



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
NÚCLEO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

HERCILIA MARIA FONSECA LIMA

**CLÁUSULA GERAL DE NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL: UM NOVO PARADIGMA
DEMOCRÁTICO NO PROCESSO COOPERATIVO**

São Cristóvão (SE)

2016

HERCILIA MARIA FONSECA LIMA

**CLÁUSULA GERAL DE NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL: UM NOVO PARADIGMA
DEMOCRÁTICO NO PROCESSO COOPERATIVO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Núcleo de Pós-graduação em Direito, da Universidade Federal de Sergipe, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr.º Ubirajara Coelho Neto

São Cristóvão (SE)

2016

HERCILIA MARIA FONSECA LIMA

**CLÁUSULA GERAL DE NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL: UM NOVO PARADIGMA
DEMOCRÁTICO NO PROCESSO COOPERATIVO**

**APROVADO PELA COMISSÃO EXAMINADORA EM
29 DE FEVEREIRO DE 2016**

Prof.º Dr.º Ubirajara Coelho Neto
Presidente
Universidade Federal de Sergipe

Prof.ª Dr.ª Flávia Moreira Guimarães Pessoa
Prof. Dr.º Henrique Ribeiro Cardoso - Suplente
Examinadora Interna
Universidade Federal de Sergipe

Prof.º Dr.º Wilson Alves de Souza
Prof.ª Dr.ª Verônica Teixeira Marques
Examinador Externo
Universidade Federal da Bahia

AGRADECIMENTOS

Muitas vezes não compreendemos as mensagens que a vida nos passa e, reticentes, nos recusamos a aceitar as adversidades e dificuldades que ela nos proporciona. A experiência de duas gestações simultâneas (mestrado e gravidez de Bia) foi capaz de produzir em mim sentimentos ambíguos de amor intenso, alegria, esperança, incapacidade, impotência e algumas vezes de tristeza.

Apesar de tudo, resolvi levar adiante o desafio do Mestrado agradecendo a Deus pela oportunidade de retornar mais uma vez ao mundo acadêmico. Por algum motivo, por alguma razão eu precisaria passar por esse momento que é, ao mesmo tempo, prazeroso e árduo. E talvez a principal razão seja a importância de desenvolver cada vez mais o meu sentimento de gratidão.

Certamente a passagem pelo curso do mestrado ampliou o meu olhar sobre o Direito, enxergando o processo civil por meio de novas lentes. No entanto, creio que o maior aprendizado tenha sido pessoal. Nesse caminho, aprendi a valorizar mais as pessoas que estão ao meu lado, especialmente a minha mãe que tantas vezes externou a sua felicidade em poder me ajudar. A minha maior gratidão é dirigida a ela e ao meu pai, que nunca recusaram um pedido de socorro.

Agradeço ao meu esposo Igor por sua compreensão, pela ajuda incondicional e por sua capacidade de transmitir, através do olhar, a paz que eu tanto preciso; a Beatriz, por simplesmente ser o maior e melhor presente da minha vida e por inconscientemente compreender esse nosso momento.

Aos meus irmãos João, Tiago e Rafinha, sou grata por nossa convivência e por saber que o há de melhor em mim vem de vocês. Aos amigos e familiares pela compreensão nos momentos de ausência.

Aos colegas de curso sou grata pelo convívio fraternal e harmônico durante esses dois anos. Aos professores do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe, em especial ao meu orientador Ubirajara Coelho Neto pela paciência e pelas contribuições ao resultado do trabalho. À professora Flávia Pessoa, pela presteza e atenção

constantes. Ao Professor Carlos Augusto, por simplesmente ter o dom de transformar a sala de aula em um espaço de aprendizagem tão fraterno.

Aos amigos da 2ª Vara Cível de São Cristóvão, Amauri, Cinthia, Isabella, Mayanna e Natali, pela paciência e atenção sempre constantes. Ao amigo Rafael Santos pelo inestimável incentivo, apoio e colaboração ao longo de toda a trajetória.

Aos amigos Fernando Dantas, Leonardo, Augusto e Débora que se dispuseram a ler e contribuir neste trabalho. Todos vocês foram importantes na vivência desta etapa, por isso sou grata a vocês hoje e sempre.

RESUMO

A presente pesquisa pretendeu investigar os aspectos democráticos da cláusula geral de negociação processual recentemente inserida no ordenamento jurídico brasileiro pelo artigo 190 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Novo Código de Processo Civil). A regra permite, em determinadas situações, que as partes negociem sobre regras processuais, antes ou durante o processo, em demandas cujo direito admita autocomposição. A norma, com efeito, ao conferir poderes de autorregramento às partes no desenvolvimento do processo, flexibiliza alguns aspectos publicistas do ordenamento processual brasileiro. Percebe-se, deste modo, um movimento de ruptura paradigmática que se inclina a empoderar as partes. Sem olvidar os seus aspectos controvertidos, pretende-se analisar o instituto enquanto um instrumento democrático no âmbito do processo cooperativo. Nessa perspectiva, o trabalho divide-se em três capítulos. No primeiro capítulo, analisamos as fases metodológicas do processo civil no intuito de resgatar algumas tradições marginalizadas ao longo da modernidade para, em seguida, repensar uma nova gramática para a jurisdição contemporânea. No segundo capítulo, apontamos uma correlação entre o modelo normativo de democracia deliberativo-procedimental (Habermas) e o processo cooperativo e traçamos os principais pressupostos de um processo judicial democrático. Foram essas as premissas que serviram para analisar os aspectos da cláusula geral de negociação ação no terceiro capítulo do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Cooperativo. Cláusula geral de negociação processual. Paradigma. Democracia. Autorregramento das partes. Protagonismo Judicial.

ABSTRACT

This research aimed to investigate the democratic aspects of procedural negotiation clause recently inserted into the Brazilian legal system by Article 190 of Law n. 13,105, of March 16, 2015 (New Code of Civil Procedure). The rule allows, in certain situations, that the parties negotiate on procedural rules, before or during the process in which demands law allows *autocomposição*. The rule, in effect, by giving *autorregramento* of powers between the parties in the development process, eases some publicists aspects of the Brazilian legal system. It is observed, therefore a paradigmatic breakthrough that is inclined to empower parts. Without forgetting its controversial aspects, we intend to analyze the institute as a democratic instrument under the cooperative process. From this perspective, the work is divided into three chapters. In the first chapter, we analyze the methodological stages of civil procedure in order to rescue some marginalized traditions throughout modernity to then rethink a new grammar for contemporary jurisdiction. In the second chapter, we point out a correlation between the normative model of deliberative-procedural democracy (Habermas) and the cooperative process and traced the main assumptions of a democratic legal proceedings. Were their assumptions that served to analyze aspects of the general principle of negotiating share in the third chapter of the work.

KEYWORDS: Cooperative process. General principle of procedural trading. Paradigm. Democracy. Autoregulation party. Judicial role.

LISTA DE SIGLAS

CC: Código Civil

CPC/73: Código de Processo Civil de 1973

NCPC: Código de Processo Civil de 2015

CF/88: Constituição Federal de 1988

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	11
2	PROCESSO, IDEOLOGIA E AS MUDANÇAS PARADIGMÁTICAS DAS CIÊNCIAS: REPENSANDO A JURISDIÇÃO.....	19
2.1	Considerações preliminares.....	19
2.2	As mudanças paradigmáticas das ciências e seus reflexos sobre os sistemas processuais: uma análise da mutação da jurisdição.....	20
2.2.1	A jurisdição na Antiguidade: o processo civil romano.....	23
2.2.2	A jurisdição na era Medieval: <i>ordo iudicarius</i>	25
2.2.3	A jurisdição na modernidade: os sistemas pré-liberais e liberais.....	29
2.2.4	O sistema processual publicista e processo de emancipação do direito processual civil.....	31
2.3	Por um repensar do processo civil.....	35
2.3.1	Socialismo processual e o processo cooperativo.....	36
2.3.2	movimento revisionista e o neoprivatismo processual.....	38
2.4	Repensando a jurisdição e seus pressupostos.....	39
3	O PROCESSO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICO E FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL: POR UM PROCESSO CIVIL MAIS EMANCIPADOR.....	44
3.1	Considerações preliminares.....	44
3.2	O Neoconstitucionalismo e o princípio democrático como valor constitucional.....	44
3.3	A democracia deliberativa e a teoria deliberativo-procedimental no processo civil.....	47
3.4	Pela quebra do protagonismo judicial: o processo como espaço para o diálogo.....	50
3.5	O contraditório: garantia de influência e não surpresa.....	53
3.6	O princípio da cooperação e a boa-fé processual.....	55
3.7	Formalismo, flexibilização procedimental e convenção processual.....	59
3.7.1	O formalismo processual: algumas considerações.....	60
3.7.2	Flexibilização procedimental: convenções ou negócios processuais.....	62

4	A CLÁUSULA DE NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL: DESAFIOS PARA UMA IMPLEMENTAÇÃO MAIS DEMOCRÁTICA.....	66
4.1	Considerações preliminares.....	66
4.2	O fenômeno das convenções processuais: por uma superação da dicotomia público-privado no direito processual civil.....	67
4.3	Convenções Processuais: origem, natureza jurídica e conceito.....	70
4.4	Fundamento dos negócios processuais: o princípio do autorregramento da vontade das partes no processo cooperativo.....	73
4.5	Convenções processuais e suas espécies.....	77
4.6	Os negócios jurídicos e os planos da existência, validade e eficácia do fato jurídico.....	79
4.6.1	Elementos de existência dos negócios processuais: a forma e sujeitos dos negócios processuais.....	80
4.6.1.1	<u>A forma dos negócios processuais: é possível a negociação oral?</u>	81
4.6.1.2	<u>O juiz é parte no acordo processual?</u>	83
4.6.1.3	<u>Calendário Processual: é um negócio processual?</u>	85
4.6.2	Requisitos de validade dos negócios jurídicos processuais: seus elementos e limites.....	88
4.6.2.1	<u>A igualdade entre as partes nos negócios processuais</u>	91
4.6.2.2	<u>O papel do juiz nos acordos processuais</u>	92
4.6.2.3	<u>A cláusula de negociação processual: um instrumento democrático?</u>	93
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	95
	REFERÊNCIAS.....	99

1 INTRODUÇÃO

A organização das funções dos atores processuais (partes e juiz) é um dos grandes desafios do direito processual contemporâneo. A dinâmica dessa relação reflete o modo pelo qual o Estado exerce sua autoridade para resolver os conflitos e é também o termômetro da intensidade democrática no âmbito do processo.

O exercício desse poder pelo magistrado inegavelmente é um reflexo da relação firmada entre o Estado e a sociedade. Na modernidade ocidental, essa relação firmou-se sob os fundamentos de um paradigma liberal cujo fracasso fez acender no Estado sua função protetora, paternalista que marcou o Estado-providência.

Essa transição teria lançado as sementes de um modelo processual publicista/garantista em que a autoridade judicial concentra poderes de condução do feito. A ideia obsessiva de igualdade material das partes e de justiça social foi o fundamento capaz de tornar o juiz uma figura processual quase onipotente.

Todo excesso fatalmente gera um desequilíbrio, uma crise. Quanto mais intervenção, mais autoridade hipertrófica e concentradora de tarefas, menos participação do cidadão, do jurisdicionado.

Com efeito, assim como o Estado-providência foi incapaz de atingir os propósitos originais da modernidade, o sistema de justiça ocidental também teve seus déficits: a abstenção das partes na condução do feito, um reflexo da conhecida “patologia da participação”. Em consequência, outras “patologias” aparecem por meio de sintomas de rigidez procedimental, ineficiência, lentidão judicial, etc.

A propósito, foi essa patologia participativa do cidadão na esfera social um dos fatos que impulsionaram as discussões em torno da democracia ao longo do século XX¹. Os questionamentos acerca dos aspectos qualitativos do modelo hegemônico da democracia representativa levaram ao desenvolvimento de teorias que buscam fomentar a democracia participativa². Essas discussões irradiaram seus efeitos em diversas esferas do conhecimento

¹ Para Bobbio (2015), Rousseau já profetizava os rumos da democracia ao sustentar a impossibilidade de a soberania ser representada, bem como ao demonstrar seu ceticismo acerca da existência de uma verdadeira democracia. Ambas as afirmações de Rousseau parece-nos ser a tônica das discussões em torno da democracia desde a modernidade até a contemporaneidade.

² Segundo Avritzer e Santos (2002), a questão democrática ao longo do século XX envolveu duas questões. Na primeira metade do século a discussão girava em torno do desejo da democracia como forma de governo e chegou-se a um consenso positivo. No entanto, após a segunda guerra a proposta hegemônica da democracia ainda

científico.

No Direito Processual Civil, a emergência da democracia direta também exigiu um repensar do processo, da relação firmada entre o juiz e as partes e, por conseguinte, da legitimidade das decisões tomadas pelo Poder Judiciário. A jurisdição passa a ser repensada não mais exclusivamente à luz do dogma da soberania popular, mas também por meio de um alinhamento com o princípio da comunidade.

Essas novas reflexões, em consequência, fizeram despertar a importância de empoderar o cidadão na tarefa de efetivamente influenciar as deliberações que terão reflexos em sua esfera de interesse jurídico, social, econômico, político etc.

Como se vê, a democracia de natureza contra-hegemônica tem o escopo de realinhar a organização da sociedade e sua relação com o Estado. O procedimentalismo kelseniano, outrora usado para nortear as formas de constituição de governo, recebe uma nova roupagem para ser admitido como uma verdadeira prática social por meio da teoria deliberativa, cujo maior expoente foi Habermas.

A ampliação da participação do cidadão em diversas esferas da sociedade tem o escopo de tornar mais legítimas as decisões tomadas na esfera societal (SANTOS, 2000). O processo civil tem sofrido as ressonâncias dessa teoria a partir do constitucionalismo do século XX para ser admitido como espaço que garanta a possibilidade de uma efetiva influência do cidadão na tomada de decisão, “afastando-se paulatinamente a possibilidade de que uma pessoa, instituição e/ou órgão possam ter privilégio cognitivo na formação dos provimentos estatais” (NUNES,

restringia suas formas participativas e de soberania. Vale dizer: a democracia era vista como um mero procedimento eleitoral para formação de governos. Na segunda metade do século XX buscou-se compreender as condições estruturais da democracia e sua compatibilidade com o capitalismo. Essa suposta tensão foi resolvida em favor da democracia. Em seguida, as discussões mudam de foco para analisar a forma da democracia e sua variação. Algumas concepções reforçaram a democracia representativa como modelo hegemônico. No entanto, para Avritzer e Santos os argumentos que justificaram a concepção hegemônica da democracia (representativa) não enfrentaram de modo adequado o problema relacionado à qualidade da democracia e que ocasionou o surgimento da terceira onda de democratização. Além disso, a insistência em uma democracia de baixa intensidade não seria capaz de explicar os fenômenos oriundos da crise da democracia liberal: a patologia da participação, que seria o aumento significativo da abstenção; e a patologia da representação, que ocorre quando os cidadãos não se sentem representados por aqueles que elegeram. Não obstante a formação e consolidação da democracia elitista que restringe sua prática à legitimação dos governos, nesse mesmo período surgem as concepções contra-hegemônicas capitaneadas por Lefort, Castoriadis e Habermas, nos países do Norte, e Lechner, Nun e Bóron nos países do Sul. Nesse contexto, a democracia seria, segundo Avritzer e Santos (2002) uma gramática de organização da sociedade e da relação entre o Estado e a sociedade. Ambas as teorias teriam o mesmo propósito, mas com respostas diferentes. Com efeito, tanto na democracia representativa quanto nas concepções não hegemônicas há uma negação da razão substantiva e é reconhecida a ideia de pluralidade humana. Ocorre que a dimensão de pluralidade humana não poderia se restringir à suspensão do bem, e sim na criação de uma nova gramática social e cultural e o entendimento da inovação social articulada com a inovação institucional.

2008, p. 40).

Nesse contexto de crise dos sistemas processuais modernos (liberais e publicistas) e de busca por um processo mais democrático, emergem técnicas e práticas processuais de natureza neoliberal cujo escopo aparente é conciliar aspectos do liberalismo e do socialismo. São práticas, como destaca Nunes (2008, p. 40) “pseudossociais” que, sob o pretexto de garantir celeridade, produtividade e rapidez no processo, acabam se distanciando dos princípios constitucionais.

O resultado é a produção de um sistema de justiça célere, mas ineficiente do ponto de vista de uma justiça social. Uma das grandes mazelas do neoliberalismo foi a transformação da “justiça rápida num fim em si mesmo” (SANTOS, 2007, p. 26). Como bem salienta Santos (2007), o cuidado que se deve ter quando se pretende uma verdadeira revolução democrática na Justiça é não permitir que o espírito das reformas processuais seja dominado apenas pela ideia de celeridade. Não basta rapidez é preciso, sobretudo, uma justiça cidadã.

Não obstante as mais recentes críticas em torno das reformas processuais, que seriam mais subservientes ao campo hegemônico do mercado do que ao princípio de justiça social, a busca por uma justiça mais cidadã parece emergir, nesse momento de transição, dos países que incorporaram o socialismo processual. Desta feita, esse movimento busca, de igual sorte, conciliar as tradições do modelo liberal e do processo social, mas se alinha de maneira mais harmônica aos anseios do constitucionalismo contemporâneo, especialmente aos ideais de democracia, solidariedade e dignidade humana.

Com efeito, a participação mais intensa das partes, fruto de uma matriz liberal, e uma participação mais ativa do juiz, traço do socialismo processual, quando associadas a uma racionalidade dialógica produzem uma relação jurídica mais simétrica em seu desenvolvimento e tornam o processo um espaço mais plural e, por isso, mais democrático e legítimo.

Nesse contexto, a concepção do processo como instrumento de solução pacífica do conflito deve conciliar a proposta de combater a morosidade do sistema de justiça com a de garantir uma justiça cidadã (SANTOS, 2002). Não haveria, desse modo, um abandono da ideia de fortalecimento dos poderes do juiz, mas, paralelamente a essa concepção, seria preciso empreender um reforço do direito de participação das partes (NUNES, 2008).

Na Alemanha, Fritz Baur (2007) lança as sementes que irão estruturar um modelo processual que atende a essa perspectiva de gestão compartilhada entre juiz e partes e que,

como bem destaca Nunes (2008, p. 50), só é possível por meio de uma “releitura de alguns princípios do modelo constitucional de processo, com base na visão procedimental de Estado Democrático de Direito, que impõe uma necessária comparticipação na implementação legislativa e jurisdicional”.

Embora o Brasil não tenha experimentado um Estado-providência muito denso, o sistema processual oriundo do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973) tem uma natureza peculiar, como afirma Nunes (2008), porque haveria traços publicistas nas disposições normativas, no entanto a pragmática estatal era voltada para atender os interesses privados.

Recentemente, em 16 de março de 2015 foi publicada a Lei n.º 13.105 que regula o novo Código de Processo Civil (NCPC), revogando a Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC/73). Sua principal mudança paradigmática está na inserção de um modelo cooperativo de processo cuja ideologia tentar equilibrar as funções dos sujeitos processuais.

Com efeito, a cooperação passa a ser normatizada como um dever de todos os sujeitos processuais (art. 6º). Nesse contexto, o juiz tem a função de zelar pelo efetivo contraditório (art. 7º), ouvindo previamente a parte quando lhe impuser uma decisão (art. 9º). Além disso, não pode, o magistrado, decidir com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de manifestação, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício (art. 10).

Observa-se, deste modo, que o NCPC busca, em sua essência, valorizar a consensualidade e o diálogo, desconstruindo a ideia de processo como um espaço destinado apenas ao julgamento e à jurisdição. Revaloriza-se a relação jurídica processual e o processo como instrumento de resolução de conflitos. Deste modo, o Judiciário tem o seu papel redimensionado para garantir um modelo de prestação jurisdicional mais democrático que permite a participação dos sujeitos processuais na construção da decisão que solucionará a questão conflituosa.

Nesse cenário que prestigia a autonomia da vontade das partes e o papel ativo do juiz, a presente pesquisa pretende investigar os aspectos democráticos da cláusula geral de negociação processual, prevista no artigo 190, *caput*, e parágrafo único, do NCPC³, cuja

³ Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Parágrafo único. De ofício ou

norma permite de maneira inequívoca que as partes negociem sobre regras processuais antes ou durante o processo. Essas convenções podem ser controladas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes, em determinadas situações.

A inserção da cláusula tem a justificativa de dar flexibilidade ao procedimento, a fim de que o conflito seja solucionado de uma forma mais célere, eficiente e democrática. Embora as convenções processuais já sejam admitidas no ordenamento processual civil em vigor, a norma traz um conteúdo e uma técnica que são inéditos no Brasil. É por isso que afirmamos que o instituto é um novo paradigma assim como o é a filosofia trazida pelo modelo de cooperativo de processo civil.

Nesse contexto, o nosso propósito foi compreendê-lo enquanto um instrumento democrático partindo da ideia de que o processo é um espaço propício ao exercício da democracia participativa em que todos os participantes, especialmente as partes, tenham oportunidade de influenciar na construção de um caminho que conduzirá à decisão do conflito.

A princípio, cogitou-se que a natureza democrática dessa cláusula geral pudesse ser evidente, afinal se ela cede espaço para que as partes atuem na construção da norma processual por meio de acordo, pareceria intuitiva a presença de aspectos da democracia participativa.

Essa cogitação, todavia, não é tão simples quanto aparenta. Ao revés, nessa fase de transição paradigmática, conforme já ressaltado, diversas técnicas científicas de natureza hegemônica, ou seja, subservientes aos anseios do mercado são frequentemente inseridas nas reformas processuais sob uma aparência socializadora.

Essa tradição liberal que se revela no art. 190 do NCPC foi o fato que motivou o interesse no objeto deste trabalho, porque a sua natureza democrática e sua efetividade prática não são tão evidentes quanto parecem ser. Nesse contexto, a análise dos limites desse poder conferido às partes e a forma como o juiz deverá agir diante dos acordos processuais apresentados ao longo do processo serão essenciais para a investigação da pesquisa.

O tema é de extrema importância, porque, como já mencionado, rompe paradigmas e se insere em cultura que não está habituada a lidar com essa nova realidade normativa. A

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

propósito, antes do advento do NCPC, pouco se discutia na doutrina brasileira o tema da negociação processual, embora a doutrina estrangeira já discutisse convencionalidade do processo desde o final século XIX.

Essas questões foram fundamentais para a definição do nosso objeto de pesquisa, qual seja: a cláusula geral de negociação processual enquanto instrumento hábil à concretização da democracia no processo civil.

Certamente, o grande desafio dos operadores do Direito será o de trilhar um caminho que construa uma interpretação que alinhe a cláusula geral à função de resgate da participação das partes no destino do processo sem torná-lo um instituto excessivamente liberal. Sua eficácia e sua adaptabilidade ao nosso ordenamento servirão, outrossim, para se pensar na importância dessa técnica como instrumento de uma justiça mais cidadã.

Desse modo, pretendemos compreender a estrutura normativa do referido dispositivo e sua compatibilidade com a democracia participativa. Nesse caminho, definimos o objetivo geral da nossa pesquisa, qual seja, analisar a cláusula geral de negociação enquanto instrumento hábil à concretização da Democracia no processo civil. Para tanto, investigamos os seus limites e a tensão dinâmica que se revela entre o papel do juiz e das partes.

Formulamos ainda os seguintes objetivos específicos: (i) compreender a crise dos sistemas do processo civil moderno (privatista e publicista), especulando um modelo emergente que acolha a principiologia da democracia participativa; (ii) expor as premissas teóricas do modelo jurisdicional democrático que exsurge no contexto atual de transição paradigmática; (iii) analisar e demonstrar a estrutura normativa do art. 190 do NCPC, os seus limites e o papel do juiz e das partes na elaboração das convenções processuais.

Definidos os objetivos da pesquisa, foi necessário pensar numa metodologia que estivesse diretamente relacionada ao objeto para alcançar o resultado pretendido. Assim, optamos pelo método dedutivo “que, partindo das teorias e leis, na maioria das vezes prediz a ocorrência dos fenômenos particulares” (LAKATOS; MARCONI, 2009, p. 106).

Empregamos o método científico dedutivo, porque, partindo das premissas gerais do processo jurisdicional democrático e das teorias sobre democracia participativa, chegaríamos à conclusão acerca da existência, ou não, de uma natureza democrática do nosso objeto de pesquisa.

Para tanto, combinamos este método com a pesquisa explicativa com procedimentos técnicos da pesquisa bibliográfica que “abrange toda bibliografia já tornada pública em relação ao tema em estudo [...] propicia o exame de um tema sob novo enfoque ou

abordagem, chegando a conclusões inovadoras” (LAKATOS; MARCONI, 2009, p. 185).

Nesse contexto, analisamos artigos, livros, legislação e teses de doutorado para embasar o nosso objeto de pesquisa, examinando-o sob novo enfoque, chegando, desta forma, a diferentes conclusões.

Na medida em que centralizamos o nosso objeto de pesquisa na cláusula geral enquanto instrumento hábil à concretização da Democracia no processo civil, o desenvolvimento da pesquisa foi dividido em três partes.

A primeira, denominada Processo, ideologia e as mudanças paradigmáticas das ciências: repensando a jurisdição, foi feita uma relação entre o desenvolvimento científico e as fases metodológicas do processo ao longo da história do pensamento jurídico da antiguidade clássica, medieval, moderno e pós-moderno.

Esse resgate histórico teve o propósito de repensar os modernos escopos da jurisdição e os pressupostos do processo civil contemporâneo. Diversos referenciais teóricos foram utilizados nessa tarefa explicativa, mas destacamos a teoria de Boaventura de Sousa Santos que, ao explicar a crise da modernidade, propõe que a Ciência do Direito seja mais emancipadora e menos reguladora. O instrumento para atingir essa finalidade, segundo o autor, é a democracia radicalmente participativa, inclusiva.

Desse modo, a nossa forma de repensar o processo civil buscou trilhar essa linha de pensamento utópico, para especular um modelo processual que acreditamos ser mais emancipador.

A segunda, O processo jurisdicional democrático e a flexibilização procedimental: por um processo civil emancipador, ocupou-se do processo jurisdicional democrático, concebido como um paradigma emergente no Estado Constitucional. Após traçar algumas linhas sobre a relação entre a relação entre o processo e o direito constitucional contemporâneo, destacamos a importância do princípio democrático na atualidade. Em seguida, partindo do pressuposto que o processo é um espaço deliberativo, discorremos acerca das premissas que norteiam o processo cooperativo, as quais serviram de base para a análise do nosso objeto.

Na terceira, A cláusula de negociação processual: desafios para uma implementação mais democrática, discutimos a cláusula geral de negociação processual, seus aspectos controvertidos, sua potencialidade enquanto instrumento democrático, assim como seus limites mediante a análise do papel do Juiz e das partes.

Após o desenvolvimento da pesquisa, foram apresentadas as considerações finais,

dentro de uma visão democrática do processo civil. No intuito de atender aos objetivos almejados por esta pesquisa, analisamos os contornos normativos (regras e princípios) que delimitaram o tema, notadamente os estudos já desenvolvidos sobre a espécie.

2 PROCESSO, IDEOLOGIA E AS MUDANÇAS PARADIGMÁTICAS DAS CIÊNCIAS: REPENSANDO A JURISDIÇÃO

2.1 Considerações preliminares

Os acordos das partes no âmbito do processo civil podem ter por objeto as composições relacionadas tanto ao objeto da demanda quanto ao desenvolvimento do processo. Este trabalho se ocupa de analisar a segunda hipótese: os acordos processuais, mais precisamente a cláusula geral de negociação processual inserida no art. 190 do NCPC.

Contudo, antes de adentrar nos aspectos conceituais do nosso objeto de estudo, reputamos necessário enfrentar uma questão que tem instigado os doutrinadores processualistas: a tensão existente entre autonomia das partes e os poderes do juiz. Acreditamos que esse fenômeno tem ligação direta com o desenvolvimento da autoridade estatal no processo civil contemporâneo.

A rigor, partindo de um contexto mais amplo esse tensionamento pode ser analisado em uma perspectiva que envolve o modo pelo qual a sociedade se relaciona com o Estado.

Com efeito, não obstante a ascensão do protagonismo judicial que marcou o final da modernidade, é possível perceber no decurso do tempo uma paulatina restrição do poder estatal de impor unilateralmente as regras de conduta. Em contrapartida, vê-se a ampliação de “estruturas cooperativas e consensuais de normatividade” para compensar a perda do poder de autoridade, bem como a equiparação do acordo (Vertrag) ao comando (Gebot), como instrumentos originários de formação do vínculo jurídico (CAPONI, 2014, p. 734). É nesse cenário que os negócios processuais vão ganhando espaço no processo civil⁴.

De todo modo, reputamos indispensável compreender como esse fenômeno vem ocorrendo na contemporaneidade para construir os horizontes democráticos da

⁴ Além dos acordos sobre regras processuais, vêm ganhando espaço no processo civil formas de resolução consensual do conflito. A conciliação e a mediação são exemplos de instrumentos de pacificação social presentes em nosso ordenamento jurídico. Ressaltamos, por oportuno, a técnica da mediação, porque ela traz não só uma carga de consensualidade, mas deixa evidente o quanto é importante em determinados conflitos que a solução acerca da relação de direito material venha das próprias partes. Como se vê, para além de um instrumento jurídico, é uma verdadeira terapêutica que busca, sobretudo, transformar o conflito e, por conseguinte, as partes. Por meio da mediação, é possível estimular a corresponsabilidade dos sujeitos processuais na solução de seus próprios problemas e solucionar as questões em uma dimensão qualitativa, evitando a imposição de decisões, que, muitas vezes, não satisfazem nenhuma das partes. No âmbito do processo penal, a consensualidade também é uma tendência e a justiça restaurativa tem sido uma ferramenta de destaque da jurisdição penal contemporânea.

operacionalização da cláusula de negociação processual. Nesse contexto, também é necessário repensar os pressupostos do processo civil moderno, especialmente a jurisdição, o contraditório, a relação entre as partes e juiz, seus direitos e deveres processuais.

Neste capítulo buscaremos, portanto, repensar o processo civil e seus paradigmas desde antiguidade romana até a modernidade. Essa análise histórica tem as seguintes finalidades:

A primeira é apontar a influência da ideologia dos paradigmas científicos na organização da sociedade e, por conseguinte, na distribuição dos poderes processuais entre o juiz e as partes.

A segunda é compreender dentro do contexto ideológico da modernidade a formação do pensamento jurídico processual daquele período para desconstruir alguns dos seus excessos e déficits, os quais podem ser encontrados na dicotomia público e privado, no protagonismo judicial, na ideia de contraditório como mera contraposição de teses e na jurisdição fundamentada exclusivamente na soberania representada (democracia representativa).

A terceira finalidade é especular, a partir de tradições dos modelos processuais existentes ao longo da nossa história, um direito processo civil emergente que parece se anunciar no paradigma do modelo cooperativo, cujas premissas servirão de fundamento para analisar o objeto do nosso estudo: a cláusula de negociação processual.

O referencial teórico utilizado neste capítulo é farto, mas buscamos no pensamento utópico de Santos (2000) os fundamentos para compreender a crise do Direito Moderno e especular os pressupostos de um paradigma de direito processual civil mais emancipador e menos regulador.

2.2 As mudanças paradigmáticas das ciências e seus reflexos sobre os sistemas processuais: uma análise da mutação da jurisdição

Ao longo da história da humanidade percebe-se que o homem atua e pensa no mundo de maneira específica, assim como responde aos questionamentos e desafios apresentados por meio do conhecimento e das técnicas científicas de seu tempo. Os problemas enfrentados e as respostas dadas também são diferentes a depender da época.

Isso significa que não dispomos de um único modelo científico. Temporariamente, os

paradigmas⁵ variam, porque muda a nossa forma de explicar o mundo. Se há mudanças de perguntas e respostas, é porque, além de históricos, os paradigmas são também culturais. É importante lembrar ainda que essas mudanças não são lineares, contínuas e progressivas. Elas surgem a partir de rupturas e crises⁶ que nos levam às revoluções.

No âmbito das ciências, o paradigma dominante até o final do Século XIX era marcado por uma visão mecanicista do mundo (mundo-máquina) influenciada pelas teorias desenvolvidas por Descartes e Newton.

Esse modelo de ciência, fruto da revolução científica do Século XVI, era eminentemente racional e foi desenvolvido sob o domínio das ciências naturais. Nesse modelo de racionalidade conhecer significaria quantificar, e o rigor científico era aferido pelo rigor das medições. Estaria ainda calcado por leis fundamentadas em uma causalidade formal que privilegiava as coisas em detrimento de sua finalidade ou do agente.

A formação do pensamento jurídico moderno, que sucede o medieval, é influenciada por esse paradigma científico e por diversas transformações no campo da existência e da atuação humana. Essas mudanças são oriundas das transformações econômicas (capitalismo), sociais (formação da classe burguesa), políticas (cultura liberal-individualista), científicas, estatais (Estados unitário e secularizado) e espirituais (WOLKMER, 2005).

É por meio das aludidas condições e sob o legado de uma cultura judaico-cristã e greco-romana, que a sociedade moderna estrutura o seu projeto. O paradigma da modernidade, fruto do humanismo renascentista, da reforma protestante, das revoluções burguesas e do iluminismo racionalista, constitui-se sobre as premissas de um estado secularizado e racionalista, tendo uma visão antropocêntrica de mundo (WOLKMER, 2005).

O homem é tido como um fim em si mesmo, a ideia de dignidade humana está associada à de um sujeito moral, racional e autônomo, livre para decidir. O Direito natural, antes concebido como fruto de um direito divino, tem como origem a vontade humana ou a razão.

A teoria jurídica tradicional, cuja base tem origem no Direito aplicado em Roma, passa então pela influência do jusnaturalismo racionalista nos séculos XVII a XVIII, consolidando-

⁵ Kuhn (1998) define os paradigmas como “as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”.

⁶ De acordo com Kuhn (1998) a necessidade de uma mudança de paradigma ocorre quando na ciência normal surge o que ele chama de anomalia, ou seja, quando surge um novo problema inesperado pelo paradigma orientador e o pesquisador é levado a inventar teorias novas em razão de novos fenômenos descobertos pela pesquisa científica.

se, no Direito moderno, no positivismo. O Direito pretende ser um sistema auto-suficiente em que ele próprio pudesse suprir eventuais lacunas. A dogmática jurídica afasta-se da filosofia. Idealiza-se um direito puro no qual o Estado é um árbitro imparcial. A interpretação, por sua vez, é um procedimento silogístico de subsunção do fato à norma (BARROSO, 2013).

Esse modelo de racionalidade científica - paradigma dominante - apresenta atualmente sinais de crises profundas e irreversíveis na visão de Santos (2010)⁷. O nosso caminho agora abandona as ideias clássicas de eternidade, determinismo, mecanicismo, reversibilidade, ordem, necessidade por historicidade, imprevisibilidade, interpenetração, espontaneidade, irreversibilidade, evolução, desordem, criatividade, acidente e transdisciplinariedade.

Partindo dessas novas condições teóricas, Santos (2010) especula o formato do novo paradigma emergente, estabelecendo as premissas de que todo conhecimento científico-natural é científico-social e de que o conhecimento é local e total, além de ser uma forma de autoconhecimento; e que todo conhecimento científico tem a finalidade de se constituir em senso comum.

O conhecimento científico também passa a ser uma forma pela qual o homem busca o seu próprio descobrimento. Na ciência moderna o objeto era a natureza. Na pós-modernidade, o homem enquanto ser epistêmico é reintegrado à ciência. O que se pretendia outrora era sobreviver, hoje a pretensão é também saber viver (SANTOS, 2010).

Ainda segundo Santos (2010, p. 89), o senso comum é utilizado na ciência pós-moderna como uma maneira de “enriquecer nossa relação com o mundo”. Isoladamente, o senso comum traz uma característica conservadora. Todavia, quando interpretado pela ciência é capaz de produzir uma nova racionalidade.

Com essa aproximação entre ciência e senso comum, Santos (2000, p. 74) constrói uma proposta alternativa que ele chamou de o paradigma do “conhecimento prudente para uma vida decente”. Vale dizer que o conhecimento científico deve ser constituído de técnicas prudentes que tenham por objetivo a melhoria da qualidade de vida do homem.

Ao longo dos tópicos seguintes, veremos como esses paradigmas científicos produziram seus reflexos sobre o Direito Processual Civil moderno. A influência da ideologia dominante sobre os modelos de processo pode ser sentida na história do Direito.

Veremos, outrossim, que as mudanças das fases metodológicas do processo não são

⁷ A principal condição teórica que causou a crise do paradigma dominante foi a teoria da relatividade de Einstein.

lineares, contínuas ou progressivas. Elas surgem a partir de rupturas e crises que estão alinhadas, com as devidas adaptações, à crise da ciência. Nesse cenário, é visível que o processo civil encontra-se em crise. Novos problemas surgem e os modelos vigentes não são capazes de responder aos desafios atuais.

Um dos principais problemas da atualidade no âmbito do processo civil é construir um modelo capaz de buscar a resolução dos conflitos de forma democrática e célere. Mas não por meio de uma democracia meramente simbólica, indireta, e sim de uma democracia radicalmente participativa.

Mais adiante veremos como o modelo cooperativo apresenta-se como uma dessas técnicas científicas *a priori* mais prudentes, cujo escopo antes de tudo é contribuir para a qualidade de vida do homem, do jurisdicionado. Nesse contexto, veremos como esse modelo resgata tradições de senso comum do passado por meio de uma nova racionalidade dialógica⁸.

A cláusula de negociação processual, que se insere no nosso ordenamento como um novo paradigma, deve ser moldada não como um instrumento que resgata ideais puramente liberais, e sim como técnica que busca tradições passadas de participação das partes sob uma nova racionalidade.

Nas seções subsequentes, traçaremos as fases metodológicas do direito processual civil e sua história destacando suas principais características. O propósito é escavar as tradições inacabadas, especialmente aquelas cujo fundamento está no senso comum, que ficaram adormecidas ao longo da modernidade, para especular os pressupostos de um sistema de direito processual civil mais emancipador. Partiremos da Antiguidade Romana e passaremos pelo período medieval, pela modernidade, até chegar ao momento atual, que é representado por uma fase de crise.

2.2.1 A jurisdição na Antiguidade: o processo civil romano

Em sua fase pré-histórica, denominada praxista, o direito processual civil era

⁸ Para Santos (2000), o projeto de modernidade na tentativa de equilibrar de forma dinâmica seus pilares de regulação e emancipação confiou às três formas de racionalidade a realização desse equilíbrio: racionalidade moral-prática, racionalidade estético-expressiva e racionalidade cognitivo-instrumental. Esta última colonizou ao longo de duzentos anos a ciência e a tecnologia, daí porque a regulação transformou-se numa forma hegemônica de saber. Propõe Santos o que ele chama de novíssima retórica (a de Perelman seria demasiadamente moderna). A nova retórica se assenta na polaridade orador/auditório e no quase total protagonismo do orador. Apesar de existir diálogo, este seria reduzido ao necessário para poder influenciar o auditório. Na novíssima retórica, o diálogo precisa ser intensificado e se tornar regulador da prática argumentativa.

concebido como um apêndice do direito material (MITIDIERO, 2011), um mero procedimento físico definido como uma sucessão de atos, sem referência à relação jurídica processual (DINAMARCO, 2003).

A jurisdição tinha a finalidade de tutelar os direitos subjetivos, e a ação estava contida no âmbito do direito subjetivo (MITIDIERO, 2011). Nesse contexto, a influência do direito material, da autonomia privada civilista era evidente na solução dos litígios.

Com efeito, segundo Azevedo e Tucci (2008), na Antiguidade, a evolução histórica do processo civil romano é convencionalmente delimitada em três períodos: o da *legis actiones* (fundação de Roma - 754 a.C), o *per formulas* (introduzido pela *lex Aebutia* - 149 a 126 a.C e oficializado em 17 a.C pela *lex Julia privatorum* e aplicado esporadicamente até o período do Imperador Diocleciano - 285-305 d.C) e da *extraordinaria cognitio* (do principado, 27 d.C até o fim do Império Romano ocidental).

O *ordo iudiciorum privatum* (processo privado) foi praticado nos dois primeiros períodos. Durante a formação da *civitas* romana, sob influência religiosa, a jurisdição era exercida pelos pontífices, os quais representavam o rei, e tinha o escopo de disciplinar a autotutela dos litigantes. Naturalmente, a influência religiosa sobre o direito tornava-o mais formal. Depois de dois séculos, com a constituição da república, a jurisdição é exercida por magistrados públicos (AZEVEDO; TUCCI, 2008).

No período da *legis actiones*, o procedimento *ordo iudiciorum privatum* era marcado pela formalidade, solenidade e oralidade. A jurisdição podia ser delegada e não constituía um poder autônomo, e sim uma atividade administrativa, daí porque o poder atribuído era limitado a declarar a norma, e não de julgar (AZEVEDO; TUCCI, 2008).

O procedimento era dividido em duas fases diferentes: *in iure*, perante um pretor que detinha a *iurisditio* e nessa fase sua função era fixar os termos da controvérsia; na *apud iudicem*, era o *iudex unes*, cidadão romano, que, auxiliado pelo *consilium* (membros de confiança), atuava soberanamente e sem subordinação hierárquica, em nome do povo de Roma. Essa segunda fase era exercida, pois, por um árbitro, caracterizando a natureza ainda privada da jurisdição (AZEVEDO; TUCCI, 2008).

Com fontes de cognição mais completas, o período formular traz um modelo de procedimento abstrato cujo litígio é desenvolvido parcialmente por escrito, “mediante esquemas jurisdicionais previstos pelo direito honorário, no edito do pretor” (AZEVEDO; TUCCI, 2008, p. s/p).

O procedimento era igualmente bipartido, mas a forma de ação era única, ao contrário da *legis actiones*. Além disso, é possível verificar uma participação mais intensa das partes e dos magistrados. A introdução dessa reforma teve a intenção de racionalizar as regras processuais e limitar a atuação arbitrária do pretor (AZEVEDO; TUCCI, 2008).

No período da *extraordinária cognitio*, com a promulgação da *lex Julia privatorum*, há uma reorganização do sistema processual do *ordo iudiciorum privatorum* a partir do ano 17 a. C, o procedimento deixa de ser bipartido e passa a ser conduzido exclusivamente desde sua instauração por uma autoridade pública. A sentença, a partir de então, não consistia mais em ato de um cidadão autorizado por lei ou de um árbitro, e sim de um comando do poder público (AZEVEDO; TUCCI, 2008).

Com efeito, é possível perceber que a administração da justiça foi aos poucos tornando-se pública e passou a ser exercida por magistrados que exerciam a jurisdição representando o poder imperial.

2.2.2 A jurisdição na era Medieval: *ordo iudicarius*

Para penetrar no pensamento jurídico medieval é preciso abandonar as lentes da modernidade, para não cair na armadilha de compreendê-lo enquanto continuidade do período romano e de utilizar “conceitos e linguagem atuais sem filtros adequados” (GROSSI, 2014, p. 11-12).

Com efeito, segundo Grossi (2014), o direito medieval consistiu em “grande experiência jurídica” com uma série de ordenamentos. Antes de ser norma ou comando, o Direito era ordem social, estava desagregado do poder político, mais ligado à sociedade e manifestava-se sem a presença do Estado. O autor resume, portanto, a ordem jurídica medieval como:

Uma experiência jurídica para múltiplos ordenamentos jurídicos, uma profusão de autonomias, mas não de soberanias, de Estados, em que a dimensão jurídica é suficientemente forte e central para representar a autêntica constituição do universo medieval, uma dimensão ôntica que precede e supera a dimensão política (GROSSI, 2014, p. 44).

Nos sistemas processuais pré-liberais, entre os séculos XIII a XVIII, é possível perceber um reflexo do panorama do direito medieval e suas principais características. Ao lado da existência de uma multiplicidade de ordenamentos, a jurisdição apresenta-se, de igual

maneira, constituída de forma plural (feudal, eclesiástica e corporativa). Segundo Santos (2000), além do direito canônico, havia o direito feudal ou senhorial, direito real, direito dominial, o direito urbano e a *lex mercatoria* (direito mercantil).

Em uma sociedade fragmentada nos seus aspectos jurídicos, sociais, econômicos, político e cultural, a circunstância de a pessoa poder se submeter a diversos ordenamentos conforme a situação ou sua condição e a ausência de regras explícitas de delimitação dos diversos direitos tornava o sistema jurídico “complexo, pesado, caótico e arbitrário” (SANTOS, 2000, p. 121). Embora essa pluralidade de ordens jurídicas pudesse ser fonte de uma certa liberdade, a liberdade era de certo modo caótica (SANTOS, 2000).

Nesse contexto, a estrutura do processo tem seu fundamento no direito comum⁹, o qual era adotado pelas cortes imperiais e eclesiásticas. Sua forma era predominantemente escrita. O juiz não mantinha uma relação direta e pública com as partes, peritos, testemunhas etc. Sua decisão era fundamentada em atos escritos de colheita de prova, e não em suas impressões pessoais. Ele só aparecia no começo e fim do processo, ficando, portanto, distante da realidade social. Assim, o Juiz não protagonizava a direção do feito (CAPPELLETTI, 2008), limitando-se a resolver incidentes processuais e decidir a lide.

O sistema de provas era baseado em uma valoração matemática e abstrata. O processo era, outrossim, fragmentado e descontínuo. Além disso, a passividade do juiz na condução do feito fortalecia o papel dos advogados, os quais eram os verdadeiros condutores do processo. Desse modo, era natural o uso de práticas dilatórias como consequência do abuso da dialética. O processo medieval tinha como consequência natural uma longa duração (PICARDI, 2008).

No entanto, de acordo com Picardi (2008) aos tribunais era reconhecido o poder de estabelecer seu próprio modo de atuar (*le Style de la Cour*). O processo desenvolvia-se sob uma dialética e tinha natureza pública, argumentativa e justificativa. Para o autor “o *ordo iudiciarius* tinha natureza originária e, de certo modo, extra-estatal: ninguém, nem mesmo o Papa, poderia dele prescindir” (PICARDI, 2008, p. 59). Qualquer intervenção externa, como a do Príncipe, era inaceitável, “odiosa”.

⁹ Para Grossi (2014), o direito comum se encarna e se identifica na *interpretatio*. Isso significa duas coisas: que tem uma dimensão substancialmente científica, é produzido pela ciência; que a ciência - enquanto *interpretatio* - não o produz sozinha a partir de sua imaginação, mas o elabora com base e sob a égide de um texto dotado de autoridade. O direito comum se compõe e se combina sempre com dois momentos de validade, representado pelo *Corpus iuris civilis* e pelo *Corpus iuris canonici*, e o momento de efetividade, representado pela construção doutrinal (e só secundariamente judiciária em notarial). Nossa ciência jurídica não pode ser concebida sem o texto a ser interpretado, mas o texto não pode ser considerado algo além de uma insubstituível referência formal.

A falta de proatividade não impediu, contudo, a presença da arbitrariedade no exercício das funções dos magistrados em alguns ordenamentos, especialmente porque em diversos sistemas ele era remunerado pela parte. Assim, a forma de seleção dos juízes, o sistema de remuneração dos magistrados pela parte - *sportule* - (NUNES, 2008) e as possibilidades da *interpretatio*¹⁰ do processo comum faziam com que a parte mais forte economicamente fosse privilegiada.

Nesse cenário em que o processo era extra-estatal, ou seja, não era submetido a interferências externas, a *interpretatio* conferia ao aplicador da lei uma função criativa que não se restringia a uma atividade hermenêutica, mas ia além dela para se configurar em uma atividade de verdadeira produção de normas (PICARDI, 2008).

Picardi (2008) destaca, a esse propósito, a ampliação dos poderes dos juízes como uma marca do antigo regime com algumas características diferentes no momento atual. A principal é que somente aos tribunais supremos era reconhecida a função criativa¹¹.

O modelo praxista - processo como manifestação de uma razão prática e social - é construído, segundo Picardi (2008), sob um contraditório forte que busca assegurar a isonomia entre as partes e o juiz, mas entra em crise por uma série de causas, dentre elas: o abuso da tradição dialética, que tornavam a lides intermináveis, e a desordem da administração da justiça (PICARDI, 2008).

Com a implantação dos Estados modernos, tem início a estatização do processo, ou seja, a autoridade soberana reivindica o monopólio da legislação em matéria processual (PICARDI, 2008).

¹⁰ Grossi (2014) ressalta que a *interpretatio* é uma declaração, mas também se destina a complementar, corrigir, modificar o texto. Enfatiza, igualmente, que ela tem dois objetos. Um formal, que é o texto, e outro substancial que é o fato. Teria, neste aspecto, a função de mediá-los. Essa função seria, pois, nada mais do que uma criação e construção do Direito. Nesse contexto, traz ainda uma anedota sobre um famoso jurista chamado Bartolo, o qual construía sua arquitetura jurídica primeiro sobre os fatos e depois perguntava ao amigo Tirgínio em quais textos justinianeus poderia apoiá-los. Com essa passagem ele procura evidenciar que o direito comum, na era medieval, não seria uma continuação do direito romano, em razão da influência dos fatos na construção da norma.

¹¹ Segundo Picardi (2008), a ampliação dos poderes do juiz não constitui, contudo, um fenômeno limitado à nossa época. A situação parece se reportar, em alguns aspectos, a do *Ancien Regime*, mas com uma diferença de fundo. Como bem esclareceu Ugo Petrônio, nessa época impunha-se distinguir entre juízes inferiores e supremos, estes colocados em um plano diverso e dotados de poderes diferentes. Só aos tribunais supremos reconhecia-se uma função criativa: esses podiam enunciar regras de justiça extraídas do contexto compreensivo do ordenamento ou até da própria consciência. Recorde-se o *arrêts de réglements* do Parlamento francês, que exibiam caráter geral, e constituíam decisões de cunho paranormativo. Poder-se-ia acrescentar o procedimento de *enregistrement* com base no qual os mencionados Parlamentos exerciam um controle preventivo sobre os atos legislativos do Soberano, tendo como parâmetro as leis fundamentais do Reino, que eles mesmos formulavam. Na nossa experiência atual a função criadora da jurisprudência, pelo menos numa primeira fase, encontrou por sua vez seu fulcros próprios nos juízes inferiores.

O dismantelamento desse sistema tem início, embora não concluído, como afirma Cappelletti (2008), com a Revolução Francesa. Em 1789 são proibidas na França a sucessão hereditária e venda de ofícios judiciais. Em 1790, por meio da Lei 16 n. (24 de agosto) põe-se fim às jurisdições privilegiadas e proclama-se o caráter gratuito da função judicial. Os magistrados passam, então, a ser remunerados pelo Estado como forma de garantir a igualdade das partes.

Há, outrossim, em 1795, a extinção do sistema de produção de prova testemunhal em segredo, embora na prática o Código de processo civil de 1806 ainda mantivesse alguns métodos de assunção indireta de prova. A prova testemunhal ainda era produzida por um *juge-comissaire* na presença das partes¹².

As legislações francesas, especialmente o *Code Louis*, fazem parte de uma transição paradigmática entre o período medieval e a modernidade, porque ainda não há um rompimento absoluto com o antigo regime. Picardi (2008) destaca, inclusive, que a doutrina contemporânea diverge acerca do significado do papel da referida obra legislativa.

Uma das marcas dessa transição paradigmática é, sem dúvidas, o processo de estatização da jurisdição, muito embora a figura do magistrado seja muito reprimida pelo Executivo. A intenção de conter os arbítrios do processo medieval faz com que as potencialidades hermenêuticas dos magistrados sejam severamente reduzidas a de um mero anunciante da lei (juiz como boca da lei).

Originalmente, a ideia de estatizar a jurisdição, conferindo autonomia à judicialização dos conflitos, faz parte do projeto da modernidade que busca relacionar no Direito duas forças sob uma tensão dinâmica: a força regulatória e a força emancipatória¹³. Por meio da regulação, da codificação que o Direito buscou limitar os arbítrios do poder absolutista e se tornar ainda um instrumento de igualdade (força emancipatória).

Todavia, veremos mais adiante como essa tensão se rompe quando a modernidade

¹² Para Cappelletti (2008), inevitável consequência foi que o *juge commissaire*, sendo órgão diverso do juiz sentenciador, deveria deixar por escrito o resultado da prova, onde o juiz sentenciador se encontrava, pois, no dever de julgar (como o juiz sentenciador da época pré-revolucionária) com base em amorfas e mudas escritas, no lugar de decidir baseado em depoimentos de vivas e falantes testemunhas.

¹³ Na concepção de Santos (2000), o direito moderno era constituído em sua origem de objetivos regulatórios e emancipatórios. No entanto, a partir do século XIX, essa tensão se rompe, e o Direito torna-se um mero instrumento de regulação. Ao longo da história é possível perceber essa tensão desde o século XII com a recepção do Direito romano da Europa. À época, o Direito era um projeto regulador destinado a emancipar os interesses progressistas da classe burguesa. O objetivo era dar autonomia à judicialização da resolução dos conflitos. A ascensão política da burguesia, contudo, torna o direito romano que originalmente era autônomo, humanista e laico em instrumento formal, técnico e racional.

cruza com o capitalismo e, naturalmente, produz seus reflexos no Direito Processual Civil. A obsessão pela liberdade gerou um excesso capaz de produzir um déficit: o da desigualdade das partes.

2.2.3 A jurisdição na modernidade: os sistemas pré-liberais e liberais

No início deste capítulo, vimos que o paradigma científico da modernidade, cuja marca é contraposição entre as ciências naturais e as ciências culturais (humanísticas), o Direito segue rumo ao tecnicismo, paulatinamente se aproximando da matemática e da quantificação das coisas. Sua análise tem a pretensão de firmar um sistema coerente, ordenado em conceitos essenciais, autopoietico, autorreferente.

Essa compreensão do Direito dentro de uma lógica formal teve como consequência a sua segregação da realidade cultural e social. O positivismo científico, segundo Michel Villey (2008), reduziu o Direito a uma ciência dos fatos, causando a “morte” dos seus fins.

Na transição para a modernidade, há, no âmbito do Direito, uma preocupação com a sistematização e racionalização, característica típica do jusnaturalismo dos séculos XVII e XVIII, originário do humanismo jurídico dos séculos XV e XVI e cujo projeto é reduzir o direito a uma arte ou uma ciência (SANTOS, 2000).

Essa proposta encontra respaldo nas teorias da nova ciência de Galileu e Descartes e forma uma teoria do direito que Leibniz apresenta em 1667 como um novo método, baseado na matemática e em uma jurisprudência racional (SANTOS, 2000).

No âmbito do processo civil, é possível sentir a interferência do paradigma científico moderno, o qual servirá de base para o processo de emancipação do direito processual civil enquanto disciplina autônoma na segunda metade do século XIX.

Entre os séculos XVII e XVIII há uma mudança cultural que marca a passagem do *ordo iudiciarius* medieval para o processo moderno. O movimento de codificação, fruto dos ideais iluministas, revela essa pretensão científica do direito e uma necessidade de contenção do arbítrio dos juízes, existente em um cenário medieval marcado, como visto, por uma pluralidade de fontes, indeterminação legislativa e prevalência da jurisdição (PICARDI, 2008).

O processo liberal do Estado Moderno é fruto dessa cultura e começa a se sedimentar como um projeto burguês. Possui como herança do processo comum o domínio das partes

sobre o processo e formalidade escrita. Agrega, contudo, em razão do novo modelo Estatal lastreado na intervenção mínima, a igualdade formal e o princípio dispositivo. A finalidade desse projeto é buscar a neutralidade, imparcialidade e passividade do juiz (NUNES, 2008).

Como bem observa Picardi (2008) o papel do juiz era reduzido a de um burocrata. Essa cultura, associada ao positivismo, tornava o magistrado um servo da lei. Sua subserviência reduzia a função jurisdicional a uma mera função administrativa, despojando-a das características próprias de um poder.

A proposta de emancipar as partes e garantir a neutralidade do juiz, como um verdadeiro reflexo do Estado mínimo não interventor, anunciava já no século XIX o fracasso do sistema processual liberal, decorrente de uma incapacidade de garantir uma igualdade substancial entre as partes e de proporcionar um contraditório efetivo.

Não podemos deixar de registrar a interferência do sistema capitalista no naufrágio desse sistema, afinal a crise não é só de um modelo de processo, mas, sobretudo, do paradigma liberal. Enquanto ele serviu outrora para emancipar os interesses da burguesia, no paradigma liberal essa dimensão começa a ruir quando o Direito perde a sua capacidade de garantir seu escopo de pacificação social, ou seja, de atingir suas propostas emancipatórias.

Há uma verdadeira redução das pretensões éticas e políticas da modernidade às necessidades regulatórias do capitalismo liberal. Esse processo coincide com a consciência filosófica positivista, que transforma a ciência e o Direito em instrumento de regulação¹⁴.

Na tentativa de reequilibrar a dinâmica regulatória e emancipatória, o Estado, desta vez, busca um caminho mais interventor nos países mais centrais da Europa Ocidental. No sistema de justiça, o juiz, como representante do Poder Público, passa a ser o protagonista do processo numa tentativa fracassada de reerguer a força emancipatória do processo.

Na seção seguinte traçamos, por oportuno, de que maneira o direito processual civil passou a ser classificado como ramo do direito público e como esse fator foi paulatinamente enraizado na doutrina como um dogma do direito.

¹⁴ Segundo Santos (2000), o cientificismo e o estatismo moldaram o direito de forma a convertê-lo numa utopia automática de regulação social, uma utopia isomórfica automática da tecnologia que a ciência moderna criara. Quer isto dizer que, embora modernidade considerasse o direito um princípio secundário (e talvez provisório) de pacificação social relativamente à ciência, uma vez submetido ao Estado capitalista o direito acabou por se transformar no artefacto científico de primeira ordem.

2.2.4 O sistema processual publicista e processo de emancipação do direito processual civil

No segundo período da modernidade (na fase do capitalismo organizado) já era possível perceber a irreversibilidade e inevitabilidade dos déficits das promessas originais da modernidade. Sua dimensão jurídico-política procurava alinhar objetivos e interesses contrários para preservar o capitalismo. Na economia surge o Keynesianismo e na política o Estado-providência (SANTOS, 2000).

O capitalismo procura se organizar. É um período ambivalente, porque há uma simultânea aproximação e distanciamento entre Direito e Estado. O distanciamento ocorre quando o Direito é utilizado em espaços privados e em face do próprio Estado. A aproximação decorre da juridicização da prática social.

No Estado liberal, o Direito era princípio do Estado. No Estado de Providência, ele passa a ser o instrumento de legitimação considerando o tipo de desenvolvimento econômico e formas sociais que ele acreditava estimular (SANTOS, 2000).

Na tentativa de conter os déficits causados pelo modelo liberal, o Estado passa a assumir uma postura interventora em todos os aspectos, inclusive no processo civil. Esse fenômeno não passa despercebido pelas novas ideias decorrentes do socialismo processual. O protagonismo judicial parece ser a tábua de salvação do processo civil.

Com efeito, Cappelletti (2008) ressalta que, embora o lema do movimento reformista do final do século XIX e início do século XX fosse a oralidade, no fundo a pretensão não era só romper com o predomínio da escrita, e sim com diversos aspectos do antigo regime ainda presentes no modelo liberal.

Lutava-se, desse modo, por uma revalorização da oralidade, mas também por uma relação mais direta, imediata entre o juiz e as partes, testemunhas e demais fontes de prova; por um sistema de livre valoração de provas; e uma maior rapidez no desenvolvimento do processo (CAPPELLETTI, 2008).

Os diplomas legislativos que foram fundamentais para o início da mudança paradigmática pretendida pela reforma foram o Código de Processo Civil alemão de 1877 e o Código austríaco de 1895 (CAPPELLETTI, 2008).

Este último inovou ao trazer um incremento na função do juiz para assegurar ordem e rapidez do procedimento e a igualdade entre as partes. A instrumentalização desses objetivos foi realizada através do contato direto e oral do juiz com as partes (CAPPELLETTI, 2008).

Os teóricos responsáveis por esse movimento de socialização do sistema processual civil foram Anton Menger e Franz Klein. Menger, sob a influência do Código prussiano de 1781, cujo modelo é baseado na investigação da verdade pelo juiz, propõe reformas no sistema justiça por meio de uma redimensão do papel do juiz, admitindo a sua atuação proativa como forma de compensar as desigualdades materiais das partes (PICARDI, 2008).

Esse pensamento, por sua vez, influencia a produção do Código austríaco de 1895, que foi fruto do trabalho do jurista Franz Klein. A ZPO alemã de 1877 é a primeira legislação a sofrer a influência do Código austríaco através das alterações ocorridas em 1909, 1924 e 1933 (NUNES, 2008).

Esse movimento lança as sementes para a emancipação do direito processual civil do direito material na segunda metade do século XIX, na Alemanha, ao processualismo. Pretende-se nessa fase metodológica dar cientificidade ao processo civil cujo objeto *a priori* era a relação jurídica processual (DINAMARCO, 2003).

A obra de Oskar Von Bulow é considerada um marco teórico em que o processo deixa de ser apenas um procedimento e passa a ser analisado sob a perspectiva de uma relação jurídica abstrata que possui pressupostos de existência e validade (BULOW, 1964).

Com efeito, Bulow (1964), na obra Teoria das exceções processuais e pressupostos processuais, dissemina em 1868 a concepção de processo como relação jurídica pública porque estabeleceria um vínculo entre os representantes (funcionários) do Estado e os cidadãos. Considerou, outrossim, a relação jurídica como algo que se desenvolve progressivamente entre as partes e o tribunal.

Mais adiante, na obra Lei e função judicial (1885), defende o poder criativo do juiz ao aplicar a lei (LARENZ, 1991). Essa tendência teórica de Bulow, que legitimava o juiz enquanto potência criadora do Direito e a jurisdição como atividade do juiz desconstruía, segundo Nunes (2008, p. 105) “o ideal de monopólio das partes e dos advogados no processo civil e do liberalismo processual, a partir do pressuposto publicístico”.

Nesse contexto, a jurisdição passa a ter a função de concretizar o direito e pacificar a sociedade (WACH, 1977). A ação passa a representar um direito público subjetivo autônomo de ir a juízo obter uma resposta do Poder estatal. O privatismo vai cedendo lugar ao publicismo.

Na Itália, os teóricos como Calamandrei, Chiovenda e Liebman pregavam uma reformulação do sistema processual para implementar alguns princípios do processo romano

puro, como oralidade, imediação, concentração, livre valoração da prova. Como técnica processual idealizava-se o abandono de uma postura passiva do juiz. O projeto do Código de Processo Civil elaborado por Chiovenda em 1919 - que não chegou a ser convertido em lei - buscava introduzir esse modelo (CAPPELLETTI, 2010).

Cappelletti (2010) observa que essa doutrina que pedia uma maior autoridade ao juiz não compartilhava das ideias fascistas. O propósito era buscar uma tutela mais eficiente dos direitos subjetivos, e não a utilização do processo como instrumento de invasão na autonomia privada.

O autor destaca ainda que Calamandrei era um opositor ferrenho dos excessos publicistas germânicos e que o Código de 1940 não era obra do fascismo, mas os teóricos ora mencionados exerciam forte influência à época, inclusive sobre os legisladores (CAPPELLETTI, 2010). Essa posição, todavia, é bastante polêmica. Alguns processualistas do movimento revisionista enxergam nos modelos publicistas resquícios de autoritarismo e que isso seria fruto da interferência ideológica do modelo totalitário de estado. Assim, ao contrário de Calamandrei, Aroca (2013) destaca que:

qualquier persona razonable y con experiencia no llegaria ni siquiera a cuestionarse que un código promulgado en Italia y en 1940 tiene que tener una base ideológica fascista y que lo mismo no puede estar elabora sobre la idea liberal y garantista de la tutela de los derechos de los ciudadanos, sino sobre la preponderancia de lo público sobre los intereses de los súditos (AROCA, 2013, p. 516)¹⁵.

No Brasil, Nunes (2008) afirma que o Código de Processo Civil de 1939, inspirado nas ideias já mencionadas de Chiovenda, é fruto dessa influência publicista. O momento de sua publicação, em pleno o Estado Novo, e sua intenção de reforçar a interferência do Estado são evidências de uma posição antiliberal. Na prática, contudo, no aludido Código (e também o de 1973) a técnica da oralidade não era uma realidade, assim como “a discussão endoprocessual ao longo de todo *iter* processual” (NUNES, 2008, p. 97-98).

Assim como o modelo do Estado-providência o modelo publicista entre em crise após a década de 1970 e estamos em busca - como afirma Nunes (2008) de novos paradigmas. Esse momento atual é marcado por uma fase de transição societal em que há uma hegemonia do

¹⁵ Qualquer pessoa razoável e experiente não chegaria até mesmo a questionar se um código promulgado na Itália tem uma base ideológica fascista e que ele não poderia ter uma base ideológica fascista e garantista da tutela dos direito dos cidadãos, mas na preponderância dos interesses do público sobre os seus súditos (Tradução livre).

mercado e a sua invasão ao Estado e à comunidade (SANTOS, 2000).

O Estado perde o protagonismo para o mercado, e a sociedade está marginalizada, caracterizando uma crise da regulação moderna. Essa crise do Direito, que também é política, decorre das propostas emancipatórias inacabadas do Estado providência¹⁶.

No processo civil, percebemos que a ciência do Direito continua incapaz de cumprir sua proposta emancipatória de pacificação social e o resultado da política paternalista (fracasso) foi a de transformar, como afirma Nunes (2008), o cidadão em um mero cliente do Estado. Ao refletir sobre a influência do neoliberalismo sobre o sistema de justiça, Santos (2007) destaca que:

Penso que vivemos um momento em que se está a ensaiar uma nova fase. O neo-liberalismo revelou as suas debilidades. Não garantiu o crescimento, aumentou tremendamente as desigualdades sociais, a vulnerabilidade, a insegurança e a incerteza na vida das classes populares, e além disso, fomentou uma cultura de indiferença à degradação ecológica. Nesta nova fase, podemos identificar, em relação ao judiciário, dois grandes campos. O primeiro é um campo hegemónico. É o campo dos negócios, dos interesses económicos, que reclama por um sistema judiciário eficiente, rápido, um sistema que permita, efectivamente, a previsibilidade dos negócios, dê segurança jurídica e garanta a salvaguarda dos direitos de propriedade. É neste campo que se concentra a grande parte das reformas do sistema judiciário por todo mundo. Há vários anos que analiso as reformas que tiveram lugar em vários países, sobretudo na Europa, na América Latina e na África. Os protagonistas do campo hegemónico são o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional e as grandes agências multilaterais e nacionais de ajuda ao desenvolvimento. O sistema judicial desses países está a ser orientado para dar previsibilidade aos negócios, o que significa que as reformas se centram muito selectivamente, nos sectores que melhor servem a economia, deixando de fora todos os outros (SANTOS, 2007, p. 26).

Como se vê, o autor destaca a forte interferência do poder econômico sobre as reformas processuais que se operam no sistema de justiça e identifica os principais vetores para essa transformação, dentre elas, destacamos: (i) profundas reformas processuais; (ii) novos mecanismos e novos protagonismos no acesso ao direito e à justiça; (iii) nova organização e gestão judiciárias; (iv) novas concepções de independência judicial; (vi) uma cultura jurídica democrática e não corporativa.

Pensamos que estes vetores indicados por Santos são de fundamental importância. Destacamos, no entanto, que um dos caminhos para se chegar a essas profundas

¹⁶ Para Santos (2000), quando posto a serviço das exigências regulatórias do Estado constitucional liberal e do capitalismo hegemônico, o direito moderno, assim reduzido a um direito estatal científico, foi gradualmente eliminando a tensão entre regulação e emancipação que originalmente lhe era constituída.

transformações é a adoção de modelo processual radicalmente democrático.

2.3 Por um repensar do processo civil

No processo de consolidação do Estado de bem-estar social, é possível perceber uma necessidade de contenção das mazelas causadas pelo capitalismo no Estado liberal mínimo, especialmente aquelas relacionadas à desigualdade material.

A nossa história demonstra como o Direito serviu de instrumento de emancipação social, econômica e política da burguesia para garantir as liberdades negativas em face do absolutismo. No Estado liberal, o Direito é princípio legitimador do próprio Estado. O Direito privado - “foco privilegiado do cientificismo e do positivismo jurídico, estava desvinculado de qualquer conteúdo político ou social e era capaz de libertar as relações sociais dos vínculos e hierarquias do antigo regime” (SANTOS, 2000, p. 146).

No final do século XIX, esse cenário muda de forma radical em razão do crescente domínio do modo de produção capitalista e da politização da desigualdade. Tem-se uma nova forma de regulação social em que o Direito, em vez de princípio, é instrumento de legitimação do Estado. No Estado-providência há uma hipertrofia da regulação caracterizada pelo monopólio do Estado sobre o Direito. É dizer:

Enquanto o Estado liberal se legitimou através da racionalidade-formal do seu funcionamento, o Estado providência procurou sua legitimação no tipo de desenvolvimento econômico na forma de sociabilidade que julgava fomentar. O direito foi despromovido da categoria de princípio legitimador do Estado para a de instrumento de legitimação do Estado. Assim se lançavam as sementes da banalização do direito (SANTOS, 2000, p. 152).

Ao analisar os sistemas processuais civis foi possível perceber as ressonâncias da crise do direito causadas, em um primeiro momento, pelo enfraquecimento da sua dimensão emancipatória e, mais adiante, já no Estado-providência, pelo dismantelamento de sua força regulatória.

O sistema publicista refutava os ideais do liberalismo processual e firmou-se no Estado-providência por meio de um reforço das ideias de ativismo e protagonismo judicial como formas de recuperar os potenciais emancipatórios arruinados no curso do Estado liberal.

Esse modelo, contudo, mostrou-se ainda insuficiente para atender aos ideais dos reformistas de celeridade e oralidade do processo civil. É a partir daí também que é possível

perceber a ampliação da consensualidade e das estruturas de cooperação como forma de compensar a perda do poder de autoridade, além de uma necessidade de equiparar os acordos ao comando judicial.

Esse acontecimento invariavelmente levou a um caminho de questionamento dos fundamentos da jurisdição pela doutrina. Com efeito, ao longo do século XX, os teóricos de matriz socialista buscam repensar o processo com base no princípio cooperativo. Já no final do século XX uma nova concepção, denominada revisionista, que questiona os exageros do publicismo ao conferir poderes excessivos aos órgãos judiciais, admitem essa posição como uma forma de manifestação de autoritarismo (MOREIRA, 2008). Nos tópicos seguintes veremos a origem e as principais ideias dessas duas concepções.

2.3.1 O Socialismo processual e o processo cooperativo

Nos modelos publicistas mais fortes do leste europeu, construídos em um contexto de estado socialista, o autoritarismo estatal, personificado na função do magistrado, conduziu a uma situação de apatia das partes e dos advogados no desenvolvimento do processo que gerou uma discussão acerca da importância da democracia no processo civil socialista¹⁷.

No movimento de crítica ao sistema processual publicista do leste europeu, Nunes (2008) menciona as ideias de Jodlowski que, ao analisar as reformas da Polônia, sustentava que as legislações daquele país (Código de 50 e 64) previam a atuação do juiz sempre subsidiária à das partes no que tange a produção probatória. Assim, o aludido teórico atribuiu, de certo modo, o sucesso do ativismo judicial a uma passividade das partes e dos advogados no âmbito do processo.

Essa constatação é pertinente e não é uma realidade apenas do sistema processual, mas um reflexo da apatia do cidadão do Estado-providência. Não obstante a sua promessa de promover igualdade material e manter um sistema político estável e relativamente democrático, esse modelo estatal deteriora-se de diversas maneiras: “deslegitimação ideológica do Estado facilitador, novas formas de exclusão social e autoritarismo estatal sob a capa de promoção de autonomia e liberdade, “patologias” da participação e da representação

¹⁷ Segundo Nunes (2008) a constatação pelos doutrinadores do socialismo processual de que a hipertrofia dos poderes judiciais poderia solapar o papel das partes pelo juiz foi motivo de preocupação. Ele destaca o congresso realizado em 1971 como um momento de reflexão acerca da importância de criar instrumentos que induzissem as partes a um comportamento mais ativo e responsável.

do processo político” etc. (SANTOS, 2000, p. 154).

Assim, essa “patologia” da participação das partes, constatada por Jodlowski, é o reflexo de um déficit de democracia no paradigma moderno e que se reflete, por conseguinte, na esfera do direito processual civil.

A crise do sistema processual civil fez com que a doutrina percebesse que, para além da técnica processual, era preciso construir novas formas de socialização entre os atores processuais. Sem desmerecer a importância do papel do juiz, destacou-se a necessidade de uma comunhão de participação dos atores processuais.

Na Alemanha, Baur (2007) passa a defender a ideia de comparticipação processual através do diálogo entre os sujeitos processuais. Segundo Nunes (2008):

O teórico alemão, propõe um procedimento de cognição bifásico e no qual ocorreria uma primeira fase de preparação metódica do debate, cabendo ao juiz fomentá-la, e se afastariam, ainda, quaisquer surpresas para as partes acerca do estágio em que a cognição se encontrava (NUNES, 2008, p. 118-119).

O modelo de Baur (2007) - denominado *Stuttgarter* - altera a ZPO com a finalidade de concentrar e acelerar o procedimento por meio do estímulo à oralidade em audiência. O poder do juiz é reforçado para fomentar o diálogo com os jurisdicionados e advogados (NUNES, 2008, BAUR, 2007).

Em Portugal, a reforma processual ao Código de 1939 trazida pelos Decretos-leis 329-A/1995 e 180/1996, implementou o ativismo judicial, mas estabeleceu uma prática de repartição de poderes entre as partes e o juiz na condução do processo (NUNES, 2008).

O modelo adversarial inglês - em que havia uma forte influência das partes e advogados na condução do processo - foi reformado em 1999, introduzindo-se um reforço aos poderes do juiz. A intenção da reforma era reduzir a morosidade do feito por meio de uma atuação mais proativa do juiz em seu poder de direção processual, a fim de evitar os abusos praticados pelas partes.

A introdução de um ativismo judicial no *case management* representa a influência dos sistemas de *civil law*, como consequência natural da pós-modernidade em que ambos os modelos puros parecem estar em crise. De todo modo, esse reforço aos poderes judiciais não desnatura a sua essência adversarial nem a oralidade que lhe é inerente.

Nos Estados Unidos, o modelo processual também segue uma tendência paradigmática semelhante à da Inglaterra no sentido de superar um modelo radicalmente adversarial. Embora

não tenha um marco temporal como a reforma inglesa, a partir da década de 70, com o surgimento da função do *managerial judge* vai tomando o espaço do juiz passivo. Como ressalta Taruffo (2013, p. 19), a mudança no sistema estadunidense foi paulatina e longa e é “consequência de vários fatores como a contínua reforma das *Federal Rules of Civil Procedure*, as reformas descentralizadas e pontuais abertas pelo *Civil Justice Reform Act* de 1990 e das respostas que a praxe judiciária deu aos crescentes problemas de gestão e controle da justiça”.

No Brasil, embora não tenhamos vivido um modelo do Estado-Social propriamente dito (NUNES, 2008), o NCPC de 2015, sob a influência do modelo português, abraça o ideal de modelo cooperativo cuja racionalidade é baseada na lógica do diálogo, de uma jurisdição articulada com a comunidade, da participação mais efetiva das partes através do exercício do contraditório como poder de influência.

2.3.2 O movimento revisionista e o neoprivatismo processual

Como vimos, as reformas processuais, ao longo do século XX, buscaram reforçar os poderes dos juízes na direção do feito e na fase instrutória. De acordo com Barbosa Moreira (2008), o fundamento dessas reformas era de que o processo teria o escopo de chegar a um resultado justo por um mínimo de tempo.

Parte da doutrina, conhecida como revisionistas, passa a criticar fortemente essas concepções ao vislumbrarem na doutrina publicista uma raiz ideológica totalitária que concebe o processo como instrumento de busca da verdade objetiva ou material. Esse princípio, por sua vez, era o fundamento para legitimar o agigantamento dos poderes do juiz, inclusive e especialmente em matéria probatória¹⁸.

Para Aroca (2008), um dos maiores críticos do socialismo processual, a busca da

¹⁸ Na concepção de Aroca (2008) a partir deste princípio da busca da verdade *objetiva* ou *material* é que devem ser compreendidas as *faculdades* do juiz. Primeiro, a respeito de ele próprio poder realizar atividade voltada a reunir provas no processo. Se o Estado, e no caso o juiz como órgão ou representante do Estado, tinha que conhecer o juiz, como órgão ou representante do Estado, tinha que conhecer a verdade ‘verdadeira’ existente nas relações jurídicas entre os particulares, as consequências disso tinham que ser: a) para decidir, o tribunal não estava limitado aos fatos alegados pelas partes, de modo que na busca do conhecimento sobre os fatos estavam interessados tanto o tribunal com a procuradoria e várias outras estatais e de representação da sociedade soviética, todos os quais podiam e deviam aportar fatos ao processo; b) o tribunal não devia se conformar com os meios de prova propostos pelas partes, sendo seu dever determinar todas as provas *de ofício* que entendessem oportunas e úteis para se chegar ao conhecimento da chamada verdade *objetiva*.

verdade objetiva fundamentava o poder de produção probatória do juiz, o qual era concebido como um verdadeiro dever. Nessa circunstância, a tutela efetiva dos direitos dos particulares passava a ter uma importância secundária. Para o autor, a jurisdição passava a ter o escopo de concretizar o direito objetivo, sempre que o contexto fático se amoldasse aos elementos da norma abstrata. Haveria, portanto, uma verdadeira quebra da imparcialidade.

A importância dessa nova doutrina está, sem dúvida, em trazer ao debate contemporâneo a subsistência da dicotomia público-privado no âmbito do Direito e que se reflete sobre os reais fundamentos da jurisdição enquanto monopólio do Estado. No tópico seguinte, a nossa proposta é repensar a jurisdição, apresentando uma linha de pensamento que servirá de base para as discussões em torno do nosso objeto.

2.4 Repensando a jurisdição e seus pressupostos

Repensar¹⁹ a jurisdição moderna de forma radical é algo que emerge na atualidade. Esse caminho, contudo, exige um processo de desconstrução e reconstrução do próprio Direito.

Com efeito, ao analisar o processo civil romano é possível perceber a ideia de senso comum que subjaz os seus pressupostos. O privatismo que fundamentou outrora a jurisdição decorre de uma concepção que naturalmente encontra nas partes litigantes o poder de disposição sobre seus conflitos.

Essa tradição de liberdade das partes, que está umbilicalmente ligada ao direito comum, foi perdendo a sua importância ao ser frequentemente desvirtuada pelas próprias partes com o uso abusivo da dialética, bem como pelos próprios julgadores que outrora eram remunerados diretamente pelas partes.

Com a formação dos Estados modernos, durante o paradigma liberal, a jurisdição passa a ser monopólio estatal, no entanto ainda é possível perceber uma atuação mais passiva

¹⁹ Para Santos (2000) num período de transição paradigmática, o conhecimento antigo é um guia fraco que precisa de ser substituído por um novo conhecimento. Precisamos de uma ciência de turbulência, sensível às novas exigências intelectuais e políticas de utopias mais eficazes e realistas do que aquelas pelas quais vivemos no passado recente. A nova constelação de sentido não nasce do nada. Tem muito a lucrar se escavar o passado em busca de tradições intelectuais e políticas banidas ou marginalizadas cuja autenticidade surge sob uma nova luz depois de se ‘desnaturalizar’ ou até de provar a arbitrariedade desse banimento e marginalização. Acima de tudo, o novo conhecimento assenta num des-pensar do velho conhecimento ainda hegemônico, do conhecimento que não admite a existência de uma crise paradigmática porque se recusa a ver que todas as soluções progressistas e auspiciosas por ele pensadas foram rejeitadas ou tornadas inexecutáveis.

do Estado, agora representado pelo magistrado público.

O paradigma liberal, contudo, entra em crise²⁰, especialmente quando cruza com o capitalismo. Essa crise é refletida no Direito. No processo, atinge em um primeiro momento seu ideal emancipatório de promoção de justiça material. A desigualdade das partes no processo parece ser apenas um ponto dos problemas causados pela incapacidade do liberalismo de realizar suas promessas.

No Estado-providência, surgem as ideias publicistas, fruto do socialismo jurídico, que fundamentam muitas reformas na segunda metade do século XX. A tentativa de reforçar as propostas emancipatórias do projeto de modernidade faz com que o Estado seja mais interventor e para isso o Direito - utilizado originariamente para fundamentar o próprio Estado - passa a ser um “racionalizador de segunda ordem” da vida social²¹. Os poderes regulatórios são reforçados e o positivismo científico é a filosofia que respalda o Direito enquanto norma produzida por uma autoridade estatal. Nos sistemas processuais, esse fenômeno manifesta-se no reforço dos poderes do juiz e nos próprios escopos da jurisdição, que passa a ser um fim em si mesma.

No atual cenário de crise²², o Estado vai paulatinamente perdendo o seu poder para as forças hegemônicas do mercado e no processo é possível perceber a adoção de técnicas que, ao fim e ao cabo, buscam atingir a celeridade processual, mas que não tem o compromisso com o real escopo da jurisdição: a pacificação social.

Pensamos, portanto, que o primeiro passo para repensar a jurisdição é desconstruir o

²⁰ A atual crise paradigmática ocidental que se reflete no Direito é fruto de um fracasso do projeto moderno de garantir suas promessas e possibilidades de libertação individual e coletiva. Essas promessas inegavelmente foram reduzidas com o desenvolvimento do capitalismo (SANTOS, 2000).

²¹ Segundo Santos (2000), a tensão regulação e emancipação protagonizou o paradigma moderno, de sorte que a ordem, nesse contexto, era concebida sob uma tensão dialética com a solidariedade. Ao direito moderno foi dada a tarefa de assegurar a ordem exigida pelo capitalismo, o qual se desenvolvia em um contexto socialmente caótico e que era provocado por ele mesmo. Nesse cenário, o direito passou a ser um racionalizador de segunda ordem da vida social, uma espécie de substituto da cientificização da sociedade. É por isso que seu processo de cientificização envolveu também a sua estatização, eis que a tentativa de conter o caos do liberalismo foi atribuída ao Estado Moderno, em caráter transitório, até que a própria ciência e a tecnologia pudessem assegurar-se.

²² Para Santos (2000), a ciência teve um papel decisivo nessa redução, porque, ao tentar conciliar os interesses capitalistas com as propostas da modernidade, reduziu o seu próprio potencial de racionalização emancipatória da vida individual e coletiva. Percebe-se, desse modo, como o conhecimento científico transformou-se em um conhecimento regulador hegemônico que absorveu o seu potencial emancipatório. O Direito é cúmplice da ciência nesse contexto. Seu processo de cientificização é o caminho necessário para garantir a ordem ditada pelo capitalismo. O resultado natural é uma deterioração não só dos seus potenciais emancipatórios, mas também da sua força regulatória. Com efeito, a cientificização do Direito também envolveu seu processo de estatização, eis que no curso da modernidade ao Estado, ou melhor, à política é atribuída a tarefa de conter o caos social.

pensamento positivista moderno, que concebe o direito ou a jurisdição como produto único da ordem jurídica estatal. E para chegar a essa conclusão foi preciso fazer uma verdadeira “escavação arqueológica” ao longo deste capítulo, para buscar algumas tradições que foram “banidas ou marginalizadas ao longo da modernidade” (SANTOS, 2000, p. 172).

Segundo Santos (2000, p. 171-172) “o Estado nunca deteve o monopólio do Direito como também nunca se deixou monopolizar por ele”, muito embora o Direito oficial tenha sido reduzido à ordem jurídica e à dominação estatal.

Esse pensamento que associou o Direito ao Estado foi capaz de deslegitimar e ocultar outras ordens jurídicas. Um notório exemplo é o reconhecimento dos direitos das minorias, negligenciados muitas vezes pela regulação do espaço da cidadania pelo Estado. Nesse ponto, a atuação criativa do judiciário manifesta-se de maneira mais emancipadora das potencialidades democráticas.

O segundo passo consiste em uma ação de reconstrução do Direito moderno. Propõe-se, com fundamento em Santos (2000), pensar o Direito reconhecendo em seu âmbito outros poderes que não a dominação e outras ordens jurídicas além da esfera estatal. Para tanto, faz-se necessário o reequilíbrio dos Princípios do Estado e de Mercado com o Princípio da comunidade, este último amplamente marginalizado ao longo da modernidade. Essa rearticulação deve ser feita por meio da democracia participativa, como sugere Santos (2000).

Na esfera processual, é possível se valer desse raciocínio para tornar o processo um espaço verdadeiramente democrático. A desconstrução da ideia de jurisdição como algo que emana da soberania nacional emerge do pensamento dos processualistas. A propósito, Picardi (2008) sugere que “juiz de hoje procure sua legitimação, não no Estado nacional, mas na Comunidade, e se alça, antes, a controlar o correto exercício das funções por parte dos próprios poderes estatais” (PICARDI, 2008, p. 32).

Essa concepção, que busca legitimar a função jurisdicional na comunidade em vez de exclusivamente na soberania nacional, pode ser capaz de moldar a atuação do juiz às propostas emancipatórias do processo civil.

A rearticulação do Estado e Comunidade nos sistemas processuais, ao resgatar tradições pretéritas de participação das partes, deve ser feita agora sob um novo senso comum ético que reúna solidariedade e participação.

Um dos fatores que levaram ao desequilíbrio da regulação e emancipação das propostas da modernidade foi a redução da política a uma prática social setorial e rígida na

regulação da participação do cidadão nessa prática.

No processo, se a pretensão formalista hiperdetalhada do ordenamento traz, de um lado, a segurança jurídica para as partes se manifestarem sem interferência do juiz, por outro restringe a participação das partes apenas à própria regulação. Daí porque nenhum sistema puramente legalista é democrático.

Importa destacar, por oportuno, que a desconstrução do dogma da jurisdição como monopólio do poder estatal deve ser, contudo, pensada com extrema cautela. Isso porque a descolonização do Direito pelo Estado não deve promover um retorno aos pressupostos do liberalismo.

A proposta dos autores revisionistas teve a nobre importância de questionar a jurisdição como monopólio do Estado e, nesse contexto, escavar tradições que foram banidas ao longo da modernidade, tal como analisar a jurisdição sob uma perspectiva privada. Todavia, reduzir a concepção do processo a um “jogo” pode favorecer umas das forças mais proeminentes na atualidade: a do mercado. Não por acaso o espírito das reformas processuais vem sendo dominado por técnicas neoliberais.

Desse modo, partindo da concepção de jurisdição fundamentada no princípio da comunidade é que pretendemos analisar os negócios processuais. Essas convenções, como destaca Almeida (2015), são uma nova forma de flexibilizar o procedimento²³.

Não ousaremos, contudo, admitir qualquer posição dogmática a respeito da positividade ou negatividade dessa flexibilização em abstrato. Isso pareceria um grave erro. Limitamo-nos a não polarizar a formalidade e a informalidade para defender uma ou outro com via adequada. Pensamos, sim, que é importante reconhecer a formalidade dessa flexibilização.

Desse modo, o nosso propósito não é julgá-la boa ou ruim *a priori*, mas analisar os pressupostos para que essa ferramenta se constitua como um instrumento democrático. Mas nos inclinamos a acreditar que esse instrumento não deve encontrar seu fundamento em premissas puramente liberais. A participação das partes, enquanto tradição de senso comum,

²³ Almeida (2015) compreende a cláusula geral de convenção processual como um novo sistema de flexibilização procedimental. Cita quatro espécies de flexibilização oriundos de sistemas processuais estrangeiros, quais sejam: 1) flexibilização por procedimento livre; 2) flexibilização por procedimento opcional; 3) flexibilização por calendário; 4) flexibilização por procedimento legal adaptável. Essa quinta espécie, segundo o autor, possibilitaria a “adequação do processo aos elementos específicos do caso concreto, desde que respeitadas algumas premissas. Ademais, os negócios ou convenções processuais servem também à disposição de direitos processuais, não se limitando às modificações meramente procedimentais”.

precisa ser reinventada nesse aspecto e ter como balizamento as propostas socializantes do processo cooperativo. Por outro lado, os aspectos regulatórios desses negócios devem ser analisados levando sempre em conta os escopos emancipatórios da jurisdição.

O papel do juiz, por sua vez, veremos mais adiante, não deve ser reduzido à passividade do liberalismo, mas também não deve suprimir as possibilidades de autorregramento das partes quando os acordos estiverem dentro dos limites previstos no ordenamento.

Desse modo, pensamos que um modelo processual emergente recebe a confluência de tradições liberais e socialistas. Essa junção proporciona um equilíbrio dos aspectos positivos de cada experiência paradigmática. A grande diferença é que essas tradições aparentemente antagônicas, quando em contato, conferem uma nova gramática à relação jurídico-processual.

Na seção subsequente, analisaremos mais detalhadamente as premissas teóricas do processo que reputamos ser mais democrático dentro de uma lógica de um direito mais emancipador e menos regulador.

3 O PROCESSO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICO E FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL: POR UM PROCESSO CIVIL MAIS EMANCIPADOR

3.1 Considerações preliminares

No capítulo anterior fizemos um apanhado histórico para demonstrar como as mudanças paradigmáticas influenciaram a crise do Direito e dos sistemas processuais civis. A nossa pretensão foi repensar a jurisdição moderna a partir do utopismo de Boaventura de Sousa Santos que entende necessária uma rearticulação entre Estado, mercado e comunidade para formação de um conhecimento científico mais emancipador.

Essa nova gramática da jurisdição, fundamentada no Princípio da comunidade, para além de ser um instrumento de uso exclusivamente do Estado, é mecanismo por meio do qual os participantes do processo (partes e juiz) podem democraticamente atingir uma solução pacífica do conflito.

Nesse contexto, a vinculação da jurisdição ao princípio da comunidade exige um repensar da própria concepção de democracia, para nela agregar as concepções de participação direta do cidadão na vida política e na vida social. Essa participação, por seu turno, deve ser dimensionada a partir de um senso comum ético em que solidariedade e participação estejam em sintonia.

Por meio dessas premissas delineamos neste capítulo os pressupostos teóricos de um processo civil mais emancipador. A partir da nova hermenêutica constitucional e da teoria democracia deliberativo-procedimental de Habermas discutimos a aplicação da democracia participativa no processo, bem como a função das cláusulas gerais e da flexibilização procedimental para concretização de um sistema mais plural.

3.2 O Neoconstitucionalismo e o princípio democrático como valor constitucional

O Direito contemporâneo vive sob a égide de um Estado Constitucional que se desenvolveu a partir do término da Segunda Guerra Mundial e se consolidou no final do Século XX. Sua característica principal é a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida. Esta, por sua vez, passa a ter uma força normativa que impõe limites e deveres de atuação ao legislador e ao administrador. A ciência do Direito passa a ter um papel criativo e

indutivo. A jurisprudência desempenha novas tarefas consistentes em invalidar atos dos poderes públicos e interpretar de forma criativa a Constituição (BARROSO, 2013).

O marco histórico desse movimento das ciências jurídicas, chamado neoconstitucionalismo, tem suas raízes na Europa no pós-guerra e marco filosófico no pós-positivismo, cujas características é a confluência de duas correntes de pensamento: o positivismo e jusnaturalismo. O pós-positivismo seria, portanto, uma terceira via entre as aludidas correntes que permite a aproximação entre o Direito, a Filosofia moral e a Política, deixando de segmentá-los como outrora se fazia no positivismo jurídico (BARROSO, 2013).

Desse modo, o novo direito constitucional é construído por meio de um diálogo entre o Direito e a Filosofia e vai buscar na ética valores morais que se materializam em princípios, previstos expressamente ou não na Constituição.

Alguns princípios já se encontravam incorporados ao Direito há anos como a liberdade e igualdade, sem prejuízo de novas interpretações. Outros sofreram novas releituras, como a Democracia, a República e a Separação dos poderes. A Dignidade da Pessoa Humana²⁴ e Razoabilidade²⁵ passam a ter o seu potencial desenvolvido causando grande impacto nas premissas teóricas, filosóficas e ideológicas da interpretação tradicional. Surge uma nova concepção sobre o papel da norma e do intérprete, seus limites e possibilidades.

No que tange ao princípio democrático, as discussões filosóficas em torno da compreensão de sua forma e de suas variações fazem surgir concepções contra-hegemônicas que questionam a formação e consolidação da democracia elitista que restringe sua prática à

²⁴ De acordo com Barroso (2013), o Constitucionalismo democrático tem como fundamento e objetivo a dignidade do homem. O reconhecimento desse valor aparece com destaque no âmbito do Direito após a Segunda Guerra Mundial por meio de consensos éticos que se concretizaram em declarações internacionais de direitos e constituições. A vagueza e alta carga de abstração do princípio impõem ao intérprete concebê-lo em uma perspectiva aberta, plástica e plural. No plano filosófico, o princípio é dotado de três valores. O primeiro é intrínseco, ontológico. O homem é considerado em si mesmo (visão Kantiana) e o Estado existe em função do indivíduo. Juridicamente, esse valor origina o direito à vida, à igualdade, à integridade física, moral e psíquica. O segundo valor é a autonomia, elemento ético que está ligado à razão e ao exercício da vontade de acordo com as normas. Por esse viés, o homem detém capacidade de se autodeterminar e decidir sobre sua vida e desenvolver sua personalidade, fazendo opções de conteúdo moral sem indevidas intervenções. Por sua vez, o valor comunitário é o elemento social da dignidade, concebendo o homem no contexto coletivo, permitindo o exercício da autonomia sem a violação dos direitos de terceiro, protege o homem contra si mesmo no contexto de sua vulnerabilidade.

²⁵ Nesse novo panorama, em que o Direito deve ser concebido como instrumento para dignificar o homem, o Judiciário com fulcro no princípio da Razoabilidade passa a invalidar atos legislativos ou administrativos em que não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento utilizado; quando a medida não seja exigível ou necessária e quando houver outra forma de atingir o resultado sem que haja restrição ao direito individual; quando não houver proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, quando o que se perde for maior que o que se ganha com a medida vergastada. Outrossim, o princípio também é utilizado como fundamento para a ponderação de princípios constitucionais que estejam em colisão ou em tensão.

legitimação dos governos. Há uma busca pela participação direta do cidadão na vida política.

Ambas as teorias (representativa e participativa) teriam o mesmo propósito, mas com respostas diferentes. Com efeito, tanto na democracia representativa quanto nas concepções não hegemônicas há uma negação da razão substantiva e é reconhecida a ideia de pluralidade humana. Ocorre que a dimensão de pluralidade humana não poderia se restringir à suspensão do bem, e sim na “na criação de uma nova gramática social e cultural e o entendimento da inovação social articulada com a inovação institucional” (AVRITZER; SANTOS, 2002, p. 51).

Essas discussões têm a finalidade de extrair todas as potencialidades da democracia, especialmente aquelas que conferem ao povo a interferência direta no controle social do Poder, fazendo que os cidadãos saiam da posição de apatia política para se tornarem verdadeiros atores políticos das decisões coletivas que repercutirão em sua esfera de interesse.

A emergência da democracia ao longo do século XX tem sido tão importante que alguns autores passam a compreender o princípio democrático como uma espécie de “megaprincípio” (BRITTO, 2006, p. 183), porque a sua essência estaria presente nos demais princípios e garantias fundamentais. Britto chega a afirmar que a democracia seria a “alma da constituição por ele promulgada” (BRITTO, 2006, p. 183). Nesse contexto, a virtude do princípio democrático estaria na sua aptidão de legitimar o poder, domando-o e tornando-o subserviente ao Direito.

Outros autores, como Piovesan, por meio de uma noção de interdependência e inter-relação entre direitos, sustentam a impossibilidade de existirem direitos humanos sem democracia. Isso significa que o regime mais compatível com os direitos humanos seria o democrático (PIOVESAN, 2013).

Essas noções acerca da democracia produzem suas ressonâncias sobre o processo civil, especialmente a partir do movimento neoconstitucionalista. Isso porque o processo civil passa a receber a interferência direta da Constituição Federal, de modo que seu sistema normativo deve estar diretamente em conexão com os direitos e garantias fundamentais.

No processo de interpretação, o papel do juiz ganha destaque a partir da ampliação da jurisdição por meio do exercício do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos e esse fato ganha notoriedade à luz do princípio da democracia, especialmente no que tange aos excessos praticados em decorrência do fenômeno da judicialização da política.

Por sua vez, o direito fundamental ao acesso à justiça (art. 5º, inciso XXXV, da CF)

deixa de se limitar apenas à sua concepção tradicional de garantia de ingresso formal do cidadão ao judiciário. Em uma nova compreensão, deve ser contemplado o acesso a uma ordem jurídica justa em que há a observância dos princípios e garantias do devido processo legal, contraditório, juiz natural, imparcialidade do juiz, uma prestação jurisdicional adequada e tempestiva e a concepção do processo como instrumento indispensável à efetividade dos direitos (CAMBI, 2008).

A nova hermenêutica constitucional aplicada ao processo de interpretação e as novas concepções em torno do acesso à justiça foram fatores que inegavelmente contribuíram para uma nova forma de pensar e aplicar o Direito temperando o formalismo processual. A compreensão de uma ordem jurídica justa, baseada nos ditames de uma democracia direta, impõe um repensar sobre a relação jurídica processual, o papel dos sujeitos de direito na formação de uma decisão mais legítima.

A influência das teorias deliberativas no Direito provoca uma verdadeira revolução no sistema de garantias processuais e nos faz refletir acerca da importância do processo como espaço democrático de produção e criação do Direito. Nesse cenário, as partes são revalorizadas enquanto cidadãs e estimuladas a fazer do processo um espaço de exercício da sua liberdade política. O propósito é, sobretudo, construir uma decisão mais legítima.

3.3 A democracia deliberativa e a teoria deliberativo-procedimental no processo civil

As teorias hegemônicas de democracia representativa, ao insistirem em uma democracia de baixa intensidade, não foram capazes de explicar os fenômenos oriundos da crise da democracia liberal: a patologia da participação, que seria o aumento significativo da abstenção; e a patologia da representação, que ocorre quando os cidadãos não se sentem representados por aqueles que elegeram (AVRITZER; SANTOS, 2002).

Esses fenômenos foram responsáveis pelas discussões acerca da qualidade da democracia e que se chamou de terceira onda de democratização. Desse modo, rompendo com a teoria clássica de democracia representativa (paradigma tradicional), passou-se a admitir as formas de democracia participativa, que seria, “uma gramática de organização da sociedade e da relação entre o Estado e a sociedade” (AVRITZER; SANTOS, 2002, p. 51).

Essa nova gramática de relação entre a sociedade e o Estado busca a inclusão do cidadão nas decisões institucionais, repensando as formas impositivas e muitas vezes oriundas

de formas de participação meramente simbólicas.

As novas concepções não hegemônicas questionam o modelo representativo como forma de concretização de um modelo qualitativamente democrático para afirmar que a participação direta do cidadão na vida política e social pode ir além dos procedimentos constitucionais de exercício do voto.

Nesse contexto, é que foram desenvolvidas as teorias deliberativas (REESE-SCHÄFER, 2012) de democracia, que concebem a legitimidade democrática por meio da teoria do discurso. Habermas²⁶, um dos seus maiores expoentes, entende que “a criação legítima do direito depende de condições exigentes, derivadas dos processos e pressupostos da comunicação, onde a razão, que instaura e examina, assume uma figura procedimental” (HABERMAS, 1997, p. 9).

Nesse aspecto, a legitimidade do Direito não se apoiaria exclusivamente nem no indivíduo nem no Estado, mas “na mediação comunicativa, no princípio do discurso do direito” (REESE-SCHÄFER, 2012, p. 86). Segundo Habermas (1997, p. 321) “são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais”.

Na democracia deliberativa procedimental de Habermas não são analisados o conteúdo ou o resultado da deliberação, mas os aspectos procedimentais para concluir se uma formação de vontade foi democrática ou autoritária (REESE-SCHÄFER, 2012). Nesse ponto, a soberania do povo não é vista pelo teórico como substância, mas como um processo.

Por meio de argumentos normativos o poder comunicativo adquiriria validade, produziria poder legítimo e influenciaria o sistema administrativo. E assim esse sistema sofreria a influência (assédio) da sociedade civil. O processo de formação de opinião teria tratamento semelhante ao da decisão administrativa.

Nesse contexto, a jurisdição, a interpretação do direito e especialização jurídica feita por juízes também foram incluídas nas análises de Habermas. Como salienta o teórico:

De um lado, a teoria do direito, fundada no discurso, entende o Estado democrático de direito como a institucionalização de processos e pressupostos comunicacionais necessários para uma formação discursiva da opinião e da vontade, a qual possibilita, por seu turno, o exercício da

²⁶ Para Reese-Schäfer, Habermas tenta, portanto, mediar uma teoria sociológica do direito, que parte dos fatos do sistema do direito, com uma filosófica da justiça. A mediação consiste numa teoria política da democracia deliberativa e da sociedade civil, pois não são instituições rígidas constitucionalmente mapeadas do Estado, mas a soberania da deliberação pública que pode prover uma abertura suficiente.

autonomia política e a criação legítima do direito (HABERMAS, 1997, p. 181).

Por meio da teoria deliberativa, a sociedade civil, ao lado do Estado e do mercado, passa a ter relevância apresentando seu principal recurso: o poder comunicativo (solidariedade).

Convém ressaltar que a teoria deliberativo-procedimental propõe que a influência da sociedade civil sobre os procedimentos e pressupostos de comunicação deve contribuir para uma racionalização discursiva das decisões. Essa racionalização controlada por meio de um procedimento tem o condão de contribuir, de igual modo, na programação do poder político e na formação de seus conteúdos.

Desse modo, o poder comunicativo de *per se* não domina, mas influencia direcionamentos do poder político de dominação, por meio da sociedade civil²⁷.

No âmbito do processo civil, os modelos mais emergentes que trazem em sua essência o princípio da cooperação processual carregam o componente ideológico das teorias deliberativas em seu fundamento ao introjetarem radicalmente a participação das partes como forma de democracia.

Essas novas ideologias decorrem de uma leitura constitucional mais ampla e profunda do princípio democrático que o concebe em sua perspectiva procedimental dentro de um contexto paradigmático que busca, na lição de Nunes, manter uma tensão entre os paradigmas liberais e socialistas (NUNES, 2008). Nesse paradigma emergente o discurso seria necessário, inclusive, para problematizar essas concepções, garantindo uma ampla participação na formação das decisões da esfera pública.

Isso significa que o projeto do Direito, no que tange à estruturação das condições do funcionamento da sociedade, não pode ser reduzido ao seu aspecto puramente formal. Nesse novo paradigma a formalidade serviria para estruturar as condições para que os sujeitos de direito possam, enquanto cidadãos, “entender-se entre si para descobrir os seus problemas e o modo de solucioná-los” (HABERMAS, 1997, p. 190).

Nesse cenário, a teoria deliberativa revalorizaria o processo – concebido outrora como

²⁷ Resse-Schäfer (2012) destaca que neste aspecto que Habermas diferencia poder de dominação. A dominação seria um conceito mais ligado a instituições. Poder, por sua vez, também funcionaria também em uma estrutura não organizada, como é o caso da sociedade. Segundo Schäfer para Habermas poder significa a possibilidade de, no interior de uma relação social, impor sua vontade também contra resistência, independente do fundamento dessa possibilidade. (...) Dominação, ao contrário, é a possibilidade de, no interior de uma ordem institucional dada, encontrar obediência para uma determinação junto a determinadas pessoas mencionáveis.

um fim em si mesmo – para admiti-lo como um espaço em que os sujeitos de direitos plurais possam por meio do discurso solucionar seus conflitos.

Nessa reconstrução do sistema processual, a relação dos atores processuais é reinventada. Questiona-se o protagonismo de qualquer dos atores processuais (do juiz, no sistema publicista, e das partes no liberalismo), a realização de um contraditório estritamente simbólico que se satisfaz com contraposição de teses, a existência de um sistema processual inflexível apenas formado pela norma legislada dentre outros pontos.

3.4 Pela quebra do protagonismo judicial: o processo como espaço para o diálogo

No processo de “colonização do Direito” (SANTOS, 2000, p. 49) pelo Estado durante a modernidade, o Estado-providência inicia sua hipertrofia marcado por uma produção gigantesca de leis no intuito de conter os problemas sócio-econômicos. A “orgia legiferante” ou “poluição legislativa” tornou a princípio proeminente o Poder Legislativo, caracterizando o “Estado Legislativo”, mas ao mesmo tempo ampliou a estrutura burocrática da administração pública (PICARDI, 2008, p. 33).

Paralelamente a esse fenômeno e, segundo Cappelletti (2008), em consequência dele, o poder criativo dos juízes torna-se uma realidade que vai ganhando destaque e que nos leva a repensar uma série de dogmas construídos ao longo da Modernidade, inclusive as funções e escopos da jurisdição.

Cappelletti (2008) elenca quatro explicações para justificar o ativismo judicial. A primeira delas decorreu da tendência normativista social que se vale de princípios e regras gerais e abstratas para tutelar direitos sociais, deixando para o juiz um âmbito de atuação discricionária que possa modelar as situações futuras.

A segunda é justificada pela ideia de Democracia Social em que ao Poder Judiciário é conferida a tarefa de conter a expansão dos demais poderes estatais hipertrofiados no Estado Social Moderno.

A terceira é fruto da necessidade de dar concretude aos valores humanos previstos nas declarações dos Direitos do Homem, cuja força jurídica, e não apenas moral, filosófica ou política, passou a ser reconhecida após a Segunda Guerra. A vagueza e dinamicidade desses valores exigem do juiz uma atuação invariavelmente criativa.

A quarta explicação encontraria sua justificação na própria essência da função

jurisdicional que, segundo Cappelletti, “foi e sempre será, seja qual for a medida, criadora” (CAPPELLETTI, 2008, p. 14).

De fato, os momentos históricos do processo civil revelam como a função jurisdicional foi reprimida no movimento de codificação e no positivismo científico a ponto de se imprimir construções dogmáticas de que juiz era a boca da lei por Louis XIV ou de serem “seres inanimados” na concepção de Montesquieu.

Picardi, por sua vez, justifica o incremento dos poderes dos juizes no que ele denomina de “patologia de uma legislação oscilante entre a inflação de alguns setores e a inatividade de outros”. (PICARDI, 2008, p. 5). Ele argumenta que o excesso legislativo pode reduzir a efetividade qualitativa da norma:

A característica da chamada inflação legislativa não consiste só na multiplicação das leis, mas também na desvalorização da lei. Antes de tudo, multiplicação das disposições legislativas, não apenas e não tanto quantitativa, mas sobretudo qualitativa. [...] A pluralidade das regulações normativas termina, pois, por provocar uma redução da efetividade. Foi salientado como também a atividade jurídica consiste numa *ars combinatoria* de leibniziana memória; o aumento do número de regras comporta, assim, um desenvolvimento exponencial das possibilidades de combinações: quanto mais regras, maior a possibilidade de antinomias e de contradições internas do ordenamento jurídico (PICARDI, 2008, p. 6).

De outro lado, acrescenta que a inatividade do legislador faz com que o poder judiciário tenha que assumir tarefas que não são suas e indaga se essa omissão não estimule um “imperialismo latente dos juizes” (PICARDI, 2008, p. 6).

Não obstante os riscos de abuso judicial, Cappelletti considera que a conduta proativa do juiz parece ser uma tendência do pensamento processual moderno, inclusive é ponto de convergência entre os sistemas processuais da Europa ocidental e oriental (CAPPELLETTI, 2008). E mais: até os modelos tradicionalmente adversariais parecem trilhar esse caminho, como é o exemplo do *case management* inglês.

Seja como for, o fenômeno do ativismo judicial surge no âmbito do Estado moderno em sua fase intervencionista e se estabelece acompanhado de polêmicas. As teorias mais tradicionais não são capazes de justificá-lo a contento, porque trazem consigo o dogma da função jurisdicional como produto da soberania estatal. Naturalmente, sob esse prisma a ação proativa do juiz poderia configurar evidente invasão na atividade reservada ao Poder Legislativo.

Todavia, se pensarmos em uma jurisdição fundamentada no princípio da comunidade a

postura proativa do judiciário parece admissível. O grande problema do ativismo decorre dos excessos que vem ocorrendo na prática. Ao se atribuir ao Judiciário um papel paternalista - espécie de superego social²⁸ - de tutelar o sistema político de um país, como é o caso do Brasil, o risco à democracia e ao pluralismo são enormes.

As posturas paternalistas, todavia, não revelam uma sadia atuação de qualquer dos poderes da república. Elas tendem a paralisar uma das faculdades mais poderosas ao aperfeiçoamento da sociedade: o exercício da liberdade política.

Sendo uma característica social que se apresenta em excesso, certamente pode camuflar por parte dos poderes constituídos (cuja vontade é movida pelos seus representantes) atitudes de dominação e por parte dos cidadãos posturas individualistas que, ao se satisfazerem com conquistas individuais, renunciam, por comodidade, a sua liberdade política e, em consequência, transferirem a uma figura paterna o poder de decidir sobre o destino da vida política sem questionar eventuais abusos²⁹.

Ao comparar os perigos da liberdade dos antigos da dos modernos, Benjamin Constant já percebia esse risco de renúncia ao direito de participar do poder político provocado pela nossa busca exclusiva de satisfação pessoal. O autor afirmou que a felicidade era um objetivo muito estreito e pouco nobre ao gênero humano. Para ele, além da felicidade, o homem deveria buscar o seu aperfeiçoamento, e o instrumento mais poderoso para atingir esse objetivo era a liberdade política e dela ele não deveria abrir mão (CONSTANT, 1819).

Longe de questionar a importância da abertura que o Direito obteve com a nova hermenêutica constitucional, bem como de reconhecer que o crescimento dos poderes do juiz no processo contemporâneo nem sempre deve ser compreendido como uma tendência de natureza autoritária (CABRAL, 2010), forçoso reconhecer a existência de alguns aspectos negativos no ativismo judicial.

Com efeito, o uso abusivo da atividade hermenêutica, especialmente quando alija os demais atores do processo do seu direito democrático de participar ativamente da formação das decisões judiciais é um deles.

²⁸ Segundo Jung (2012) as atitudes extremas devem ser evitadas porque revelam a suspeita do contrário.

²⁹ Ao analisar o fenômeno da expansão do controle normativo protagonizado pelo Judiciário, por meio do conceito psicanalítico de Imago Paterno, que se projetaria na função de moralidade pública através da decisão judicial, Maus (2010) conclui que a tradição da jurisprudência alemã no século XX esconderia por de trás das generosas ideias de garantia judicial “uma vontade de domínio, a irracionalidade e o arbítrio carecedor da autonomia dos indivíduos e da soberania popular, constituindo-se como obstáculo a uma política constitucional libertadora”.

A rigor, esses abusos podem ser praticados não só na aplicação da decisão final sobre o processo, ou seja, na resolução do conflito judicial, mas também na condução do feito no processo de interpretação das normas processuais. E, neste último caso, os sistemas processuais que mais sofrem a interferência do ativismo são os flexíveis, porque nele o juiz encontra mais espaço de atuação nos juízos de conveniência e discricionariedade conferidos por esses sistemas³⁰.

Por óbvio que eventual atuação arbitrária do juiz na condução do feito pode produzir um déficit de legitimidade das decisões judiciais, especialmente sob o ponto de vista do princípio democrático. O problema não está no reforço dos poderes do juiz em si, mas quando esse reforço provoca uma abstenção de participação das partes no processo. Como bem observa Cabral:

É verdade que o crescimento do poder do juiz no processo moderno é uma tendência que não deve ser compreendida necessariamente como autoritária, mas desde que compensada pela participação das partes, que não pode ser desprezada. Porém, o aumento dos poderes do juiz torna-se realmente perigoso se não lhe retiram as oportunidades de deles abusar (CABRAL, 2010, p. 91).

Os déficits e excessos desse fenômeno consistentes, respectivamente, na abstenção da participação das partes e no “aumento descompensado dos poderes do juiz” (CABRAL, 2010, p. 91) têm provocado discussões em torno da intensidade democrática do processo civil contemporâneo e, em consequência, nas concepções tradicionais a respeito da distribuição dos poderes dos sujeitos processuais, nos aspectos formais dos modelos processuais dentre outras.

Desse modo, uma relação processual equilibrada é aquela que reconhece aos autores processuais faculdades inerentes ao exercício de sua liberdade política para colaboração da criação do Direito, especialmente das decisões que atingirão suas esferas jurídicas de interesses. Os sujeitos processuais devem, nesse contexto, firmar uma relação de interdependência baseada no diálogo, na colaboração e na boa-fé.

3.5 O contraditório: garantia de influência e não surpresa

A proposta de repensar o processo civil moderno em uma perspectiva mais

³⁰ Em interessante linha de raciocínio Cabral (2010) observa que nos modelos normativos processuais mais flexíveis o juiz teria mais espaço para protagonizar o feito dentro dos espaços de conveniência e discricionariedade. Em contrapartida, os sistemas formalmente mais rígidos, ao tentar esgotar o regramento das etapas processuais, confeririam maiores poderes à parte. Nesse caso, o juiz não teria tanto espaço para atuação.

emancipadora e menos reguladora exige, de igual sorte, um repensar do contraditório.

A passagem do processo medieval para o processo moderno, como vimos, registra uma mudança ideológica de um sistema baseado na lógica argumentativa para outro modelo fundamentado numa racionalidade objetiva, formal e calculante.

Na lição de Picardi (2008), o momento é avesso à controvérsia, ao diálogo e à prova testemunhal. A lógica não era o diálogo, e sim a razão. A verdade, por sua vez, era objetiva, absoluta e pré-constituída, ou seja, surgiria independente do contraditório. O redimensionamento dos poderes do juiz, nesse contexto, fundamentaria suas ações oficiosas, inclusive a tentativa de absorver a defesa das partes.

A partir de então é possível perceber o início do declínio do contraditório. Essa nova ideologia processual newtoniana - científica e mecânica - idealiza um contraditório matemático que se satisfaz por uma simples contraposição de teses.

No final do século XIX, o contraditório é amplamente desvalorizado em sua dimensão ética proposta originalmente pelo direito natural. É dizer: a concepção como valor que precede as normas processuais descaracteriza a sua natureza principiológica. O Contraditório é compreendido como um efeito “de um procedimento de abstração, de diferenciação e de generalização das normas particulares ou de outros elementos compreendidos no sistema” (PICARDI, 2008, p. 55).

Já no século XX, segundo Picardi (2008), é possível o ápice do declínio do contraditório quando se põe em xeque a essencialidade desse princípio em relação aos escopos do processo, especialmente quando é introjetada a ideia de sua dispensabilidade no alcance de uma decisão justa.

A revalorização do Contraditório na atualidade tem início após a Segunda Guerra a partir de um novo olhar acerca da dimensão processual e sua lógica argumentativa e justificativa.

O contraditório passa a ser percebido como um direito de influência e dever de colaboração. Essa concepção pressupõe o processo como um espaço democrático em que às partes deve ser garantido o poder de influir no processo de tomada da decisão que repercutirá em sua esfera jurídica.

3.6 O princípio da cooperação e a boa-fé processual

Na contemporaneidade, o nosso avanço no plano do conhecimento científico nos impõe trilhar um caminho para construir um conhecimento mais emancipador. A emancipação pressupõe o rompimento com as velhas formas de concepção de participação política que a restringem a uma prática setorial e de regulação rígida (SANTOS, 2000).

Esse conhecimento pós-moderno exige também um novo senso comum baseado na solidariedade, admitida aqui em sua dimensão ética, não mais fundamentada em uma razão moral-prática. Essa ética, diferente da liberal, não deve ser colonizada pela ciência, mas sim baseada no princípio da responsabilidade, na ideia de alteridade, cuidado e proteção para com o outro (SANTOS, 2000).

Essa nova concepção ética impõe uma releitura à concepção de justiça, concebida tradicionalmente, em sua função distributiva para agregar outras dimensões relacionadas às condições institucionais voltadas a garantir o desenvolvimento de capacidades individuais, de comunicação e de cooperação. Nesse sentido, para Young (1990, p. 39) “justice should refer not only to distribution, but also to the institutional conditions necessary for the development and exercise of individual capacities and collective communication and cooperation”³¹.

A noção de justiça neste aspecto autoriza o desenvolvimento da relação processual sob o manto da cooperação, flexibilizando a necessidade de dominação decorrente da imposição das decisões judiciais. Por outro lado, a aplicação da ética no sistema de justiça justifica a cooperação como um dever dos integrantes da relação processual.

Com efeito, a participação no cenário processual não deve se restringir a uma atuação individual, egocêntrica, limitando-se ao poder de influenciar a futura decisão judicial que atingirá os seus interesses. A defesa dos interesses privatísticos deve estar em sintonia com a ética. Isso não significa, contudo, torná-lo submisso aos fins públicos, porque o risco do totalitarismo seria enorme. Nesse novo paradigma, o propósito é conciliar/mediar interesses aparentemente dicotômicos.

De todo modo, essa neo consciência nos leva a quebrar dogmas da ciência processual que buscam, diametralmente, ou atribuir toda a responsabilidade pela condução do feito ao

³¹ A justiça não deveria referir-se somente à distribuição, mas também às condições institucionais necessárias ao desenvolvimento e ao exercício das capacidades individuais, da comunicação e da cooperação coletiva (Tradução livre).

juiz, realçando o aspecto publicista do processo, ou enfatizar a natureza privada do processo, transferindo à parte essa função (CABRAL, 2010).

O princípio cooperativo tem o propósito de atribuir a todos a responsabilidade pela formação dos atos processuais e, por conseguinte, pela construção da decisão judicial. Nesse contexto, o modelo cooperativo estabelece uma nova gramática acerca do papel das partes e do juiz no processo a partir de uma perspectiva comunitária. Para Mitidiero (2015, p. 48), “visa dar a feição ao aspecto subjetivo do processo, dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os seus participantes - com um aumento concorrente dos poderes do juiz e das partes no processo civil”³².

A cooperação encontra seu fundamento primeiro no princípio constitucional da solidariedade, afinal um dos objetivos da República Federativa brasileira reside na construção de sociedade solidária, livre e justa (art. 1º, inciso I, da Constituição Federal). Se admitirmos ainda força normativa ao preâmbulo da Constituição Federal, a fraternidade também constitui fundamento da cooperação³³. Com efeito, Carlos Augusto Alcântara Machado, em estudo aprofundado sobre o reconhecimento da fraternidade como categoria jurídica, afirma que:

O princípio da fraternidade, nesse passo, constitui-se em fundamento de validade de toda ordem jurídica brasileira. Portanto, comportamentos frontalmente contrários ou em linha de colisão com o direcionamento jurídico contribuem para a não edificação da reclamada sociedade fraterna e caminham na contramão de uma sociedade solidária, desrespeitando também norma expressa da Lei-Mãe (Art. 3º, I - CF) (MACHADO, 2013, p. 71).

Alguns autores vão além para afirmar que o devido processo legal e o contraditório também são fundamentos da cooperação. Para Cabral:

Geralmente, a doutrina faz a ligação do princípio da cooperação com o devido processo legal, porque o regramento das formas processuais também disciplina a participação das partes. (...). Todavia, entendemos que a colaboração processual está ligada não só ao princípio do devido processo legal, mas também ao princípio do contraditório. Se o processo é uma atividade de sujeitos em cooperação, a coparticipação das partes na formação do decisum é uma exigência diretamente decorrente do contraditório moderno (CABRAL, 2010, p. 35).

O contraditório, nesse contexto, teria destaque especial, pois seria como uma espécie

32 Mitidiero (2011) defende ainda que a opção pelo modelo cooperativo deslocaria o pólo metodológico da jurisdição para o processo.

33 Não é demais lembrar que o preâmbulo da nossa Constituição Federal realça o desejo de construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

de valor-fonte do processo democrático (ZANETI JR, 2005). O fato de inexistir previsão constitucional específica na Constituição Federal, a cooperação enquanto dever dos sujeitos do processo passou figurar de forma expressa art. 6º do NCPC³⁴. Embora alguns autores resistam, a ideia de cooperação enquanto dever tem respaldo constitucional se admitirmos o princípio da solidariedade em sua dimensão da ética calcada na responsabilidade.

Mitidiero (2015) defende que as partes não têm dever de colaboração entre si, porque seus interesses opostos impediriam essa exigência³⁵. Streck (2014), por sua vez, entende que o modelo cooperativo resgata aspectos do modelo socialista e poderá na prática fazer com que o juiz seja protagonista do processo³⁶.

Embora o modelo cooperativo tenha suas raízes no socialismo não vislumbramos nele um retorno puro da referida ideologia. Na verdade, a proposta, como já mencionado, é reunir tradições publicistas e liberais equilibrando os poderes dos sujeitos processuais.

Assim, apesar de alguns autores enxergarem uma ideologia romântica ou dissimuladamente autoritária, pensamos que o dever de cooperação recebe as ressonâncias do paradigma científico da contemporaneidade que busca na ética e na democracia direta seus propósitos de emancipação.

Por óbvio, os desafios de compreender a ética enquanto dever são evidentes. Nesse contexto, pensamos que o dever de cooperação entre as partes existe e sua compreensão pode ser dimensionada a partir dos deveres de lealdade, veracidade, probidade e integridade. Por outro lado, a eficácia objetiva dos direitos fundamentais justificaria a possibilidade de surgirem deveres de colaboração da garantia do princípio do contraditório (CABRAL, 2010).

Desse modo, no dever de colaboração estariam incluídos, segundo Didier Jr. (2013), os deveres de esclarecimento, lealdade e proteção. O esclarecimento estaria relacionado às posturas processuais de transparência e informação. A proteção, por sua vez, coibiria a

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

35 Mitidiero (2015) defende que as partes não têm dever de colaboração. Elas colaboram com o processo, e não entre si. Para o autor as partes não têm interesse em colaborar. A colaboração no processo que é exigida pelo Estado Constitucional é do juiz para com as partes.

36 Para Streck, Lênio *et. al.* (2014), o NPCP seria uma espécie de álibi normativo que permitirá a invasão da moral no direito e garantiria um espécie de retorno ao absolutismo. Ele acredita que, por meio da cooperação, o juiz relativizaria garantias processuais, como a ampla defesa, ao interferir na liberdade das partes e seus advogados. O autor traz como exemplo a possibilidade de quebra de certos deveres de sigilo ou confidencialidade, ou a consagração de o juiz suprir insuficiências ou imprecisões na exposição da matéria de fato alegada por quaisquer das partes, bem assim de suprimir obstáculos procedimentais à prolação da decisão de mérito. Ironiza o processo cooperativo, ao afirmar que esse modelo seria uma espécie de fantasma de Büllow, Menger e Klein em pleno século XXI.

causação de danos e a lealdade seria o fundamento de mediação com a boa-fé.

A rigor, muito embora alguns autores façam distinção entre boa-fé e colaboração com a busca da verdade, a colaboração e o seu dever de lealdade justificam essa mediação. Almeida (2015), por exemplo, acredita que atuação de boa-fé distingue-se de colaboração como busca da verdade. A boa-fé corresponderia a um dever de lealdade que estaria desvinculado de colaboração política ou ideológica. A cooperação, por seu turno, imporá às partes uma atuação ativa no procedimento.

Pensamos que essa relação é umbilicalmente ligada³⁷. A ética, enquanto pressuposto processual, irradia sua essência na colaboração e na boa-fé. A ausência de cooperação pode ser coibida pelas regras de boa-fé processual. Desse modo, se a colaboração não é voluntária, ela pode ser sancionada em razão do seu descumprimento por meio de mecanismos de regras de boa-fé. A boa-fé, a esse propósito, é limitadora de direitos e garantias processuais.

Como bem destaca Cabral (2010), se o contraditório, por exemplo, deve ser exercido em sintonia com a cooperação e as partes abusam do exercício desse direito, é possível a aplicação de sanções pelo uso inadequado de garantias processuais:

O exercício do contraditório é regrado e limitado, p. ex., por regras referentes à boa-fé processual. O Estado pode exigir das partes retidão na utilização dos instrumentos processuais, até porque o processo é um instrumento público (estatal) ao qual está relacionado o dever positivo de colaboração para a decisão final (CABRAL, 2010, p. 216).

No NCPC, a boa-fé processual está prevista no art. 5º, cuja norma estabelece o seguinte: “aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé”. A força normativa da cláusula geral de boa-fé prevista no referido dispositivo deve ser compreendida em sua dimensão objetiva, ou seja, exigindo a prática de condutas baseadas nos padrões esperados socialmente. A boa-fé “funda-se em padrões de conduta social, visando a estabilizar as interações intersubjetivas a partir do que se espera dos demais membros” (CABRAL, 2010, p. 233).

Por meio de um diálogo com o direito civil, a doutrina estabelece alguns parâmetros que norteariam as condutas violadoras da boa-fé. Com efeito, proíbem-se a criação de posições processuais dolosamente e as práticas do *venire contra factum proprium*, do uso

37 Nesse sentido, Cabral (2010) e Mitidiero (2011). Para Mitidiero a boa-fé, tanto em sua dimensão subjetiva quanto objetiva, buscam realizar um processo baseado na lealdade. Para ele se o processo busca a verdade todos os seus participantes, inclusive o juiz tem o dever de boa-fé.

abusivo de poderes processuais e da supressio, que significa perder poderes processuais por tempo necessário para criar no outro indivíduo a legítima confiança de o ato não seria mais praticado (MITIDERO, 2011).

Indo além, Cabral (2010) observa que a violação à boa-fé não necessariamente decorre de um ato doloso. O autor explica que, embora a vontade seja essencial ao estudo dos atos processuais, a intenção não precisaria ser necessariamente extraída dela.

Se admitirmos, contudo, a responsabilidade, como um dos fundamentos da ética, seria possível substituir a culpa/dolo da conduta pela ideia de risco³⁸. Assim, agindo de terminada maneira assumiríamos o risco de responder pela violação à boa-fé. Todavia, reconhecemos que o tema é bastante polêmico na doutrina e alguns argumentam, inclusive, a possibilidade de um reforço exagerado dos poderes do juiz caso a boa-fé seja objetivada.

3.7 Formalismo, flexibilização procedimental e convenção processual

A análise científica e as ações sociais da modernidade foram marcadamente polarizadas pela dicotomia formal/informal. Na verdade, a infinidade de dicotomias ocorreu porque o paradigma moderno foi norteado por uma racionalidade cartesiana³⁹. O colapso da aludida dicotomia surge em razão de uma inexistência de ou dificuldade em mediá-la (SANTOS, 1985).

Santos (2000, p. 223) ressalta a importância de reconhecer na formalidade a informalidade, e na informalidade a formalidade, sem “assumir posições dogmáticas a respeito da positividade ou negatividade de qualquer deles”. Isso talvez signifique, de certo modo, que a ciência precisa romper com essa distinção ou dar mais relevância a ambos os meios de expressão, sem *a priori* sustentar posições maniqueístas de que o formal é melhor que o informal e vice-versa. Ambas devem ser valorizadas sem que deixemos de ver os pontos críticos que existem nelas.

Um direito mais emancipador deve nutrir seu campo regulatório dessa premissa. Todavia, o campo jurídico, simbolicamente, é dominado pelo Estado que, monopolizando o direito, disseminou a dogma positivista da completude do sistema jurídico e da sua plenitude

³⁸ Ao tratar das tentativas de solução dos problemas relacionados ao acesso à justiça, Souza (2009) reconhece as dificuldades de exigir a conduta ética dos cidadãos e dos operadores do direito.

³⁹ Conforme lembra Santos (1985), o projeto de modernidade foi marcado por diversas dicotomias: indivíduo/sociedade, homem/natureza, público/privado etc.

lógica.

No final do século XX a reação à formalidade faz surgir mecanismos informais que tenderam a concentrar-se, por exemplo, em mecanismos consensuais de resolução dos conflitos como reflexo de uma informalização da justiça. A propósito, as tentativas de equiparação dos acordos ao comando judicial tem sido uma tendência contemporânea que formaliza o informal, ou seja, que reconhece juridicidade à construção consensual elaborada pelas próprias partes.

No capítulo anterior vimos como a teoria deliberativo-procedimental introduz o procedimentalismo como mecanismo de inclusão participativa e como essa teoria pode ser aplicada ao processo.

O nosso objeto de estudo está no âmbito dessa tendência ao cancelar às partes a possibilidade de acordos sobre regras processuais reconhecendo nelas uma fonte de produção do Direito, mais especificamente do direito processual civil. É uma espécie de flexibilização formal (ALMEIDA, 2015), que têm origem em uma cláusula geral.

3.7.1 O formalismo processual: algumas considerações

Na contemporaneidade, os movimentos de desinformalização da justiça surgem com a crise do Estado-providência para questionar o monopólio do direito pelo Estado, de modo que a tendência atual de flexibilização procedimental confirma a importância de um necessário equilíbrio entre os sistemas legais rígidos e flexíveis para a oxigenação do direito.

Nada obstante, o formalismo é de inegável importância e poder ser definido, segundo Oliveira (2010):

O formalismo, ou a forma em sentido amplo, no entanto, mostra-se mais abrangente e mesmo indispensável, a implicar a totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais (OLIVEIRA, 2010, p. 6-7).

O autor enumera ainda os diversos benefícios que o formalismo traz ao sistema jurídico, dentre eles estão: a previsibilidade do processo (demarca o início e o final do processo); delimita o conteúdo do direito material debatido; a contenção dos arbítrios do

poderes do juiz, a promoção de igualdade das partes (controla os eventuais excessos por elas praticados através de uma distribuição equitativa de poderes e do exercício do contraditório); formação e valorização do material fático, dentre outras.

A rigor, a doutrina classifica os sistemas processuais, quanto à forma, em legalidade das formas procedimentais e da liberdade das formas procedimentais. No primeiro, o *iter* procedimental é previsto rigidamente pela lei. Sua grande vantagem é conferir segurança ao jurisdicionado, mas tem como característica negativa a burocratização do sistema. A lógica é priorizar a ordem pública, a segurança e previsibilidade. O segundo, por outro lado, seria o oposto, ou seja, as formas são criadas pelos atores processuais, daí porque sua grande desvantagem é incerteza sobre os rumos do desenvolvimento do processo (GAJARDONI, 2007).

Cabral (2010) observa que os sistemas processuais excessivamente formais e sua pretensão de completude, ao tentarem esgotar legalmente todo o caminho processual acabam favorecendo o protagonismo da parte, porque nele haveria pouco espaço de atuação judicial. Em contrapartida, nos excessivamente informais, o protagonismo judicial na condução do feito seria uma consequência da liberdade de formas permitida pelo legislador.

Concordamos com o autor, mas ressaltamos que, no sistema rígido, parece que o protagonismo no processo é muito mais do Estado, por meio do Poder Legislativo, do que da parte. Ela - a parte - tem a segurança e previsibilidade do procedimento, mas não detém poderes para agregar à ordem jurídica suas concepções extra-judiciais. É dizer: nos sistemas rígidos o direito acaba sendo monopolizado pelo Estado, e a parte, enquanto esfera jurídica extra-estatal, não tem maiores possibilidades de contribuir na formação/construção daquele sistema, porque ele é unilateralmente imposto.

Diante disso, concordamos com o autor no sentido de que é preciso “um equilíbrio entre forma e liberdade” (CABRAL, 2010, p. 13) para que haja um intercâmbio entre direito e a realidade que o cerca. E essa parece ser uma tendência atual decorrente dos movimentos de desinformalização da justiça que ocorreram após a crise do Estado-providência.

O processo não pode mais ser compreendido com um fim em si mesmo, de modo que o formalismo passa a ter uma vertente fundamentalmente axiológica (formalismo-valorativo) (OLIVEIRA, 2010).

3.7.2 Flexibilização procedimental: convenções ou negócios processuais

A flexibilização procedimental surge como mecanismo para suavizar a rigidez do sistema, de modo que o ato processual é praticado diversamente da fórmula legislativa. Pode ocorrer por iniciativa das partes ou do juiz e configura um verdadeiro instrumento de mediação entre o direito processual e o direito material, eis que a sua utilização, ao fim e ao cabo, presta-se a flexibilizar o sistema legal estabelecido para a busca da tutela do direito material. Nesse contexto, a sua utilização deve estar sempre em sintonia com os escopos da jurisdição, sob pena de nulidade.

Com razão, Almeida (2015) faz uso das expressões convenções ou acordo processual para se referir às hipóteses de flexibilização procedimental do rito e das disposições processuais por ato das partes. Para tanto, toma de empréstimo a concepção de Dinamarco de que a diferença entre processo e procedimento parece ser apenas conceitual, ou seja, meramente metodológica⁴⁰.

A flexibilização procedimental seja por ato juiz seja por ato da parte deve estar acompanhada de limites para que o processo não se degenere em decorrência do arbítrio praticado por qualquer dos atores processuais. Nesse contexto, a flexibilização é um mediador por excelência da dicotomia formalidade/informalidade.

Almeida (2015) enumera alguns países cujos sistemas processuais seguem rumo a uma flexibilização. São eles: a Inglaterra, a França, Portugal e a Noruega. A partir das experiências estrangeiras e brasileira, o autor enumera quatro formas de flexibilização de procedimento:

Numa perspectiva de abandono à rigidez formal absoluta, com vistas à obtenção de alguns modos de adequação que permitam a participação maior das partes, a adaptação dos ritos quando necessárias etc., extraem-se dos ordenamentos existentes quatro modelos de flexibilização procedimental: (i) *flexibilização por procedimento livre*, no qual a lei confere ampla liberdade para o estabelecimento da forma pelos sujeitos do processo, tendo como exemplos os juizados de pequenas causas alemães e os nossos procedimentos especiais cíveis, pautados pelos princípios da simplicidade e informalidade; (ii) *flexibilização por procedimento opcional*, na qual a lei disponibiliza ao juiz mais de uma espécie de rito para que ele indique aquele que mais se coaduna com o caso concreto, como ocorre nos três *tracks* do direito inglês

⁴⁰ Didier Jr. (2010) afirma que a doutrina conseguiu perceber que essa distinção entre processo e procedimento é artificial. Assim, para o autor o processo seria uma série organizada de atos finalisticamente organizada a partir do ponto referencial de uma relação jurídica. Desse modo, inviável seria retirar o procedimento desse contexto, ou seja, não existe um sem o outro.

(...); (iii) *flexibilização por procedimento em calendário*, no qual o juiz, após consultar as partes, define um calendário para a prática de atos processuais, de acordo com as necessidades do caso, como acontece nos direitos inglês e francês (...); (iv) *flexibilização por procedimento legal adaptável*, presente quando a lei estipula o rito a ser seguindo, mas permite algumas modificações no curso do processo, pelo juiz ou pelas partes, como se entende atualmente o ordenamento brasileiro (ALMEIDA, 2015, p. 30-31).

Na Inglaterra, a reforma processual ocorrida em 1998 acarretou uma verdadeira ruptura paradigmática. Tradicionalmente, os modelos de origem *common law* eram adversariais. No entanto, as recentes reformas são tendentes a fortalecer os poderes do juiz. No sistema inglês, o *Civil Procedure Rules* de 1998, que entra em vigor em 26 de abril de 1999, inaugura um código de processo civil, passando a adotar o direito escrito e fortalecendo os poderes do juiz na direção e governo do procedimento. A rigor, o juiz pode escolher o *track* que a demanda irá trilhar, ou seja, o tipo de procedimento que será adotado levando em consideração a natureza da causa, fixar audiências e produzir provas (TARUFFO, 2013).

Almeida (2015), em minucioso estudo sobre o tema, sustenta que, além do aumento dos poderes do juiz para gerir os casos (*case management*) e previsão de calendário processual (*timeline*), às partes foi atribuído o dever de colaboração com a corte. Assim, parece mesmo que há uma tendência, como sustenta Taruffo (2013), de superação das distinções entre os modelos *common law* e *civil law*.

É por isso que o sistema francês, de tradição *civil law*, passou, ao contrário, a fortalecer os poderes das partes e dos advogados para adaptar o procedimento às necessidades da demanda (*Contrat de procédure*) (ALMEIDA, 2015). Em 1980, permite-se a fixação de calendário processual e, em 2000, segundo Almeida:

Os contratos de procedimento serviram para nomear (ii) os protocolos estabelecidos entre os tribunais e ordem dos advogados, elaborados com o intuito de solucionar questões pontuais no processamento dos casos em cada corte. A expressão é, ainda, encontrada na doutrina quando são tratados os negócios jurídicos trabalhos entre as partes e que contêm cláusulas atinentes ao procedimento - futuro ou já instaurado -, como a modificação de regra de ônus da prova, a eleição de perito, a previsão de cláusula de foro, a determinação de mediação prévia ou incidental obrigatória etc. (ALMEIDA, 2015, p. 40).

Almeida (2015) ressalta ainda que a reforma processual da Inglaterra repercutiu na

Noruega. O modelo anterior do aludido país era influenciado pelo código austríaco⁴¹, no entanto o modelo inglês serviu de parâmetro para a reforma. Nesse sistema o juiz tem gestão ativa e é possível às partes formularem convenção sobre procedimento quando a causa não ultrapassar o teto legal (ALMEIDA, 2015).

Portugal também segue a tendência de reforço dos poderes de gestão do juiz ao incluí-los como um dever judicial (ALEXANDRE, 2013) em seu art. 6º⁴². A flexibilização do procedimento por adequação formal foi introduzida por meio do art. 265-A e permaneceu no art. 547 do Novo Código⁴³. Assim, a participação das partes ficaria em segundo plano (ALMEIDA, 2015).

O princípio da adequação formal confere uma maleabilidade, flexibilidade ao rito processual, fazendo-o se adaptar à realidade do conflito, da causa. Constitui um desvio à legalidade das formas.

O art. 190 do NCPC passa a prever duas espécies de flexibilização em sua norma. Ao permitir que as partes formulem mudanças no procedimento da causa para adaptá-la às suas especificidades, o ordenamento passa a conferir-lhes poderes de adequação formal.

Por outro lado, ao autorizar às partes a possibilidade de celebrarem convenções sobre poderes, deveres, ônus e faculdades processuais, antes ou durante o processo, Almeida (2015, p. 56) vislumbra uma “flexibilização por procedimento convencional”. Além da aludida regra, o art. 200 (antigo art. 158) também seria uma espécie dessa flexibilização.

A previsão dessa fórmula de flexibilização procedimental por iniciativa das partes

⁴¹ Segundo Taruffo (2013), ao longo do século XX, os três principais códigos de processo civil são o Francês, que é seguido pela Bélgica e Itália; o austro-alemão, seguido pelos países escandinavos, nos países da Europa oriental e Japão, e o espanhol, seguido por alguns países da América Latina.

⁴² Isabel Alexandre (2013), ao comentar o projeto de lei do Novo Código Civil Português, ressalta que o dever de gestão do juiz é um tema de difícil abordagem no país. Ela explica que foi uma importação do *Civil Procedure Rules* inglês, no entanto a dificuldade decorre de diversos fatores. O primeiro deles porque o dever de gestão expressaria vários deveres que, no direito português, teriam natureza distinta. O segundo é que a introdução desse sistema ainda recente, afinal Regime Processual Experimental iniciou em 2006. O terceiro é que o sistema processual de Portugal teria uma tramitação processual complexa, consistente em modelo de fases rígidas e preclusões para as partes. Convém transcrever o artigo do projeto que prevê os deveres de gestão processual ao juiz. Confira-se: “Artigo 6.º Dever de gestão processual 1. Cumpre ao juiz, sem prejuízo do ónus de impulso especialmente imposto pela lei às partes, dirigir ativamente o processo e providenciar pelo seu andamento célere, promovendo officiosamente as diligências necessárias ao normal prosseguimento da ação, recusando o que for impertinente ou meramente dilatatório e, ouvidas as partes, adotando mecanismos de simplificação e agilização processual que garantam a justa composição do litígio em prazo razoável. 2. O juiz providencia officiosamente pelo suprimento da falta de pressupostos processuais suscetíveis de sanação, determinando a realização dos atos necessários à regularização da instância ou, quando estiver em causa alguma modificação subjetiva da instância, convidando as partes a praticá-los”.

⁴³ Art. 547 O juiz deve adotar a tramitação processual adequada às especificidades da causa e adaptar o conteúdo e a forma dos atos processuais ao fim que visam atingir, assegurando um processo equitativo.

configura, ao nosso sentir, uma verdadeira mudança paradigmática no nosso ordenamento. Embora alguns autores sustentem que a convenção processual já era autorizada pelo art. 158 do CPC/73, a nova técnica processual é mais clara e explícita quanto à sua dimensão e seus limites. Se, de fato, admitirmos a existência anterior desse poder de negociação, certamente o nosso ordenamento se inclinaria muito mais para um sistema misto, do que de legalidade de formas e sobre esse ponto a doutrina diverge.

De todo modo, pensamos que o instituto é um novo paradigma porque na conjuntura vindoura ele vem rodeado de limites, além de que se acolmatar à ideologia do processo cooperativo. Sua estrutura normativa sob a forma de uma cláusula geral reafirma a ideia de um processo civil como um sistema em construção⁴⁴. Nossa proposta na presente pesquisa foi analisar as convenções das partes sob essas perspectivas, considerando, no entanto, as balizas do processo jurisdicional democrático delineadas neste capítulo.

⁴⁴ Judith Martins-Costa, ao analisar a cláusulas gerais no Projeto do atual Código Civil brasileiro, enxerga o Direito Privado como um sistema em construção.

4 A CLÁUSULA DE NEGOCIAÇÃO PROCESSUAL: DESAFIOS PARA UMA IMPLEMENTAÇÃO MAIS DEMOCRÁTICA

4.1 Considerações preliminares

Na seção anterior, o nosso propósito foi evidenciar que o caminho para um processo mais emancipador deve ser trilhado por meio da democracia participativa e que o processo é um espaço deliberativo por excelência. A partir dessa idéia traçamos os principais pressupostos do processo jurisdicional democrático, com destaque nas releituras feitas ao princípio do contraditório, da boa-fé processual, bem como nas tendências de flexibilização do procedimento.

Nesse contexto, reputamos indispensável uma profunda modificação na relação jurídico-processual para se admitir a comparticipação entre os atores processuais na condução do feito. Enfatizamos a necessidade de quebra do protagonismo judicial, mediante a reinserção das partes em um espaço deliberativo cujo contraditório se expresse em poderes de influência na decisão final.

A quebra do protagonismo judicial não implica, contudo, uma apatia judicial. Ao revés, é preciso, neste espaço de deliberação, a presença de um juiz ativo, com capacidade para estimular o diálogo entre os sujeitos envolvidos no conflito. Essa nova forma de relação processual – simétrica no desenvolvimento e assimétrica na decisão – é fruto de uma tendência natural do amadurecimento da democracia. Nessa terceira onda de democratização, há um estímulo para que os indivíduos desenvolvam sua capacidade de tomar decisões sobre fatos que repercutam em suas esferas de interesses.

A valorização da consensualidade é uma tendência que surge com a emergência da democracia participativa, mas que encontra dificuldades na atual transição paradigmática. A principal delas é conciliar essa ideologia com as interferências econômicas e com as práticas de gestão que buscam a celeridade processual como um fim em si mesmo, sem a preocupação com a qualidade dos acordos celebrados judicialmente.

Não obstante essa dificuldade, a democracia no processo não é restrita às tendências de resolução consensual da relação do direito material. O fenômeno da contratualização do processo tem mostrado que os sujeitos processuais também querem interferir sobre as regras do procedimento. Aliás, a intromissão sobre o caminho vem ganhando destaque quando se

admite que o desenvolvimento processual é igualmente importante para que a decisão seja mais legítima. Sendo o processo um espaço que, durante a modernidade, foi colonizado pelo domínio público, é natural que essa invasão do privado implicará questionamentos dogmáticos. O primeiro deles reside na dicotomia público- privado e que tratamos a seguir.

4.2 O fenômeno das convenções processuais: por uma superação da dicotomia público-privado no direito processual civil

Ao analisar as fases metodológicas do direito processual civil e sua relação com o desenvolvimento científico, é possível perceber que a dicotomia entre a autonomia privada e o processo é, segundo Caponi (2014), um fenômeno historicamente condicionado por dois fatores. O primeiro deles é a marginalização da justiça não estatal decorrente do monopólio da jurisdição estatal ocorrido entre o século XVII e o século XVIII. O segundo decorre da opção pela classificação do Direito Processual Civil no *ius publicium*. Nesse sentido, oportuna a transcrição das palavras do autor:

O primeiro fator se coloca no plano da história dos fatos: o desenho do Estado moderno entre o século XVII e o século XVIII, de se apropriar da função de fazer justiça e de reivindicar para si o monopólio da legislação em matéria processual, na tentativa de remediar a degeneração do processo romano-canônico. Este propósito marginaliza uma dimensão de Justiça não estatal, produzida em um processo – o *ordo iudicarius* medieval –, cujos princípios provêm das regras da retórica e da ética, elaboradas, portanto, pela mesma comunidade a que pertencem os protagonistas do processo. O segundo fato se coloca no plano da história do pensamento jurídico. A origem é um verdadeiro e próprio terremoto ideal, que teve seu epicentro na Alemanha na metade do século XIX e que conduz, em poucas décadas, a uma mudança de natureza da reflexão sobre a proteção judiciária dos direitos a respeito de sua fundação jusnaturalista: o abandono do leito do *ius privatum* e clara escolha em favor da colocação do Direito Processual Civil no *ius publicium* (CAPONI, 2014, p. 735).

A imposição do monopólio da jurisdição estatal, contudo, foi perdendo espaço com as viradas metodológicas do processo, especialmente a partir do momento em que a jurisdição deixa de ser o polo metodológico em detrimento do processo.

Nesse mesmo contexto, em que se reconhece o processo como “instrumento de tutela efetiva de situações jurídicas de vantagem que a ordem jurídica confere aos particulares” (GRECO, 2008) a natureza publicista do direito processual civil e, por conseguinte, a

demasiada concessão de poderes ao órgão judicial são concebidas por alguns doutrinadores como uma manifestação autoritária do pensamento jurídico que não se alinha ao Estado democrático e ao modelo garantista de processo (AROCA, 2006).

A rigor, o principal argumento dessa tese é que o processo seria “coisa das partes”, daí porque ninguém melhor do que elas (as partes) para decidir os rumos dos seus interesses no âmbito do processo. Para tanto, seria necessária uma ampliação do poder de disposição, reservando ao juiz uma atuação subsidiária e assistencial (AROCA, 2006).

No Brasil, Barbosa Moreira (2008) criticou esse movimento, o qual denominou de neoprivatismo, associando-o a um pensamento jurídico de viés liberal que valoriza a autonomia privada. A crítica se apóia no argumento de que o processo segue para buscar um resultado justo, e as partes competem para atingir um resultado que satisfaça o seu interesse. Desse modo, seria necessária a intervenção de um terceiro imparcial dotado de poderes que permitam a realização de um julgamento em consonância com a realidade (MOREIRA, 2008).

Entendemos, todavia, como Greco (2008) que essa tensão entre o poder de negociação processual das partes e dos juízes não deve ser concebido com uma tendência de privatização processual. Seria, ao revés, um movimento que confere às partes poder de influenciar a atividade-meio, porque elas (as partes) estariam, em algumas situações, mais habilitadas que o juiz para decidir sobre o desenvolvimento processual.

Por óbvio que esse poder de influência deve estar em sintonia com os aspectos publicistas do direito processual civil. Quando a este último aspecto, pensamos que é infrutífera a tentativa de querer classificar o direito processual civil exclusivamente como ramo do direito público ou do direito privado.

Acreditamos que o processo não seja apenas coisa das partes (GRECO, 2008), mas é preciso reconhecer que a sua marcha precisa equilibrar a autonomia privada para uma conformação que não impeça a realização de sua eficiência enquanto instrumento de justa composição das controvérsias.

Desse modo, é preciso se libertar dessa dicotomia para construir um “Direito intermediário, intersticial” (CAPONI, 2014, p. 747) que dá uma nova roupagem à autonomia privada da era praxista e à jurisdição do momento processualista.

Com efeito, é tempo de repensar as dicotomias e construir um Direito mais transdisciplinar, que se conecte, sobretudo, com a constituição. Não dúvida, contudo, que os nossos resquícios positivistas ainda nos leve a problematizar excessivamente acerca da tensão

entre a autonomia privada e a produção legislativa que se opera nos acordos processuais.

O retorno da autonomia privada no direito processual nos tempos atuais decorre de um fator sociológico importante: durante a modernidade, em alguns sistemas processuais, as partes ficaram contidas em razão da proeminência estatal e da colonização do direito pelo estado. Agora, contudo, é possível perceber paulatinamente um retorno “despótico” da autonomia perdida e com pretensões verdadeiramente ambiciosas e emancipatórias.

Para compreender esse fenômeno, é preciso, sobretudo, entender como a participação das partes na solução dos conflitos sociais enquanto tradição de senso comum foi paulatinamente degenerada, marginalizada. E essa degeneração ocorreu também porque a ciência moderna, segundo Santos (2010), desconfiava sistematicamente de nossas experiências imediatas.

Conquanto o retorno àquela realidade seja algo inviável, é tempo de revalorizar o senso comum esquecido. Segundo Santos (2010, p. 89), o senso comum é utilizado na ciência pós-moderna como uma maneira de “enriquecer nossa relação com o mundo”. Isoladamente, o senso comum traz uma característica conservadora. Todavia, quando interpretado pela ciência é capaz de produzir uma nova racionalidade. É preciso, pois, buscar um “senso comum reencantado” (SANTOS, 2000, p. 40).

O grande desafio, no âmbito dos acordos processuais, será pensar numa marcha processual capaz de equilibrar a autonomia privada e a conformação do processo de modo a traçar limites que “não obstaculize a eficiência do processo em relação ao escopo da justa composição da controvérsia” (CAPONI, 2014, p. 236).

Nesse caminho, as rupturas da dicotomia parecem ser o primeiro passo. É preciso ver, no direito privado, aspectos do direito público e, no direito público, aspectos do direito privado, sem tomar posições dogmáticas positivas ou negativas sobre qualquer um deles. O processo de constitucionalização foi um instrumento de relevância no desempenho desta tarefa.

Desse modo, reconhecer a autonomia das partes no processo é uma tendência atual, porque permite, sobretudo, compreender a esfera processual como espaço democrático sob sua perspectiva participativa. Admitindo ainda a jurisdição vinculada ao princípio da comunidade é possível delinear uma autonomia privada que não colida com os pressupostos éticos do processo.

4.3 Convenções Processuais: origem, natureza jurídica e conceito

Embora as tendências publicistas tenham prosperado na Alemanha, é lá, no final do século XIX, que o conceito de negócio jurídico processual desenvolve-se inicialmente. Segundo Didier Jr. e Nogueira (2011), Adolf Shonke no final do século passado admitia em algumas situações específicas, mas com restrição de eficácia processual imediata. Friederich Lent também reconhecia o negócio jurídico processual associando o elemento vontade do negócio jurídico à produção de sua eficácia. Leible e Jauernig admitem excepcionalmente conforme a *ZPO*.

Na Itália, Chiovenda (1998) e Fazzalari (2006) também admitem a existência dos negócios jurídicos processuais. Na doutrina estrangeira, em sentido contrário manifestaram-se Rosenberg, Ricca-Barberis, Denti e Liebman (DIDIER JR; NOGUEIRA, 2011).

No Brasil, havia quase uma omissão sobre o tema e a doutrina que se manifesta contrariamente à sua existência sustenta que no âmbito do processo não haveria espaço para acordos processuais, porque sua eficácia decorria diretamente da lei ou da intervenção judicial, e não da vontade das partes (CUNHA, 2015).

Após a publicação do NCPC, diversos autores processualistas se debruçam sobre o tema no Brasil, porque a nova legislação prevê uma série de negócios processuais típicos, além de inserir uma cláusula aberta que permite a criação de novos negócios processuais pelas partes, antes ou durante o processo.

Não obstante as divergências, a possibilidade de existência em si de acordos processuais não é tema mais relevante. A constatação de que a jurisdição pode ser objeto de convenções particulares parece uma questão superada, especialmente com o largo crescimento da arbitragem. Na verdade, a qualificação jurídica desses acordos é tema enfrentado pela doutrina, em razão das ressonâncias publicistas que pairam sobre o direito processual. A natureza desses acordos também suscita uma outra discussão relevantíssima: os limites dos acordos processuais; até onde é possível aplicar a teoria dos contratos nas convenções processuais? Como conciliar a autonomia da vontade aos escopos públicos da jurisdição? Qual o papel do juiz nos acordos processuais?

Em relação ao primeiro questionamento, parece que a questão não é tão polêmica, por exemplo, quando se trata de convenções de arbitragem ou de transações acerca de direito material. Nos acordos processuais em geral, todavia, o cenário muda. Ao enfrentar o tema

Löic Cadiet (2015) defende a possibilidade de aplicação das regras de direito civil aos acordos processuais, desde que observadas as peculiaridades dos escopos da jurisdição. Em seu raciocínio, o autor explica, tomando como ponto de partida a realidade francesa, que há diversos contratos especiais no direito civil, como o casamento, a doação, os contratos societários, os contratos de trabalho, e que, apesar de suas peculiaridades, as regras civilistas incidem sobre ele. Transcrevo, por oportuno, as lições do autor:

Mais quid des autres conventions, innommées, qui n'ont pas pour objet de se substituer au jugement et qui constituent la matière première des accords processuels? Il semble qu'il soit également permis d'y voir des conventions, quand bien même le régime juridique qui leur est applicable porte, à des degrés divers, l'empreinte de leur objet processuel. 8. Ce n'est pas parce que ces accords n'ont pas les honneurs de la doctrine contractualist qu'ils ne sont pas des conventios. La particularité de leur objet ou, plus généralement, de leur environnement peut simplement expliquer le désintérêt manifeste à leur égard par les spécialistes du droit des contrats. (...) Les accords processuels sont bien des accords de volonté et ces accords sont bien destinés à produire un effet sur l'ordonnancement juridique du procès, effet de droit, assurément. Le fait que les accords processuels soient parfois subordonnés à l'intervention du juge n'est pas davantage de nature à les priver de leur nature conventionnelle (CADIET, 2015, p. 99-100)⁴⁵.

Também não vislumbramos problemas na aplicação em si da teoria geral dos contratos ao disciplinamento dos acordos processuais. A tendência da atual hermenêutica constitucional é reduzir sensivelmente as barreiras disciplinares que existem entre os ramos do Direito para que todos eles passem uma filtragem constitucional, o que significa que a sua aplicabilidade deve estar em sintonia com os princípios constitucionais.

Isso implica a quebra de dicotomias e de polaridades na Ciência do Direito, de modo que é possível um intercâmbio entre o Direito processual Civil e o Direito Civil, porque tanto em um quanto no outro há espaços de interesse público e privado.

A propósito disso, doutrinadores brasileiros já analisam os atos processuais sob um ângulo dogmático da Teoria Geral do Direito, desenvolvendo-o em sua dimensão normativa.

⁴⁵ Mas o que vêm a ser as outras convenções, inominadas, que não têm o efeito de substituir o julgamento e que constituem a matéria prima dos acordos processuais? Parece ser igualmente permitido enxergar aí convenções, quando até mesmo o regime jurídico que é aplicado a elas possui, em diversos graus, a marca de seu objeto processual. 8- Não é porque esses acordos não possuem as honras da doutrina contratualista que eles não são convenções. A particularidade de seu objeto ou, mais geralmente, do seu meio pode simplesmente explicar o manifesto desinteresse por elas por parte dos especialistas do direito contratual. [...] Os acordos processuais são exatamente acordos de vontade e esses acordos destinam-se exatamente a produzir um efeito sobre o ordenamento jurídico do processo, efeito jurídico, seguramente. O fato de esses acordos processuais estarem às vezes subordinados à intervenção do juiz não possui o condão de privá-los de sua natureza convencional (Tradução livre).

Com efeito, partindo do referencial teórico de Pontes de Miranda, que analisa o mundo jurídico em três dimensões: existência, validade e eficácia; é possível conceber o fato jurídico processual como espécie de fato jurídico (DIDIER JÚNIOR; NOGUEIRA, 2011).

Em estudo sobre a teoria dos fatos jurídicos processuais, Nogueira (2011) define, com fundamento na teoria do fato jurídico de Pontes de Miranda, o negócio jurídico processual como:

O fato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais (NOGUEIRA, 2011, p. 109).

Vimos antes que diversos doutrinadores resistiam em reconhecer os negócios processuais sob o argumento de que os efeitos do ato seriam sempre decorrentes de lei. Esse raciocínio parece inconsistente. Primeiro, porque os efeitos que decorrem do fato jurídico, independeriam ou não de sua natureza negocial (DIDIER JR.; NOGUEIRA, 2011).

Segundo, porque diante da nova hermenêutica a norma é compreendida não só como enunciado do texto, mas a partir de sua interação com a realidade. Nesse cenário, é impensável imaginar efeitos do enunciado do texto, e sim dos fatos sociais que passam a ter juridicidade com incidência do texto no processo de interpretação.

Por outro lado, o argumento de que a produção de efeitos do negócio dependeria sempre da intervenção judicial não tem sentido de igual maneira. A extensão da eficácia do fato jurídico é fixada pelo sistema jurídico. Se o fato jurídico produzirá, ou não, toda a extensão é um problema relacionado à previsão normativa.

No processo civil, os efeitos dos negócios jurídicos processuais independem da atuação judicial, a teor do que prescreve o art. 200 do NCPC (antigo art. 158 do CPC/73)⁴⁶ cujo enunciado dispõe que “Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”. De acordo com o parágrafo único do aludido dispositivo só a desistência dependeria de homologação judicial.

⁴⁶ Barbosa Moreira (2008), ao interpretar o art. 158 do CPC/73, restringia a eficácia do referido dispositivo apenas aos negócios praticados no curso do processo. Assumpção discorda desse posicionamento ao sustentar que O referido artigo não menciona o tempo do ato e não indica se regulamenta as convenções prévias ou incidentais. A omissão do legislador não pode ser interpretada a fim de restringir a aplicação da norma se a lei assim não determina. Ademais, por meio de uma exegese sistemática, conclui-se que a previsão legal do art. 158 do CPC (atual art. 200) abrange todos os contratos processuais”.

Além disso, Didier Jr. e Nogueira (2011, p. 85) reconhecem a diferença entre “efeitos processuais do ato do processo” e “os efeitos da cadeia procedimental como unidade”. A partir do exemplo da desistência do recurso, ambos afirmam que esse negócio “já produz o efeito de transitar em julgado de imediato a decisão recorrida, sem que se necessite da intermediação judicial para sua propagação” (DIDIER JR; NOGUEIRA, 2011, p. 85).

Desse modo, o reconhecimento das convenções processuais, não obstante as discussões doutrinárias, parece ser uma tendência atual, especialmente com as reformas processuais que ocorreram nos sistemas processuais europeus. Essas convenções podem ser qualificadas como negócio e, com isso, sofrem a interferência da doutrina de direito civil, desde que observadas as peculiaridades do direito processual civil.

4.4 Fundamento dos negócios processuais: o princípio do autorregramento da vontade das partes no processo cooperativo

Na modernidade, o público e o privado conviviam em uma realidade de cumplicidade em que não havia a invasão de espaços. O Direito processual representava a jurisdição, poder estatal de resolver conflitos, a ordem pública. O Direito Civil, de outro lado, o privado, a liberdade, a intimidade, a autonomia do sujeito de direitos.

Nesse cenário, o processo civil moderno parecia estar na contramão do Direito Civil. O processo de cientificização e estatização do processo civil associado à hipertrofia dos poderes judiciais tornaram um tabu a discussão acerca da autonomia das partes do processo civil. Enquanto isso, no direito civil a liberdade contratual sempre constituiu um dogma.

Com o processo de constitucionalização do direito e a ampliação do espaço da cidadania, a dicotomia público-privado começa a ser desconstruída. As normas, todas elas - de direito público ou de direito privado -, devem respeitar a vontade da Constituição. No Direito Civil, autonomia privada passa a sofrer restrições quando interpretada à luz dos princípios constitucionais e o seu exercício deve respeitar a função social do contrato.

Por sua vez, no direito processual a discussão gira em torno das normas que podem ser objeto, ou não, de autorregramento pelas partes. A rigor, o sistema jurídico, ao prever as relações jurídicas, podem regulá-las em caráter cogente, sem espaço para interferência da autonomia da vontade, bem como permitir que as escolhas de possibilidades por uma vontade

negocial⁴⁷.

Tradicionalmente, a cientificização do processo reduziu o espaço negociabilidade sobre as normas processuais. No entanto, a busca pela abertura da autonomia privada nasce a partir de uma nova visão do processo enquanto instrumento de tutela dos interesses dos particulares que passa a reconhecer aos litigantes poderes de disposição não só para se contrapor ao adversário, mas também para construir convenções que teriam verdadeira eficácia decisória sobre os rumos do processo.

Didier Jr. (2015) defende a existência, no NCPC, de um princípio implícito denominado de autorregramento da vontade das partes. Seu fundamento decorreria do princípio constitucional da liberdade (art. 5º, *caput*, da CF/88), o qual estaria enraizado na ideologia do novo diploma legal ao estimular autocomposição (mediação e conciliação) das partes e ao prever os acordos sobre regras de procedimento.

Com efeito, além de possibilidade de escolha entre diversas categorias processuais, o poder de autorregulação vai além para permitir a regulação jurídica dos seus próprios interesses pelo sujeito de direito, bem como do poder de escolher o seu caminho e fazer suas escolhas (DIDIER JUNIOR, 2015).

Desse modo, o direito fundamental à liberdade, nesse contexto, admitiria que as partes pudessem de certo modo se autorreger por meio de um complexo de poder que se manifestaria na possibilidade de realizar atos de natureza negocial.

Diante disso, embora no direito civil esse princípio tenha uma dimensão bastante ampla, é possível admitir no âmbito do processo civil a autonomia da vontade das partes que revalorize as suas capacidades regulatórias. Essa autonomia reinventada é bem acolhida em um ordenamento cujo processo civil funcione sob uma perspectiva de democracia direta. Isso porque é preciso admitir que autonomia privada e cidadania tem origem normativa comum.

De acordo com Habermas (1997, p. 41) “o sistema dos direitos exige a realização simultânea e complementar, tanto da autonomia privada, como da cidadã, pois ambas são cooriginárias do ponto de vista normativo, e se completam mutuamente”.

Desse modo, na atual mudança paradigmática, é preciso admitir que essa tomada de consciência exposta por Habermas exige uma interpretação da relação entre autonomia

⁴⁷ Segundo Mello (2014) nas normas cogentes a vontade limita-se a escolher a categoria negocial; nas normas dispositivas é possível a escolha da categoria negocial e há um poder de estruturação. Em nenhum caso, permite-se a criação de efeitos. Os efeitos sempre decorrem do sistema jurídico, e não da vontade.

privada e cidadania como referências recíprocas, e não em um contexto de confronto.

Assim, a liberdade contratual do Direito Civil deve ser examinada em sintonia com a ética social considerando as possíveis desigualdades entre os sujeitos de direito. O objetivo do Direito privado não deve se limitar a garantir a autodeterminação do indivíduo, e sim da justiça social (HABERMAS, 1997).

Por seu turno, no direito processual civil, a abertura para a autonomia privada pressupõe um exercício de cidadania de acordo com os ditames da ética e da boa-fé processual. Assim, a autodeterminação individual não deve estar a serviço exclusivo do indivíduo, mas, sobretudo, da justiça social. Por óbvio que a existência, de certo modo, de interesses públicos no âmbito do direito processual civil concebe a autonomia privada em uma dimensão mais restrita que a do Direito Civil.

Em todo caso, esse ponto de vista acerca do direito privado e público exige sempre uma diferenciação entre as relações jurídicas formalmente iguais, mas materialmente diferentes. No contexto atual em que a desregulação do estado conferiu ao mercado uma força hegemônica, o grande cuidado que se deve ter nesse reencantamento da autonomia privada no processo é não admitir que a sua utilização favoreça a desigualdade no processo. É por isso que o seu exercício deve respeitar os princípios constitucionais e a ética processual.

De todo modo, a princípio parece que a lógica da autonomia privada no âmbito do processo civil parece funcionar sob a perspectiva do *in dubio pro libertate* (SCHLOSSER *apud* CAPONI, 2014). A intensidade dessa liberdade varia conforme a categoria de acordo judicial, ou seja, a maior ou a menor correlação entre o direito privado e o direito processual está diametralmente relacionada com o poder de disposição das partes⁴⁸.

Com efeito, nos atos dispositivos a autonomia das partes naturalmente é maior, porque esse poder não atingiria via de regra a validade das normas processuais. Já nos atos de derrogação de normas processuais a autonomia seria mais limitada porque, além do interesse das partes, haveria um interesse a um processo efetivamente justo (CAPONI, 2014).

Nesse sentido, Cadet (2015) também distingue os atos processuais convencionais em duas categorias, tomando como critério o objeto do acordo. Argumenta que o juiz, em regra, não deveria se opor sobre os acordos relacionados ao exercício do direito de ação. Todavia, os acordos sobre procedimento precisariam passar pela supervisão judicial, ou seja, seus efeitos

⁴⁸ Segundo Caponi (2014), Gerhard Wagner usava a expressão correlação das avaliações entre Direito Privado e Direito Processual Civil para justificar a dimensão da autonomia privada das partes no processo civil.

não se operariam automaticamente. Por oportuno, transcrevo as lições do autor:

Les actes processuels conventionnels son en effet de deux sortes selon que leur efficacité est soumise ou non à une décision du juge. Le critère de distinction tient à l'objet de l'accord. Lorsque l'accord a pour objet l'office du juge (...) c'est-à-dire en définitive le droit d'action, l'accord s'impose au juge car les parties sont libres de disposer de leur droit d'agir; à la condition, bien sûr, que le droit litigieux soit lui-même disponible. D'où la condition posée, dans ces cas-là, que les parties aient la libre disposition des droits litigieux et que l'accord soit exprès. On pourrait voir, dans cette première sorte d'actes processuels conventionnels, des actes processuels conventionnels de disposition ou, pour faire plus court, des conventions de disposition processuelle. C'est à ces conventions, auxquelles se rattache également la transaction judiciaire, que certains auteurs ont proposé de réserver la qualification de contrat judiciaire. En revanche lorsque l'accord des parties a simplement pour objet d'aménager le traitement procédural du litige, c'est-à-dire la manière de procéder à travers l'instance, l'accord ne s'impose pas d'emblée au juge; il ne produit effet que si le juge y consent à son tour. C'est en effet l'organisation et le fonctionnement du service public de la justice qui sont alors en cause et qui justifient la mission confiée au juge de veiller <au bon déroulement de l'instance>, On peut voir, dans cette deuxième catégorie d'actes processuels conventionnels, des actes processuels conventions d'administration ou, de manière plus concise, des conventions d'administration processuelle (CADIET, 2014, p. 96-97)⁴⁹.

Concordamos com essa linha de raciocínio. De fato, a autonomia privada no processo funcionará de forma mais ou menos intensa conforme o objeto do acordo processual. Normalmente nos atos de disposição, essa liberdade é mais ampliada. Por outro lado, nos atos de procedimentos a restrição encontra limite na ordem pública. Em todo caso, no entanto, a incidência das normas constitucionais é necessária, inclusive nos atos de disposição. Os princípios do devido processo legal, do contraditório, da igualdade e da inafastabilidade da

⁴⁹ Os atos processuais convencionais são com efeito de duas qualidades segundo sua eficiência seja submetida ou não à decisão do juiz. O critério de distinção refere-se ao objeto do acordo. Quando o acordo tem por objeto o ofício do juiz (hipóteses dos artigos 12, alíneas 3 e 4, assim como o artigo 41, alínea 2 do Código de processo civil), quer dizer, em definitivo direito de ação, o acordo se impõe ao juiz pois as partes são livres para dispor de seu direito de agir, com a condição, logicamente, que o direito litigioso seja ele mesmo disponível. Daí a condição imposta, nesse caso, que as partes tenham a livre disposição dos direitos em litígio e que o acordo seja expresso. Poderíamos ver, nessa primeira espécie de atos processuais convencionais, atos processuais convencionais de disposição ou, para simplificar, convenções de disposição processual. É a essas convenções, às quais se liga igualmente a transação judicial, que certos autores propuseram reservar a qualificação de contrato judicial. Por outro lado, quando o acordo das partes tem por objeto simplesmente arrumar um tratamento procedimental do litígio, quer dizer, a maneira de proceder através da instância, o acordo não se impõe automaticamente ao juiz; ele só produz efeito se o juiz, por sua vez, o consentir. É com efeito a organização e o funcionamento do serviço público da justiça que são então colocados em questão e que justificam a missão confiada ao juiz de velar “sobre o bom andamento da instância”. Podemos ver, nessa segunda espécie de atos processuais convencionais, atos processuais convencionais de administração ou, de forma mais concisa, convenções de administração processual (Tradução livre).

jurisdição podem ser o norte na interpretação desses acordos.

4.5 Convenções processuais e suas espécies

Tal qual o Direito Civil, a autonomia privada no NCPC pode ser exercida por meio de negócios típicos, ou seja, aqueles cuja regulação já está predeterminada pelo legislador, bem como através de negócios atípicos.

Muito embora as recentes alterações introduzidas pelo NCPC tenham trazido os negócios processuais para o centro do debate no Brasil, não podemos deixar de ressaltar que nós já convivíamos com esse instituto no CPC/73. A influência publicista, entretanto, talvez obscurecesse a capacidade de compreensão dessas previsões normativas como espécies de negócios processuais.

Greco (2008) menciona alguns atos de disposição das partes, cuja natureza seria de verdadeiro negócio jurídico processual. Citamos esse rol com o intuito de demonstrar como havia mesmo no CPC/73 inúmeros negócios processuais. São eles: *pactum de non potendo* (instituto do perdão da dívida, excluindo o direito de ação); eleição de foro; convenção de arbitragem; autorização de juízos de equidade; escolha da lei aplicável; convenções sobre ônus da prova; disposições sobre procedimento; substituição do réu na nomeação à autoria; substituição do alienante ou cedente pelo adquirente ou cessionário; suspensão do processo por convenção das partes; adiamento da audiência por convenção das partes; convenção sobre prazos, requerimento conjunto de preferência no julgamento perante os tribunais; convenção sobre alegações finais orais de litisconsortes etc.

No que tange especificamente à Convenção de Arbitragem, o art. 21, da Lei n. 9.307/1996⁵⁰, que autoriza de forma expressa a possibilidade de as partes adotarem o aludido procedimento, parece ter sido o fato propulsor para a discussão do tema no Brasil. Apesar das resistências encontradas logo após a implementação da norma, Carmona destaca o sucesso da arbitragem no Brasil, apesar de o instrumento não ter solucionado o problema da crise da justiça, como esperavam alguns (CARMONA, 2009).

O NCPC prevê diversas possibilidades normativas que a doutrina vem reconhecendo

⁵⁰ Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

como negócios processuais típicos. São elas: a possibilidade de redução de prazos peremptórios (art. 222, § 2º), o calendário processual (art. 191), a escolha consensual do perito, a audiência de saneamento realizada por meio de cooperação com as partes; o saneamento consensual e a desistência de documento com argüição de falsidade.

De acordo com o art. 222, § 2º, do NCPC⁵¹ é possível a redução dos prazos peremptórios por iniciativa do juiz com a concordância das partes. Há discussões em torno da natureza dessa convenção: se é, ou não, negócio jurídico e, em caso positivo, se seria plurilateral (entre autor, juiz e réu) ou bilateral (autor e réu)⁵².

No calendário processual, as partes e o juiz podem, conjuntamente, prefixar as datas em que serão realizados os atos processuais. Esse cronograma vincula as partes e o juiz. A doutrina diverge se o instituto seria um ato de gestão, de flexibilização procedimental ou negócio processual. E, neste último caso, também divergem sobre se o ato seria bilateral ou plurilateral⁵³.

Quanto à escolha do perito, a regra do art. 471 do NCPC⁵⁴ permite que seja feita de maneira consensual. As partes devem ser capazes, e a matéria discutida deve ser passível de autocomposição. Embora a perícia seja um meio de prova, pensamos que a escolha do perito é matéria que se aproxima bastante a um ato de disposição das partes, por isso não vislumbramos a necessidade de intervenção ou controle do juiz. É uma espécie de negócio jurídico bilateral.

Nos casos em que a causa tiver alta complexidade o saneamento pode ser feito em cooperação com as partes (art. 357, § 3º, do NCPC)⁵⁵. Diverso é o saneamento consensual⁵⁶ em que as partes podem apresentar ao juiz a delimitação consensual das questões de fato sobre a qual recairá a prova e as questões de direito relevantes para o mérito da causa (art.

⁵¹ Art. 222. Na comarca, seção ou subseção judiciária onde for difícil o transporte, o juiz poderá prorrogar os prazos por até 2 (dois) meses. § 1º Ao juiz é vedado reduzir prazos peremptórios sem anuência das partes. § 2º Havendo calamidade pública, o limite previsto no caput para prorrogação de prazos poderá ser excedido.

⁵² Cunha (2015) afirma que se trata de um negócio plurilateral.

⁵³ Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. § 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. § 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

⁵⁴ Art. 471. As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que: I - sejam plenamente capazes; II - a causa possa ser resolvida por autocomposição.

⁵⁵ § 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

⁵⁶ § 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

357, § 2º)⁵⁷. Em ambos os casos, há controvérsia acerca da natureza plurilateral do negócio.

Outra novidade trazida pelo art. 432, parágrafo único, do NCPC⁵⁸ é a possibilidade de retirada do documento com arguição de falsidade pela parte que o produziu. Tem natureza unilateral, porque não precisa mais da concordância da parte contrária exigida pelo art. 392 do CPC/73.

Além dos negócios jurídicos processuais típicos, o legislador processual inseriu uma espécie de cláusula geral que autoriza às partes a elaborarem acordos processuais sobre procedimento, ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Um dos grandes desafios que surgirão com o manejo da cláusula geral de negociação processual será compreender a tensão dinâmica que ela apresenta entre o comportamento das partes e do juiz e que parece ser essencial à sua natureza democrática.

Com efeito, sua estrutura normativa confere às partes poderes para transacionar sobre regras processuais flexibilizando o procedimento. De outro lado, ao juiz cumpre realizar, inclusive de ofício, o controle de validade desse acordo em algumas hipóteses.

É inegável que a norma amplia a atuação das partes na esfera processual. Isso não significa, contudo, que esse instrumento será sempre democrático na prática. Pelo contrário, sua flexibilidade ou informalidade pode ser, a depender de como se desenvolva a relação entre os sujeitos processuais, prejudicial a um resultado justo. Desse modo, a nossa proposta neste trabalho foi analisar essa nova técnica científica a partir das premissas processuais democráticas discutidas ao longo do trabalho.

4.6 Os negócios jurídicos e os planos da existência, validade e eficácia do fato jurídico

Já adiantamos que processualistas brasileiros propuseram-se a estudar o fato jurídico processual sob o ângulo específico da Teoria Geral do Direito, desenvolvendo-o sob a dimensão normativa proposta por Pontes de Miranda para compreendê-lo à luz da fenomenologia da juridicidade. O aludido autor, como cediço, compreende o mundo jurídico em três planos: da existência, da validade e da eficácia.

⁵⁷ Art. 357 (...) § 2º As partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

⁵⁸ Art. 432. Depois de ouvida a outra parte no prazo de 15 (quinze) dias, será realizado o exame pericial. Parágrafo único. Não se procederá ao exame pericial se a parte que produziu o documento concordar em retirá-lo.

Segundo Mello (2014) os fatos jurídicos formam o mundo jurídico e são produto da incidência da norma jurídica sobre o seu suporte fático. Nesse contexto, a norma jurídica definiria o fato jurídico e, com a sua incidência, gera o mundo jurídico e, em consequência, situações jurídicas que produzem eficácia consubstanciadas em direitos, deveres, ônus, pretensões, obrigações, sanções etc.

Ainda segundo o autor, o suporte fático ingressa no plano da existência do mundo jurídico com a incidência da norma sobre sua parte relevante. Esse plano é chamado de plano do ser e nele ingressam tanto os fatos lícitos quanto os ilícitos. O fato só deixa de ingressar nesse plano se o seu suporte carecer de elemento nuclear.

Se o fato jurídico existe no mundo jurídico e o seu elemento nuclear é constituído pela vontade humana, deverá passar pelo plano da validade. Nesta oportunidade, é feita uma análise acerca de sua perfeição, ou seja, se há defeito invalidante. Não ingressam neste plano os fatos lícitos em cujo elemento nuclear a vontade não aparece. No plano da eficácia, os fatos jurídicos produzem seus efeitos e, em consequência, criam ou extinguem as relações jurídicas, com conteúdo eficaz, representado por direitos, deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções.

Embora a nossa pesquisa tenha se desenvolvido essencialmente sob um enfoque constitucional, agregamos a essa análise aspectos da dogmática jurídica para ajudar a compreender alguns pontos que surgem na problemática dos diferentes planos do fato jurídico processual.

4.6.1 Elementos de existência dos negócios processuais: a forma e sujeitos dos negócios processuais

A existência do negócio jurídico processual pressupõe o preenchimento de requisitos/pressupostos intrínsecos (forma, objeto e circunstâncias negociais) e extrínsecos (agente, lugar e tempo). Dentre esses elementos, optamos por enfrentar duas questões que nos pareceu mais relevantes no plano prático. A primeira, refere-se à forma desses negócios. A segunda, à posição do juiz nos acordos processuais.

Ambas as questões tem sido bastante discutidas pela doutrina. A possibilidade, ou não, de acordo processual oral ganha destaque diante da possibilidade de as partes firmarem acordos antes da instauração do processo em contratos pré-processuais. Por sua vez, a posição

do juiz no acordo processual implica uma discussão a respeito da possibilidade de ato judicial configurar espécie de ato negocial.

4.6.1.1 A forma dos negócios processuais: é possível a negociação oral?

A rigor, nos termos do art. 188 do NCPC “os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial”.

Interpretando a aludida norma com os artigos 104 e 166, incisos IV e V do Código Civil (CC)⁵⁹, entendemos que os negócios jurídicos processuais possuem forma livre, ou seja, não exigem forma específica, de sorte que a manifestação de vontade pode ser feita de forma oral ou escrita⁶⁰, mas deve ser sempre expressa.

Parece impensável, contudo, admitir uma manifestação de vontade através da inércia da parte para fins de formação de um negócio jurídico bilateral. A adágio “quem cala consente” não vale para essa finalidade, e sim para indicar ausência de oposição a uma manifestação de vontade unilateral, o que é uma situação diversa de expressão da vontade.

Almeida (2015, p. 131) lembra que no processo “a forma deve ser capaz de exprimir o desejo dos contratantes a respeito de seus direitos processuais de maneira inequívoca, sob pena de a convenção não ser válida. Pouco importa se a contratação se faz por meio escrito ou verbal”.

Por esse raciocínio e considerando o disposto no art. 188 do NCPC, acreditamos que mesmo as convenções processuais firmadas no curso do processo, mas também as extrajudiciais poderão ser formuladas oralmente. De fato, não há proibição legal para negociação oral, salvo nos casos em que a lei exigir expressamente determinada forma.

Se houver necessidade de demonstração da existência de determinado negócio celebrado extrajudicialmente a parte interessada dispõe de meios de provas necessários à

⁵⁹ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei. Art. 166 É nulo o negócio jurídico quando: [...]IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

⁶⁰ Yarshell (2015) entende que no âmbito do processo a manifestação de vontade pode ser oral, mas deve ser sempre reduzida a termo. Xavier Cabral (2015) entende que a convenção extrajudicial pode ser formulada por escrito, porque seu termo teria eficácia condicionada à sua inserção no processo e ainda poderia sofrer controle pelo juiz quando ao aspecto da validade. Ressaltou ainda que as cláusulas que envolverem prerrogativas judiciais dependem da concordância do juiz.

demonstração do pacto. Desse modo, a celebração pode ser tanto oral quanto por outros meios mais informais, tais como os eletrônicos.

Importa destacar, ainda, que o descumprimento de formalidade só enseja a declaração de invalidade do ato se não for cumprida a sua finalidade essencial. Ao contrário do CC, o ordenamento processual adotou a princípio da instrumentalidade das formas.

Além da discussão em torno da forma, outro fator relevante é o momento da celebração. A rigor, os negócios processuais podem ser realizados antes ou durante o processo⁶¹. Sobre esse ponto, Yarshell (2015) registra que os negócios processuais podem regular o processo extrajudicial e exemplifica a atividade instrutória preliminar como possibilidade que ocorre nos sistemas *common law*.

Importa destacar que o tempo do negócio jurídico é o momento de sua celebração, e não o de produção de eficácia. Isso significa que, como bem destaca Yarshell (2015), eventual modificação superveniente de legislação processual não alterará os termos do negócio jurídico processual celebrado antes de sua vigência, salvo se as partes resolverem alterar o pacto.

Ressalte-se ainda que as convenções processuais, quando celebradas fora da esfera processual, são comumente inseridas em forma de cláusulas de acordos de direito material. Essas cláusulas são denominadas, por Almeida (2015), de cláusulas de diferendo, porque têm as mesmas finalidades da *clauses de différend* francesas.

Elas têm por escopo dispor sobre os termos de eventual e futuro conflito entre as partes acordantes. Via de regra, a nulidade que contamina o acordo de direito material nem sempre contaminará os acordos processuais. Ambos são acordos autônomos e exigem requisitos diferentes para constituição. Nada impede, todavia, que o mesmo vício que contamine o acordo principal atinja a cláusula que dispõe sobre acordo processual.

4.6.1.2 O juiz é parte no acordo processual?

Questão polêmica diz respeito à possibilidade de o juiz ser sujeito do negócio jurídico processual. Embora, em regra, nos negócios processuais típicos o legislador não tenha exigido a manifestação de vontade do juiz para que o negócio exista, nas situações do calendário processual, na redução de prazos peremptórios do art. 222 dentre outras, o enunciado da

⁶¹ O tempo também é elemento de existência do negócio jurídico.

norma pode suscitar alguns questionamentos.

Parte da doutrina tem defendido que o juiz seria parte nos acordos processuais em geral. Nogueira (2011), com fundamento em Mario Dodina, tem sustentado que os provimentos judiciais são atos negociais. O autor não restringe o âmbito de abrangência dos negócios processuais às vontades dos sujeitos privados. O magistrado, ao exercer autoridade, também exerceria ao proferir sua decisão autonomia privada por meio de sua atuação discricionária.

Discordamos, todavia, do entendimento. Nem toda manifestação de vontade é negocial. A rigor, o direito estabelece alguns limites à liberdade de autorregramento. O primeiro deles é ontológico e é o que mais se encaixa à situação do magistrado. Não vislumbramos a existência de autonomia da vontade do juiz para transacionar sobre regras processuais. Ele não é, em primeiro lugar, titular da relação jurídica de direito material tutelada no processo, por isso lhe faltaria interesse jurídico particular. O interesse é exclusivo da parte que litigantes. Segundo Mello:

Parece claro, diante disso, que a primeira e grande limitação a esse poder resulta da necessidade de seu reconhecimento pelo ordenamento jurídico. ‘A autonomia privada, segundo Betti, é um fenômeno logicamente correlativo ao da existência das esferas jurídicas individuais de cada um. Com isso se deixa evidente que a liberdade de autorregulação dos interesses somente pode existir nos sistemas jurídicos em que os interesses privados sejam reconhecidos; por isso, é sem sentido falar de autorregramento ou autonomia da vontade onde esses interesses não sejam ligados a alguém, em caráter privado, e protegidos pelo direito. O ordenamento jurídico é que defere ao indivíduo o poder de manifestar a vontade, regulando as suas próprias relações no plano jurídico, donde haver, em última análise, um reconhecimento do poder de autorregramento da vontade pelas normas jurídicas (MELLO, 2014, p. 238-239).

Como se vê, Mello (2014) sustenta que só deve existir a autonomia privada, onde existam interesses privados. A existência do princípio do autorregramento existe no processo, porque ali, apesar de ser um espaço público, há também interesses privados em jogo, mesmo que a relação jurídica seja indisponível. Esse olhar que reconhece a existência do núcleo privado no público não autoriza, entretanto, classificar todas as formas de flexibilização procedimental ou de gestão processual como negócios jurídicos.

No processo, o juiz não desempenha suas funções, movido por interesses privados, e sim a serviço do interesse público. Isso por si só justifica a impossibilidade de o juiz ser parte em negócios processuais, muito embora estas convenções, de certa forma, atinjam questões

públicas reflexamente.

Com efeito, os acordos processuais, via de regra, são formulados no intuito de atender os interesses das partes. São elas que renunciam evidentemente às suas garantias quando aquiescem à redução de um prazo ou quando optam por não serem intimadas ou por dispensarem a publicação da decisão em razão do calendário. A celeridade processual, em primeiro lugar, atinge o interesse delas na busca de um rápido exercício da tutela jurisdicional.

Desse modo, apesar de reflexamente útil ao Poder Judiciário, o calendário não é elaborado no interesse *a priori* do poder público, e sim para proporcionar uma tutela jurisdicional mais adequada aos interesses das partes. Além disso, a posição do juiz no processo, ainda que se pense em um processo filosoficamente cooperativo, é diversa das partes. Deve haver uma simetria no tratamento, na relação, mas ontologicamente as funções são diferentes. A existência de prerrogativas processuais e a princípio da imparcialidade impedem ainda que as decisões judiciais sejam admitidas como atos negociais e que, em consequência, os juízes integrem o negócio como parte contratante, ou seja, como sujeito interessado.

De igual sorte, nos negócios jurídicos atípicos, a configuração legislativa da cláusula geral de negociação processual não prevê a participação do juiz como um sujeito do negócio. Ao revés a sua função é de controlar a licitude desses atos quando estiverem em desacordo com os requisitos do art. 190 do NCPC.

Em resumo: o juiz não pode ser sujeito do negócio jurídico processual. Primeiro por uma questão essencialmente ontológica, eis que sua vontade no processo não é de natureza negocial. Segundo, porque, de um modo geral, os negócios processuais previstos em lei não autorizam a participação do juiz como integrante do negócio, ou seja, sua manifestação de vontade não é elemento de existência. Nos negócios predefinidos em lei (típicos), por exemplo, há pouquíssima margem para atuação do juiz, sendo dispensada, inclusive a necessidade de homologar a manifestação das partes. Nos negócios jurídicos atípicos, a formação do negócio independe da vontade do juiz. Todavia, o espaço de controle que lhe foi atribuído aumenta suas possibilidades de atuação controladora.

4.6.1.3 Calendário Processual: é um negócio processual?

O art. 191 do NCPC⁶² autoriza que o juiz e as partes fixem calendário para a prática dos atos processuais. Por meio desse instrumento as partes podem delinear previamente um cronograma estabelecendo o tempo da prática de cada ato processual. A finalidade do calendário é conferir agilidade ao procedimento mediante a fixação prévia de datas para a prática dos atos processuais.

A França permite desde a década de 1980 que os advogados estabeleçam calendário processual, o qual está entre umas das três formas de flexibilização procedimental do *contract de procédure*. Na Itália, o calendário foi introduzido em 2009⁶³. Nos países anglo-saxões o calendário tem fundamento no *judicial case management powers*, “poderes discricionários atribuídos ao juiz para que - assumindo a responsabilidade pela qualidade e pela eficiência do serviço da justiça - possa calculadamente regular a atividade das partes segundo balizas ou ‘bitolas corretivas’” (COSTA, 2015, p. 361).

A doutrina vem, contudo, divergindo acerca da sua natureza jurídica. Há quem defenda que o instituto seja “técnica de governança judicial” e um negócio bilateral das partes. Costa (2015) afirma que o calendário processual, que ele designa de *timing of procedural steps*, não constituiria uma técnica de flexibilização procedimental, porque não haveria propriamente uma adaptação do procedimento às necessidades da relação jurídica de direito material controvertida. O autor acredita que se poderia até sustentar que o calendário seja uma técnica de gestão racional do tempo processual, inspirada no processo produtivo das grandes corporações empresariais.

Outros concebem-na como uma espécie de flexibilização por procedimento em calendário (ALMEIDA, 2015). Reconhecemos o calendário como uma espécie de flexibilização procedimental.

A rigor, as formas de flexibilização procedimental estão vinculadas a três fatores, segundo Gajardoni (2008): (i) ao direito material; (ii) à higidez e utilidade do procedimento;

⁶² Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. § 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. § 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

⁶³ Segundo Cunha (2015), o CPC italiano prevê o calendário processual no art. 81-*bis*, introduzido pela *Legge 18 giugno 2009, n. 69*. Na fixação do calendário, o juiz leva em consideração a natureza, a urgência e a complexidade da causa. Em 2011, a *Legge 14 settembre 2011, n. 148* passou a exigir o princípio da duração razoável do processo.

(iii) à condição especial da parte (hipossuficiência, por exemplo) autorizando a mudança do procedimento para manter a igualdade. Na hipótese do calendário, a flexibilização teria fundamento na segunda hipótese, o que justificaria, portanto, a dispensa de algumas formalidades que não causariam prejuízo à parte caso elas anuam.

Embora não altere o rito, a flexibilização do procedimento consistiria nesse caso na dispensa de formalidades usualmente exigidas na lei, como, por exemplo, a intimação e publicação para reduzir o tempo processual. Ainda que consensualmente, são flexibilizadas algumas garantias processuais, daí porque entendemos que o instituto seria uma espécie de flexibilização, e não propriamente uma “técnica de gestão racional do tempo”.

Nada obsta também que o calendário seja proposto pelas partes. Neste caso, a anuência do juiz seria uma mera condição de eficácia do acordo.

Convém destacar que, uma vez realizado, as partes e o juiz ficam vinculados ao calendário. A norma é expressa quanto a essa vinculação. Assim, se o calendário prevê data para prolação da sentença, pressupõe que o juiz tenha concordado com essa previsão renunciando à possibilidade de proferir a sentença em prazo impróprio⁶⁴. O cumprimento da sentença no prazo consignado no calendário decorre de um dever legal que está previsto no art. 191, e ainda do dever de cooperação.

Outra discussão doutrinária relevante diz respeito à possibilidade de vinculação do calendário a magistrado diverso do que subscreveu. Conquanto o enunciado da norma refira-se textualmente à vinculação das partes e do juiz, entendemos que sim.

Isso porque, quando o magistrado celebra com as partes o calendário processual ele age como representante do Juízo. Nessa condição, pensamos que tanto nos casos de substituição temporária ou definitiva, o magistrado que não subscreveu fica vinculado ao calendário. Sua independência funcional não pode afastar automaticamente o cumprimento dos atos previstos no calendário. Em caso de impossibilidade, o juiz deve justificá-la, sob pena de perder o sentido do novo instituto. Guardadas as devidas proporções, a situação é similar ao cumprimento da pauta de audiências já marcadas pelo Juízo. O juiz que atua em substituição não pode simplesmente recusar o cumprimento da pauta de audiência. Se adiar deverá justificar a

⁶⁴ Cunha (2015) entende que o calendário é um negócio jurídico plurilateral. Em razão disso, o juiz não poderia impor a realização do calendário. Para Costa (2015) é um negócio bilateral e dele o juiz não participa como declarante. Limita-se a homologá-lo, ou seja, a impor uma espécie de elemento integrativo de eficácia do negócio. Desse modo, mesmo que o magistrado estivesse comprometido não poderia haver nenhuma sanção em razão do descumprimento da prática do ato processual.

impossibilidade⁶⁵.

De igual sorte, a substituição de advogado também não tem o condão de alterar o calendário proposto. Na hipótese de intervenção de terceiros reputamos indispensável a sua anuência ao calendário, salvo na hipótese de assistência simples (XAVIER CABRAL, 2015)

O calendário só pode ser modificado, em casos excepcionais, devidamente justificados. Assim, a ideia é que haja um esforço comum para que o calendário seja cumprido, devendo ser rejeitado o adiamento por um motivo banal. Fica dispensada a intimação das partes em relação aos atos processuais ou audiências cujas datas estão previstas no calendário.

A inserção do calendário na cultura do nosso direito processual trará inegavelmente diversos benefícios. É instrumento que irá imprimir rapidez à tramitação processual, além de reduzir custos na gestão processual, ou seja, reduz tempo e dinheiro. Cunha (2015) destaca que o instituto é instrumento capaz de concretizar o princípio da duração razoável do processo, evita a prática de atos protelatórios, organiza e traz previsibilidade ao procedimento.

A princípio, o instituto pode ser admitido em qualquer fase do processo, inclusive em execução quando houver concordância do executado no cumprimento da obrigação (COSTA, 2015). Nada impede que o acordo seja elaborado pelas partes antes do processo e juiz o homologue. Outrossim, também não vemos qualquer empecilho para que o calendário tenha origem por meio de provocação judicial, e as partes, a partir dessa provocação, anuem em seguida.

Quanto ao tempo para a prática do ato, há parcela da doutrina que vê o momento da audiência de conciliação como oportuno para o diálogo e ajuste do calendário. Sobre o tema, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis editou o Enunciado n. 299: “O juiz pode designar audiência também (ou só) com objetivo de ajustar com as partes a fixação de calendário para fase de instrução e decisão”.

Essa orientação doutrinária está em consonância com o espírito de diálogo trazido pelo Código. De fato, a audiência é um momento propício para que o calendário seja bem ajustado pelas partes e juiz. Certamente, até a adaptação integral do instituto no direito brasileiro a audiência será um canal de grande utilidade para fixação do calendário.

⁶⁵ Xavier Cabral (2015) traz uma solução intermediária em que diferencia a substituição temporária da definitiva. No primeiro caso, o juiz substituto deve cumprir o calendário processual na forma fixada. No segundo caso, o juiz poderia rever os prazos inicialmente estabelecidos para aderir, modificar ou extinguir o calendário. Em sentido contrário, Eduardo J. da Fonseca entende que o calendário não vincula o juiz e é um negócio bilateral.

No art. 357, § 8º, do NCPC⁶⁶ há um estímulo à opção pelo calendário nos casos em que for determinada a prova pericial. Da análise sistemática do § 8º do artigo citado e do enunciado da norma do art. 191, ambos do NCPC, é possível concluir que ainda que a prova pericial não esteja incluída no calendário geral do art. 191, o juiz poderá estabelecer um calendário específico para a realização da aludida prova.

Neste caso, concordamos com Cunha (2015) quando afirma que esse último calendário pode ser imposto pelo magistrado e, deste modo, não dispensaria intimações:

O calendário da prova pericial é imposto pelo juiz, não dispensando as intimações. A prova pericial pode, todavia, integrar o calendário processual estabelecido, de comum acordo, entre o juiz e as partes, nos termos do art. 191 do NCPC; nessa hipótese, a prova pericial seria mais um ato a integrar o calendário processual (CUNHA, 2015, p. 53).

Acrescentamos apenas que, neste caso específico, parece que o calendário pericial é sim muito mais uma técnica de gestão processual do que de flexibilização procedimental.

4.6.2 Requisitos de validade dos negócios jurídicos processuais: seus elementos e limites

Já mencionamos que se o fato jurídico existe e a vontade humana constitui elemento nuclear do suporte fático, a etapa subsequente é passar para o plano da validade. Aqui é feita uma análise acerca de sua perfeição e se há, ou não, algum defeito capaz de invalidá-lo.

Para ingressar no plano de validade, os negócios jurídicos processuais devem preencher, conforme já mencionado, os requisitos dos art. 104 do CC: objeto lícito, possível e determinável; agente capaz e legitimado para praticar o ato e emitir a declaração de vontade; forma livre e não prescrita em lei (art. 104, do CC). A nulidade ou anulabilidade ocorre quando um ou mais desses elementos são deficientes.

No que tange ao objeto, o conteúdo a ser negociado, de acordo com a norma, são de duas ordens: (i) regras de procedimento e (ii) poderes, ônus, deveres e faculdades processuais. Neste último caso, entendemos que é possível o ajuste ainda que o acordo não implique uma adequação às especificidades da causa⁶⁷.

⁶⁶ Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: [...] § 8º Caso tenha sido determinada a produção de prova pericial, o juiz deve observar o disposto no art. 465 e, se possível, estabelecer, desde logo, calendário para sua realização.

⁶⁷ Dentre outras matérias relacionadas ao objeto, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis construiu o enunciado 19 o qual admite como negócios processuais: o pacto de impenhorabilidade, acordo de rateio de

Como se vê, a norma é daquelas cuja indeterminação confere amplitude à autonomia da vontade (autorregramento) no âmbito do processo. É natural que o poder de autorregramento aumente quanto maior a indeterminação da norma jurídica, de modo que o seu suporte fático fique limitado pelo próprio sistema jurídico (lei civil, processual e princípios constitucionais).

O primeiro limite relacionado ao objeto contido na norma processual está relacionado à natureza do direito material. Só é lícita a convenção se o direito material puder ser objeto de autocomposição (transação, renúncia ou submissão). Ao usar a expressão autocomposição, o legislador teve possivelmente a intenção de não restringir a negociação processual aos direitos disponíveis.

Sendo assim, em todas as situações em que as partes puderem transacionar ou renunciar direitos haveria em princípio espaço para convenção em matéria processual⁶⁸. Nesse contexto, ao admitirmos a possibilidade de negociação de regras processuais em demandas que tratem de direitos indisponíveis, é lícita, por exemplo, a negociação pela Fazenda Pública⁶⁹ e pelo Ministério Público quando atua como parte⁷⁰.

despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar efeito suspensivo da apelação, acordo para não promover execução provisória. Também tem sido admitido pela doutrina a realização de sustentação oral, acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, julgamento antecipado do mérito convencional, convenção sobre prova, redução sobre prazos processuais. No Enunciado 32 admitiu-se a estabilização expressamente negociada da tutela antecipada de urgência satisfativa antecedente.

⁶⁸ Nesse mesmo sentido, o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis editou o enunciado 135 o qual estabelece que a indisponibilidade do direito não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual.

⁶⁹ Uma das grandes discussões envolvendo negociação sobre direitos indisponíveis reside na possibilidade de a Fazenda Pública figurar como parte negociante. Embora não seja o nosso objeto de estudo, é possível perceber um movimento de consensualidade penetrando o espaço de direitos envolvendo o Poder Público. Na área criminal, as formas de composição e transação trazidas com Lei n. 9.099/95 e o instituto da delação premiada são exemplos evidentes não só de disponibilidade do direito material, mas também de verdadeiro negócios jurídicos processuais. Na esfera administrativa, a composição em matéria de contrato tem previsão nos arts. 65 e 79 da Lei n. 8.666/93 e os acordos da Lei n. 8884/94. Na área cível, a Lei 10.259/2001 no art 10 e o art. 8º da Lei n. 12.153/2009 autorizam a transação pela Fazenda Pública no âmbito dos Juizados especiais cíveis. Toda essa evolução legislativa demonstra a lenta e natural desconstrução da dicotomia público e privado, por isso pensamos que a tendência será admitir a possibilidade de negociação processual pela Fazenda Pública. Carmona (2009), ao comentar o Caso Lage - precedente em que o Supremo Tribunal Federal sustentou não existir óbice à possibilidade de submissão de questões transacionáveis à arbitragem - registra que a decisão levou em consideração dois pontos. O primeiro é que a arbitragem quando admitida pelo direito brasileiro não excluiu a Fazenda Pública. O segundo é lastreado na consistiriam em que autonomia privada só ocorreria quando o Estado agisse enquanto Poder Público. É dizer: ao praticar atos de gestão - de natureza privada - não faria sentido restringir a autonomia privada, porque o ente público age em situação de igualdade com o particular.

⁷⁰ Neste mesmo sentido é o Enunciado 253 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis: O Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte. Embora ao art. 17, § 1º, da Lei n. 8.429/1992 impeça a celebração de acordos em matéria de improbidade administrativa, Cabral (2015) afirma que há uma tendência de se reconhecer essa possibilidade a fim de evitar uma incongruência entre as esferas cíveis, administrativas e criminais, especialmente diante das tendências de consensualidade no Direito Penal. O surgimento da Lei n. 12.845/2013 (Lei Anticorrupção), ao prever os acordos de leniência, também reforçaria esse discurso. Nas ações

O segundo limite relacionado ao objeto está na impossibilidade de negociação sobre normas de natureza cogente. Isso porque o seu conteúdo transcende a esfera do espaço de privado das partes e atinge o interesse público. Desse modo, entendemos que são inegociáveis matérias como: segredo de justiça; competência absoluta; supressão de instância; a exclusão do Ministério Público como fiscal da lei etc.

Também não vislumbramos a possibilidade de modulação dos efeitos do acordo, isso porque os efeitos dos negócios jurídicos não decorrem da vontade das partes, mas do sistema jurídico. Portanto, todas as vezes que acordo produzir um efeito que não seja permitido pelo ordenamento, sua invalidade deve ser reconhecida. Por esse raciocínio, não é lícito um acordo que viole as regras de boa-fé processual e os deveres de cooperação, probidade e lealdade.

No que tange ao requisito subjetivo, o agente capaz no negócio processual é aquele detentor de capacidade civil. Tendo em vista que a norma processual é expressa ao exigir que a parte negociante seja capaz, ficam impedidos de praticar negócios processuais os incapazes. Oportuno destacar as mudanças provocadas pela Lei n. 13.146/2015 (Estatuto da pessoa com deficiência)⁷¹, que modifica profundamente o regime da capacidade civil das pessoas com deficiência seguindo a linha de socialização promovida a partir de 2001 pela Lei da Reforma Psiquiátrica (Lei n. 10.216/2001).

Com efeito, embora a norma tenha propósitos inclusivos, especialmente quando se trata de acesso à justiça, reconhecemos que a questão se torna polêmica quando envolve a possibilidade de as pessoas com deficiência celebrarem negócios processuais, especialmente quando envolver atos dispositivos, eis a margem de autorregramento, em regra, aumenta.

Ainda no que tange à capacidade, entendemos que, mesmo desprovidos de

coletivas, o autor, apesar de divergências sobre o tema, entende que os termos de ajustamento de conduta também seriam espécies de negociação, pois a indisponibilidade do direito não impediria a autocomposição pelo legitimado extraordinário. Mesmo antes da entrada em vigor do NCPC, a Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Público admite no art. 16 a celebração de acordos de natureza processual.

⁷¹ Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas. [...] Art. 79. O poder público deve assegurar o acesso da pessoa com deficiência à justiça, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, garantindo, sempre que requeridos, adaptações e recursos de tecnologia assistiva. Art. 80. Devem ser oferecidos todos os recursos de tecnologia assistiva disponíveis para que a pessoa com deficiência tenha garantido o acesso à justiça, sempre que figure em um dos polos da ação ou atue como testemunha, participe da lide posta em juízo, advogado, defensor público, magistrado ou membro do Ministério Público. Parágrafo único. A pessoa com deficiência tem garantido o acesso ao conteúdo de todos os atos processuais de seu interesse, inclusive no exercício da advocacia.

personalidade jurídica, os entes despersonalizados podem negociar. É o que ocorre, por exemplo, com o condomínio, massa falida, espólio etc. Também não vemos óbice à celebração de negócios processuais pelos entes legitimados extraordinariamente, como é o caso do Ministério Público.

4.6.2.1 A igualdade entre as partes nos negócios processuais

Parece indiscutível a amplitude conferida pelo NCPC ao princípio do autorregramento da vontade das partes. A rigor, como ressaltado, a liberdade das partes para transigir sobre regras processuais varia conforme a intensidade dispositiva da norma. Assim, quanto maior a margem de disposição, maior a liberdade. Por outro lado, quando as normas versem sobre o desenvolvimento do procedimento, ou seja, sobre “*la manière de procéder à travers l’instance*” (CADIET, 2015, p. 97), essa margem de negociação é reduzida sensivelmente.

Ao tratar do princípio do autorregramento foi mencionado que o Direito Civil contemporâneo já não está mais destinado a atender exclusivamente a autodeterminação do indivíduo. Ele precisa estar a serviço da justiça social. Esse pensamento é perfeitamente aplicável ao processo com ainda mais rigor, em razão dos seus escopos públicos.

É por isso que, dentre os limites à celebração dos negócios processuais, a norma estabelece um mecanismo que busca salvaguardar a isonomia entre as partes. Vimos que a invalidade dos negócios processuais pode ocorrer caso um dos seus elementos subjetivos, objetivos e de forma não estejam presentes. Além disso, é possível o controle do ato, caso alguma das partes esteja em situação de manifesta vulnerabilidade.

A vulnerabilidade, nesse contexto, pode se manifestar de diversas formas: econômica, jurídica (ausência de advogado), psicossocial (problemas de saúde) etc. Todas elas devem ser levadas em consideração na análise dos negócios processuais. Um primeiro ponto que convém esclarecer é que a situação de vulnerabilidade deve ser verificada no caso concreto. Ademais, é preciso que essa vulnerabilidade tenha provocado uma situação de desigualdade no processo.

Se os negócios materiais, no direito contemporâneo, já passam por uma leitura constitucional, quiçá os negócios processuais que, em muitos casos, podem implicar

verdadeiras violações às garantias constitucionais e de acesso à justiça⁷².

Desse modo, o exercício da negociação processual deve estar em sintonia com os limites internos do art. 190 e com os princípios constitucionais. De fato, o legislador prestigiou a participação das partes no exercício de poder de autorregramento, no entanto a autonomia privada não deve ser exercida aos moldes do processo liberal, sob pena de provocar as mesmas degenerações ocorridas na modernidade. Deve, ao revés, se alinhar à filosofia do processo cooperativo, respeitando, conforme já ressaltado, a boa-fé processual e o dever de cooperação.

4.6.2.2 O papel do juiz nos acordos processuais

Ao longo do trabalho defendemos a idéia de processo como espaço deliberativo no qual os participantes, por meio do exercício da liberdade, possam influenciar a decisão que atingirá sua esfera de interesses. Sendo uma deliberação democrática, o processo desenvolve-se de forma argumentativa em que as partes recolhem e examinam criticamente as alegações dos demais participantes. O exercício dessa deliberação deve ser livre de coerções externas e internas a fim de que não haja violações à igualdade dos participantes e todos possam ter um poder de influência na tomada da decisão final.

Defendemos ainda o modelo cooperativo de processo como um paradigma emergente para que essa deliberação seja desenvolvida de maneira mais democrática. O papel do juiz, nesse cenário, já não deveria ser omissivo como no modelo do sistema liberal, muito menos paternalista como aquele desempenhado nos sistemas publicistas. É preciso um meio termo que equilibre a liberdade das partes com os ideais de igualdade e justiça social. Reconhecemos, portanto, que o julgador deve ser proativo, mas tendo o cuidado de não atuar de forma arbitrária.

Ao tratar dos negócios processuais, fomos categóricos ao afirmar que o Estado-Juiz não tem capacidade de negociação no âmbito do processo. A função judicial, na atividade jurisdicional, é solucionar pacificamente os conflitos. Para o exercício desse *mister*, é conferida uma série de prerrogativas, e o julgador deve agir com imparcialidade. A propósito,

⁷² Abreu (2015), ao tratar do problema da igualdade nos acordos processuais, traz um exemplo hipotético de contrato pré-processual que estabelece cláusula de eleição de foro com competência em local cuja acessibilidade geográfica seja problemática. Em tal circunstância haveria violação à igualdade e princípio de acesso à justiça.

no âmbito no processo jamais pode ser negociado qualquer poder das partes que reflexamente atinja o princípio da imparcialidade.

Desse modo, apresentados os acordos processuais formulados com fundamento no art. 190 do NCPC, o juiz deve sempre ter o cuidado de interpretá-los pela regra do *in dubio pro libertate*, mas realizando um controle de validade quando presente alguma situação que viole os limites internos e externos da cláusula geral de negociação processual.

Assim, parece-nos ser dispensável a homologação judicial para que os acordos produzam efeito, salvo quando a lei expressamente a exigir. E ainda nessa última hipótese, o ato judicial servirá apenas como condição de eficácia ao negócio, por força do que dispõe o art. 200 do NCPC: “os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”.

Caso seja constada de ofício alguma invalidade no acordo, o juiz deve ouvir as partes antes de proferir a decisão, permitindo que os participantes do processo possam exercer o seu poder de influência em contraditório e para que se evite decisão surpresa.

Como se vê, embora prestigiado o poder de autorregramento da vontade das partes, os limites estabelecidos nas normas, os princípios constitucionais e a filosofia do processo cooperativo, exigirão do juiz uma atuação proativa (não autoritária) para que as partes possam exercer de maneira democrática a negociação processual. O papel do juiz nos acordos processuais parece ser a de garantidor dos direitos fundamentais das partes para permitir que as deliberações sejam inclusivas e livres de coações.

4.6.2.3 A cláusula de negociação processual: um instrumento democrático?

A previsão de cláusulas gerais nos códigos permite que o ordenamento figure como um sistema em construção. A estrutura normativa do art. 190 do NCPC e seu conteúdo, em parte, indeterminado, tem o propósito de garantir flexibilidade ao sistema de direitos e de recolher e regular mudanças e criações supervenientes propostas pelas partes no processo (MARTINS-COSTA, 1998).

Permite, outrossim, a construção e reconstrução do Direito Processual por meio de uma aproximação entre o direito público e o privado ampliando a alimentação do sistema pela criação das partes. Sua função simbólica é, sobretudo, desconstruir o dogma de que o campo

da regulação jurídica processual depende sempre do legislador para que o direito possa progredir.

Essa possibilidade autoriza, sobretudo, que o sistema jurídico processual seja capaz de se adaptar ao tempo e recolha a experiência social trazida pelas partes por meio de seus acordos. Isso faz com que os modelos jurídicos fiquem mais abertos, flexíveis e possam, sobretudo, se inovar, rompendo com a pretensão positivista de completude legislativa.

Diante disso, é inegável a dimensão democrática que as cláusulas gerais possuem no ordenamento jurídico. Segundo Martins-Costa (1998, p. 5), elas constituem “as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis”.

Com efeito, essa potencialidade de criação originária da cláusula geral de negociação processual confere às partes o poder de modular o sistema jurídico, reconhecendo nelas a capacidade de influenciar na produção do direito. No âmbito do processo, parece inegável a sua utilidade quando se pensa na sistematização de um modelo democrático.

No entanto, a amplitude desse poder não pode ser ilimitada sob pena de construirmos ao longo do tempo um sistema processual submisso às forças hegemônicas de um determinado paradigma científica, que na atualidade é exercido pelo mercado. Isso porque as desigualdades econômicas ou a ausência de medidas institucionais para reparar as conseqüências dessas desigualdades podem restringir a igualdade exigida nos espaços deliberativos (COHEN, 1983).

Desse modo, embora a negociação processual seja uma técnica científica que traz aspectos democráticos, é de fundamental importância que os seus limites sejam traçados à luz das normas constitucionais para ela não se torne um instrumento a serviço do poder econômico. O papel do Judiciário – enquanto instituição responsável pelo espaço deliberativo - será decisivo para que a democracia no processo seja exercida equilibrando os direitos à liberdade e à igualdade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo do nosso estudo foi analisar os aspectos democráticos da cláusula geral de negociação processual. Para atingir essa finalidade foi preciso especular um modelo processual ideologicamente orientado pelos ideais da democracia participativa expondo as premissas teóricas desse paradigma emergente.

Desse modo, foi possível extrair algumas conclusões no desenvolvimento do trabalho que seguem adiante.

A análise dos acordos processuais exige a investigação de um fenômeno que tem instigado os doutrinadores modernos: a tensão existente entre autonomia das partes e os poderes do juiz. Se aprofundarmos mais intensamente o exame dessa tensão, observaremos que ela reflete a forma pela qual a sociedade relaciona-se com o Estado. Assim, uma constatação pareceu evidente: os paradigmas científicos e sua ideologia influenciam nos sistemas processuais.

Ao investigar as fases metodológicas do processo civil a partir do processo romano foi possível perceber como a jurisdição foi paulatinamente tornando-se pública. Com a formação dos Estados modernos, foi reivindicado o monopólio da legislação pelo príncipe e, durante o período liberal, os sistemas processuais não foram capazes de atingir os ideais emancipatórios do Direito.

Essa incapacidade de cumprir as promessas do projeto de modernidade faz com que o Estado adote uma postura interventiva como mecanismo de compensar os déficits de igualdade na fase conhecida como Estado-providência, experimentada por alguns países da Europa central. No âmbito do processo, surge o movimento do socialismo processual em que se idealiza um modelo processual que prevê uma postura mais incisiva do Juiz. A partir desse momento, as reformas processuais são quase todas voltadas a delinear um modelo em que o juiz passa a protagonizar a condução do processo.

O Estado-providência entra em uma crise regulatória, e o Direito, que estava colonizado pelo Estado, passa a ser subserviente às forças hegemônicas de mercado. Além disso, a postura paternalista do poder público tornou o cidadão um mero expectador da vida política e social, o que fez surgir nesse período as discussões em torno das concepções de democracia direta.

O direito processual também sofre as ressonâncias desse contexto social e político, de

modo que as reformas processuais são influenciadas por políticas de natureza neoliberal. Surgem ainda os questionamentos em torno do protagonismo judicial e sua natureza arbitrária. Os movimentos dos doutrinários conhecidos por revisionistas defendem a natureza arbitrária do modelo oriundo do socialismo processual.

No entanto, o próprio socialismo processual reconhece os déficits democráticos dos sistemas publicistas e, nesse contexto, como forma de equilibrar as tradições liberais e publicistas, é que surge o modelo cooperativo cuja filosofia fundamenta o NCPC brasileiro.

Reconhecemos o modelo cooperativo como emergente na atual transição paradigmática e enfatizamos a importância de uma jurisdição articulada com o princípio da comunidade.

A vinculação da jurisdição ao princípio da comunidade exige um repensar da própria concepção de democracia para nela agregar as concepções de participação direta do cidadão na vida política e social. Essa participação deve ser dimensionada a partir de um senso comum ético em que a solidariedade e participação estejam em sintonia.

Por meio desse raciocínio delineamos os pressupostos de um processo civil mais emancipador fundamentos na teoria deliberativa e na nova hermenêutica constitucional. Nesse cenário, reputamos essencial a revalorização das partes e quebra do protagonismo judicial para que a relação jurídico-processual seja construída pela ideia de cooperação dos atores processuais.

Uma relação processual equilibrada é aquela que reconhece nos sujeitos processuais faculdades inerentes ao exercício de sua liberdade política para a colaboração da criação do Direito, especialmente das decisões que atingirão suas esferas jurídicas de interesses. Os atores processuais devem firmar uma relação de interdependência baseada no diálogo, na cooperação e na boa-fé.

O contraditório deixa de ser concebido como mera contraposição de teses e passa a ser admitido como garantia de influência e não surpresa. Além disso, as partes e juiz devem agir de boa-fé, assumindo seus deveres de lealdade processual.

Ressaltamos ainda a importância da flexibilização procedimental nos sistemas processuais contemporâneos como mecanismo de suavizar a rigidez procedimental e destacamos que a norma do art. 190 do NCPC traz uma espécie de flexibilização procedimental por iniciativa das partes, configurando uma verdadeira ruptura paradigmática em nosso ordenamento.

A partir dessas considerações enfrentamos o nosso objeto destacando a importância de promover uma superação da dicotomia público-privado construída ao longo da modernidade como forma de melhor compreender o fenômeno da contratualização do processo.

Reconhecemos que as convenções processuais é uma tendência atual e que as discussões em torno de sua qualificação jurídica surgem em razão da dificuldade de aceitar as teorias contratualistas no direito processual, tradicionalmente concebido como ramo do direito público.

Não vislumbramos óbice ao reconhecimento do princípio do autorregramento da vontade das partes ao processo, mas ressaltamos que o exercício dessa autonomia pela parte funcionará de forma mais ou menos intensa conforme o objeto do acordo processual. Nos atos de disposição, o autorregramento é maior, em contrapartida nos atos de procedimento essa autonomia é mais regrada em razão da existência dos escopos públicos do processo.

Considerando o fato jurídico processual como espécie de fato jurídico, analisamos os negócios processuais a partir da teoria geral do direito que concebe o mundo jurídico a partir de três planos: existência, validade e eficácia.

Ao tratar do plano da existência, especificamente acerca de um de seus elementos extrínsecos, qual seja, o agente, sustentamos que o juiz não teria capacidade negocial e que, desse modo, não poderia figurar como parte do acordo.

No plano da validade, destacamos que a norma do art. 190 traz dois objetos distintos: (i) flexibilização de regras de procedimento e (ii) convenções sobre poderes, ônus, deveres e faculdades processuais. Neste último caso, entendemos que é possível o ajuste ainda que o acordo não implique uma adequação às especificidades da causa.

Dentre os limites previstos no art. 190, destacamos a importância da aplicação do princípio da igualdade no controle pelo juiz dos acordos processuais. O exercício da negociação processual deve estar em sintonia com os limites internos do art. 190 e com os princípios constitucionais. O legislador prestigiou a participação das partes no exercício de poder de autorregramento, no entanto a autonomia privada não deve ser exercida aos moldes do processo liberal, sob pena de provocar as mesmas degenerações ocorridas na modernidade. Deve, ao revés, se alinhar à filosofia do processo cooperativo, respeitando a boa-fé processual e o dever de cooperação.

Ao tratar do papel do juiz na análise dos acordos processuais, reconhecemos que sua interpretação deve ser voltada para atender o *in dubio pro libertate*, mas em sintonia com os

limites internos e externos da cláusula geral de negociação processual. Concluímos que o juiz seria uma espécie de um garantidor dos direitos constitucionais das partes na análise desses acordos.

Por fim, sustentamos que a cláusula geral de convenções processuais é um instrumento democrático porque permite e confere às partes o poder de modular o sistema jurídico, reconhecendo nelas a capacidade de influenciar na produção do direito. No entanto, a amplitude desse poder não pode ser ilimitada sob pena de construirmos ao longo do tempo um sistema processual submisso às forças hegemônicas de um determinado paradigma científico, que na atualidade é exercido pelo mercado. Nesse contexto, pensamos que a operacionalização democrática dessa nova técnica científica demanda do Poder Judiciário – enquanto instituição responsável pelo espaço deliberativo – uma função de mediar a liberdade e a igualdade no âmbito do processo civil.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord. Geral); CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). **Negócios Processuais**: Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. I, Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 193-211.
- ALEXANDRE, Isabel. **O dever de gestão processual do juiz na proposta de lei relativa ao novo Código de Processo Civil**. 2013. Disponível em: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/ProcessoCivil/Caderno_I_Novo%20Processo_Civil.pdf. Acesso em: 22 jan. 2016, p. 185-124.
- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. As convenções processuais na experiência francesa e no Novo CPC. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord. Geral); CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). **Negócios Processuais**: Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. I, Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 245-266.
- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende. **A Contratualização do Processo**: Das convenções Processuais no Processo Civil. De acordo com o novo CPC. (livro eletrônico). São Paulo: LTR, 2015.
- AROCA, Juan Montero. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. _____ *In*: **Proceso e Ideología**: un prefacio, una sentecia, dos cartas y quince ensayos. Valencia: Tirant lo blanch, 2006, p. 128/165.
- AROCA, Juan Montero. Prova e Verdade no Processo Civil-Contributo para o esclarecimento de base ideológica de certas posições pretensamente técnicas. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie *et al.*, (Org.). **Ativismo e garantismo processual**. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 501-523.
- AVRITZER, Leonardo; SANTOS, Boaventura de Sousa. Para ampliar o cânone democrático. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Democratizar a democracia**: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2002, p. 39-82.
- AZEVEDO, Luiz Carlos; TUCCI, José Rogério Cruz. **Lições de história do processo civil romano** (livro eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, s/p.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BAUR, Fritz. Transformações do processo civil em nosso tempo. **Revista Brasileira de Direito Processual - RBDPro**, Belo Horizonte, ano 15, n. 59, p. 111-122, 2007.
- BECKER, Michele Amorim; SANTOS, Antônio Carlos. A crise de paradigmas em Thomas Khun e Boaventura de Sousa Santos. *In*: BECKER, Evaldo; SANTOS, Antonio Carlos dos (Orgs.). **Entre o homem e a natureza**: abordagens teórico-metodológicas, Porto Alegre: Redes Editora, 2012, p. 115-125.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo**: influência do direito material sobre

o direito processual. São Paulo: Malheiros, 1995.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**: Uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 13. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. 10. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

BRASIL. **Código Civil. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.**

BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015.**

BRASIL. **Código de Processo Civil. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.**

BRASIL. **Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução n. 118, de 1º de dezembro de 2014.**

BRASIL. **Constituição de 1988.**

BRASIL. **Estatuto da Pessoa com deficiência. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015.**

BRASIL. **Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013.**

BRASIL. **Lei n. 10.259, de 12 de julho de 2001.**

BRASIL. **Lei n. 10.216, de 6 de abril de 2001.**

BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro e 1995.**

BRASIL. **Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993.**

BRASIL. **Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992.**

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BULOW, Oskar Von. **La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales**. Trad. Miguel Angel Rosa Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964.

CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno**: contraditório, proteção da confiança e validade *prima facie* dos atos processuais, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CABRAL, Antonio do Passo, DIDIER, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Coleção Grandes Temas do Novo CPC – vol. 1. **Negócios Processuais**, 2015.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Reflexos das convenções em material processual nos atos judiciais. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord. Geral); CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). **Negócios Processuais**: Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. I, Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 215-241.

CADIET, Loic. La qualification juridique des accords processuels. In: DIDIER JUNIOR,

Fredie (Coord. Geral); CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). **Negócios Processuais**: Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. I, Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 93-99.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprivatismo. *In: Leituras complementares de processo civil*. DIDIER, Fredie (Org.). 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2008.

CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil. Trad. Pedro Gomes de Queiroz. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, V. XIII, 2014, p. 733-749.

CAPPELLETI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Tradução de Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

CAPPELLETI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. v. II. Tradução Hermes Zaneti Júnior. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

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

CARTA DE VITÓRIA. *In: Fórum Permanente de Processualistas Civis*. Belo Horizonte, 2015. Disponível em <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>. Acesso: 30 dez 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. Campinas. Bookseller, 1998.

COHEN, J.; ROGERS, J. **On democracy**. England: Penguin: 1983.

CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. Discurso pronunciado no Athenée Royal de Paris, 1819, http://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/Constant_liberdade.pdf. Acesso 23 nov 2015.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. Calendarização Processual. *In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord. Geral); CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). Negócios Processuais*: Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. I, Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 353-368.

CUNHA, Leonardo Carneiro. Negócios jurídicos processuais no Processo civil brasileiro. *In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord. Geral); CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). Negócios Processuais*: Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. I, Salvador: JusPodivm, 2015, p. 27-59.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *In: DIDIER JUNIOR, Fredie et al (Org.). Ativismo e garantismo processual*. Salvador: JusPODIVM, 2013, p. 207-217.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord. Geral); CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). **Negócios Processuais**: Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. I, Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 19-26.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo**: adequação e adaptabilidade do procedimento. Salvador: JusPODIVM, 2010. Disponível em: http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Fredie%20Didier_3_-_%20formatado.pdf. Acesso em 25 nov 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. Salvador: JusPODIVM, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. v. 1 e 2. São Paulo: Malheiros, 2003.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilidade procedimental**: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual. Tese (Doutorado em Direito Processual) – Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2007. Disponível em <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-06082008-152939/pt-br.php>. Acesso em: 10 out 2015.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. O Princípio da adequação formal no direito processual civil português. **Revista de Processo**. v. 33. n. 164. 2008, p. 121-134.

GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes no projeto de Código de Processo Civil. In: DIDIER JUNIOR (Coord.). **Novas Tendências do Processo Civil**: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil. v. III, Salvador: JusPODIVM, 2014, p. 557-590.

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual: primeiras reflexões. **Revista Quaestio Iuris**. v. 4, n. 1, 2008, p. 720-746.

GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. Trad. Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

HABERMAS, Junger. **Direito e democracia**: entre faticidade e validade, v. 2. Trad. F. B. Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997.

JUNG, Carl Gustav. **Psicologia do inconsciente**. Tradução Maria Luiza Appy. 21. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

KELSEN, Hans. **A Democracia**. Tradução Ivone Castilho Benedetti, Jeferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Bartkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2009.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. A fraternidade e o Direito Constitucional Brasileiro, *In*: PIERRE, Luiz Antonio de Araujo *et al.*,. **Fraternidade como categoria jurídica**. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2013, p. 63-79.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”. **Revista Brasileira de Informação Legislativa**. Brasília, ano 35, n. 139, jul. set. 1998. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf?sequence=4>. Acesso em: 26 jan 2016.

MAUS, Ingerborg. **O judiciário como superego da sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: plano da existência**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELO, Denílson; WERLE, Denílson Luis. Prefacio. *In*: _____ **Democracia Deliberativa**. São Paulo: Editora Singular, Esfera Pública, 2007, p. 7/12.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t. 3.

MITIDIERO, Daniel. A colaboração como norma fundamental no Novo Processo Civil Brasileiro. **Revista do Advogado - O Novo Código de Processo Civil**, São Paulo: AASP, 2015, n. 126, p. 47-52.

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. São Paulo: RT, 2011.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Neoprivatismo no processo civil. *In*: DIDIER JR. Fredie (Org.). **Leituras complementares de processo civil**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, p. 87-102.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais**. Tese (Doutorado em Direito Processual)- Universidade Federal da Bahia. Salvador: UFBA, 2011. Disponível em <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10743/1/Pedro%20Henrique.pdf>. Acesso em: 24 jun 2015.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no Processo Civil brasileiro. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord. Geral); CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). **Negócios Processuais: Coleção Grandes Temas do Novo CPC**. v. I, Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 81-92.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático: uma análise crítica das**

reformas processuais. Curitiba: Juruá, 2008.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. **Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo valorativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. **Revista Ajuris**. Porto Alegre, 2003.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicadas às nulidades processuais**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PICARDI, Nicola. **Jurisdição e Processo**. Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REESE-SCHAFER, Walter. **Compreender Habermas**. Trad. Vilmar Schneider. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

SANTOS, Antonio Carlos. Entorno da ética ambiental. *In*: BECKER, Evaldo; SANTOS, Antonio Carlos dos (Orgs.). **Entre o Homem e a Natureza: abordagens teórico-metodológicas**, Porto Alegre: Redes Editora, 2012, p. 35-45.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. São Paulo: Cortez Editora, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da justiça. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 21, Nov, 1986.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Estado e o Direito na transição Pós-moderna: para um Novo Senso Comum sobre o Poder e o Direito**. 1985. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Estado_Direito_Transicao_Pos-Moderna_RCCS30.PDF. Acesso em: 26 jan 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática**. São Paulo: Cortez Editora, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 7. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2010.

SOUZA, Wilson Alves de. Acesso à justiça: conceito, problemas e a busca da sua superação. **Revista Evocati**, n. 42, 2009. Disponível em: http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=332&tmp_secao=15&tmp_topico=direitoproccivil&wi.redirect=SEO5CV8KVCHU7ISV2LSI. Acesso em: 28 jan 2016.

STRECK, Lenio *et. al.* **A cooperação no novo cpc é incompatível com a Constituição**. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>. Acesso em: 19 jan 2015.

TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado**. Tradução Daniel Mitidiero. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

VILLEY, Michel. **Filosofia do Direito**. Definições e fins do direito. Os meios do Direito. Trad. Márcia Valéria Martinez de Aguiar. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

WOLKMER, Antônio Carlos. O Direito como expressão da vontade e razão humanas: Jean-Jacques Rousseau, Emmanuel Kant e Cesare Beccaria. *In*: _____ **Fundamentos do Humanismo Jurídico do Ocidente**, Barueri: Manole, Florianópolis: Boiteux, 2005, p. 85-104.

YARSHELL, Luiz Flávio. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?. *In*: DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord. Geral); CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coord.). **Negócios Processuais**: Coleção Grandes Temas do Novo CPC. v. I, Salvador: JusPODIVM, 2015, p. 63-80.

YOUNG, Iris Marion. **Justice and the politics of difference**. New Jersey: Princeton, 1990.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **A constitucionalização do processo**: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro no Estado Democrático de Direito Constitucional. Tese (Doutorado em Direito Processual)-Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRS, 2005. Disponível em: <
<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/4525/000502097.pdf?...1>>. Acesso em: 15 ago 2015.