os autores que enquanto Caio Mário da Silva Pereira entende seja o *negócio jurídico*, em conjunto com o direito objetivo, criador de um *direito subjetivo*, em Carnelutti pressupõe-se, quando da prática do *negócio jurídico*, a existência de um *direito subjetivo*, já que este é exercido pelo *negócio jurídico*. Assim, uma vez que para Carnelutti *direito subjetivo* significa “um poder atribuído à vontade de uma pessoa para o prevalecimento do seu interesse”¹⁸⁰, na doutrina do eminente jurista italiano, realizar um *negócio jurídico* é declarar uma vontade com vistas ao exercício de um poder de fazer prevalecer um interesse jurídico.

Chiovenda, quando da exposição dos conceitos fundamentais à sua obra *instituições de direito processual civil*, não chega a tratar pormenorizadamente, tal como Carnelutti, da relação do *fato jurídico* com o *ato jurídico* e o *negócio jurídico*. Todavia, anota que “a vontade da lei, conforme se viu, torna-se concreta, vale dizer, dá lugar a relações jurídicas, em virtude de *atos* que se verificam. Por igual, em virtude de fatos que se verificam, podem as relações jurídicas modificar-se ou extinguir-se.”¹⁸¹

Toda essa controvérsia acerca da classificação dos negócios jurídicos pode ser notada também através do comentário de Fazzalari acerca do tema. É que não obstante o insigne processualista acompanhe Carnelutti quanto à correlação entre *direito subjetivo* e *obrigação*, bem como a de *poder* e *direito subjetivo*, ele termina

¹⁸⁰ CARNELUTTI, F. **Sistema de direito processual civil: volume 1: introdução e função do processo civil, apêndice código de procedimento civil italiano de 1940**. - São Paulo: Classic Book, 2000. P. 77.

¹⁸¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil. v. I. Trad. J. Guimarães Menegale**. São Paulo: Saraiva, 1969. P. 7.

por destacar a corrente indistinção da conduta meramente obrigatória e a negocial.¹⁸² Confira-se:

Trata-se das duas posições subjetivas por assim dizer, primárias. De se acrescentar, conquanto se possa às vezes descuidar da distinção entre ‘dever’ e ‘obrigação’, no sentido de que o segundo seja um dever correlato a um ‘direito subjetivo’ (iremos dizê-lo mais adiante), o mesmo não se pode dizer da distinção entre ‘*faculdade*’ e ‘*poder*’: a primeira ocorre quando o comportamento lícito é mero ato (o abatimento da árvore); o segundo quando se converte em um negócio (a venda da casa própria). Por outro lado, a conduta meramente obrigatória e a negocial não são sempre distinguidas com termos apropriados (FAZZALARI; 2006, p. 81 e 82)

A despeito de todas essas minuciosas controvérsias na caracterização dos negócios jurídicos, um ponto de acordo é inegável: Caio Mário da Silva Pereira, Chiovenda, Carnelutti e Fazzalari abordam a doutrina dos fatos jurídicos sempre os relacionando à *relação jurídica*, ao *direito subjetivo* e ao *direito objetivo* (embora com terminologias variadas). Fazzalari trata dos fatos, atos e negócios jurídicos como *formas*, tal como o *processo*, que devem ser estudadas a partir da norma jurídica¹⁸³. Assim que Fazzalari anota que a norma consiste no padrão de valoração de uma conduta, mas frequentemente o faz mediante um pressuposto, ou *fatispécie*, que pode consistir num fato, ou mesmo num ato, simples ou negocial.¹⁸⁴ Chiovenda relaciona os fatos jurídicos com a norma na medida em que eles possibilitam seja a vontade da lei tornada concreta, criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas.¹⁸⁵ Carnelutti, por sua vez, vincula sua concepção de negócios jurídicos às regras na medida em que somente com o exercício do direito subjetivo que as regras se transformam em direito, haja vista que o exercício da *potestade* (direito subjetivo) é que se impõe a regra por meio da força, isto é, complementa-se a regra com o mandato. Em outras palavras, na doutrina de Carnelutti, o mandato é provocado pelo conflito de interesses, que, por sua vez é instaurado pelos negócios

¹⁸² FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. trad. Português Elaine Nassif–Campinas: Bookseller, 2006. P.81 e 82.

¹⁸³ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. trad. Português Elaine Nassif–Campinas: Bookseller, 2006. P. 76.

¹⁸⁴ FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. trad. Português Elaine Nassif–Campinas: Bookseller, 2006. P. 79.

¹⁸⁵ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. I. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. P. 7.

jurídicos. Esses dois interesses contrapostos são chamados por Carnelutti de *situações jurídicas* que são nada mais que os elementos formativos da relação jurídica.

Veja-se, então, que conceitos preliminares ao estudo do processo civil estão profundamente ancorados no instituto do negócio jurídico. Os três processualistas já considerados clássicos trabalham os negócios jurídicos como instituto que atua na formação da vontade concreta da lei (Chiovenda), da relação jurídica (Carnelutti) e da norma (Fazzalari).

Em face do exposto fica inquestionável a importância da doutrina dos fatos, atos e negócios jurídicos para o processo. No entanto, resta saber se ela pode ou deve ser acolhida pelo direito processual em sua integridade. Notadamente, trata-se de um problema que decorre da alegada autonomização científica deste frente ao direito civil. Por isso é que se faz imprescindível um percurso pela história do direito processual desde a Roma antiga, de forma a nos habilitarmos ao estudo da transposição dos atos, fatos e negócios jurídicos para o direito processual, seja no tocante ao Estado atual, seja para apontarmos a relevância deles à construção do Estado democrático de Direito.

3.3.1 Do ato jurídico ao ato processual

A utilização da expressão *ato jurídico* no direito já está banalizada, sendo certo que as doutrinas, nas mais diversas áreas jurídicas, se edificam sobre o estudo dos atos. Nesse sentido é que o CC/2002 dispõe, em sua parte geral, no seu Livro III, sobre os fatos, atos e negócios jurídicos; o CTN, em seu livro primeiro, determina que a natureza jurídica do tributo é definida pelo fato gerador, sendo que este fato pode ser um ato, tal como a transmissão, a produção, a importação de um bem; e o direito administrativo tem como instituto basilar o ato administrativo, já que é por meio deste que o Estado manifesta-se por declarações jurídicas, criando, certificando, extinguindo ou modificando direitos, que serão objeto de controle por meio da aferição de legalidade, ao contrário dos fatos administrativos.¹⁸⁶ Entretanto, o direito romano não conhecia estas categorias (fatos jurídicos involuntários e atos

¹⁸⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 15.ed. - São Paulo: Malheiros, 2003. P.352.

jurídicos),¹⁸⁷ de modo que nos cabe investigar como se deu a formação desse inventário conceitual e sua transposição para o processo.

Embora o direito romano não se preocupasse em distinguir as categorias *fato*, *ato* e *negócio jurídico*, o *ius civile Romanorum* já reconhecia uma série limitada de atos aos quais atribuía o efeito de constituir, modificar e extinguir direitos,¹⁸⁸ sendo que alguns deles adquiriam força de lei por serem praticados perante o magistrado (*in iure*).¹⁸⁹ Na origem, esses atos eram dotados de extrema formalidade, com fórmulas fixas e sacramentais, sendo que se dividiam entre (i) *negotia per aes et libram*, em que se enquadravam a *mancipatio* e o *nexum*;¹⁹⁰ e (ii) *os atos jurídicos de origem processual*, conquanto o conflito de interesses era levado a juízo pela *actio*, quando o autor pronunciava diante do magistrado e na presença do adversário uma fórmula pela qual declarava lhe pertencer a coisa litigiosa perante o direito dos romanos (*hunc hominem ex iure Quiritium meum esse aio*).¹⁹¹

Esse excessivo formalismo é contemporâneo de um dos três sistemas de processo do direito romano (*per legis actiones*, *per formulas*, *extraordinária cognitio*), qual seja, das ações da lei (*per legis actiones*). Nesse sentido que Fiúza anota que num primeiro momento as palavras *actio* e *actus* eram tidas por sinônimas, sendo que a palavra *actio* também transmitia o sentido de *atos processuais*, bem como que “com o passar do tempo, alguns atos/ações, que tinham por objetivo obter a

¹⁸⁷SCIASCIA, Gaetano; CORREIA, Alexandre. **Manual de direito romano**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 1953. P. 67.

¹⁸⁸ SCIASCIA, Gaetano; CORREIA, Alexandre. **Manual de direito romano**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 1953. P. 69.

¹⁸⁹ SCIASCIA, Gaetano; CORREIA, Alexandre. **Manual de direito romano**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 1953. P. 70 e 71.

¹⁹⁰ *Negotia per aes et libram* são todos os atos jurídicos existentes mediante o bronze (*aes*) e a balança (*libra*). O bronze constitui o metal não cunhado (*aes rude*), que nos tempos antigos valia como o intermediário das trocas; a balança serve para determinar o peso do metal como medida dos valores. Estes atos exigem a presença de pelo menos cinco testemunhas, cidadãos romanos púberes, e de um pesador (*libripens*, *libripende*), portador da balança. Conhecem-se duas espécies de negócios *per aes et libram*: a *mancipatio* e o *nexum*. A *mancipatio* serve para fazer adquirir direitos dominicais sobre pessoas ou coisas. O *nexum* parece ter-se desenvolvido com as mesmas formalidades da *mancipatio*, (*per aes et libram*); mas, diferentemente desta, não importava na transferência de um poder sobre coisas ou pessoas, mas sim, na constituição de um vínculo pessoal motivado por uma prestação em dinheiro.

SCIASCIA, Gaetano; CORREIA, Alexandre. **Manual de direito romano**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 1953. P. 69 e 70.

¹⁹¹ SCIASCIA, Gaetano; CORREIA, Alexandre. **Manual de direito romano**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 1953. P. 71.

execução de um julgado ou a solução de uma controvérsia, passaram a se chamar *legis actiones*, por ter seu procedimento regulado em lei.”¹⁹²

De se notar, portanto, que a palavra *actio* comportava tanto a submissão de alguém por outrem pelo não cumprimento de uma obrigação, isto é, um ato jurídico do tipo *negotia per aes et libram (nexum)*, quanto a movimentação do juízo com vistas a solução de uma controvérsia. Nesse último sentido é que aquele que pretendia compor um litígio jurídico, e para isso deveria levar (*agere*) o réu ao tribunal (*in ius*), era denominado de *actor*, isto é, autor. Essa polissemia, aliás, que foi objeto do célebre debate entre Windscheid e Muther, caracterizando uma tentativa pandectista de revigorar e atualizar o Direito Romano¹⁹³ mediante a diferenciação entre direito à prestação em sua direção pessoal determinada (*Anspruch* = razão ou pretensão) e o direito de ação, como direito autônomo, tendente à realização da lei por via do processo.¹⁹⁴

Dessa exposição acerca da *actio*, o que se busca extrair é a demonstração de que mesmo em tempos nos quais ainda não se havia uma doutrina processual consolidada a respeito da doutrina da ação, já se tinha os atos processuais como uma espécie de atos jurídicos: como atos jurídicos, os romanos tinham tanto os atos processuais como os *negotia per aes et libram*. Desta feita, embora possa se contraditar a corrente afirmativa de que o processo tenha ganhado autonomia com Bülow, inegável é que o ato processual, na chamada fase imanentista do direito processual, ainda não se distinguia do ato jurídico do direito privado senão por ser um ato praticado em juízo. Não havia, portanto, no Direito Romano, qualquer preocupação com a teleologia do processo e respectivas influências desta na definição do *ato processual*.

Decerto que no Direito Romano o que havia ainda era uma contratualização do processo, uma vez que, nos sistemas das ações da lei e do processo formular, havia um momento em que as partes estabeleciam em definitivo os limites da controvérsia, sendo que no primeiro esse momento ocorria quando o pretor emitia a

¹⁹² FIUZA, C. **Direito processual na história**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. P. 22.

¹⁹³ GONÇALVES, A. P. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2012. P. 115.

¹⁹⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. v. I. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969. P. 22.

fórmula *ex decreto*, e no segundo, quando o pretor nomeava o *iudex*.¹⁹⁵ A *litis contestatio* marcava, então, o encerramento do processo *in iure*. Por isso que Correia e Sciascia lecionam que somente nos sistemas *per legis actiones* e *per formulas* que ocorria a *litis contestatio*, já que nestes é que o processo no Direito Romano se bipartia nas fases *in iure* e *apud iudicem*. No mesmo sentido que Fiúzia afirma que na fase da *extraordinaria cognitio* deixou de ocorrer certos momentos formais do desenvolvimento processual, tal como a *litis contestatio*.¹⁹⁶

Na medida em que, conforme lecionam Correia e Sciascia, a *litis contestatio* tinha natureza de acordo entre as partes, assemelhando-se a um contrato ou uma novação, é de se concordar com Giannakos quanto à origem das convenções processuais, na medida em que ele afirma que elas “iniciaram no próprio Direito Romano, através da criação do protótipo de acordos judiciais, chamado de *litiscontestatio*.”¹⁹⁷ Apenas há que se ressaltar que Giannakos, ao fazer tal afirmativa, já pressupõe sejam os negócios jurídicos processuais um acordo de vontades, mas não se pode chegar a essa premissa sem que se estude, com rigor, o que foi produzido doutrinariamente acerca dos negócios jurídicos, pois, como já exposto, os negócios jurídicos têm sido distinguidos dos atos jurídicos mediante o atributo da *finalidade*, de tal forma que concluir pela sua inevitável bilateralidade, como se dá na caracterização dos contratos, *v.g.*, seria um passo não cuidadoso.

É que como leciona Correia e Sciascia, “os contratos são sempre atos jurídicos, sendo que a bilateralidade implica a existência de vontade de duas partes.”¹⁹⁸ De tal maneira, “quando falamos em contrato unilateral ou bilateral, fazemos referência aos efeitos obrigacionais do ato jurídico bilateral ‘contrato’, conforme o liame vincule uma só ou ambas as partes.”¹⁹⁹ Endossando a tese de que há um descuido na aproximação dos negócios jurídicos processuais aos contratos, considerando que estes são sempre bilaterais, e aqueles derivam dos negócios jurídicos do direito privado, Caio Mário da Silva Pereira afirma que os negócios

¹⁹⁵ FIUZA, C. **Direito processual na história**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. P. 37

¹⁹⁶ FIUZA, C. **Direito processual na história**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. P. 47.

¹⁹⁷ GIANNAKOS, Demétrio Beck da Silva. **Negócios jurídicos processuais e análise econômica**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. P. 76.

¹⁹⁸ SCIASCIA, Gaetano; CORREIA, Alexandre. **Manual de direito romano**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 1953. P. 67.

¹⁹⁹ SCIASCIA, Gaetano; CORREIA, Alexandre. **Manual de direito romano**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 1953. P. 67.

jurídicos “distribuem-se em dois grupos, o dos *unilaterais* e o dos *bilaterais*, sendo o negócio jurídico *unilateral* o que se perfaz com uma só declaração de vontade (testamento, codicilo)”.²⁰⁰ Sobre a distinção entre contrato e negócio jurídico, e sua constante ignorância, é de máxima clareza a redação de Carnelutti. Vejamos sua exposição da palavra *negócio*:²⁰¹

Essa palavra é usada frequentemente na fala comum pelos profanos e pelos juristas, mas o conceito que trata de denotar continua sendo escuro. Como quase sempre ocorre, é admirável a intuição da linguagem: negócio (em italiano *offare* [*da fare*] é algo que deve ser feito (*quid faciendum*); certamente a palavra italiana é mais expressiva que o vocábulo latino *negotium*, e mais ainda que o alemão *Geschäft*. No campo jurídico o que deve ser feito é um ato relevante em relação à tutela de um interesse; já que uma grande categoria de tais atos está constituída pelos contratos, há certa sinonímia, na linguagem comum, entre *negócio* (*affare*) e *contrato*, e também entre *negócio* (*affare*) e *negócio* (*negozio*); porém o significado de *negócio* (*affare*) é mais amplo, e por outra parte concerne não tanto ao ato realizado como ao ato por realizar, isto é, no seu porvir. Negócio é, então, um interesse ou *um grupo de interesses a respeito do qual, no conflito com um ou mais interesses alheios, se coloca a exigência do cumprimento de um ato para sua tutela conforme o direito* (*negotium*, de *nec otium*). (CARNELUTTI; 2000, p. 98)

A identificação dos negócios jurídicos processuais aos contratos levada a cabo por Giannakos não parte da doutrina dos negócios jurídicos do direito privado, embora o eminente jurista aponte que “o conceito de negócios jurídicos (espécie de ato jurídico) torna-se essencial, tendo em vista que os negócios jurídicos processuais são apenas uma derivação deste, legalmente positivados no CPC/15”.²⁰² Diante de toda controvérsia à respeito da definição de negócio jurídico, haveria Giannakos, por medida de clareza, detalhar o que seria essa *derivação*, pois embora se valha de uma definição de negócio jurídico no sentido da exposta por Caio Mário da Silva Pereira, destacando a espécie *negócio* do gênero *ato* pela

²⁰⁰ PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de direito civil: volume 1: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil**. 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2000. P. 314.

²⁰¹ CARNELUTTI, F. **Instituições do processo civil**. São Paulo: Classic Book, 2000.

²⁰² GIANNAKOS, Demétrio Beck da Silva. **Negócios jurídicos processuais e análise econômica**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. P. 65.

finalidade daquele, outrora acrescenta definição que não se afina com a de Caio Mário da Silva Pereira, subscrevendo que os *negócios jurídicos* não se confundem com os atos jurídicos em sentido estrito, porque nestes não há acordo de vontades. Em outras palavras, Giannakos distinguiu *negócios jurídicos* de *atos jurídicos em sentido estrito* por serem aqueles não somente destinados à produção de efeitos jurídicos, mas também essencialmente bilaterais.

Essa problematização é de suma importância devido à repercussão que a doutrina dos negócios jurídicos causou no entendimento dos processualistas quanto à possibilidade ou existência dos negócios jurídicos processuais. É que tal como se distinguiu no direito privado os institutos dos *atos jurídicos*, *atos jurídicos* e *negócios jurídicos*, os processualistas passaram a discorrer sobre os *atos processuais*, *atos processuais* e *negócios processuais*.

Uma vez exposta a doutrina dos fatos, atos e negócios jurídicos, torna-se claro que as lições de Alfredo de Araújo Lopes da Costa tratam-se de mera transposição do que destacamos como a posição de Caio Mário da Silva Pereira para o direito processual. Lopes da Costa distingue os fatos processuais dos atos e negócios processuais pela ausência da vontade naqueles: “o fato jurídico processual independe da vontade da parte, como a perda dos autos”. Segue lecionando que o ato processual é voluntário e praticado apenas por sujeitos do processo, autor, réu e juiz, na medida em que estes constituem, desenvolvem ou fazem cessar a relação jurídica processual. Por último, destaca que “no negócio jurídico processual, a parte alcança direta e imediatamente o efeito visado.”²⁰³ Por esta última assertiva, resta demonstrada, então, a definição de negócios processuais pelo atributo da *finalidade*, do *efeito visado*, tal como exposto acerca da conceituação de negócios jurídicos por parte de Caio Mário da Silva Pereira.

De se destacar ainda que Lopes da Costa afirma a possibilidade de negócios jurídicos *unilaterais*, como a confissão, e *bilaterais*, como a convenção para suspender instância.²⁰⁴ É esta posição mais uma prova da complexidade de se admitir, sem maiores problematizações, isto é, por um imediatismo, a

²⁰³ COSTA, A. de A. L. da. **Manual elementar de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1956. P. 103.

²⁰⁴ COSTA, A. de A. L. da. **Manual elementar de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1956. P. 103.

correspondência entre negócios jurídicos processuais e contratos processuais. Isto, pois, enquanto Giannakos admite uma essencial bilateralidade dos *negócios processuais*, mesmo afirmando derivar sua classificação do direito civil, Lopes da Costa admite, também partindo do direito privado, a unilateralidade dos *negócios processuais*.

Da mesma forma que para os romanos bastava o fato de se praticar um *actus* em juízo para se classificá-lo como ato processual, sendo o processo uma mera sequência de *actus* com vistas a uma decisão, sendo que *actus* se confundia com a *actio* e esta, por sua vez, poderia significar tanto a condução de alguém ao magistrado quanto o procedimento (daí ainda hoje o CPC/15 por vezes falar em ação como sinônimo de procedimento), Moacyr Amaral Santos leciona que “processo é uma série de atos, uns causando outros, tendentes a uma provisão do órgão jurisdicional”.²⁰⁵ Nota-se, então, uma confusão entre processo e procedimento, pois no Direito Romano a ação poderia significar tanto um ato quanto o próprio procedimento (confusão entre *actus* e *actio*), e o ato só poderia ser classificado como processual se praticado dentro da *actio*, isto é, da ação no sentido do procedimento. No mesmo sentido, Moacyr Amaral Santos classifica o ato como processual por compor o processo e assim constituí-lo, concluindo que os atos são processuais porque atos do processo.²⁰⁶

Para Moacyr Amaral Santos os atos processuais podem ser dispositivos, instrutórios ou reais. Os dispositivos são os “consistentes em declarações de vontade destinadas a dispor da tutela jurisdicional, dando-lhe existência ou modificando-lhe as condições”; os instrutórios dizem respeito à produção probatória; os reais são os “que se manifestam pela coisa, não por palavras, como a apresentação de documento, o pagamento de custas e o preparo”. Interessa-nos, especialmente, os dispositivos, pois eles “são geralmente chamados *negócios processuais*, pois que conforme eles as partes regulam o próprio comportamento em relação à tutela jurisdicional”.²⁰⁷ Ocorre que os *negócios processuais* (atos

²⁰⁵ SANTOS, M. A.; KÖHNEN, M. B. A. S. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 25. ed. rev. e atual. / por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen. – São Paulo: Saraiva, 2007. P. 284.

²⁰⁶ SANTOS, M. A.; KÖHNEN, M. B. A. S. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 25. ed. rev. e atual. / por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen. – São Paulo: Saraiva, 2007. P. 284.

²⁰⁷ SANTOS, M. A.; KÖHNEN, M. B. A. S. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 25. ed. rev. e atual. / por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen. – São Paulo: Saraiva, 2007. P. 292.

dispositivos), para Moacyr Amaral Santos, ao contrário de Giannakos, compreendem tanto atos unilaterais, concordantes e contratuais, conforme subdivisão de Betti.²⁰⁸

Na classificação de Moacyr Amaral Santos, os *atos unilaterais* caracterizam-se pela manifestação de vontade de uma única parte, como a desistência e até mesmo a petição inicial (que entendemos queira dizer não do instrumento, mas do ato instaurador do procedimento). Quanto aos atos concordantes, tem-se a desistência após a contestação, por exigir-se, neste caso, a concordância do réu, e o ato de prorrogação da competência por não oposição do réu. Por fim, os atos contratuais são aqueles “consistentes em declarações bilaterais expressas de vontade, tal como a eleição do foro, a conciliação e a transação.”²⁰⁹ Explicita-se, assim, que Moacyr Amaral Santos diverge de Giannakos por não entender a bilateralidade como essência dos negócios jurídicos processuais. Pelo contrário, segundo aquele, os negócios processuais podem ser unilaterais, tal qual para Carnelutti, e assim como os negócios jurídicos para Caio Mário da Silva Pereira.

Para discorrer sobre os negócios processuais, Alexandre Freitas Câmara também inicia com a classificação por meio da indicação de gêneros e espécies dos atos jurídicos. Segundo o respeitado processualista, a figura mais ampla é o *fato processual*, que é “todo acontecimento capaz de produzir consequências no mundo do Direito”²¹⁰. Os fatos jurídicos se dividem em fatos *stricto-sensu* e *atos jurídicos*, de tal modo que aqueles são acontecimentos que produzem consequências jurídicas sem a intermediação de uma vontade humana, enquanto que estes “são definidos como os atos de vontade humana, realizados em conformidade com o direito, e que tendem à produção de efeitos jurídicos.”²¹¹ Por fim, os atos jurídicos se dividem em atos jurídicos *stricto-sensu* e negócios jurídicos, sendo que “ambos são atos de vontade humana lícita e se diferenciam pela direção da vontade.”²¹²

²⁰⁸ SANTOS, M. A.; KÖHNEN, M. B. A. S. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 25. ed. rev. e atual. / por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen. – São Paulo: Saraiva, 2007. P. 292.

²⁰⁹ SANTOS, M. A.; KÖHNEN, M. B. A. S. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 25. ed. rev. e atual. / por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen. – São Paulo: Saraiva, 2007. P. 292.

²¹⁰ CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual civil**: volume 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 229.

²¹¹ CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual civil**: volume 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 229.

²¹² CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual civil**: volume 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 229.

Transportando a classificação dos atos jurídicos para os atos processuais, Alexandre Freitas Câmara “indica que os atos das partes são de quatro espécies: postulatórios, dispositivos, instrutórios e finais.”²¹³ Em relação à doutrina de Moacyr Amaral Santos, há, portanto o acréscimo dos *atos postulatórios*, tendo em vista que, como visto, Santos enquadra os atos postulatórios nos atos dispositivos unilaterais. Ademais, e com especial importância para a presente dissertação, Freitas Câmara rejeita a existência de atos dispositivos bilaterais, por adotar a teoria angular da relação processual.²¹⁴ Confira-se:

Atos dispositivos são declarações de vontade destinadas a dispor da tutela jurisdicional. Podem ser *unilaterais*, quando praticados por apenas uma das partes, como o reconhecimento do pedido, a renúncia à pretensão ou a desistência da ação, e *concordantes*, praticados por ambas as partes, como a transação e a convenção para suspensão do processo. Não falo aqui em atos dispositivos bilaterais, por não aceitar a existência, na relação processual, de vínculo direto entre autor e réu. Isto porque adoto, como já afirmado, a teoria angularista da relação processual. Assim sendo, nos atos dispositivos a que aqui se faz referência, não reconheço a existência de um ato decorrente da emissão simultânea de duas vontades, mas em verdade vejo aí dois atos jurídicos, duas declarações de vontade, ambas dirigidas a um mesmo sentido. Daí falar-se em atos dispositivos concordantes. (CÂMARA; 2009, p. 233)

De se destacar também que, ao contrário de Moacyr Amaral Santos, Alexandre Freitas Câmara não se refere aos atos dispositivos como negócios processuais. Na verdade, após anotar que o tema dos negócios processuais é controverso na doutrina, Câmara advoga a tese da não existência deste instituto. É que seu raciocínio parte da compreensão dos negócios jurídicos, de tal maneira que o negócio processual seria “ato destinado à consecução de determinado efeito processual, sendo a vontade humana dirigida, *in casu*, à produção do efeito, servindo o ato como mero instrumento para se permitir que o efeito se produza”.²¹⁵ Conclui, então, o eminente processualista que se os atos de vontade realizados

²¹³ CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual civil**: volume 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 232.

²¹⁴ CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual civil**: volume 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 233.

²¹⁵ CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual civil**: volume 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 231.

pelas partes produzem no processo apenas os efeitos ditados por lei, não pode ser aceita a existência de negócios processuais.²¹⁶

A transposição da teoria dos atos jurídicos do direito privado para o direito processual fica nítida também em Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antonio Carlos de Araújo Cintra. Segundo os renomados processualistas, as posições ativas e passivas que se sucedem no processo são ocasionadas por eventos que constituem, modificam ou extinguem situações jurídicas processuais, denominados *atos processuais*.²¹⁷ Prosseguem os autores na explicação de que se os *atos* decorrem da vontade de uma pessoa, são eles classificados como *atos processuais*, como por exemplo, o oferecimento de uma petição inicial, um interrogatório e uma sentença.²¹⁸

Na classificação dos *atos processuais*, há uma identificação entre as doutrinas de Dinamarco, Grinover e Cintra com a de Freitas Câmara: ambos dividem os atos das partes em *postulatórios*, *dispositivos*, *instrutórios* e *reais*,²¹⁹ de tal forma que enquadram a demanda nos atos *postulatórios*, e não nos *dispositivos*, como o faz Amaral Santos. De maior relevância, no entanto, é a concordância de Freitas Câmara, Cintra, Dinamarco e Grinover quanto à inexistência dos *negócios processuais*. É que segundo os três últimos, “não há *negócios jurídicos processuais*, porque os efeitos dos atos do processo não são determinados pela vontade dos sujeitos que os realizam.”²²⁰ A explicação da inexistência dos *negócios jurídicos* é, portanto, no mesmo sentido da doutrina civilista empregada por Caio Mário da Silva Pereira, e da transposição desta para o processo realizada também por Freitas Câmara. Nesse sentido, Cintra, Dinamarco e Grinover arrematam que no processo

²¹⁶ CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual civil**: volume 1. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 231 e 232.

²¹⁷ CINTRA, AC de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 2005. P. 355.

²¹⁸ CINTRA, AC de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 2005. P. 355.

²¹⁹ CINTRA, AC de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 2005. P. 358

²²⁰ CINTRA, AC de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 2005. P. 356

“o sujeito limita-se a escolher entre praticar ou não o ato, não lhe deixando a lei margem de liberdade para a escolha dos efeitos deste.”²²¹

Fredie Didier, de seu turno, mesmo concordando com Caio Mário quanto à identificação dos negócios jurídicos pelo fato da vontade estar direcionada à produção de um determinado efeito jurídico, se contrapõe a Câmara, Cintra, Dinamarco e Grinover ao classificar como obsoleto o pensamento que inadmite a existência dos negócios jurídicos processuais:²²²

Há quem não admita a existência de *negócios jurídicos processuais*, posicionamento que, como CPC-2015, ao que parece, será simplesmente *contra legem*. Note que os argumentos contrários à existência foram rebatidos ao longo da exposição, além de terem sido apresentados inúmeros exemplos, espalhados por toda a legislação. A discussão sobre a existência dessa categoria processual, ao menos no direito brasileiro, parece, agora, obsoleta e inócua. (DIDIER; 2017, p. 428 e 429).

José Miguel Garcia Medina, embora adote a teoria da relação jurídica sincreticamente, na linha de Cintra, Dinamarco e Grinover, além de acrescentar doses da teoria constitucionalista,²²³ defende a existência dos negócios jurídicos processuais. Segundo Medina, contrapondo-se, portanto, aos referidos três autores, é possível que as partes disponham sobre os efeitos de seus atos processuais. Nesse sentido, expõe que dentre os fatos processuais, tem-se os atos processuais, que se destacam pela presença do elemento volitivo. De seu turno, os atos processuais podem ser desmembrados em duas espécies, quais sejam, ato jurídico

²²¹ CINTRA, AC de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 2005. P. 356.

²²² DIDIER JUNIOR, F. **Curso de direito processual civil: volume 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. – Salvador: Juspodivm, 2017. P. 428.

²²³ Medina se mostra adepto de Cintra, Dinamarco e Grinover ao afirmar que “processo é sistema interacional, isso é, dá-se através da interação (que abrange um complexo de relações e situações jurídicas) entre partes e órgão jurisdicional (essa noção de processo envolve aquela, tradicional, que vê o processo apenas como uma mera relação jurídica)”, bem como ao distinguir processo e procedimento, na medida em que diz que “parece ser mais adequado dizer-se que o processo manifesta-se e desenvolve-se através do procedimento”. Mais do que Cintra, Dinamarco e Grinover, que tentam conciliar a teoria estruturalista com a teoria da relação jurídica, Medina consagra seu sincretismo ao afirmar também que “no contexto democrático, o modo como se manifestam e relacionam os sujeitos do processo deve observar aquelas garantias básicas decorrentes do processo justo (*due process f law*)”, acrescentando, portanto, à sua concepção de processo doses da teoria constitucionalista do processo. MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. P. 309

stricto sensu e negócio jurídico, sendo que o segundo se distingue do primeiro pela possibilidade de nele se dispor sobre os efeitos.²²⁴

Lista, Medina, então, como exemplos de negócios jurídicos processuais, a convenção de partes sobre a suspensão do processo, sobre o ônus da prova, a arrematação, a convenção de arbitragem, a cláusula de eleição de foro, a desistência da ação, o reconhecimento jurídico do pedido, o acordo para abreviar ou ampliar prazos dilatatórios ou para não indicar assistentes técnicos, a alienação por iniciativa particular, o acordo sobre cronograma de cumprimento voluntário da sentença, o negociado para a implantação de política pública e a cláusula de mediação.

Da doutrina de Medina, pode-se perceber que embora haja uma recepção de Fazzalari, ao passo em que afirma que o procedimento é “a totalidade das atuações do tribunal e das partes, que se executarão sucessivamente tendo cada uma a anterior por pressuposto e a seguinte por consequência”, tem-se também o posicionamento de que o instituto do art. 190 do CPC/15 não se trata de *negócios procedimentais*, mas *negócios processuais*, ao contrário do que se entende na presente dissertação. É que do subtítulo de sua obra (negócios processuais sobre procedimentos, ônus, poderes, faculdades e deveres processuais) extrai-se que os negócios processuais podem ter como objeto o *procedimento*.

Explica Medina que se as partes estabelecem calendário processual, estipulam negócio que tem por objeto o procedimento, enquanto que ao se convencionar sobre questões de fato que serão objeto de prova, meios de prova ou questões de direito relevantes à decisão de mérito, extrapolam o âmbito procedimental, de tal forma a se falar que, a rigor, negociam sobre direitos, faculdades, ônus e deveres processuais. Ademais, esses negócios citados por último vinculam as partes e o juiz, devendo, portanto, ser classificados como negócios processuais plurilaterais.²²⁵ Interessante que ao assim lecionar, Medina, a

²²⁴ MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. P. 313, 314.

²²⁵ Medina acrescenta ainda que um “um exemplo interessante de negócio processual que, a um só tempo, envolve procedimento e disposição sobre posições processuais das partes, seria convenção pré-processual no sentido de que, em caso de execução, a penhora recairá sobre determinado bem imóvel (ainda que não se convencie hipoteca), e que o bem será alienado, em determinado prazo, por um entre dois ou três corretores de imóveis indicados no contrato, por no mínimo 50% da avaliação que dois desses corretores realizem”.

despeito de utilizar uma definição de procedimento baseada em Fazzalari, porquanto diz que procedimento vem a ser “a totalidade das atuações do tribunal e das partes, que se executarão sucessivamente tendo cada uma a anterior por pressuposto e a seguinte por consequência; mas dirigidas todas ao alcance da tutela jurídica jurisdicional e unidas por esse fim comum”, se contrapõe ao autor da teoria estruturalista do processo por consignar que quando se convencionou sobre direitos, faculdades, ônus e deveres processuais, não há negociação sobre procedimento.²²⁶

Tal como nas lições de Medina, em Didier também se verifica uma confusão entre *processo* e *procedimento*, porque repete a doutrina de Cintra, Dinamarco e Grinover ao afirmar que o “o processo pode ser compreendido como *método de criação de normas jurídicas, ato jurídico complexo (procedimento) e relação jurídica*”.²²⁷ Tanto *processo* quanto *procedimento* para Didier se compõem de uma série de atos sucessivos culminantes numa decisão, sendo que o primeiro se destacaria do segundo por ser também uma relação jurídica. O sincretismo que faz entre as teorias de Bülow e Fazzalari, nos moldes de Cintra, Dinamarco e Grinover é inclusive explicitado:

Note-se que, para encarar o processo como um procedimento (ato jurídico complexo de formação sucessiva), ou, ainda como um procedimento em contraditório, segundo a visão de Fazzalari, não se faz necessário abandonar a ideia de ser o processo, também, uma relação jurídica. (DIDIER; 2017, P.40)

Além das controvérsias acerca da utilização da teoria fazzalariana na abordagem dos negócios processuais, de forma a contribuir para uma confusão acerca da terminologia adotada pelo CPC/15 (confusão entre processo e procedimento), na esteira do instrumentalismo vigente, há de se destacar outro

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. P. 319.

²²⁶ Segundo Fazzalari, o procedimento “é visto como uma série de faculdades, poderes, deveres, quantas e quais sejam as posições subjetivas possíveis de serem extraídas das normas em discurso e que resultam também elas necessariamente ligadas, de modo que, por exemplo, um poder dirigido a um sujeito depois que um dever tenha sido cumprido, por ele ou por outros, e por sua vez o exercício daquele poder constitua o pressuposto para o insurgir-se de um outro poder (ou faculdade ou dever).

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. trad. *Português Elaine Nassif–Campinas: Bookseller*, 2006. P. 114.

²²⁷ DIDIER JUNIOR, F. **Curso de direito processual civil: volume 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. – Salvador: Juspodivm, 2017. P. 36.

ponto nos comentários de Medina acerca do instituto em comento: a utilização do princípio da cooperação na definição dos limites às convenções. De acordo com Medina, “o dever de cooperação, que se impõe a todos os sujeitos do processo, para que se solucione a lide em tempo razoável é limite à estipulação de mudanças no procedimento”.²²⁸

A exposição da obra de Medina, após o percurso pelos outros autores supracitados, é relevante porque ela explicita que as controvérsias a respeito dos negócios processuais, no que toca a sua origem do ato jurídico do direito civil e consequentes implicações, identificadas no século passado ainda permeiam o debate acerca do artigo 190 do CPC/15. No entanto, a principal contribuição do exposto por Medina trata-se do posicionamento do *princípio da cooperação* como no centro da discussão dos negócios processuais, tema este que deve ser tratado pormenorizadamente.

²²⁸ A título de exemplo, Medina anota que “não parece adequado, p.ex., convencionar-se que serão realizadas tantas audiências quantas forem as testemunhas a serem ouvidas”, tampouco “se admite, semelhantemente, que o acordo sobre procedimentos viole o princípio da isonomia”.
MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. P. 317.

4 DA INEGOCIABILIDADE DO PROCESSO

4.1 O princípio da cooperação e os negócios processuais.

Embora o discurso da cooperação não seja uma novidade como parece, uma vez que na obra de Bülow ²²⁹ já se podia identificá-lo, é inegável que com a publicação do CPC/15 ele foi supervalorizado, sobretudo por parte dos doutrinadores, sendo a obra de Medina um bom exemplo. A importância dessa circunstância é que o chamado *princípio da cooperação* tem adquirido não apenas função de fundamento do instituto do negócio processual, mas como seu limitador, atuando à espécie de metalinguagem dos ajustes procedimentais, o que suscita uma confrontação à relação do *processo* com o *procedimento* na teoria processual neoinstitucionalista do direito. No entanto, antes de expor esse embate, será explicada a relação que a doutrina vem traçando entre o *princípio da cooperação* e os *negócios jurídicos processuais*.

Como exposto acima, quando da explanação das teorias do processo, o instituto dos negócios processuais é permeado pelas posições ora publicista ora privatista do direito. Estas, noutra terminologia, são encampadas pelo que se chama também de princípios inquisitivo e dispositivo, respectivamente, pois esses princípios denotam uma prevalência da autoridade ou das partes na regência dos atos praticados em juízo.

Para descrever os modelos históricos do processo, Didier utiliza a inquisitividade e a dispositividade, destacando que “não há sistema totalmente dispositivo ou inquisitivo, sendo os procedimentos construídos a partir de várias combinações de elementos *adversariais* e *inquisitoriais*”²³⁰, e que, nessa balança,

²²⁹ *Esta simple, pero, para el derecho científico, realidad importantísima, desde todo punto de vista, no ha sido hasta ahora debidamente apreciada ni siquiera claramente entendida. 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 las 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 las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda la evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública.*

BÜLOW, Oskar von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1964. P. 01 e 02.

²³⁰ DIDIER JUNIOR, F. **Curso de direito processual civil: volume 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. – Salvador: Juspodivm, 2017. P. 138,

também figurante no Brasil, pode-se dizer que se revela outro modelo, o *cooperativo*.²³¹ Contudo, ao contrário do que pode parecer, para Didier, esse equilíbrio entre os modelos inquisitório e dispositivo que vigora no Brasil não é apenas um fato avalorativo, mas um avanço:

O modelo cooperativo é, enfim, uma terceira espécie, que transcende os tradicionais modelos adversarial e inquisitivo. Eis o modelo de direito processual civil adequado à cláusula do devido processo legal e ao regime democrático. (DIDIER; 2017, p. 143).

É que segundo Didier, o modelo cooperativo se fundamenta em princípios constitucionais que instauraram uma nova fase do direito processual, denominado por alguns de *neoprocessualismo*, que é a vertente processual do *neoconstitucionalismo*, na medida em que ambos atuam “no reforço dos aspectos éticos do processo”.²³² Outra terminologia apontada para se referir ao *neoprocessualismo* seria aquela cunhada na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, sob a liderança de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, qual seja, o *formalismo-valorativo*, uma vez que este segundo termo significa a regência do formalismo processual pelos princípios constitucionais.²³³ Assim, os princípios do *devido processo legal*, do *contraditório*, da *boa-fé processual*, nada mais são do que a tradução da moralidade apregoada pelos *neoconstitucionalistas*.

O que é de se estranhar é a ausência de menção à teoria constitucionalista do processo em toda a exposição de Didier a respeito do que comumente se chama de *direito processual constitucional* e *direito constitucional processual*, uma vez que em obra emblemática, José Alfredo de Oliveira Baracho, dissertou, ainda no século XX, pioneiramente, sobre essa dicotomia.²³⁴ A rigor, ao sobressaltar a relação entre

²³¹ DIDIER JUNIOR, F. **Curso de direito processual civil: volume 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. – Salvador: Juspodivm, 2017. P. 139.

²³² DIDIER JUNIOR, F. **Curso de direito processual civil: volume 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. – Salvador: Juspodivm, 2017. P. 53.

²³³ DIDIER JUNIOR, F. **Curso de direito processual civil: volume 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. – Salvador: Juspodivm, 2017. P. 53.

²³⁴ Baracho, enquanto fundador da teoria constitucionalista do processo, ao lado de Fiz-Zamudio e Andolina, escreveu: “Os estudos das relações entre Constituição e Processo, ou das normas constitucionais referentes ao processo, são recentes. A preocupação com a eficácia das normas constitucionais, por meio de mecanismos processuais específicos, levou à disciplina Direito Processual Constitucional. Dentro de outra perspectiva, as análises das disposições constitucionais

processo e constituição como uma nova fase histórica da ciência processual, nada acrescenta Didier ao que no século XX já acatava a teoria constitucionalista do processo, senão deprime esta ao adicionar terminologias com um grau de retoricidade advindo de expressões metafísicas, como lealdade, moralidade, boa-fé e justiça.

O distanciamento do discurso científico empreendido por Didier é tão extenso que, bem aos moldes da metafísica, ele próprio criou uma série de problemas, dos quais pelo menos um foi por ele percebido, na medida em que, ao dissertar sobre o princípio da cooperação, confessou que “o mais difícil é, realmente, sistematizar os deveres processuais que decorrem dele”.²³⁵ Ao tentar fazer essa ordenação, Didier elencou os deveres de “*esclarecimento, lealdade e de proteção*”, sendo que eles, respectivamente, se manifestam no dever de clareza nas redações jurídicas; na vedação da litigância de má-fé (arts. 79-81 do CPC/15) e na observância da boa-fé (art. 5º do CPC/15); na punição da parte que causa à contraparte danos considerados ilícitos pela lei, a exemplo dos artigos 77, VI, 520, I, e 776, do CPC/15.

Eis que não se vê qualquer ganho em se enquadrar esses dispositivos no chamado *princípio da cooperação*. Se todos os deveres por ele informados já constam de normas expressas, a louvação do princípio só reforça a retoricidade do discurso de que a democracia se consolida através da intersubjetividade. Tanto assim que mesmo já presentes esses deveres no CPC/73, em 2015 se publicou o Código de Processo Civil com o argumento (exposição de motivos) de que o novo código deveria promover um processo mais justo. O que se nota é que a exaltação desses valores indemarcados, como a justiça, é um alibi para a promulgação de novas leis que alavancam a carreira de quem as confecciona com posteriores vendas de cursos, palestras e obras dogmáticas supostamente encarregados de

concernentes ao processo mereceram a denominação de Direito Constitucional Processual”. BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. P. 126. Embora seja inegável a contribuição destas linhas ao entendimento do que vinha se conjecturando acerca do processo à época, Rosemiro Pereira Leal, a partir da formulação da teoria processual neoinstitucionalista do direito, adverte que os termos direito processual constitucional e direito constitucional processual servem apenas como denominação de disciplinas jurídicas, “desservindo à necessária clareza para o exato apontamento da origem desses supostos ramos jurídicos, porquanto ambas as expressões induzem o leitor a uma possível existência de um direito processual dentro ou a partir da constituição diverso de um direito processual infraconstitucional”. LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 14. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2018. P. 81.

²³⁵ DIDIER JUNIOR, F. **Curso de direito processual civil: volume 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. – Salvador: Juspodivm, 2017. P. 144.

explicá-las. Quanto ao rompimento com o Estado dogmático e redução dos conflitos por ele gerados, não há nenhuma preocupação.

Nessa esteira da retórica construção de um processo democrático, encontra-se das mais diversas expressões enraizadas nessa eticidade pós-positivista. Assim que Didier ressalta que o *modelo cooperativo* pode ser também denominado, como o faz Dierle Nunes, por *modelo participativo*. As expressões, como pode se notar, denotam o mesmo, reproduzindo o modelo constitucional do processo, com doses da teoria da relação jurídica travestida pelo instrumentalismo, mas tentam se singularizar pelo zelo à sonância das palavras. Tanto assim, que Didier adverte seu leitor quanto à teoria processual que se deve ter em mente quando da compreensão do art. 6º do CPC/15.²³⁶

O modelo cooperativo é, enfim, uma terceira espécie, que transcende os tradicionais modelos *adversarial* e inquisitivo. *Eis o modelo de direito processual civil adequado à cláusula do devido processo legal e ao regime democrático*. Mas é preciso compreender qual é a eficácia normativa deste princípio. Para tanto, é preciso lembrar o quanto se disse no capítulo introdutório deste *Curso*: **o processo é um feixe de relações jurídicas**, que se estabelecem entre os diversos sujeitos processuais, em todas as direções. É por isso que o art. 6º do CPC determina que todos os sujeitos processuais devem cooperar *entre si*. Os deveres de cooperação são conteúdo de *todas* as relações jurídicas processuais que compõem o processo: autor-réu, autor-juiz, juiz-réu, autor-réu-juiz, juiz-perito, perito-autor, perito-réu etc. **Essa é a premissa metodológica indispensável para compreender o conteúdo dogmático do princípio da cooperação**. (DIDIER, 2017, p.143, grifo nosso).

Não se atenta Didier que o que lhe falta, assim como aos demais entusiastas do CPC/15, é um rigoroso estudo da metodologia para não se perder num emaranhado de asserções conflitantes ao buscar validar dogmaticamente este código. Com efeito, esta missão seria complicada se procedida com rigor

²³⁶ Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.
BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm.

metodológico, pois este implica aversão ao sincretismo que é nota marcante do CPC/15.

Dado o sincretismo do CPC/15, aliás, não é de se estranhar o fato de Bahia, Nunes e Pedron afirmarem que a teoria processual neoinstitucionalista do direito “se preocupa com uma determinada visão constitucional e democrática do processo”,²³⁷ e, na mesma obra, trabalharem o *princípio da comparticipação* como viabilizador do Estado democrático de direito:

O que se quer dizer é que sem o trabalho participativo de todos os órgãos de classe e instituições (OAB, AMB, CNJ, CNMP etc.) e de todos os envolvidos, inclusive engajando e preparando tecnicamente para o exercício de suas respectivas funções, não existirá possibilidade de alteração pragmática. (...) Parte desses propósitos, não se olvida, foi encampada pelo CPC/2015 que, adotando forte missão contrafática, assumiu o propósito teórico de incrementar a atuação participativa e policêntrica dos sujeitos que militam no espaço processual, por meio da proposta de um contraditório dinâmico genuíno, estruturado sob as dimensões de não surpresa e influência, afinado às perspectivas de democratização preconizadas pela Constituição de 1988. (NUNES; BAHIA; PEDRON; p. 257).

Além da afirmação de que a TPND se preocupa com uma determinada visão constitucional seja uma ultrassimplificação que gere incompreensões, porquanto o processo neoinstitucionalista não é constitucionalizado, mas, na medida em que rompe com o mito do poder constituinte originário,²³⁸ constitucionalizante, haveria Bahia, Nunes e Pedron de explicar o que entendem por “democrático” a ponto de inserirem no mesmo cesto os enunciados da TPND e o princípio da

²³⁷ NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. **Teoria geral do processo**. Salvador: Juspodivm, 2020. P. 236.

²³⁸ Luiz Sérgio Arcanjo dos Santos, em singular dissertação, realizada sob orientação de Rosemiro Pereira Leal, explica minuciosamente porque o processo, na teoria processual neoinstitucionalista do direito, não se compatibiliza com o *poder constituinte originário*. Vale a citação de um trecho representativo da crítica desenvolvida na obra, sobretudo por se referir à contraposição entre o processo neoinstitucionalista e o poder constituinte originário e seu corolário modelo constitucional do processo: “O processo entendido como modelo constitucional não rompe a barreira de uma jurisdição (poder atribuído a uma autoridade) constitucionalizada, que ainda o mantém como instrumento de sua manifestação, portanto aprisionado no discurso do poder soberano. O processo como instituição, ao contrário, ao romper com a barreira de um modelo constitucional de processo, de cujas características gerais estruturadas por Andolina e Vignera foram adotadas, é que legitima e constitucionaliza a jurisdição, cujo controle de um direito democrático tem como pressuposto a fiscalidade no plano instituinte da lei.

SANTOS, Luiz Sérgio Arcanjo dos. **Processo e Poder Constituinte Originário: A construção do direito na processualidade jurídico-democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P. 100.

comparticipação. À TPND não basta a mera aplicação dos direitos constitucionais na interpretação das normas processuais e a consideração de alguns institutos do processo como direitos fundamentais, porque, se fosse esse o objetivo, bastaria a teoria constitucionalista.

Assim, desserve à TPND a exaltação do modelo cooperativo ou participativo como caminho à implantação do Estado democrático de direito, porque em sendo eles fundamentados na boa-fé e seus consectários, quais sejam, justiça, lealdade e equidade, apenas pensam numa economia procedimental, isto é, na resolução de conflitos entre os litigantes, e não na redução da produção de conflitos preconizada pela TPND. Afirmar, como Humberto Theodoro Júnior, que a cooperação evita “imperfeições processuais e comportamentos indesejáveis que possam dilatar injustificadamente a marcha do processo e comprometer a *justiça* e a *efetividade* da tutela jurisdicional”²³⁹ é, além de retórico, um atestado de que o princípio da cooperação nada tem a ver com as preocupações da TPND, porque explicita que os negócios processuais, enquanto *modus operandi* da cooperação, não passam de uma tentativa de resolução de conflitos sem qualquer objetivo de promover de ganhos sistêmicos.

Ao situar a cooperação como caminho a um processo justo, Humberto Theodoro Júnior argumenta que ela permite a efetivação de direitos constitucionais, como a *razoável duração do processo*²⁴⁰, se fundamentando, portanto, na teoria constitucionalista do processo. Ocorre que esta teoria não é a única subscrita pelo eminente jurista mineiro, pois como adverte Bruno Borges Magalhães, “o *justo*, no âmbito do Direito Processual, tem seus fundamentos na teoria do processo como relação jurídica”.²⁴¹

²³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 84.

²⁴⁰ “O processo justo e efetivo, portanto, deve viabilizar uma solução rápida para a disputa apresentada ao juiz, mas sem deixar de observar e respeitar os direitos e as garantias fundamentais das partes”.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017. P. 85.

²⁴¹ MAGALHAES, B. B.; LEAL, R. P.-. **O mito do acesso à justiça**. [recurso eletrônico]. [S. l.: s. n.]. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat06909a&AN=sib.537235&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 12 fev. 2023

Com efeito, o discurso da cooperação é não somente uma repetição hermética do modelo constitucional do processo, mas uma apologia disfarçada à teoria da relação jurídica, retratando o comum sincretismo vigorante nas obras dos processualistas que atuaram como militantes na elaboração do CPC/15. Não à toa este é repleto de antinomias, já que nada mais se espera de um código que não tem um claro referencial teórico, mas um emaranhado de normas decorrentes de teorias (ideologias) que em alguns momentos se chocam.

A rigor, o ponto que é partilhado entre as teorias constitucionalista e da relação jurídica é que o processo é instrumento da jurisdição, pouco importando, portanto, a afirmativa de que o processo deve respeitar os direitos e as garantias fundamentais, porque ao fim e ao cabo a autoridade judiciária que lhe conduzirá com habilitação à relativização dos direitos e garantias por critérios de conveniência e equidade. É que essa exaltação da justiça como um fim a se alcançar com a cooperação e seus derivados, como o instituto dos negócios jurídicos processuais, é mais sofisticado do que parece. Não há nenhuma inocência nessas correlações, mas uma premeditada formação de doutrina apta à manutenção da atuação carismática do juiz, como conclui Bruno Borges Magalhães quando da dissertação sobre *a ideológica idealização do processo justo*: “a confusão entre justiça e judiciário é feita na intenção exclusiva de tornar carismática a atuação do juiz, ocultando bases autoritárias das quais o paradigma democrático pretende se distanciar”.²⁴²

A demitificação do discurso da participação é seguimento da demitificação da *justiça*, pois ambos, como fundamentos dos negócios processuais, atuam na defesa da proteção de interesses individuais daqueles que podem transigir nos tribunais, bem como da manutenção do processo enquanto instrumento da jurisdição. Hodiernamente já não basta dizer que a oportunidade de participação dos sujeitos processuais no procedimento em contraditório seja “intuito democrático”,²⁴³

²⁴² MAGALHAES, B. B.; LEAL, R. P.-. **O mito do acesso à justiça**. [recurso eletrônico]. [S. l.: s. n.]. Disponível em:

<https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat06909a&AN=sib.537235&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 12 fev. 2023. P.23.

²⁴³ Confira-se o trecho em que Bahia, Nunes e Pedron comentam o princípio da cooperação com remissões à obra de Humberto Theodoro Júnior: “De acordo com Theodoro Júnior, a cooperação processual diz respeito ao ‘esforço necessário dos sujeitos processuais para evitar imperfeições processuais e comportamentos indesejáveis que possam dilatar injustificadamente a marcha do processo e comprometer a justiça e a efetividade da tutela jurisdicional’. Trata-se de ‘desdobramento

porquanto, em que pese a grande contribuição da teoria estruturalista à ciência do processo, o contraditório fazzalariano, sequer na sua forma aprimorada por Brêtas, em que ele passa do binominal ou trinominal para quadriminomial,²⁴⁴ já é insatisfatória para reger a fundamentação das decisões em um Estado democrático de direito que tenha o processo como teoria da lei.²⁴⁵

Embora os adeptos do modelo constitucional do processo já tenham acrescido às teses fazzalarianas a necessidade de se ter o contraditório como uma garantia processual, e não uma mera qualidade que se apresenta como faculdade às partes em determinados procedimentos,²⁴⁶ o contraditório para esses autores ainda permanece dogmático. É que, como incomparavelmente exposto por Túlio

do princípio moderno do contraditório assegurado constitucionalmente que não mais pode ser visto apenas como garantia de audiência bilateral das partes'. Desse modo, possui um intuito democrático de possibilitar que todos os sujeitos da relação processual tenham a oportunidade de influenciar no processo; 'É, também, um consectário do princípio da boa-fé objetiva, um dos pilares de sustentação da garantia constitucional do processo justo'.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. **Teoria geral do processo**. Salvador: Juspodivm, 2020. P. 497.

²⁴⁴ Brêtas explica o avanço de sua noção de contraditório frente suas predecessoras: "A nosso ver, contudo, essas noções ainda se revelam incompletas, pois o que deve ser instaurado na dinâmica do procedimento é o quadrimônio estrutural do contraditório (e não binômio ou trinômio), ou seja, - informação – reação – diálogo – influência – como resultado lógico-formal da correlação do princípio do contraditório com o princípio da fundamentação das decisões jurisdicionais.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 4. ed. – Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2018. p.130.

²⁴⁵ A definição quadriminomial do contraditório continua ineficaz à pretensão de fundamentação das decisões, porque a influência será de acordo com a lei jurisprudenciada, sendo impossível ao destinatário normativo, no Estado dogmático, perquirir os fundos (fundamentos) da lei legislada e interpretada pelas autoridades. Explica Rosemiro Pereira Leal: "O que se vê é que os advogados estão sempre à busca da **tutela** jurisdicional, porque a lei não jurisprudencializada é, no Estado Dogmático, uma excrescência do direito **vigente**: aquele que, embora promulgado e publicado, não está em **vigor** pela passagem tonificante dos juízos-de-direito do Poder Judiciário em sua vontade jurisdicional oriunda da **União** pitagórica dos **três poderes**."

LEAL, Rosemiro Pereira. A falácia da fundamentação das decisões no Estado Dogmático e a Hermenêutica do garantismo, ativismo e protagonismo jurisdicionais. **PROCESSO E LIBERDADE: estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa**. PEGINI, Adriana Regina Barcellos et al, p. 787-801, 2019.

²⁴⁶ Ressalte-se que Rosemiro Pereira Leal já advertira esse problema em sua Teoria geral do processo ao explicar os avanços da teoria constitucionalista do processo frente à teoria do processo como procedimento em contraditório: "o que seria de anotar na teoria fazzalariana do processo, ponto fulgurante, neste século, do estudo do direito processual, é que Fazzalari, ao distinguir processo e procedimento pelo atributo do contraditório, conferindo, portanto, ao procedimento realizado pela oportunidade de contraditório a qualidade de processo, não fê-lo originariamente pela reflexão constitucional de direito-garantia ou de instituição constitucionalizada regente dos procedimentos como preconiza minha teoria neoinstitucionalista do processo. Sabe-se que hoje, em face do discurso jurídico-constitucional das democracias, o contraditório é instituto do direito constitucional e não mais uma qualidade que devesse ser incorporada por parâmetros doutrinários ou fenomênicos ao procedimento pela atividade jurisdicional.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 14. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2018. P. 139 e 140,

Trindade²⁴⁷ em sua tese de doutoramento, o contraditório exercido em ordenamentos jurídicos é exercido na ausência de metalinguagem, haja vista que nestes inexistem uma teoria que atue na fundação, aplicação e modificação da lei:

O contraditório na teoria neoinstitucionalista é dotado de maior relevância e, na condição de substitutivo do 'contraditório dogmático', desempenha uma função metalinguística, fiscalizatória e legitimante, assegurando que a **ampla defesa**, pela argumentação até a decisão, não extrapole os limites intrasignificativos dos fundamentos do sistema jurídico democrático adotado segundo a TPND. (TRINDADE, p.197).

Ainda que se alie a boa-fé com o contraditório e o devido processo legal para encorpar a importância do princípio da cooperação, perecem as teses dos dogmáticos quanto à suposta tentativa de se implantar uma democracia. Esse insistente entrelaçamento de princípios para justificar um discurso sincrético tal qual o do CPC/15 chega a ser tão atordoante, caindo seus autores em recorrentes circularidades, que mesmo um entusiasta do referido código anota, após discorrer sobre divergentes argumentações acerca dos fundamentos do princípio da boa-fé, que “todas essas opções são dogmaticamente corretas e que adota-se a do STF, principalmente em razão de um aspecto prático: a caracterização do devido processo legal como uma cláusula geral é pacífica”.²⁴⁸

Essa relação que os processualistas vêm traçando entre o devido processo legal e o princípio da cooperação, atingindo, por consequência, o instituto dos negócios jurídicos processuais é tema que merece maiores considerações, pois se localiza na espinha dorsal do problema da atuação do processo na construção do Estado democrático de direito.

4.2 O devido processo legal e os negócios processuais.

²⁴⁷ TRINDADE, T. M. S. da; LEAL, R. P.-. **Limites normativos da ampla defesa como pressupostos isonômicos do contraditório em uma concepção democrática contemporânea. [recurso eletrônico]**. [S. l.: s. n.]. Disponível em <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cab06909a&AN=sib.549698&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 13 fev. 2023. P. 197.

²⁴⁸ DIDIER JUNIOR, F. **Curso de direito processual civil: volume 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. – Salvador: Juspodivm, 2017. P. 124.

Na obra de Didier, a preservação do Estado aristotélico, por meio da dominação legal,²⁴⁹ fica explícita através da relação que o autor estabelece entre o devido processo legal e o princípio da cooperação. É que embora o renomado processualista, ao afirmar que “a construção do processo devido é obra eternamente em progresso”, dê a entender que pensa o *devido* voltado à futuridade, após uma leitura cuidadosa, o que se depreende é ainda uma aderência ao dever-ser kelseniano, desservindo, portanto, ao Estado democrático de direito a ser criado pelo processo.

Na medida em que se aduz precisar ser o processo adequado, leal, cooperativo e efetivo para ser devido, de tal forma a colocar o princípio da boa-fé processual como subprincípio do devido processo legal, tem-se que esse *devido* não guarda relação com a redução progressiva de incertezas irreparavelmente danosas à existência minimamente digna para o homem.²⁵⁰ Logo, acertadamente, o devido processo legal em Didier é consonante à *law of the land* consagrada na Magna Carta de 1215.²⁵¹

É que, como explica Rosemiro Leal, a *law of the land* encampa um direito advindo de uma comunhão histórica de bons sentidos e costumes favoráveis aos *magno*s, de tal forma a ser equívoca a aproximação do *devido processo* ao *due process*,²⁵² se se quiser implantar um Estado democrático de direito, porque neste, a ser construído pelo processo, não há espaço para a defesa de uma sociedade pressuposta em que apenas se pós-ative (positiva) os direitos a ela naturalmente inerentes. Daí que advogar a tese do Supremo Tribunal Federal de se correlacionar as *máximas da proporcionalidade* e da *razoabilidade* com o princípio do devido processo substancial (*substantive due process of law*), como faz Didier, é um

²⁴⁹ WEBER, Max. **Os três tipos puros de dominação legítima**. In: COHN, Gabriel (Org.); FERNANDES, Florestan (Coord.). Weber: sociologia. Tradução de Amélia Cohn e Gabriel Cohn. 7. ed. São Paulo: Ática, 1999 (Grandes cientistas sociais).

²⁵⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 14. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2018. P. 61.

²⁵¹ DIDIER JUNIOR, F. **Curso de direito processual civil: volume 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. – Salvador: Juspodivm, 2017. P. 75.

²⁵² LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017. P. 78.

engodo.²⁵³ Para não cair nessa armadilha da autoridade é preciso que se tenha em mente a advertência de Rosemiro Leal de que o *substantive due process of law*, que é a fusão da *law of the land* com o *due process*, consubstancia um processo jurisdicional, a saber, um processo como instrumento do juízes na manutenção dos privilégios da lei *pós-ativa* (*law of the land*).²⁵⁴

Nada adianta, então, dar ares de democraticidade ao *devido processo legal* dogmático ao relacioná-lo a princípios como o do contraditório, do juiz natural, da duração razoável do processo, pois o que há de se indagar é com base em qual linguagem esse contraditório será exercido, de qual linguagem o juiz natural irá se valer para fundamentar sua decisão, e a que essa celeridade²⁵⁵ se destina. É que, como leciona Rosemiro Pereira Leal, a CF/88, ao dispor que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal,²⁵⁶ está protegendo aquele privilegiado pela *law of de land*, pouco importando o processo àquele que não tem bens ou liberdade a serem protegidos. Nesse sentido, preconizar critérios como *razoabilidade* e *proporcionalidade* como consectários do *devido processo legal* em aderência à “experiência jurídica brasileira”²⁵⁷ é sofisticar hermeticamente o que Bülow buscou com sua teoria da relação jurídica: a concessão de poderes aos *maiores*, para a consolidação de um império por meio da magistratura, aos moldes do direito romano.

²⁵³ Após citar o voto proferido, pelo Relator Ministro Celso de Mello (RTJ 176/578-580), Didier aduz que: “A relação que se faz entre devido processo legal, proporcionalidade e razoabilidade é bem fundamentada e compreendida pelos operadores jurídicos no Brasil”.

DIDIER JUNIOR, F. **Curso de direito processual civil: volume 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. – Salvador: Juspodivm, 2017. P. 81.

²⁵⁴ LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017. P. 79.

²⁵⁵ A respeito da utilização da celeridade como argumento justificante da desprocessualização, confira-se anotações de Rosemiro Pereira Leal: “Ressaltamos também que a celeridade de um direito, tão almejada em sua velocidade máxima pelos dogmáticos de hoje, é a maior negativa de se conferir aos integrantes de uma pretendida Sociedade Democrática (Aberta) a possibilidade de entender e discutir a gênese dos problemas jurídicos que possam enfrentar e erradicar com significados constitucionalizados mediante o simétrico exercício de igual direito fundamental (instituinte da co-institucionalidade) de interpretação para todos (isomenia no sentido neoinstitucionalista).

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017. P. 317.

²⁵⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020].** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13 mar. 2023.

²⁵⁷ DIDIER JUNIOR, F. **Curso de direito processual civil: volume 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. – Salvador: Juspodivm, 2017. P. 78.

Não há, sob análise minuciosa, sequer contradição em Didier entre sua subscrição do *devido processo legal* defendido pelos tribunais excelsos e sua afirmativa de que “a construção do processo devido é obra eternamente em progresso” porque esse *eterno progresso* significa uma constância na defesa do Estado aristotélico por meio de atribuição aos julgadores de um dever ético indemarcável e, por consequência, infalseável. É, em síntese, o *devido processo legal* dogmático uma ferramenta de se manter o republicanismo, isto é, a relação de autoridade e obediência.

O objetivo de Bülow de substituir o legalismo pelo Movimento do Direito livre através do resgate do direito romano no que toca à importância da magistratura²⁵⁸ só vem sendo reforçado nas modernas vestes que o *devido processo legal* tem assumido no modelo constitucional do processo. É que já se tem incrementado o termo *devido processo legal* com novos adjetivos que só auxiliam a autoridade a permanecer com seus juízos de equidade, porque estes vêm sendo sofisticados com herméticos critérios que afastam cada vez mais o destinatário normativo da possibilidade de se autoilustrar sobre os fundamentos do sistema que pratica. Nesse sentido que já se fala em “**devido processo cooperativo**” ou “**devido processo negociado**”, nos quais se apregoa a resolução de conflitos entre direitos fundamentais por “técnicas hermenêuticas adequadas e capazes de indicar, no caso concreto, uma solução razoável e proporcional”.²⁵⁹

Por detrás do coro aos negócios processuais, tem-se, de fato, é uma interpretação de que o devido processo legal é garantia dos civilizados à adequação dos procedimentos conforme lhe aprouverem na resolução de seus interesses individuais, consumando-se a advertência de que o procedimento é mero rito (alegoria judiciária) a realizar o mito da justiça célere.²⁶⁰ Claro que esses ajustes procedimentais teriam de sofrer algum controle, afinal o processo é *civil*, isto é, serve ao civil na defesa de seu patrimônio, portanto ao sujeito capaz e fruidor de direitos que admitam autocomposição. Para provar o caráter individualista do instituto positivado no artigo 190 do CPC, e aprovar a serviência deste à sociedade civil, não

²⁵⁸ LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/ FUMEC, 2008. P. 52.

²⁵⁹ MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

²⁶⁰ LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. **Virtuajus—Revista Eletrônica**, v. 4, n. 2, 2005.

poderia deixar de se encontrar no cume da relação jurídica o juiz bülowiano, “ao fazer o presente e o futuro como aceleração do passado, em moldes romano-canônicos”²⁶¹ distribuindo justiça (processo justo) pelo zelo ao princípio da cooperação.

Não se deve dizer, portanto, sem certas considerações, que o instituto dos negócios jurídicos processuais conflita com o devido processo legal, porque este, na concepção dogmática, carrega ampla afinidade com aquele no que tange à proteção da *law of the land* dos civis. O devido processo legal que não coaduna com os negócios processuais é aquele entendido como “conjunto de procedimentos e atos procedimentais legiferativamente criados e regidos pelo *devido processo* para operar, fiscalizar e assegurar direitos e deveres contidos no discurso coinstitucional”.²⁶²

Desde que o devido processo legal seja mero princípio de imperatividade (dever-ser kelseniano) de um processo civil afeito à sociedade civil, o reforço dos negócios processuais mediante sua recente admissibilidade na sua forma atípica não representa nenhuma surpresa, afinal ainda se pode utilizar integralmente o discurso publicado por Rosemiro Leal em 2005 para dizer que “colhe-se das legislações civis, até hoje, principalmente do **Processo civil** codificado, a inexistência de procedimentos efetivadores de pleitos atinentes a direitos fundamentais de vida e dignidade jurídica”.²⁶³ Os procedimentos civis são de fato meros ritos, instrumentos da jurisdição e, hodiernamente, de forma mais enfática, também pelas partes. Não há qualquer preocupação em se processualizar os procedimentos, o que, aliás, não se poderia mesmo esperar de adeptos de teorias que não distinguem as duas instituições.

Enquanto se insiste na desprocessualização do nível instituinte do sistema jurídico, o que resta é a apologia à eticidade aristotélico-habermasiana como discurso tópico-retórico de oferta de democracia mediante uma liberdade

²⁶¹ LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. **Virtuajus–Revista Eletrônica**, v. 4, n. 2, 2005.

²⁶² LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 14. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2018. P. 61.

²⁶³ LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. **Virtuajus–Revista Eletrônica**, v. 4, n. 2, 2005.

indemarcada na produção de argumentos²⁶⁴ em razão da falta de uma teoria que sirva de metalinguagem ao discurso jurídico. Nessa conjuntura, o que não há como defender é que se está construindo um Estado democrático de direito pelo processo, pois não há qualquer preocupação com a implementação de direitos fundamentais a todos, mas simplesmente uma perpetuação, sob roupagens cada vez mais ludibriantes, da defesa dos direitos individuais.

4.3 O impedimento ao devir processual como cláusula oculta dos negócios jurídicos processuais.

Quando se fala que o devido processo legal cultuado pelos adeptos do princípio da cooperação e, de conseguinte, dos negócios processuais, restringe suas preocupações à manutenção dos civis, isto é, dos patrimonializados, não se ignora que há na doutrina o argumento de que pelos negócios processuais se busca uma redução de custos do judiciário. O problema é aceitar que os custos estatais justifiquem um desvio de interesse na utilização do procedimento.

O procedimento, como garantia de previsibilidade dos destinatários normativos, se processualizado, é capaz de ser mais do que uma mera técnica de resolução de conflitos, mas uma técnica que permita se descobrir outro mundo, como vislumbrado por Umberto Galimberti:²⁶⁵

Se um esboço do *possível* pode ser encontrado no comportamento daqueles pássaros que usam gravetos para construir um ninho, ou dos macacos que usam um galho para trazer para perto de si a banana, devemos observar que esse emprego instrumental das coisas não ultrapassa o ambiente, limitando-se a organizá-lo melhor para torna-lo funcional às próprias necessidades. O homem, em vez disso, quando constrói ferramentas, **não o faz somente para melhor organizar o ambiente**, mas para preparar outros ambientes que lhe permitam ultrapassar o dado. O sentido da técnica está todo aí, em reconhecer para além do ambiente atual um ambiente possível, um ambiente que se desenha não por uma intuição da alma, mas porque a ele conduz a cadeia dos instrumentos construídos um depois do

²⁶⁴ TRINDADE, T. M. S. da; MACIEL JÚNIOR, V. de P. **A violência da desprocessualidade do procedimento no estado democrático.** [S. l.: s. n.]. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cab06909a&AN=sib.474022&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 14 fev. 2023.

²⁶⁵ GALIMBERTI, Umberto. **Psiche e techne: o homem na idade da técnica.** Paulus, 2006.

outro, segundo aquela modalidade que, em todos os pontos da série, permite descobrir um outro mundo. (GALIMBERTI, 2006, p. 91, grifo nosso).

Em sendo o procedimento uma técnica, ao homem se abre a possibilidade de utilizá-lo para a criação de um ambiente outro deste por nós recebido da história de guerras sangrentas que, reificada pelos gregos e romanos e ajustada ao direito, parece-nos irretocável. Noutros termos, e valendo-nos da própria palavra utilizada por Galimberti, o procedimento é uma válvula de escape que temos para romper com o direito romano, resgatado por Bülow e ainda hoje apoiado pelos adeptos do instrumentalismo processual, mas se ordenado pelos sujeitos do processo aos moldes do instituto dos negócios processuais, é apenas uma melhora perversa da organização (ordenação) do ambiente catastrófico que nos circunda.

Para quebrar essa ordem aristotélica pautada na relação autoridade-obediência (republicanista), a nível de procedimentalidade jurídica, o que se pode aproveitar como de mais ousado e resistente às críticas é o *devido processo legal* conjecturado pela TPND, porquanto, ao ser regenciado pelo *devido processo*, se destina a “operar, fiscalizar e assegurar direitos e deveres contidos no discurso coinstitucional”.²⁶⁶ Destarte, os procedimentos podem ser utilizados pelo homem como meios de se reger o Estado através de fontes outras que o poder constituinte originário e sua correlata preservação da pobreza.

Não é, então, que não seja importante a consideração dos custos do judiciário tal como levantados por Muller²⁶⁷. Com efeito, a construção do Estado democrático de direito pelo processo também passa pela redução desse ônus aos contribuintes. Entretanto, sabe-se, por pesquisa realizada por Vicente de Paula Maciel, que grande parcela dessa litigiosidade se dá pela reiteração de práticas vedadas pelo ordenamento jurídico por parte de poucas pessoas jurídicas. Assim, sequer a

²⁶⁶ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 14. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2018. P. 61.

²⁶⁷ Como tese de defesa à negociabilidade processual, Muller levanta as seguintes estatísticas econômicas: “Dados do último relatório consolidado do Conselho Nacional de Justiça revelam a existência de 74 milhões de processos em tramitação no Judiciário ao final de 2015 (excluído o STF e o CNJ), estoque que vem crescendo desde de 2009 ininterruptamente, apesar de uma queda no número de ações novas no último ano. (...) O custo do Poder Judiciário nacional em 2015, de mais de 79 bilhões de reais, correspondeu a aproximadamente 1,3% do produto interno bruto brasileiro. Em outros países, a proporção em sua grande maioria, varia entre 0,12 a 0,34%”. MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

resolução efetiva dos gastos com o judiciário se daria mediante o estímulo aos negócios processuais.

Noutra perspectiva, o que o empreendimento da implantação do Estado democrático de direito suplica é a implantação de uma fiscalidade procedimental que substitua o Direito da Economia pelo Direito Econômico, nos moldes preconizados pela teoria processual neoinstitucionalista do direito, tal como desenvolvido por Daniel Farnese Cordeiro de Aguiar em dissertação de mestrado. Como se depreende dessa pesquisa, ao invés de se flexibilizar os procedimentos por critérios de conveniência e equidade, deve-se utilizá-los com o fito de se promover ganhos sistêmicos:²⁶⁸

A otimização das atividades públicas e privadas será o resultado dos **ganhos sistêmicos**, os quais pressupõem o controle dos atos estatais. Isso não se faz mediante a fiscalização dogmática que aí está, mas por intermédio de **procedimentos processualizados** onde serão arguidos os erros e falhas com base nos enunciados que formarão o sistema jurídico, não sendo vedada a impugnação da própria teoria da lei constante da sua base instituinte, a qual ocupa este posto temporariamente pois o direito não dogmático é incompatível com proposições absolutas e definitivas. (FARNESE, 2023, p. 191).

O uso de argumentos econômicos na defesa dos negócios processuais é, portanto, além de um desvio de função da técnica, pois assim se pensa nos procedimentos sem que sejam processualizados, incapacitando-lhes a servir de instrumento para recriação do mundo, uma forma de se mascarar os reais problemas que impedem a eficiência do sistema jurídico. Em síntese, à redução da pobreza e correlata desoneração dos contribuintes, a tese de se implantar um direito econômico por meio de uma coinstitucionalidade processualizada é mais resistente à crítica do que a ainda ideológica proposta de negociabilidade procedimental, que tem a desprocessualização do direito como cláusula oculta.

²⁶⁸ FARNESE, Daniel Cordeiro de Aguiar. **Ordem econômica, desprocessualização do estado e a derrocada empresarial**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023. P.191.

5 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Com a fervorosa recepção do Código de Processo Civil de 2015 por parte da majoritária doutrina especializada, o instituto dos negócios jurídicos processuais passou de alvo de dúvidas acerca até mesmo de sua existência ao status de peça chave da nova lei à concretização do Estado democrático de direito. Desta feita, uma explosão de publicações vem situando o artigo 190 do CPC/15 como objeto de estudo, oferecendo-lhe contornos práticos rumo à redução dos custos com o judiciário e resolução de conflitos mediante a tão aclamada, sobretudo após a divulgação dos estudos habermasianos, deliberação entre os sujeitos processuais. Ocorre que nestes estudos não se apontou a retoricidade de todo este empreendimento, o que suscitou a presente pesquisa sob o marco da teoria processual neoinstitucionalista do direito.

No curso da pesquisa o que foi se conjecturando é que o instituto denominado *negócios jurídicos processuais* reflete o Código de Processo Civil de 2015 no sincretismo e conseqüente retoricidade deste não somente quanto à aplicação, mas até mesmo pela nomenclatura. É que o referido código, seja em sua exposição de motivos, seja em seus dispositivos, denota que o discurso de celeridade que encampou sua elaboração não é mais que um artifício para se justificar um trabalho legislativo preocupado com a manutenção do Estado dogmático. Nesse sentido, que sobre o pretexto da valorização da participação das partes, quando conveniente aos privilegiados pelo *due process of law*, se promove a contratualização do processo, ao passo em que se acentua o voluntarismo judicial nos momentos em que a ordem (republicana) é ameaçada. Esse balanço, em termos jurídico-processuais, nada mais é que a adoção simultânea de teorias contrastantes, como a estruturalista, constitucionalista e relacionista do processo. Diante de tamanha mistura teórica (ideológica), não assusta a confusa terminologia do instituto: segundo o CPC/15, de fato, não se sabe se o negócio é processual ou procedimental, nem mesmo se processo é instituição negociável.

Tampouco há no CPC/15 uma preocupação atinente à clareza na enunciação dos vícios a serem objeto de sanção pelo magistrado. A despeito do art. 190 elencar alguns impedimentos, deixou a cargo da doutrina e da jurisprudência o trabalho de

sistematizar o controle judicial, o que revela a adesão do código não só à teoria do processo como relação jurídica, pelo fomento do ativismo judicial, mas também à teoria constitucionalista do processo, porquanto prioriza o intérprete à lei na garantia dos direitos daqueles eventualmente lesados pelas negociações processuais.

Além da perquirição do instituto dos negócios processuais por meio da indagação das teorias do processo que lhe sustentam, os fundamentos dos negócios processuais apontados pela doutrina favorável a eles também foram considerados pela pesquisa, o que culminou numa confluência ao problema da dicotomia público-privado. É que na medida em que se aponta os princípios da comparticipação ou da cooperação como bases dos negócios processuais, a pretexto de implantar uma democracia deliberativa, impõe-se às partes a tarefa de assistência ao magistrado em sua missão de promover *justiça*.

Na afirmativa de que os princípios da cooperação e comparticipação se prestam à efetivação de um processo justo, há nas entrelinhas a doutrina aristotélica de que “chamamos justos apenas aqueles atos que tendem a produzir e a preservar, para a sociedade política, a felicidade”²⁶⁹, sendo esta felicidade o desenvolvimento completo da essência do homem.²⁷⁰ É, no entanto, preciso se ter em mente que em Aristóteles o homem só atinge sua essência na *pólis*, e, considerando que deste termo que se derivou a palavra *política*,²⁷¹ já se indica por quais razões esta última pode ser entendida tanto como “(i) doutrina do direito e da moral; (ii) teoria do Estado; (iii) a arte ou ciência do governo”.²⁷² Em outras palavras, ao indicar a *república* como forma ideal de governo para se permitir a afloração da essência humana, a *política*, em Aristóteles, é a ciência que estuda a maneira de se preservar o *interesse comum*.

Ao se falar em *interesse comum* torna-se mais explícita a relação entre a *política*, o *público* e os *negócios processuais* enquanto fundamentados pelas teorias do processo como contrato e como relação jurídica e pelos denominados princípios

²⁶⁹ ARISTÓTELES. **Ética a Nicomaco**. Jandira, SP: Principis, 2021. P. 106.

²⁷⁰ SEVERINO, Emanuele. **A filosofia antiga**. v. 1. Tradução de José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70 (1986): 3. P. 143.

²⁷¹ SEVERINO, Emanuele. **A filosofia antiga**. v. 1. Tradução de José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70 (1986): 3. P. 140.

²⁷² ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**; tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 6ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

da cooperação e da participação. É que duas considerações sobre o interesse comum aristotélico não podem ser apartadas, quais sejam, a de que o “*interesse comum* é a ordem que permite ao homem, enquanto *cidadão*, atingir a felicidade”,²⁷³ e que, na medida em que nem todos são *cidadãos*, o interesse comum não abarca o interesse de todos habitantes da *pólis*: “alguns homens – operários, agricultores, comerciantes, escravos – são de fato por natureza instrumentos e propriedade de outros homens e, portanto, neles não se pode realizar a felicidade”.²⁷⁴

Levando em conta as restrições aristotélicas ao alcance da felicidade, explica-se por que o artigo 190 do CPC/15 atribui pouca importância ao procedimento, na medida em que permite sua flexibilização, mas, noutro passo, veda a participação dos incapazes, bem como atribui ao juiz a tarefa de controlar as negociações mesmo que na ausência de norma que a regule. Fica explícito que aos *civis*, isto é, aos patrimonializados,²⁷⁵ permite-se o exercício da fala ética na manutenção de seus bens, viabilizando o desenvolvimento de sua essência pela efetivação do discurso²⁷⁶ (princípio da cooperação e da participação), enquanto que àquele desprestigiado pela *law of the land* o CPC/15 destina o amparo do juiz, numa espécie de repetição do discurso aristotélico de que alguns (os escravos) são desprovidos de uma parte da alma, o *noûs* (o intelecto), mas ainda são homens, de tal forma a merecerem não somente ordens, mas um pouco de *lógos*.²⁷⁷ Daí a insistência na persuasão (sofística) do discurso de que, ao se preconizar a fala, a lealdade e a justiça do magistrado aos infantes ou, em outros termos, a exaltação

²⁷³ SEVERINO, Emanuele. **A filosofia antiga**. v. 1. Tradução de José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70 (1986): 3. P. 149.

²⁷⁴ SEVERINO, Emanuele. **A filosofia antiga**. v. 1. Tradução de José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70 (1986): 3. P. 148.

²⁷⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. **Virtuajus–Revista Eletrônica**, v. 4, n. 2, 2005.

²⁷⁶ Sobre a relação do discurso e o *lógos* aristotélico, confira-se trecho da singular obra de Bárbara Cassin: Assim, o racional não é senão a efetivação do discursivo: em outros termos, é na própria continuidade do *lógos* expressivo-discursivo-racional que reside a descontinuidade entre o animal e o homem.

CASSIN, Barbara. **Aristóteles e o logos, contos da fenomenologia comum**; trad. Luiz P. Rouanet. São Paulo: Loyola, 1999. P. 53.

²⁷⁷ “Sem dúvida, a melhor maneira de caracterizar a relação do escravo com o *lógos*, que ele o tem sem saber, seria dizer que ele é sensível ao *lógos*: eis por que não se deve ‘privar os escravos de *lógos* dando-lhes apenas ordens’, é necessário, pelo contrário, ‘pôr-lhes coisas no espírito” (*nouthetêton*), ‘algo na cabeça’, diríamos, mais ainda que nas crianças (1260 b 5-7).

CASSIN, Barbara. **Aristóteles e o logos, contos da fenomenologia comum**; trad. Luiz P. Rouanet. São Paulo: Loyola, 1999. P. 57.

dos negócios processuais sob fundamentação dos princípios da cooperação e participação, se implanta uma democracia contemporânea.

Como decorrência dos estudos empreendidos na elaboração desta dissertação, o que se conjectura é que a mescla entre privatismo e publicismo efetivada pelo CPC/15 também por via do instituto dos negócios processuais sequer é contraditório, porquanto o que se tem é mais uma vez a legislação assumindo o público como um “*locus* especial que parece sempre apontar para aquilo que advém do civil-patrimonializado ou para o que assegura as condições de produção e reprodução de decisões condutoras da coletividade”.²⁷⁸ Desprocessualiza-se o procedimento, então, em desculpa do *interesse público*, que, em sendo equivalente ao *interesse comum* da política de Aristóteles, trata-se de mais uma amarra ao republicanismo.

²⁷⁸ LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. Pandemia e as matrizes publicísticas do processo civil. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 42, p.327-340, set./ dez. 2020. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-20.pdf> Acesso em 28/02/2023.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de Filosofia**; tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 6ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

ADORNO, Theodor, MAX Horkheimer. **Dialética do esclarecimento**. Tradução de Guido Antonio de Almeida. 1. ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

AGUIAR, D. F. C. de; LEAL, R. P.-. **Ordem econômica, desprocessualização do estado e a derrocada empresarial**. [recurso eletrônico]. [S. l.: s. n.]. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat06909a&AN=sib.545759&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 14 fev. 2023.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARISTÓTELES. **A política**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicomaco**. Jandira, SP: Principis, 2021.

ARISTÓTELES. **Organon: categorias da interpretação, analíticos anteriores, analíticos posteriores, tópicos, refutações sofísticas**. 3. ed. – São Paulo: Edipro, 2010.

ATIENZA, Manuel. **As razões do direito: teoria da argumentação jurídica**. Grupo Gen-Editora Forense, 2000.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 15.ed. - São Paulo: Malheiros, 2003.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Processo constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm.

BÜLOW, Oskar Von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Buenos Aires: EJE, 1964.

CÂMARA, A. F. **Lições de direito processual civil: volume 1**. 19. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CÂMARA, Helder Moroni. **Negócios jurídicos processuais: condições, elementos e limites**. São Paulo: Almedina, 2018.

CARNELUTTI, F. **Instituições do processo civil**. São Paulo: Classic Book, 2000.

CARNELUTTI, F. **Sistema de direito processual civil**: volume 1: introdução e função do processo civil, apêndice código de procedimento civil italiano de 1940. - São Paulo: Classic Book, 2000.

CASSIN, Barbara. **Aristóteles e o logos, contos da fenomenologia comum**; trad. Luiz P. Rouanet. São Paulo: Loyola, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil. v. I. Trad. J. Guimarães Menegale**. São Paulo: Saraiva, 1969

CINTRA, AC de A.; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed. – São Paulo: Malheiros, 2006.

COSTA, A. de A. L. da. **Manual elementar de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

COUTURE, Eduardo J. **Introdução ao estudo do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2001. P. 45 e 46.

DESCARTES, René. **Discurso sobre o método**. Petrópolis: Vozes, 2011.
DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo constitucional e estado democrático de direito**. 4. ed. – Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2018.

DIDIER JUNIOR, F. **Curso de direito processual civil**: volume 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. – Salvador: Juspodivm, 2017.

FARNESE, Daniel Cordeiro de Aguiar. **Ordem econômica, desprocessualização do estado e a derrocada empresarial**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2023.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. trad. Português Elaine Nassif–Campinas: Bookseller, 2006.

FIUZA, C. **Direito processual na história**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GALIMBERTI, Umberto. **Psiche e techne: o homem na idade da técnica**. Paulus, 2006.

GAJARDONI, Fernando Fonseca. **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.

GIANNAKOS, Demétrio Beck da Silva. **Negócios jurídicos processuais e análise econômica**. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

GONÇALVES, A. P. **Técnica processual e teoria do processo**. 2. ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

HUME, David. **Investigação sobre o entendimento humano**. Leya, 2013.

HUME, David. **Tratado da natureza humana** (*trad. Serafim da Silva Fontes*). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1888.

JAEGER, W. W.; PARREIRA, A. M. **Paideia : a formação do homem grego**. 6. ed. [s. l.]: WMF Martins Fontes, 2013.

KANT, I. **Crítica da razão pura**. 5. ed. [s. l.]: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

LEAL, André Cordeiro. **Instrumentalidade do processo em crise**. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/ FUMEC, 2008. P. 28.

LEAL, André Cordeiro; THIBAU, Vinícius Lott. Pandemia e as matrizes publicísticas do processo civil. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, Belo Horizonte, n. 42, p.327-340, set./ dez. 2020. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2021/01/DIR42-20.pdf>
Acesso em 28/02/2023.

LEAL, Rosemiro Pereira. Processo civil e sociedade civil. **Virtuajus–Revista Eletrônica**, v. 4, n. 2, 2005.

LEAL, Rosemiro Pereira. A falácia da fundamentação das decisões no Estado Dogmático e a Hermenêutica do garantismo, ativismo e protagonismo jurisdicionais. **PROCESSO E LIBERDADE: estudos em homenagem a Eduardo José da Fonseca Costa**. PEGINI, Adriana Regina Barcellos et al, p. 787-801, 2019.

LEAL, Rosemiro Pereira. **A teoria neoinstitucionalista do processo: uma trajetória conjectural**. 1 ed. Belo Horizonte. Arraes, 2013.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 14. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2018.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. – 15. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2021.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Processo como teoria da lei democrática**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

LOCKE, John. **Draft a do ensaio sobre o entendimento humano**. SciELO-Editora UNESP, 2013.

LOPES, E. **Fundamentos da lingüística contemporânea**. 20. ed. – São Paulo: Cultrix, 2008.

MAGALHAES, B. B.; LEAL, R. P.-. **O mito do acesso à justiça**. [recurso eletrônico]. [S. l.: s. n.]. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat06909a&AN=sib.537235&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 12 fev. 2023

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. P. 319

MÜLLER, Julio Guilherme. **Negócios processuais e desjudicialização da produção da prova**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre; PEDRON, Flávio. **Teoria geral do processo**. Salvador: Juspodivm, 2020.

PEREIRA, C. M. da S. **Instituições de direito civil: volume 1: introdução ao direito civil, teoria geral de direito civil**. 19. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2000.

POPPER, Karl R. **Autobiografia intelectual**. São Paulo: Cultrix, 1977.

POPPER, Karl Raimund. **A lógica da pesquisa científica**. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 2013.

POPPER, Karl. **Conhecimento objetivo**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1999.

POPPER, Karl R. **Lógica das ciências sociais**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1978.

POPPER, Karl R. **Os dois problemas fundamentais da teoria do conhecimento**. Editora Unesp, 2013.

POPPER, K. R., ECCLES, John C. **O eu e seu cérebro**. Tradução de Silvio Meneses Garcia, Helena Cristina F. Arantes e Aurélio Osmar C. de Oliveira. Campinas: Papyrus; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1991.

POPPER, Karl Raimund. **O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade**. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70. 2018.

REALE, Giovanni. **Pré-socráticos e Orfismo: história da filosofia grega e romana**, v. I. São Paulo: Ed. Loyola,[1975] (2009).

SANTOS, Luiz Sérgio Arcanjo dos. **Processo e Poder Constituinte Originário: A construção do direito na processualidade jurídico-democrática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016

SANTOS, M. A.; KÖHNEN, M. B. A. S. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 25. ed. rev. e atual. / por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen. – São Paulo: Saraiva, 2007.

SCIASCIA, Gaetano; CORREIA, Alexandre. **Manual de direito romano**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 1953.

SEVERINO, Emanuele. **A filosofia antiga**. v. 1. Tradução de José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70 (1986): 3.

SEVERINO, Emanuele. **A filosofia moderna**. v. 2. Tradução de José Eduardo Rodil. Lisboa: Edições 70 (1986): 3.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum**. 58. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TRINDADE, T. M. S. da; MACIEL JÚNIOR, V. de P. **A violência da desprocessualidade do procedimento no estado democrático**. [S. l.: s. n.]. Disponível em: <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat06909a&AN=sib.474022&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 14 fev. 2023.

TRINDADE, T. M. S. da; LEAL, R. P.-. **Limites normativos da ampla defesa como pressupostos isonômicos do contraditório em uma concepção democrática contemporânea. [recurso eletrônico]**. [S. l.: s. n.]. Disponível em <https://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=cat06909a&AN=sib.549698&lang=pt-br&site=eds-live>. Acesso em: 13 fev. 2023.

WEBER, Max. **Os três tipos puros de dominação legítima**. In: COHN, Gabriel (Org.); FERNANDES, Florestan (Coord.). *Weber: sociologia*. Tradução de Amélia Cohn e Gabriel Cohn. 7. ed. São Paulo: Ática, 1999 (Grandes cientistas sociais).