

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E SEUS FUNDAMENTOS DE
ESTRUTURAÇÃO**

Wadher Aleixo Rego Ferreira

Presidente Prudente/SP
2016

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E SEUS FUNDAMENTOS DE
ESTRUTURAÇÃO**

Wadher Aleixo Rego Ferreira

Monografia apresentada como
requisito parcial de Conclusão de
Curso para obtenção do grau de
Bacharel em Direito, sob orientação
do Prof. Wilton Boigues Corbalan
Tebar

Presidente Prudente/SP
2016

O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E SEUS FUNDAMENTOS DE ESTRUTURAÇÃO

Monografia aprovada como requisito
parcial para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito.

Wilton Boigues Corbalan Tebar

Gilberto Notário Ligerio

Adriana Aparecida Giosa Ligerio

Presidente Prudente, 23 de novembro de 2016

Sabemos que Deus age em todas as coisas para o bem daqueles que o amam, dos que foram chamados de acordo com o seu propósito.

Romanos 8:28

A minha família com todo amor e gratidão.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu Deus, pai celestial dono de toda bondade e misericórdia. Ele que nunca me abandonou, mesmo nos momentos em que estive ausente da sua presença, ele sempre me providenciou amparo. “Porque dele e por ele, e para ele, são todas as coisas; glória, pois, a ele eternamente. Amém. ” (Romanos 11:36).

Aos meus pais, que me forneceram todas as condições possíveis para concluir meu curso, e acima de tudo me deram todo amor e carinho para continuar firme nas tribulações. Providenciaram sempre amor e compreensão e aguentaram todas as dificuldades por mim, não as deixando atingir-me.

Ao meu irmão, que apesar dos momentos conflituosos esteve constantemente ao meu lado. Com o mesmo sentimento, agradeço a minha avó, que durante os seus 84 anos de vida almejou um único objetivo, auxiliar na minha criação e no meu desenvolvimento.

Agradeço, especialmente, à Thayni Inaylê Beletato, minha namorada e companheira de todos os desafios. Foi suporte e motivação para a elaboração desse trabalho propiciando sempre toda atenção, carinho e paciência com minha índole difícil de aturar. O meu muito obrigado e meu sincero “Eu te amo”.

A minha sincera e eterna gratidão aos Doutores e ilustres professores, Gilberto Notário Ligerio e Adriana Aparecida Giosa Ligerio, que mais do que peças fundamentais para a conclusão desse trabalho, foram verdadeiros amigos, auxiliando-me em todas as dificuldades técnicas e pessoais. Deus os abençoe com saúde, amor e sabedoria.

Agradeço de todo coração a todos amigos e colegas que indiretamente e diretamente contribuíram para a realização desse trabalho. A todos os professores, com muita gratidão, o meu humilde “obrigado” por toda paciência, atenção, e esforço para servir de condutor de conhecimento e sabedoria.

Ao meu querido e honroso professor Wilton Boigues Corbalan Tebar, que durante toda orientação doou-se por inteiro, estando sempre à disposição e contribuindo imensamente para que eu não desistisse. Obrigado por partilhar do seu conhecimento, tempo e amizade.

RESUMO

O presente trabalho trata-se de uma análise inicial do negócio jurídico processual como consequência da promulgação do novo Código de Processo Civil. Para a compreensão desse instituto é necessário à sua abordagem junto com os princípios e garantias fundamentais, em especial, a autonomia da vontade, a liberdade, a cooperação, boa-fé processual, isonomia e entre outros. Além disso, deve-se atentar a tutela jurisdicional inserida no devido processo legal, e seu reflexo na flexibilização do procedimento. Ademais, pontua-se o avanço da autonomia privada pelos meios alternativos de conflito e pelo princípio da cooperação processual. Destarte, é imprescindível a análise dos parâmetros e limites para aplicação desse instituto, positivado principalmente no artigo 190 do Código de Processo Civil. Fará uso do método dedutivo, partindo-se de questões polêmicas e ainda não pacificadas pela doutrina e jurisprudência, com o intuito de que melhor compreensão possa ser ofertada em relação ao tema abordado.

Palavras-chaves: Tutela jurisdicional; Garantias; Negócio jurídico; Autonomia da vontade.

ABSTRACT

This work it is an initial analysis of the procedural legal business as a result of the enactment of the new Civil Procedure Code. For understanding this institution is necessary to tackle them with the basic principles and guarantees, in particular, freedom of choice, freedom, cooperation, procedural good faith, equality and others. In addition, attention should be paid to judicial protection inserted in due process, and its reflection in easing the procedure. Moreover, the advance was punctuates-private autonomy by alternative means of conflict and the principle of procedural cooperation. Thus, it is essential to analyze the parameters and limits for the application of this institute, positive mainly in Article 190 of the Civil Procedure Code. Will make use of the deductive method, starting with controversial issues and still not pacified by the doctrine and jurisprudence, in order that better understanding can be offered in relation to the topic discussed.

Keywords: judicial protection; guarantees; Juridic business; Freedom of choice.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 DIREITO FUNDAMENTAL DA TUTELA JURISDICIONAL	10
2.1 A Tutela Jurisdicional.....	11
2.2 Tutela Tempestiva, Adequada e Efetiva	13
3 DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL	16
3.1 O Substancialismo e a Flexibilização do Procedimento	17
4 DIREITO FUNDAMENTAL E SEU CARÁTER PATRIMONIAL	22
5 A AUTONOMIA DA VONTADE E A LIBERDADE COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL.....	26
5.1 A Indiferença da Nomenclatura Diante da Importância do Negócio Jurídico Processual.....	31
5.2 O contrato como Ancião do Negócio Jurídico Processual.	31
5.3 Contratualização do Processo	32
5.4 O Avanço da Autonomia da Vontade e os Meios Alternativos de Resolução de Conflito	34
5.5 Arbitragem	35
5.6 Outros Meios de Autocomposição.....	37
6 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL	40
6.1 Conceito	41
6.2 A Divergência da Existência do Negócio Jurídico Processual	42
6.3 Fundamentação	43
6.4 Limites e Parâmetros para a Realização do Negócio Jurídico	46
6.5 Sujeito, Forma e Objeto	48
6.6 O Interesse Público no Negócio Jurídico Processual	52
6.7 A Participação do Magistrado no Negócio Jurídico Processual	53
7 CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

1 INTRODUÇÃO

Foi editado no ano de 2015 o novo código de Processo Civil e com ele novas mudanças a respeito do procedimento foram instauradas. Diante das mudanças estipuladas pelo artigo 190 do Código de Processo Civil, foram criadas novas possibilidades para a modificação de ônus, deveres, poderes e faculdades processuais, dispondo as partes sobre certas matérias muito polêmicas.

Diante disto, a pesquisa delimitou-se em pontuar as principais características de uma tutela jurisdicional efetiva e adequada, dando enfoque ao devido processo legal substancial como diretriz para as normas infraconstitucionais e pilar do Estado democrático de direito. Para tanto o trabalho se utilizou do método dedutivo, pois foram obtidas premissas gerais a serem utilizadas no confronto com todos os aspectos a serem analisados ao longo do texto.

Assim, a instrumentalização do processo se apresenta como via para a concretização do direito material e da tutela célere e efetiva. No mesmo contexto analisou a efetividade da tutela no seu viés procedimental, que também é necessário para a obtenção de um processo justo.

Adentrando ao devido processo legal e seu caráter substancial, foi possível averiguar a constitucionalização da negociação processual respeitando os princípios e direitos fundamentais. Assim como a flexibilização procedimental.

Ademais, mostrou-se de suma importância a análise dos direitos fundamentais e seus reflexos no processo, no que tange sua disponibilidade e capacidade de adequar a casos específicos.

E é nesse cenário, propício a negociação, que foi abordado o avanço da autonomia das partes, assim como princípio do autorregramento da vontade, e a contratualização do processo. Importante ressaltar também, que o estudo da liberdade, isonomia, boa-fé processual, e entre outras garantias fundamentais, foi relevante para apontar o ambiente necessário para a obtenção de uma segura negociação do procedimento adequado, ônus, poderes, faculdades, e demais matérias possíveis de serem negociadas.

Finalmente, foram indagados os seguintes questionamentos:

- a) De uma forma geral, quais seriam os limites e parâmetros para aplicação do negócio jurídico processual?

b) A maior liberdade dada as partes pela abrangência do artigo 190 do novo Código de Processo Civil, estaria conforme os ditames fundamentais do processo?

Buscando responder tais questionamentos, aprofundou-se a análise sobre o negócio jurídico, o sujeito, forma e objeto e os limites para a estipulação dos acordos processuais.

Assim, para melhor compreensão do tema, a abordagem do negócio jurídico deve obedecer aos parâmetros analisados, a constitucionalização do processo e as garantias fundamentais.

A pesquisa não teve o intuito de esgotar o assunto, mas apenas despertar o interesse das pessoas e principalmente estudantes acadêmicos que desconhecem alguns aspectos gerais que estruturam o negócio jurídico processual.

O trabalho se utilizou do método dedutivo, pois fez uma análise puramente teórica sobre o tema.

2 DIREITO FUNDAMENTAL DA TUTELA JURISDICIONAL

As partes, como sujeitos parciais do processo, devem estar permeadas pelas garantias fundamentais e situadas na relação jurídica de forma que estejam, a qualquer momento, amparadas pelos princípios, além de se sentirem seguras quanto ao aspecto jurídico, para que assim possam fazer valer o seu direito. Isso nos remete ao caráter intervencionista da Constituição federal e à constitucionalização das relações particulares (SERGIO, 2015, S.P).

Analisando melhor este fenômeno social, primeiramente, é necessário nos remetermos aos momentos históricos em que se pactuavam os direitos básicos, tal qual o devido processo legal, oriundos da Magna Carta, além dos demais tratados.

Ressalta-se que na época imperava a centralização do poder, ou seja, os poderes estavam sob a égide de um único Rei, e as demais camadas sociais haviam de respeitar as decisões por eles tomadas. Ainda, em uma posição inferior à do rei, havia a nobreza, que estava diretamente relacionada às influências na sociedade, realizando atividades de suma importância, como o comércio e a posse de terras.

Nesse contexto, a nobreza exigiu que fossem julgados apenas pelos seus pares, sendo esta a primeira faísca do devido processo legal ou processo of law.

Ao decorrer das décadas, o estado molestatador ou centralizador de poderes abusivos foi sendo delimitado pela luta das camadas mais fracas e menosprezadas, com a finalidade de possuir garantias frente à relação tendenciosa entre Estado x Particular.

Oportuno então falar que o NCPC vem positivado de acordo com o texto maior, o próprio artigo 1º da lei 13.015/2015 nos indica isso:

Art.1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

Atualmente, as garantias há muito tempo adquiridas já não permeiam, unicamente, a relação entre estado e particular, sendo aplicadas nas relações entre os próprios particulares.

Após formalizar e positivar tais direitos (Carta Magna, *Bills of right*, entre outros), concretizou-se o que é hoje um dos pilares essenciais do direito, o devido processo legal. Em sua vertente substancial, permite a aplicação da tutela efetiva e célere, encaminha a prestação jurisdicional para o que as partes mais desejam, uma resposta efetiva.

Os direitos fundamentais, desde os primórdios da civilização, permeiam a sociedade. Após a evolução do discernimento social e a formação do senso crítico, a coletividade viu-se obrigada a concretizar tais direitos imprescindíveis para permitir a vivência coletiva, o mais próximo de um ideal pacífico e justo.

2.1 A Tutela Jurisdicional

Tutela jurisdicional consiste em “dar o direito”, ou seja, dizer quem é o titular do direito material. Tendo a pessoa razão ou não, o ordenamento jurídico deve dar todas as condições para que o estado juiz julgue e dê a proteção necessária à relação jurídica.

Dessa forma a tutela deve possuir garantias básicas:

A adequação da tutela jurisdicional resulta da sua aptidão para realizar a eficácia prometida pelo direito material, sendo, para tanto, indispensável conjugar, da melhor maneira possível, os valores da efetividade e da segurança.

O direito fundamental à tutela jurisdicional faz com que o direito ao processo não seja caracterizado por um objeto formal ou abstrato (processo *tout court*), assumindo um conteúdo modal qualificado (direito ao processo justo), que é a face dinâmica do devido processo legal. Com efeito, não se garante uma perspectiva meramente formal ao fenômeno jurídico, possibilitando que os institutos processuais sejam filtrados pela Constituição, sendo substancialmente conformados pelos direitos fundamentais.

A dimensão objetiva do art.5º, XXXV, da CF/1988 e, conseqüentemente, a sua eficácia irradiante sobre as leis (processuais) infraconstitucionais permite a construção de técnicas processuais adequadas, céleres e efetivas à realização dos direitos fundamentais. A ausência de regras processuais não é, pois, capaz de inviabilizar a realização do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, cabendo, na ausência de lei expressa, ao juiz suprir a omissão obstaculizadora à proteção dos direitos materiais.

Por exemplo, apesar de não haver previsão para que a tutela antecipada, em caso de alimentos indenizativos (obrigação de pagamento de soma em dinheiro), seja concedida mediante de desconto em folha de pagamento ou de rendas periódicas, bem como de multa diária e até prisão civil, tais meios executivos podem ser utilizados, pelo juiz, para dar maior efetividade à proteção do direito de alimentos. Outro exemplo: embora aos embargos de declaração a lei não confira efeitos infringentes, a jurisprudência dos Tribunais Superiores, suprindo a omissão na legislação processual, vem permitindo a modificação substancial da decisão, em nome dos direitos fundamentais de ação e de defesa. Ainda, não obstante não exista a

previsão legal da multa diária para a efetivação das decisões que determinam o pagamento de quantia em dinheiro, pelo postulada da proporcionalidade, no qual está vedada a proibição de insuficiência, pode o juiz preencher a lacuna legal e determinar, se necessário, o seu emprego no caso concreto. (CAMBI, 2011, p. 222)

É possível concluir que não há impedimentos significativos que possam dificultar a concretização do direito fundamental, a tutela jurisdicional e ao resultado célere e eficaz do processo. Na verdade, não deve existir impedimentos que possam acarretar a não concretização do art.5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, por parte da jurisprudência e juízes, em prol do resultado mais justo e eficaz para aos litigantes e os tutelados. (MACHADO, 2012, s.p).

Sendo assim, uma técnica processual muito usada, mas pouco notada, é o procedimento, que significa sequência de atos cronológicos e sucessivos como forma de se chegar a um fim ou finalidade, qual seja: o processo. É o exoesqueleto do processo.

No entendimento de Evandro Ibanez Dicati:

É viável ao julgador estabelecer novos procedimentos ou adequar procedimentos existentes, de uma forma que o mesmo entenda ser eficaz de acordo com a cognição almejavél para o caso concreto. Em igual situação, as técnicas processuais merecem também ser referendadas de acordo com o almejado pelo julgador. (Revista, agosto a dezembro de 2014. Instrumentalidade, efetividade e técnica processual).

Deste modo, é possível chegar ao entendimento de que nada impede, que o juiz adote ou adapte outras técnicas processuais para que uma tutela efetiva possa ser ofertada.

Assim, quando o Estado se silencia em relação a técnica processual adequada para o fornecimento de uma tutela jurisdicional, deve o juiz utilizar-se da fundamentação como forma de esclarecimento de que tais aplicações técnicas foram necessárias em face do Direito Material, por este motivo, é cabível o entendimento de que o juiz deve prestar uma tutela efetiva, e isso está em conformidade com a Constituição Federal de 1988, que determinada que uma técnica processual é imprescindível para a prestação da tutela em uma situação concreta (MARINONI, 2004, s.p).

Entretanto a adaptação procedimental vem encontrando vários obstáculos, sendo considerada com uma violação do devido processo legal. Ainda há uma falta de previsibilidade, que gera como consequência a insegurança jurídica

ou até mesmo poderá ocasionar anomalias jurídicas devido ao suposto excesso de liberdade dado as partes. (CAMBI, NEVES, 2016, p. 622).

Portanto, o direito a tutela jurisdicional é garantia emanada da constituição federal e para a sua efetivação pode o magistrado se valer de técnicas processuais e mecanismos para sua concretização.

2.2 Tutela Tempestiva, Adequada e Efetiva

Nesse sentido, a tutela jurisdicional no seu adjetivo “tempestividade”, significa que, antes mesmo de possuir caráter antecipatório da tutela e atuar como juízo de admissibilidade do recurso, está correlacionada à duração razoável do processo (Art.5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988), ou seja as partes e o juiz devem cooperar para evitar a protelação do processo e a atenuante lesividade do direito provocada pelo retardamento, entendimento este absorvido pelo Novo Código de Processo Civil, nos termos do artigo 6º e 139:

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

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

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

Parágrafo único. A dilação de prazos prevista no inciso VI somente pode ser determinada antes de encerrado o prazo regular

O Judiciário como sujeito principal do processo, através da sua posição como órgão julgador capaz de dirimir conflitos, deve auxiliar as partes para o andamento célere do processo, evitando que tanto autor como réu agravem o litígio e as consequências da sua procrastinação no direito material.

Além disso, não basta a tutela obedecer a tempestividade, devendo esta ser aplicada de forma adequada e efetiva. Assim, segundo Luiz Guilherme Marioni (2004, s.p), para promover a proteção ao direito e, conseqüentemente, a tutela jurisdicional efetiva, o juiz deve observar as regras do ordenamento jurídico e consolidar as decisões formadas de seu livre convencimento motivado.

No mesmo liame, deve ser constatada a técnica processual adequada para a diversificação do direito substancial. Ou seja, visualizar a técnica processual (norma processual) e otimizar sua aplicação para que a efetividade evite agravar a situação das partes. Porém, também, não basta garantir a utilização da técnica processual adequada, deve-se adotar um procedimento idôneo, um procedimento efetivo, pois a proteção dos direitos vai além das normas materiais.

Ademais o Estado juiz absorveu o acesso à justiça, proibindo a autotutela. Logo é dever primordial garantir a prestação jurisdicional, tanto através das sentenças dadas pelo juiz como pelo legislador na edição de normas de direito material e normas capazes de estabelecer técnicas processuais adequadas e efetivas. Portanto é importante possuir a técnica processual adequada, sendo necessário garantir a prestação jurisdicional no que tange a resposta que as partes esperam.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni (Teoria geral...cit., p.116) apud Eduardo Cambi (2011, pag.222), as necessidades do caso concreto podem reclamar técnica processual não prevista em lei, quando o juiz poderá suprir omissão obstaculizadora da realização do direito fundamental à tutela jurisdicional, mediante o que se pode denominar de técnica de controle de inconstitucionalidade por omissão.

Ainda, conforme entendimento do Ilustríssimo Eduardo Cambi:

Por força da exegese do art.5º., XXXV, da CF/88, pode-se afirmar que tanto na tutela coletiva (por força expressa do art.83 do CDC c/c o art.21 da Lei 7.347/85) quanto na exclusivamente individual vigora o postulado da atipicidade da tutela, pelo qual são admissíveis todas as espécies de ações, nele incluídos os meios e instrumentos processuais capazes de propiciar a

adequada e efetiva proteção de qualquer direito ou interesse (CAMBI, 2011, p. 223).

Fica evidente que além da Constituição Federal de 1988 prever qualquer forma de defesa dos interesses e da tutela jurisdicional, o art.83 do Código de Defesa do Consumidor traz expressa ferramenta ampla para efetivar a pretensão do direito através de qualquer tipo de ação, qualquer forma ou meio.

3 DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL

A constituição prevê e permite a utilização de meios, ferramentas e mecanismos para amparar o negócio jurídico, e a instrumentalização do processo tem a finalidade de garantir a tutela jurisdicional e a aplicação correta do direito material.

Além da tutela ser efetiva e célere na sua aplicação, o titular do direito material ou seus litigantes devem ser permeados pelo devido processo legal que, como princípio, nos direciona ao formato ideal de um estado democrático de direito, impulsiona e garante um julgamento justo da relação jurídica de direito material.

Assim as leis devem ser ponderadas para que nenhuma pessoa natural possa ser lesada ou molestada do seu direito. O constituinte e o judiciário se viram obrigados a impedir um abuso de poder pelo governo ou advindo do próprio poder legislativo ou judiciário, pois a garantia fundamental do devido processo legal é ampla, conforme explana o artigo 5º, inciso LIV, da Magna Carta de 1988.

Além de ser uma prerrogativa constitucional, é norma “cogens” internacional, sendo vinculante para todos os Estados, inclusive aqueles que não firmaram tratados a respeito desse princípio, conforme dispõe no art. 39 da Magna Carta em 1215:

[...]“nenhum homem livre será molestado, ou aprisionado ou despojado, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo aniquilado, nem nós iremos contra ele, nem permitiremos que alguém o faça, exceto pelo julgamento legal de seus pares ou pelo Direito da terra”.

Inclina-se o entendimento do supremo tribunal federal, Brasília, 28 de março de 2005, Relator Ministro CELSO DE MELLO:

“O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público.

O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of law - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.

A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF, art. 5º, LIV).

Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador."

(RTJ 176/578-580, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Em suma: a prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental, constitucionalmente assegurados ao contribuinte, pois este dispõe, nos termos da própria Carta Política, de um sistema de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos cometidos pelo poder tributante ou, ainda, contra exigências irrazoáveis veiculadas em diplomas normativos por este editados.

A análise dos autos evidencia que o acórdão proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul diverge da orientação prevalecente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, reafirmada em julgamentos recentes emanados desta Suprema Corte (RE 413.782/SC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Pleno - RE 09.956/RS, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - RE 09.958/RS, Rel. Min. GILMAR MENDES - RE 414.714/RS, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA - RE 24.061/RS, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - RE 434.987/RS, Rel. Min. CEZAR PELUSO, v.g.).

Também a respeito do assunto, rememoram-se o *Petition of Rights* (1628), que requeria o reconhecimento de direitos e liberdades para os súditos do Rei, o *Habeas Corpus Amendment Act* (1769) que anulava as prisões arbitrárias e o *Bill of Rights* (1688), o mais importante destas, pois submetia a monarquia à soberania popular, transformando-a numa monarquia constitucional, e, sem esquecer do *Act of Settlement* (1707) que completa o conjunto de limitações ao poder monárquico do período.

3.1 O Substancialismo e a Flexibilização do Procedimento

Adotando a Constituição Federal como direcionamento para a concretização do estado democrático de direito, a imparcialidade do judiciário e a sua tarefa de garantir a tutela jurisdicional frente a essência do texto maior, declina-se a mera instrumentalidade procedimental da Constituição, já que somente isso não é suficiente para amparar o sistema normativo, não é capaz de garantir os direitos fundamentais.

Assim é necessário assegurar a devida força normativa provinda da Constituição, como diretriz essencial para atender, de forma eficiente, o que a sociedade espera do judiciário, e a garantia dos direitos fundamentais.

A constituição federal é a moldura para as normas infraconstitucionais e espelho para aplicação do devido processo legal substancial, possuidor de ferramentas dispostas a beneficiar o andamento do processo.

É imprescindível que, como “irmãos inseparáveis”, o procedimentalismo e o caráter substancial das decisões tenham certo equilíbrio, refutando ambos os extremos. (LIMA, 2008, s.p)

Ora, o nosso principal órgão julgador, adotado como referência e norte das decisões do magistério, já se posiciona de certa forma a um entendimento substancial da extensão constitucional, porém vale ressaltar e isso é evidente, que mesmo o nosso texto maior, sendo uma das fontes e raiz de todo o direito, e que tudo deve ser filtrado por ela, agindo como “ordem fundamento”.

Nota-se que sempre haverá um caminho de formalidades a ser seguido, e as exigências legais e formais do processo, automaticamente, deverão ser acionadas de uma forma ou de outra.

Não há como ignorar esse fenômeno, logo é necessário que a Constituição Federal consiga conciliar ambas características, o respeito as exigências formais e legais do processo e o conteúdo e força normativa dos princípios e garantias constitucionais.

Neste sentido, explana Eduardo Cambi:

O direito processual jamais poderá impedir a realização do direito substancial, sendo que todo e qualquer obstáculo, presente na lei processual, deve ser analisado à luz do art.5º, XXXV, da CF/1988. Aqueles considerados desproporcionais e não razoáveis devem ser declarados inconstitucionais, para não se prejudicar a tutela do direito material. (CAMBI, 2011, p.221)

Assim, como mencionado, devem ser respeitadas as exigências legais e formais consideradas necessárias, que de certa forma não podem impedir a concretização do direito material.

Portanto, diante do apresentado, a constituição garante o devido processo legal como proteção para aplicação da tutela jurisdicional célere e efetiva, e permite a elaboração de técnicas para sua concretização, mesmo que ausentes no texto maior.

Além disso, denota-se a ideia de que uma possível limitação entre as partes em face do contraditório, necessariamente, não deveria ser visto como um

atentado a constituição federal, já que não é novidade que as partes dispensem a intervenção de assistentes técnicos. De forma análoga, seria inviável limitar o contraditório apenas para um dos litigantes. Assim, contanto que não haja ofensa ao devido processo legal, prevalece o que for convencionado entre as partes. (YARSHELL, 2015, p. 70)

Assim, é possível averiguar que não há ofensa ao devido processo legal. A flexibilização procedimental, por exemplo, espécie de negócio jurídico processual não possui caráter puramente instrumental, pois o devido processo é processo efetivo (DIDIER, 2012, p. 67) logo tem-se que:

E o processo, enquanto instrumento devido, só é efetivo na medida em que é instrumento eficiente à realização do direito material em tempo razoável e útil às partes. Por isso, a garantia do devido processo legal deve vincular-se à tutela jurisdicional qualificada, ou seja, célere, tempestiva e adequada. (CAMBI, NEVES, 2016, p. 623).

O devido processo legal, apesar de não prever, expressamente, o “devido processo procedimental” também abrange este. É a lógica do sistema garantista constitucional que erradia a proteção implícita para um procedimento efetivo. O procedimento deve caminhar junto com o direito substancial, afinal é com a coexistência de ambos que se concretiza o acesso pleno à justiça.

Neste Sentido:

Com efeito, desde que observado o contraditório e não se neguem, a nenhuma das partes, oportunidades iguais de influenciar na formação do convencimento judicial, as adaptações do procedimento às necessidades do caso concreto atendem à ideia de processo justo. Logo, se as garantias constitucionais do processo são observadas, tem-se o devido processo legal, ainda que se permitam alterações no procedimento para se adequar às circunstâncias da causa. (CAMBI, NEVES, 2016, p. 624)

Portanto, não causando prejuízo a nenhuma das partes, a flexibilização procedimental é ferramenta para se alcançar um resultado útil, efetivo e adequado, encontrando respaldo no texto maior e proteção no devido processo legal, com princípio norteador e garantista.

Além disso, a adaptação procedimental é posta como causadora de insegurança jurídica pois as partes poderiam ser surpreendidas por atos ou decisões imprevisíveis, onde a previsibilidade dos atos procedimentais estaria comprometida. Entretanto a adaptabilidade do procedimento à causa é resultado da efetivação da

garantia constitucional do contraditório e está fundada no caráter dialético do processo. (CAMBI, NEVES, 2016, p. 626).

O ideal de cooperação trazido pelo novo código de processo civil acalma os ânimos dos “inseguros juridicamente”. Dentro da cooperação deve haver o diálogo que é enriquecido durante a colheita de provas, oitivas, perícia, permitindo o amplo direito à defesa e, como produto final, o contraditório. Não há renúncia do contraditório uma vez que as partes estão em constante exercício dialético, logo não há surpresas ou excesso de arbitrariedades.

Nos direciona o posicionamento de Cabral:

Cada vez mais estamos convictos de que a adaptabilidade do procedimento é um fenômeno mundial, que revigorou também o estudo e a utilidade dos acordos processuais. Esse fenômeno deriva não só da insuficiência do procedimento ordinário, mas também do esgotamento das potencialidades do modelo de procedimentos especiais. Cresceu a necessidade de especialização e adaptação, que não poderia mais vir do legislador, revelando a ineficiência do processo em responder à diversificação dos problemas práticos trazidos ao debate jurisdicional. (CABRAL, 2016, pag.195)

É uma relação de causa e efeito e, diante do anseio da coletividade para a resolução dos variados conflitos, surge a necessidade de um meio efetivo para pacificação social. O texto maior prevê e subsidiará a efetivação do direito, seja através da flexibilização procedimental ou qualquer opção escolhida pelas partes, respeitados o contraditório, a liberdade e a boa-fé processual.

Em relação a adaptação dos procedimentos:

O princípio da adaptabilidade do procedimento à causa não se confunde com o sistema da liberdade das formas procedimentais nem redundando na anarquia procedimental, isto é, em um procedimento sem um arcabouço jurídico mínimo de formas capazes de assegurar o conhecimento prévio das regras do jogo. Apenas não refuta a possibilidade de que os sujeitos processuais – seja o juiz ou as partes – procedam a alterações recomendáveis, que vão desde a inversão da ordem de produção de provas, alteração de prazos legais, negócios jurídicos processuais, até a supressão de atos desnecessários ou inúteis para o fim do processo. Tudo isso para a maior aderência entre o procedimento adotado e a natureza e as particularidades da demanda, a possibilitar o desenvolvimento da criatividade dos sujeitos processuais sem prejudicar a efetivação da garantia constitucional de acesso à ordem jurídica justa. (CAMBI, NEVES, 2016, p. 621)

Conforme o renomado autor, a adaptabilidade procedimental não acarreta em uma “anarquia procedimental”, ou seja, não se trata de fazer conforme

exclusivamente à vontade das partes. Deve-se estar rodeado pelas garantias básicas e vitais (abordadas nos próximos tópicos) para elaboração do negócio jurídico processual ou de qualquer alteração no procedimento.

Ainda, diante da autonomia da vontade, temos aquilo que ele cita como “criatividade dos sujeitos processuais”, e isso poderia causar um “infarto” em alguns doutrinadores tradicionalistas. Mas essa nova perspectiva é capaz de impulsionar o processo para um resultado eficaz, tanto para as partes, como para a sociedade.

4 DIREITO FUNDAMENTAL E SEU VIÉS PATRIMONIAL

Quando nos referimos aos direitos fundamentais, remetemos o nosso entendimento ao princípio de tudo, a conquista do ser humano como criatura racional. Não pensamos como um mero ponto ou uma questão pendente, pensamos na realização da dignidade da pessoa humana, na satisfação interior como forma de igualdade.

As definições são infinitas, mas pensar que direitos fundamentais são o alicerce para uma sociedade democrática de direito e a conquista em prol do próprio ser humano, uma “vitória da raça humana”, já nos coloca nos trilhos de um debate muito controvertido, qual seja, a possibilidade de disponibilizar ou renunciar os direitos fundamentais.

Neste mesmo liame, a principal característica do direito fundamental é a universalidade, a abrangência indiferente perante os sujeitos capazes de fato e de direito e aos incapazes, ou que possuem capacidade limitada. Claro que cada um possui diferentes forma de usufruir do direito, mas a ideia é que todos têm acesso e podem invocar os direitos essenciais, quais sejam, o direito à educação, o direito à vida, o direito à saúde, e entre outros.

Os direitos fundamentais são indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, intransmissíveis, personalíssimos e invariáveis. O inverso define os direitos patrimoniais que são negociáveis, alienáveis, disponíveis e variáveis, como por exemplo, a propriedade privada de direitos de crédito, disponíveis na esfera do mercado, ou até mesmo pelo poder público nos casos de desapropriação, conforme art. 5º, inciso XXIV, da Constituição Federal de 1988. Os direitos fundamentais podem ser extraídos da Constituição, onde estão positivados explicitamente ou implicitamente, por exemplo, no seu artigo 5º, XI, prevê a inviolabilidade domiciliar:

Artigo 5º, XI. A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

A indisponibilidade dos direitos fundamentais protege a constituição de “atentados” como a pena de morte, tortura, que são violações extremas da conquista primordial dos direitos humanos. (DUPRAT, 2006, S.P)

Existe uma proteção que trabalha de modo a proporcionar equilíbrio em uma sociedade de interesses, evitando casos em que se tem uma maioria populacional que insurge contra uma lei ou, em contrapartida, que deseja a volta da ditadura, nestes casos a constituição não cederia à opinião ou vontade da maioria, justamente, para preservar esse equilíbrio entre realização da dignidade humana e a igualdade entre todos os integrantes dessa sociedade.

Entretanto essa indisponibilidade comporta exceções, rompendo o caráter absoluto, mas preservando o equilíbrio. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a garantia de inviolabilidade domiciliar pode ser excepcionada em determinados casos, como nos casos de flagrante delito em que o policial, em situações especiais, poderia adentrar na residência sem mandado judicial.

Importante salientar que o próprio artigo 5º da Magna Carta de 1988 traz outra exceção, qual seja, a situação em que o morador consinta com a entrada do indivíduo em sua residência, permitindo conscientemente a flexibilidade dessa garantia, uma vez que dispõe momentaneamente dessa proteção constitucional. No caso ora exposto, o indivíduo não teve seu direito lesado ou abdicado, ele não deixou de existir, apenas foi adequado a uma determinada situação.

Assim deve-se dar atenção para os direitos patrimoniais que podem apresentar características, assim como decorrer dos direitos fundamentais. É de conhecimento doutrinário alguns posicionamentos a respeito da natureza jurídica do benefício dos “alimentos”. Entretanto parece estar mais inclinado que a natureza jurídica do direito à prestação alimentar seria um direito patrimonial com o fim pessoal, não no sentido de acumular riqueza no patrimônio, mas de manutenção deste. Assim aduz:

Do mesmo modo, pode-se afirmar que o exercício dos direitos de personalidade pode sofrer limitações voluntárias, desde que não sejam permanentes nem gerais. Por exemplo, o direito aos alimentos, por ser decorrência do direito fundamental à vida, é irrenunciável, mas seus efeitos patrimoniais (como, v.g., o valor da pensão alimentícia) podem sofrer limitações voluntárias. (CAMBI, 2011, pag.53).

No mesmo sentido:

O direito a receber alimentos, em se tratando de crianças e adolescentes, é indisponível, mas a forma de pagamento da pensão alimentícia pode ser objeto de transação. (CAMBI, NEVES, 2016, p. 642).

É de longa data e complexa a discussão a respeito da natureza dos alimentos, porém no momento que verificamos sua característica de sobrevivência, preservando o direito à vida, notamos sua “interface” de direito fundamental. Em contrapartida quando falamos do seu peso no patrimônio, tanto de quem adquire como de quem cede, estamos falando do seu caráter patrimonial. Logo, à luz do mencionado, seus efeitos patrimoniais podem ser modulados.

Inclusive, a forma de pagamento pode ser estabelecida pelos envolvidos. No caso de um menor de 18 anos, que possui pai e mãe divorciados, poderia o pai entrar em um acordo com a mãe da criança ou adolescente para, em vez de ser descontado na folha de pagamento todo mês, pudesse pagar as despesas do “menor”, como escola, saúde, alimentação.

Além disso, quando falamos em direitos da personalidade, também quebramos o ditame da inegociabilidade dos direitos fundamentais, uma vez que por exemplo, o indivíduo que acabou de participar do Big Brother Brasil ou de qualquer outro reality show, ele poderá permitir que seus direitos de imagem sejam utilizados da forma como foi estabelecido contratualmente, ou ceder seus direitos autorais para produção biográfica. Assim compactuando com o raciocínio:

Quando aqui se faz menção a renúncia a direitos fundamentais ou qualquer tipo de transação que os envolva, não se quer sustentar, obviamente, que seja possível, via declaração de vontade, abdicar ao direito em si e a toda e qualquer possibilidade futura de exercitá-lo, mas tão-somente à possibilidade de renunciar, em uma dada relação, a um determinado direito, ou, ainda, negociá-lo, em uma determinada situação. Os efeitos dessa renúncia são válidos para essa situação determinada (SILVA, 2005, p.64).

Portanto, quando limitamos ou adequamos o direito fundamental à situação concreta, não estamos renunciando ad eternum os efeitos que ele produz nas relações particulares, mas aprimorando a efetividade desses direitos. É um “upgrade”, uma nova perspectiva a respeito desses direitos essenciais à vida em sociedade.

Além disso, dos direitos fundamentais decorrem princípios e estes, quando entram em conflito, são analisados por técnica processual própria, pelo critério da proporcionalidade. Logo é possível a ponderação dessa renúncia, um controle de valores que, analisando a situação jurídica de fato ou o caso concreto, permitissem que não ocorresse qualquer violação aos ditames essenciais da constituição.

Não que não possa ocorrer a ultrapassagem dessa “linha de perigo”, mas que seja um experimento controlado, e que dali não seja extraída mais do que a própria experiência possa oferecer, não servindo como regra geral. Os efeitos obtidos com essas práticas devem ser levados em consideração para cada situação específica.

Ainda, segundo a resolução CFM nº 1.995/2012, desde que estabelecido antecipadamente, o paciente pode manifestar livremente sua vontade de receber, ou não, determinado tratamento quando este estiver em situação de incapacidade ou não poder se expressar. De acordo com o §3º do artigo 1º, as diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

Exigir que os particulares adotem, nos casos de restrição a direitos fundamentais, apenas as medidas estritamente necessárias – ou seja, as menos gravosas – para o atingimento dos fins perseguidos nada mais é do que retirar-lhes a autonomia de livremente dispor sobre os termos dos seus contratos. [...] Se aos particulares não resta outra solução que não a adoção das medidas estritamente necessárias, não se pode mais falar em autonomia (SILVA, 2005, p. 179).

A autonomia da vontade está ligada, intimamente, à liberdade de escolha. E conforme demonstrado, em casos extremamente urgentes e raros, o paciente pode escolher a forma como morrer, por exemplo, pode escolher que desligue os aparelhos ou que para de tomar medicamentos que apenas protelam a dor e o sofrimento.

Nesse contexto, o direito fundamental é a base dos demais direitos, conseqüentemente o direito à liberdade decorre da opção do indivíduo em renunciar ou não esses direitos desde que não cause prejuízo a terceiros e a si próprio, em outras palavras, se não for possível essa nova perspectiva a respeito dos direitos fundamentais estaríamos proibindo um princípio decorrente dele mesmo, a autonomia privada, a autodeterminação individual.

5 A AUTONOMIA DA VONTADE E A LIBERDADE COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

Kelsen é incisivo ao afirmar, em umas das teorias mais expoentes, a teoria pura do direito: que o direito está relacionado a normas predeterminadas, não está ligado à vontade humana, como vontade própria e universal. Ainda aduz a ideia de que tudo, que é positivado, deve estar ordenado. Tudo parece estar funcionando como uma programação, tudo é previsível e seguro. (SAMPAIO, 1980, p.38)

Não obstante, o filósofo alemão critica o jusnaturalismo e, no que tange ao antecedente do direito, sabe-se que alguns afirmam ser o próprio direito natural, fornecido por Deus ou então sequências lógicas do universo ao próprio homem.

Evidente que Kelsen não concorda e expõe que, diante de uma sociedade, deve haver um estado centralizado e positivista, e que a norma nasce de uma norma fundamental.

Neste contexto, Kelsen nos apresenta o que seria à vontade no mundo normativo:

Um dos conceitos-chave ao qual Kelsen dá um especial tratamento é o de vontade. Para ele, a vontade é apenas o resultado de uma operação lógica fundamental para a compreensão da normatividade do direito: a chamada imputação. Imputação é o modo como os fatos se enlaçam dentro de uma conexão normativa: a pena é imputada a um comportamento, donde temos a noção e delito; o comportamento que evita a pena e não é imputado nos dá a noção de dever jurídico; assim, sujeitos de direito nada mais são do que centros de imputação normativa e vontade, juridicamente falando, é uma construção normativa que representa o ponto final num processo de imputação. (SAMPAIO, 1980, p. 37)

Sem adentrar muito ao debate filosófico, importante ressaltar que o direito é produto da cultura, este não é um bloco concreto, imóvel, como se fosse uma figura geométrica com um volume e área determinados. Está mais para o inverso disso, uma tempestade de princípios, normas, postulados, uma rede interligada, variável e dinâmica. Claro que diante da emblemática “árvore mãe constituição”, devem ser guardadas as devidas proporções quanto ao alegado.

Assim, Tercio Sampaio Ferraz JR., nos direciona para o que poderia ser uma perspectiva melhor sobre a vontade no mundo jurídico:

Daí a necessidade de uma ciência jurídica que se construa em parte de conexões vitais (Direito de Família, do Trabalho), em parte de diferenças conceituais-formais (relação jurídica, sujeito de direito), em parte de

diferenças estruturais logico-materiais (Direito das obrigações, das coisas), em parte de princípios (da igualdade das partes na relação processual). O direito é aí concebido como fenômeno que aponta para certas estruturas que revelam certa articulação “natural”, certa “normatividade” própria. Costuma-se empregar a respeito delas, em alusão a Savigny, o termo “instituto jurídico” não com o significado positivista de “complexo de normas”, mas como realidade concreta, dotada de um sentido. A problemática do sentido faz com que a Ciência do Direito apareça como ciência cultural, não necessariamente o produto metódico de procedimentos formais, dedutivos e indutivos, mas um conhecimento que constitui uma unidade imanente, de base concreta e real que repousa sobre valorações (SAMPAIO, 1980, p.38)

Assim, diante das visões diferenciadas apresentadas, é possível organizar (ou desorganizar mais ainda) o que a ciência do direito teoriza a respeito da vontade no mundo jurídico. E além disso, o homem é um objeto da ciência do direito, e dele devem ser observados:

Entendemos que o fenômeno da positividade não só explica o papel ambíguo que o homem assume perante o Direito – fundamento de todas as positividades jurídicas, o homem é também o seu objeto central -, mas também o nascimento da moderna ciência jurídica, com suas iminentes ambiguidades. Queremos dizer, com isso, que a positividade forçou a tematização do ser humano como objeto da Ciência do Direito. Mesmo correntes modernas que procuram fazer da ciência jurídica uma ciência da norma não podem deixar de enfrentar o problema do comportamento humano e suas implicações na elaboração e aplicação do direito. As recentes críticas que se fazem, nestes termos, ao kelsenismo e sua teoria pura revelam que o objeto central da ciência do direito não é nem a positividade nem o conjunto das normas positivas, mas esse ser (o homem) que, do interior da positividade jurídica que o envolve, se representa, discursivamente, o sentido das normas ou proposições prescritivas que ele próprio estabelece, obtendo, afinal, uma representação da própria positividade (SAMPAIO, 1980, p. 42).

Insta salientar o papel do objeto de estudo da ciência do direito (o homem e demais implicações) para aprofundar na exteriorização da vontade.

Logo, ao analisarmos o homem dentro desse labirinto chamado consciência devemos estar atentos as formas de expressão de sua vontade. No que tange ao mundo externo e empírico, não há melhor expressão da vontade e ferramenta jurídica do que o contrato, e está intimamente ligado ao instituto do negócio jurídico processual.

Sabe-se que o princípio da liberdade é cheio de facetas, por isso temos como garantia constitucional todas as premissas derivadas deste princípio, liberdade de locomoção, liberdade de crença, de associação, e entre outros. Porém do princípio da liberdade emanam características mais complexas, como o princípio da

autonomia da vontade, ou como alguns autores preferem, o autorregramento, a autonomia privada, livre para ser moldada conforme os interesses dos indivíduos, ou conforme posto no item anterior, a exteriorização da vontade e suas implicações.

Podendo ser considerada como uma “dor de cabeça” para alguns, quando a ideia a respeito da autonomia privada é remetida ao âmbito do direito público. Apesar de parecer uma completa loucura, na verdade é intrigante esse pensamento retrógado.

A jurisdição é sinônimo de exercício da função pública, e por conta disso a negociação jurídica é moldável, mas seu objeto é restrito. Isso não diminui a importância desse instituto tanto que o autorregramento, onde as partes podem sem quaisquer restrições injustas autorregular-se, é princípio fundamental no Processo civil e agora com a edição do novo Código de Processo Civil teve seu alcance estendido, sua influência ampliada.

A liberdade é norma fundamental do texto maior, e muito antes dele já existia e emanava seus efeitos. Atualmente é elemento que identifica o estado democrático de direito, logo não há motivos para se assustar ou temer a ampliação dos limites da autonomia da vontade.

Assim, “um processo que limite injustificadamente o exercício da liberdade não pode ser considerado um processo devido” (DIDIER, 2015, p. 21).

Como já foi mencionado, as garantias constitucionais não possuem caráter limitador diante de interesses devidamente justificáveis.

Além disso, deve-se estar atento a boa-fé processual, elemento imprescindível em um acordo processual realizado pelas partes. Basicamente, o ideal cooperativo no processo se baseia no contraditório e na boa fé processual, entretanto todos esses fatores somados e coexistindo justificam o negócio jurídico processual quanto a sua aplicação.

Desse modo, apenas com o modelo cooperativo de processo, adotado pelo novo diploma processual positivado, consolida-se um sistema pautado na democracia, fundamento essencial ao Estado Constitucional. Visa-se, assim, construir um ambiente pautado na cooperação e no diálogo, sendo certo que, idealmente, contribuiria para uma verdadeira pacificação social (BERTÃO, 2016, p. 1359).

A boa-fé processual é extraída do artigo 5º e 6º do Código de Processo Civil. No primeiro artigo temos a evidente expressão:

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Isso tem sido um ponto forte trazido pelo novo CPC, a citação clara e expressa dos princípios fundamentais decorrentes do texto maior, explicando um pouco do fenômeno da constitucionalização do direito processual. O artigo 6º já citado incansavelmente no presente trabalho traduz o princípio da boa-fé processual de forma implícita.

Apesar de não estar expressamente colocado é facilmente interpretado pois para obtenção de uma decisão efetiva e justa deve-se cooperar, e para que isso aconteça os participantes tem que agir com boa-fé.

Assim, na celebração de um acordo processual deve-se haver clareza e precisão na comunicação de informações. A reciprocidade entre as partes deve estar condizente com o conteúdo dos acordos, sempre atentando a relação de confiança e a autenticidade da pretensão de ambas.

Acordos celebrados com dolo ou simulação afiguram-se como patente violações à boa-fé, podendo ser anulados se foram firmados com intuito oculto de ludibriar terceiros ou para obter resultados não permitidos pela lei. (CABRAL, 2016, p.318)

Assim, nesse contexto seria plenamente possível a participação do juiz como sujeito principal processual imparcial no acompanhamento e auxílio ao negócio jurídico processual pactuado, como também o controle e observância dos direitos e deveres. Deve-se almejar o equilíbrio entre a autonomia da vontade, os interesses públicos e a isonomia processual.

Esse equilíbrio é fundamental, todavia a igualdade processual entre as partes é o que “amarra” tudo o que já foi falado nesse tópico. É o ponto essencial para a discussão do negócio jurídico válido entre as partes.

Pois a isonomia entre os convenientes deve ser um limite genérico para a validade dos acordos processuais (CABRAL, 2016, p. 319).

Mesmo no ambiente de autonomia entre as partes, pode ocorrer uma predominância natural na balança contratual, já que sempre haverá a parte mais fraca e a mais forte. E nesse contexto pode ocasionar em uma expressão de vontade contaminada.

A vulnerabilidade gera assimetrias entre os convenientes, que devem ser neutralizadas para preservar a igualdade. Ou seja, se uma vontade predominar sobre a outra de maneira descontrolada pode romper com o equilíbrio e com o ideal de efetividade almejado pelo acordo processual fixado. (CABRAL, 2016, p. 320).

Assim, necessário se faz a intervenção. Ou melhor, a prestação auxiliar jurisdicional ao caso, controlando a validade da convenção para evitar que o exercício liberal da vontade seja adulterado.

Explana Cabral:

Ao contrário do que normalmente se imagina, vulnerabilidade não significa apenas pobreza ou hipossuficiência econômica. A vulnerabilidade pode derivar de diversos fatores de natureza social, cultural, técnica (inclusive jurídica), tecnológica, econômica, o que se coloca também nas negociações dos acordos processuais. Por exemplo, por causa da hipossuficiência jurídica, defendemos linhas atrás ser recomendável, posto que não obrigatória, a assistência da parte por advogado quando da celebração de uma convenção processual. Mas o simples fato de que os acordos sejam celebrados sem a assistência de advogado não leva necessariamente à conclusão pela sua invalidade (CABRAL, 2016, p.320).

Portanto nem sempre o lado mais fraco é o indivíduo que não tem acesso a bens ou possui uma condição financeira sustentável. Há várias formas de se caracterizar a vulnerabilidade, e mesmo nos casos em que não há a participação de um advogado seria válido um acordo pré processual entre as partes.

Além disso, as partes nunca estarão em condições perfeitamente iguais. Os negócios jurídicos processuais, seja na sua modalidade contratual ou convencional, são diretamente influenciáveis pela capacidade negocial de cada parte.

Logo, se uma parte se encontrar em uma situação extremamente favorável, é possível que apenas ele renuncie alguma situação de vantagem. Para caracterizar o desequilíbrio é necessário mais que uma eventual assimetria de condições. É preciso verificar se dela decorreram distorções das manifestações de vontade, ao ponto em que se possa afirmar que não foram livres e esclarecidas (CABRAL, 2016, p. 322).

5.1 A Indiferença da Nomenclatura Diante da Importância do Negócio Jurídico Processual

Antes de adentrarmos a profundidade dessa discussão, cabe salientar que é necessária uma delimitação de alguns termos, afinal o tema é extremamente abrangente e fica inevitável a confusão técnica.

É impossível apresentar uma nomenclatura uniforme e pacífica, até mesmo pela variedade de termos utilizada por diversos autores para denominar o instrumento do negócio jurídico processual. Podemos estar diante de um “contrato”, “acordo”, “pacto”, “convenção”, e muitos outros, porém não passam de mero capricho terminológico porque na verdade são usados para a mesma finalidade e atingem o mesmo propósito.

Todos esses termos foram adotados pelo direito contemporâneo, e eles são “frutos da mesma árvore”, não possuem diferenças significativas a ponto de impossibilitar o resultado almejado. Assim segundo ilustre doutrinador e estudante fascinado de processo civil, Antonio do Passo Cabral (2016, p. 52), há hoje menor utilidade em diferenciar todos estes termos porque a nomenclatura raramente interfere nos efeitos de cada categoria, tampouco em seus pressupostos, validade, eficácia.

Veja, confirma-se que não passam de mero capricho técnico, porém não totalmente desnecessário. Não se pode livrar-se totalmente desse debate pois há particularidades essenciais para o delinear da negociação bilateral no direito processual.

Portanto mesmo que cada termo seja ou até tenha que ser utilizado obrigatoriamente em determinados casos, deve-se dar atenção para o procedimento e não para o seu viés instrumental.

5.2 O contrato como Ancião do Negócio Jurídico Processual

Apesar da riqueza que poderia ser o debate a respeito desse velho amigo do negócio jurídico, devemos nos ater apenas a algumas características essenciais ao tema. Logo nas palavras precisas do doutor Antonio do Passo Cabral:

E ainda hoje podemos subdividir os negócios jurídicos plurilaterais em dois grandes grupos: contratos e convenções (ou acordos). Fala-se em contrato quando as vontades dos sujeitos dizem respeito a interesses materiais

contrapostos ou *divergentes*; e em convenções (ou acordos) quando as vontades se unem para um interesse comum ou convergente (CABRAL, 2015, p. 53).

Percebe-se que, quando falamos em contrato, estamos diante de interesses materiais divergentes, e quando eles convergem, estamos diante de convenções ou acordos. Muitos analisam o contrato como a manifestação patrimonialista da vontade, outros deduzem que ele deve decorrer de uma obrigação ou direito.

Apesar desse entendimento de que deve existir uma contraprestação entre ambos os sujeitos, uma relação de obrigação como por exemplo um contrato de promessa de compra e venda ou um contrato de mutuo, não deve limitar o negócio jurídico processual. Apesar de possuir um termo técnico diferente de “acordo” e “convenção”, o contrato é base para elaboração de qualquer instrumento e pode sim, ser utilizado para estabelecer um negócio jurídico processual, mesmo que não possua caráter obrigacional ou gere algum direito.

Também há outros termos como “pacto”, muito utilizados no direito internacional, mas também podem ser utilizados como sinônimo dos termos já mencionados. A “cláusula” vai ser muito utilizada no decorrer do trabalho até pelo seu caráter contratual, um fragmento de informação com força de lei, e também porque determinados negócios jurídicos podem ser formulados apenas com uma cláusula, como por exemplo, eleição de foro e cláusula compromissória (CABRAL, 2015, p. 57).

Portanto, o negócio jurídico processual pode ser estabelecido através de pactos, acordos, contratos, e o termo mais utilizado é convenção. Porém, não se prendendo a terminologia técnica, mas sim a finalidade.

5.3 Contratualização do Processo

Antes de adentrar no tema da contratualização do processo é preciso abordar de forma resumida o contexto em que o processo e a jurisdição estão imersos no direito público.

Conforme demonstrado no presente trabalho a jurisdição está relacionada a prestação jurídica estatal. O estado historicamente deteve para si o

“poder de resolver problemas” pela via jurídica, logo a jurisdição decorre do poder estatal e possui a finalidade de resolver conflitos.

Atualmente, o Estado e o direito público têm sido invadidos pela ideia de consensualidade (ANDRADE, 2016, p. 1327).

Evidente que a participação democrática das partes no processo vem aumentando significativamente, ainda mais com o ideal cooperativo impregnado por todo o código de processo civil. Com maior participação tem-se como consequência maior disponibilidade e flexibilização de procedimentos e direitos.

A discussão, em verdade, já se encontra bem avançada, mas, no cenário jurídico atual, ela ganha enorme importância. Isso porque, diante das recentes discussões acerca da contratualização da justiça, tanto do processo como da resolução de conflitos por meios alternativos, e da crise do judiciário estatal, presente em todos os sistemas jurídicos de origem europeia continental ou insular, ganha relevo os contratos privados de tutela jurídica (BERTÃO, 2016, p. 1351).

Assim, a jurisdição se insere no contexto estatal de atuação em prol do cidadão, e passa a ser vista como serviço público e menos como manifestação do poder, derruindo-se, inclusive, o chamado monopólio da jurisdição estatal (ANDRADE, 2016, p. 1329).

Nota-se o avanço da consensualidade frente à ditadura do direito público em que estava inserido o monopólio da jurisdição estatal. O ambiente imutável e, altamente, cogente influenciava diretamente a relação das partes e a liberdade no diálogo processual, ou seja, como o a resolução do desempasse deveria prosseguir e a forma como deveria proceder cabia a análise arbitrária e unilateral do estado juiz.

Neste sentido, aduz Andrade:

Entretanto, os acordos ou contratos processuais de que ora se cogita são bem diversos dessas figuras clássicas do processo civil: preconiza-se, modernamente, a possibilidade de partes e juiz, em clima de cooperação, ajustarem acordo de natureza exclusivamente processual a respeito da condução do processo e do momento da prática de determinados atos processuais (ANDRADE, 2016, p. 1331).

Conforme demonstrado, a possibilidade das partes e o juiz, no ideal de cooperação, ajustarem ou adequarem o processo efetiva a obtenção de uma justiça justa e democrática. A consensualidade sendo amparada pelo estado juiz é forma e concretização democrática do direito.

5.4 O Avanço da Autonomia da Vontade e os Meios Alternativos de Resolução de Conflito

Conforme já mencionado no presente trabalho, desde os primórdios da Magna Carta e demais acordos e pactos de direitos fundamentais e sociais, o intervencionismo estatal ganhou força e adjudicou o poder efetivo de resolução de conflitos.

De forma gradual cerceou a sociedade e obrigou a todos os indivíduos que almejavam resolver suas lides ou estabelecer alguma obrigação ou obter algum direito, utilizar a prestação jurisdicional sob a regulamentação do estado.

Assim, desde a briga com o vizinho por causa do cachorro que mordeu a perna da vizinha, até elaboração de um contrato de superfície, deveria obrigatoriamente passar pela via jurisdicional regulada pelo estado. Não que seja totalmente ineficiente, ou que não consiga obter um ideal de prestação jurisdicional, mas atualmente essa via se encontra esturricada, abarrotada, totalmente inflacionada pela quantidade de litígios e pelo aumento da demanda.

O próprio fenômeno do ativismo judicial veio ganhando força pela inércia do legislativo. Veja, os próprios magistrados fazem jurisprudência com “caráter normativo” e vinculantes, praticamente qualquer pronunciamento pode regular os anseios de uma sociedade.

O STF cada vez mais vem editando súmulas sem a finalidade de pacificar as milhares divergências técnicas, mas suprir as lacunas deixadas pelo exercício dos “ilustres” vereadores e deputados no âmbito legislativo. E isso não é uma consequência ruim, afinal em muitos casos o que há muitos anos não estava regulamentado ou impedido de produzir efeitos, como por exemplo a profissão das domésticas, em muitos julgados já era possível perceber decisões com caráter garantista da lei, que ainda estava em estágio de gestação.

Portanto, mesmo não caracterizado como meio alternativo de conflito é interessante ressaltar que o ativismo judicial cumpre mais do que a própria função jurisdicional primária decorrente do poder do império, e com o aumento da demanda por um resultado útil e efetivo através da prestação jurisdicional, ocasionou um avanço nos institutos “desburocratizadores” e um aprimoramento em sua ocorrência.

5.5 Arbitragem

O novo Código de Processo Civil trouxe muito mais do que dispositivos repaginados ou lacunas tampadas, ele ressuscitou princípios esquecidos, como por exemplo, a fraternidade, que vai além da obtenção de um resultado mais justo, mas por incentivar a conciliação entre as partes a fim de evitar adentrar a um processo longo ou obter um resultado mais útil a ambos. Mostra-se que o legislador quis “obrigar”, colocar mesmo como um “dever” a efetiva conciliação, art.3º, §3º, Código de Processo Civil:

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Desta forma, nota-se a presença marcante da arbitragem regulada pela Lei Nº 9307 de 1996. Não é novidade que a contratação de um terceiro especializado, ou de uma empresa especializada em arbitragem, para a resolução ou mediação de conflitos vem aumentando significativamente no decorrer dos anos. O novo Código de Processo Civil trouxe uma nova roupagem e ampliou, consideravelmente, a efetividade desse meio alternativo. Mas o que chama mais atenção é: como um instituto que está na margem da prestação jurisdicional ganhou tanta força e as vezes é até priorizado.

Nos direciona Bianchi:

O desenvolvimento da arbitragem ganha destaque e relevância quando comparado com o processo judicial porque, por assim dizer, a autonomia privada, “permeia esse método de solução de controvérsias”. A doutrina arbitralista aponta, majoritariamente, “que o princípio da autonomia da vontade é um dos fundamentos da arbitragem. Em termos sintéticos, arbitragem é liberdade, arbitragem é autonomia da vontade”.

Essa autonomia acaba por influenciar a arbitragem em sua totalidade, desde o modo como a cláusula é redigida, passando pela maneira de escolhas dos árbitros e até mesmo por quais serão os atos e seus respectivos prazos praticados dentro do procedimento arbitral.

Ainda, vale destacar que a flexibilidade do procedimento arbitral é marca notória da influência da autonomia da vontade das partes. Atualmente, o processo estatal tem pequena margem de flexibilidade em sua atuação, de forma que as partes devem se submeter, via de regra, a um processo já pensado de modo generalizado, sem considerar os aspectos específicos de cada causa. Dessa forma, essa maior flexibilidade conferida ao procedimento arbitral se mostra como uma ampla vantagem da via arbitral quando se compara-a ao processo estatal, na medida em que as partes

poderão escolher o procedimento em si, bem como quais as regras procedimentais que regerão o processo. (BIANCHI, 2016, p. 415)

Conforme demonstrado a arbitragem está intimamente ligada a liberdade e a autonomia da vontade, os próprios litigantes escolhem quem presidirá o conflito e atribuem competência para a resolução de suas controvérsias, que também é reconhecido por lei e tem força para influenciar uma eventual escolha processual.

Destaca-se, também, a flexibilização do procedimento arbitral conforme a vontade das partes, sendo assim, essas escolhem tanto o procedimento como as regras que o regulam.

Ainda, pode ser realizado o compromisso arbitral antes do conflito ou durante este, ou até após. Além disso, a arbitragem no Código de Processo Civil de 2015 tornou-se ainda mais relevante. Percebe-se uma revolução discreta no novo Código de Processo Civil, em seu artigo 3º, §1º:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

O caput traz a ideia da inafastabilidade da jurisdição, e o parágrafo primeiro permite a arbitragem na forma da lei. A inafastabilidade da jurisdição não está relacionada a escolha da via arbitral por assim dizer, mas a respeito se é válido a escolha sobre o âmbito constitucional.

Assim, a arbitragem é outra forma de se alcançar a tutela jurisdicional, satisfazer a pretensão ou a concretização efetiva do direito. O art.42 do Código de Processo Civil de 2015 descreve que:

Art. 42. As causas cíveis serão processadas e decididas pelo juiz nos limites de sua competência, ressalvado às partes o direito de instituir juízo arbitral, na forma da lei.

Este artigo evidencia que a escolha das partes pela via arbitral excluirá a competência da jurisdição estatal para a resolução da lide, preenchidos os requisitos específicos de admissibilidade. Não obstante que no final de todo esse “processo” arbitral, a sentença tem caráter de título executivo judicial, mesmo que alguma parte não cumpra com o que foi acordado no compromisso arbitral, a outra

parte poderá executar a sentença e promover a satisfação do seu direito pela jurisdição estatal.

Além disso, as partes também poderão dispor a respeito da confidencialidade, desde que durante a arbitragem assim elas compactuem:

Art.189. Os atos processuais são públicos, todavia, tramitam em segredo de justiça os processos:

[...]

IV. que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

Tudo começa pelo impulso das próprias partes frente a um interesse convergente ou divergente, e pela satisfação de uma pretensão. Não há presença significativa do estado jurisdicional, a lei é extravagante e é subsidiada pelos dispositivos processuais.

É um mecanismo criado, oportunamente, frente ao aumento descontrolado de demandas judiciais, e, indiretamente, fortalece a relação entre os indivíduos, sem contar os demais pontos positivos, celeridade, efetividade, segurança jurídica, respeito a garantias fundamentais, autonomia da vontade, e entre outros.

5.6 Outros Meios de Autocomposição

Importante ressaltar que o novo Código de Processo Civil põe em cheque a “cultura da sentença”. A ideia de que para resolver litígios é necessário uma sentença ou um pronunciamento do estado-juiz que diz que um tem razão e o outro não, está próxima da extinção.

O novo Código de Processo Civil traz a ideia de autocomposição como princípio fundamental e norteador da prestação jurisdicional, acabando com o falso ideal de sentença de mérito, tanto almejado, mas que no final não resolve nada.

Assim, através dos dispositivos legais, percebe-se que o processo objetiva a aproximação das partes. E não poderia haver outro objetivo, já que conflito são naturais e existem de qualquer forma, e fazem parte da natureza humana.

Imaginem a situação de dois indivíduos que viveram casados durante 25 anos e deste casamento resultou-lhe um filho, mas devido a problemas, fora e

dentro da relação matrimonial, decidem se separar. É estranho pensar que duas pessoas que se conhecem a tanto tempo, em vez de “sentar e resolver o problema”, socorrem-se da tão famosa via jurisdicional e permitem que um juiz decida quais dias o pai irá ver a criança e quais dias caberá a mãe estar acompanhada de sua prole. Enganados pela falsa ideia de efetividade, só aumentam mais o prejuízo que poderia ter sido amenizado, se tivessem escolhido outra forma de resolução do conflito, como por exemplo a negociação.

A negociação é uma das formas simplórias e acessíveis de resolução de conflitos e trata-se do simples fato de “sentar e conversar”, apenas isso. Entretanto é possível obter um acordo e este ser homologado pelo juiz, por exemplo, uma mulher viúva que faz um acordo com os filhos do “de cujus” para que seja reconhecida a união estável a fim de obter a pensão por morte, se o acordo for homologado em juízo este perpetua seus efeitos. Apesar de ser interessante isso, ainda parece utópico, por isso temos outros meios complementares, como por exemplo a conciliação.

A conciliação, diferente da negociação, ocorre através da presença de um terceiro durante as negociações. Na conciliação estamos diante de conflitos esporádicos, por exemplo, em um acidente entre dois veículos, ambos os proprietários nunca estiveram diante de um ato como este, eles não se conhecem. A figura do conciliador tem como base intervir nessa relação conflituosa de forma ativa, inclusive propondo um acordo para as partes.

Por este viés o novo Código de Processo Civil regula muito bem a figura do conciliador em seus artigos 165 ao 175, reforçando a ideia do artigo 1º, §3, que estimula a conciliação entre as partes, até mesmo após instaurado o processo.

Não seria absurdo trazer a ideia de que, durante a conciliação (extrajudicial ou não), pode ser local propício ao negócio jurídico processual. Antes mesmo do processo, as partes poderiam entrar em acordos e flexibilizar os procedimentos que fossem adotados para o seu caso específico. As partes podem, com isso, prevenir determinadas situações que fossem desgastantes ou desnecessárias.

Assim dispõe o artigo 166 do Código de Processo Civil:

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

[..]

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

Nota-se, mais uma vez, a presença ilustre da autonomia da vontade como princípio gerador e norteador desse meio complementar de resolução de conflito.

Assim, nesta mesma linha de raciocínio, abordamos a mediação. Este instituto apresenta poucas diferenças com a conciliação, a principal é que o mediador pode propor uma solução, mas o que o destaca é a utilização de técnicas negociais, utilizando-se de conhecimentos e experiências, tornando as partes mais próximas da resolução do conflito, ou seja, existe um auxílio ofertado às partes para que estas possam encontrar a melhor solução.

Tanto na mediação como na conciliação, impera a autonomia da vontade e é possível a introdução do negócio jurídico processual antecedente ao próprio processo. Não se trata de usurpar o papel jurisdicional do estado democrático de direito, mas apenas o complementa e dispõe, aos litigantes, a melhor opção possível para resolução efetiva do seu conflito.

6 NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

O novo Código de Processo Civil está estruturado de forma favorável a resolução de conflitos, todos os direitos fundamentais inseridos, de liberdade, devido processo legal, boa-fé objetiva e outros, têm a função de criar um ambiente favorável, para o debate do litígio e eficácia deste.

Tem-se nesse contexto a participação significativa das partes e do próprio juiz, este não mais atua como mero analista “frio e calculista” exercendo apenas a função estatal, equiparando-se a posição das partes ao ponto de cooperar, todos devem cooperar para obter o melhor resultado possível para ambas as partes.

Conforme aduz o artigo 6º do Código de Processo Civil:

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

Entretanto se percebe que, no antigo Código de Processo Civil (1973), o juiz era tratado como mero funcionário público, com poderes autoritários e, aparentemente, “instrutório”. Tanto é que quando falamos em impulso oficial, tornávamos o juiz como ponto central e único para a condução da marcha processual.

Assim, temos uma democratização no ambiente processual e o novo Código de Processo Civil traz a ideia de conciliação, e também mediação, e qualquer forma plausível e objetiva para a resolução dos conflitos. Antes a relação jurídica processual era considerada como um triângulo, mas não parece ser o mais adequado nesse novo ambiente conciliador.

Parece mais apropriado a figura geométrica de um círculo, afinal as partes e o juiz estão em um novo estágio, o da cooperação, e não mais se tem um distanciamento da figura do juiz como prestador da jurisdição estatal, mas agora está no mesmo patamar “horizontal”, claro que com diferentes funções e deveres. Tem-se mais diálogo, a troca de informações é mais rápida, clara e objetiva, não se almeja prejuízo para o polo contrário ou obtenção de vantagem perante as decisões do juiz.

6.1 Conceito

É um grande desafio tentar nomear esse magnífico fenômeno jurídico, até pelas inúmeras classificações e critérios adotados. Entretanto a fim de delimitar (ou ampliar mais ainda) o objeto da pesquisa é possível chegar na conclusão que o negócio jurídico processual é um fenômeno jurídico que emana efeitos para todos os campos normativos, sejam processuais ou materiais, e que surge originalmente da vontade dos indivíduos interessados, com a finalidade de obter resultado útil e eficaz do conflito, onde possuem liberdade para escolher, modificar, extinguir, regras procedimentais e até regras processuais.

A fim de esclarecer mais o tema:

Negócio jurídico processual é o ato que produz ou pode produzir efeitos no processo escolhidos em função da vontade do sujeito que o pratica. São em geral, declarações de vontade unilaterais ou plurilaterais admitidas pelo ordenamento jurídico como capazes de constituir, modificar e extinguir situações processuais, ou alterar o procedimento. (CABRAL, 2016, p. 48)

Neste mesmo liame, uma definição mais conhecida e citada frequentemente:

[...] é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação de conteúdo eficaz das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico. (MELLO, 2003, p. 225)

Percebe-se uma certa presença do tradicionalismo, da ideia de que, para celebrar um negócio jurídico processual, esse tem que ser predeterminado por lei, entretanto veremos que nem sempre isso é possível e poderá haver situações em que a autonomia da vontade entra em erupção, e apresenta-se de uma forma tão impetuosa que se torna possível a estipulação de um negócio jurídico processual atípico.

6.2 A Divergência da Existência do Negócio Jurídico Processual

Em relação a doutrina brasileira, a existência do negócio jurídico processual e a sua classificação como tal encontra-se em um momento de muita divergência. Logo, há os que se posicionam contra a existência desse fenômeno jurídico.

Este é o entendimento de Cândido Rangel Dinamarco, para quem não considera a existência dos negócios jurídicos processuais, pois a vontade das partes deve estar condicionada pela existência da lei (DINAMARCO, 2003, p. 472).

No mesmo entendimento José Joaquim Calmon de Passos, também não admite os negócios jurídicos processuais pois segundo ele para que a expressão da vontade das partes possa produzir efeitos como ato processual seria necessário a intervenção do magistrado como direcionador e instrutor, ou seja, sem a presença do juiz e a predeterminação em dispositivo legal não há negócio jurídico válido capaz de produzir efeitos (PASSOS, 2002, p. 64).

Assim, no código de processo civil revogado, só era permitido a desistência da ação ou desistência do recurso, ou acordo para suspensão do processo, se passasse pelo crivo do juiz e com seu pronunciamento.

Art.158. Os atos das partes, consistentes, em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais.

Parágrafo único. A desistência da ação só produzirá efeito depois de homologada por sentença.

Para Pontes de Miranda, as declarações de vontade das partes:

[...] coincidentes por vezes, chamados acordos das partes, não, são, de modo nenhum, negócios jurídicos bilaterais (contratos). São apenas declarações unilaterais de vontade ao juiz ou tribunal, ao Estado; tal como acontece quando o juiz abrevia ou prorroga prazos (art.181 e §1º), ou o adverso assente em que o pleiteante altere o pedido ou a causa dele (art.264). (MIRANDA, 1974, p. 05)

Enfim, outro autor renomado, que acredita apenas na existência delimitada do negócio jurídico processual, por exemplo, a desistência da demanda ou do recurso, como citado acima o artigo 181, diz respeito à prorrogação do prazo, mas mesmo assim no §1 vemos a interferência do juiz de forma determinante, pois

ele deverá fixar o dia do vencimento do prazo prorrogado. Assim, admite o negócio jurídico processual em casos específicos.

Pactua no mesmo entendimento o ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, que apesar de admitir a existência do negócio jurídico processual ela está condicionada as leis pois estas possuem caráter cogente, e mesmo assim só poderia ocorrer em situações extraordinárias.

Portanto, dentro dessa discussão que aparenta não ter um fim pacífico, percebe-se que vários doutrinadores se apoiam na ideia das normas e seu caráter vinculante e imutável, e o imprescindível controle do juiz e sua presença na figura do estado. A vontade das partes estaria condicionada a esses elementos e, na ausência destes, não produziriam efeito ou se quer existiriam no plano processual.

Além disso o negócio jurídico pode ocorrer fora do processo. Essa deve ser uma das grandes dúvidas que estudantes de direito poderão encontrar, afinal podemos ser levados pela própria nomenclatura (“processual”) e apenas responder com toda firmeza que negócio jurídico tem que decorrer dentro do processo. Porém, esse entendimento já não tem força:

A tese que o acordo processual seria sempre um ato do processo há tempos vem sendo rechaçada na doutrina, até porque não é compatível com o compromisso arbitral, que compreende uma renúncia à jurisdição (e, portanto, tem efeitos processuais) mas é firmado fora do processo. Também seria incompatível com a eleição de foro ou a convenção sobre o ônus da prova, que o CPC/2015 afirma poder ser firmada extrajudicialmente (art. 373 §4º). (CABRAL, 2015, p. 59).

Assim, não resta dúvida de que desde a hipótese do compromisso arbitral, por exemplo, extrajudicial em que antes mesmo do processo, já se firma uma espécie de negócio jurídico processual e isso possui efeitos processuais, até a eleição de foro e convenção sobre o ônus da prova que agora o Código de Processo Civil de 2015 regulamentou, a ideia de que negócio jurídico processual tem que ser dentro do procedimento animado pela relação jurídica já está ultrapassada.

6.3 Fundamentação

Os negócios jurídicos, primordialmente, nascem da autonomia da vontade, começa no âmbito subjetivo de cada indivíduo e externa no mundo fático. Assim como no direito civil, existe essa possibilidade de autodeterminação.

Os negócios jurídicos processuais pertencem ao ambiente consensual e viabilizam maior participação dos sujeitos envolvidos no ato jurídico, substituindo regras impositivas por regras concertadas pelo comum acordo dos sujeitos processuais. (CIANCI, MEGNA, 2015, p.484)

As partes (ou sujeitos processuais como assim prefere alguns doutrinadores) possuem liberdade de escolha e isso não significa que automaticamente estarão infringindo alguma lei, nesse entendimento:

Como exemplo de negócio jurídico (bilateral) citam-se os contratos: o sujeito pode não só escolher se e quando irá celebrar um contrato (liberdade de contratar), como também quais as cláusulas do contrato (liberdade para plasmar o contrato). Outro exemplo de negócio jurídico (desta vez, unilateral) é o testamento: o sujeito escolhe se deixará testamento e a quem deixará a parte disponível da herança. Note-se que, em todos esses exemplos, embora os atos sejam rigorosamente fundados na autonomia da vontade do sujeito de direito, nem por isso deixam de ter limitações legais, como a irrevogabilidade do reconhecimento de paternidade, a necessidade de observar as condições de validade do contrato (e.g., vedação de cláusula abusiva) e a impossibilidade de o testador dispor da parte legítima da herança, reservada aos herdeiros necessários. (CIANCI, MEGNA, 2015, p.484)

Desta forma, temos exemplos de negócios jurídicos por todo o código civil e outros ordenamentos, onde dispor sobre alguma cláusula, não significa invalidar o ato ou esbarrar em algum preceito fundamental.

No novo Código de Processo Civil, temos o artigo que mais chama atenção quanto ao instituto do negócio jurídico, o artigo 190:

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

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

Percebe-se a amplitude que o negócio jurídico pode alcançar. É considerado por muitos uma cláusula aberta, e com esta previsão a mensagem que o legislador quis passar é de que a autonomia das partes do processo vale não só para a opção de praticar os ônus processuais de atos com efeitos pré-estabelecidos em lei, como também para dispor sobre o conteúdo desses atos (CIANCI, MEGNA, p. 486).

Além disso, o direito processual brasileiro sempre possuiu o caráter publicista do processo, desde o código de processo civil em 1939, e intensificando-se no código de processo civil de 1973. Ou seja, o juiz sempre teve em mãos o poder de instrução e do impulso oficial.

Entretanto, é inegável que, a partir da atual contemporaneidade, o embate entre o caráter publicista do processo e o conteúdo do direito de liberdade e a autonomia da vontade, possibilitaram uma maior participação das partes.

E é exatamente nesse ambiente processual “em construção” que surge o artigo 190, conhecido como “cláusula geral de negociação processual”. O dispositivo já citado, traz muito mais do que flexibilização procedimental, ele permite convenções (acordos ou contratos, discussão já levantada a respeito do termo utilizado) acerca de ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, o que poderá ser feito antes ou durante o processo. No mesmo raciocínio, o enunciado n. 257 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC):

(art. 190) O art. 190 autoriza que as partes tanto estipulem mudanças do procedimento quanto convencionem sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. (Grupo: Negócios Processuais).

Além disso, a maior participação liberal das partes não implica em rebelião ao estado juiz, aprimora-se com o entendimento de Robson Renault Godinho “há maturidade cultural suficiente para receber a autonomia das partes do processo, sem que isso signifique qualquer privatização, mas tão-somente o almejado encontro do processo com a Constituição”(GODINHO, 2015, p.1169).

Ainda no entendimento do renomado doutrinador, o balizamento à autonomia privada deve ser fornecido pela mesma fonte que a fundamenta, ou seja, é direcionada por todos os princípios e garantias constitucionais já citados no presente trabalho, fundamentais para nascimento do negócio jurídico (GODINHO, 2015, p.1169).

Conforme entendimento doutrinário, é possível extrair do artigo 190 alguns requisitos: 1) a discussão deduzida em juízo deve envolver direitos passíveis de autocomposição, 2) partes capazes, 3) existência de situação de equilíbrio entre as partes (LIPIANI, SIQUEIRA, 2015, p.452).

Nota-se que são requisitos um tanto quanto óbvios, pois é possível em uma leitura atenciosa e interpretativa extrair-los. Atendido esses elementos básicos,

a solução de controvérsias deve-se ser mais efetiva e célere. Há maior espaço para o diálogo entre as partes e o juiz, onde as partes poderão adequar procedimentos ou convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres.

6.4 Limites e Parâmetros para a Realização do Negócio Jurídico

Importante, preliminarmente, entender algumas mudanças e avanços sobre o novo diploma processual. A mais clara e evidente é a constitucionalização do processo. Percebe-se um amplo amparo das normas jurídicas fundamentais no novo código de processo civil que também balizam toda a relação jurídica processual.

Os doze primeiros artigos do ordenamento processual civil fazem questão de trazer algumas garantias básicas e fundamentais para um processo justo, efetivo e válido. Tem-se a ideia do contraditório, o acesso à justiça, a obtenção de um resultado efetivo, célere e fundamentado. Pode-se ainda extrair outras garantias e princípios, reflexos da constitucionalização, como a legalidade, a isonomia, a liberdade, a segurança jurídica, decorrentes da noção de Estado Democrático.

É, ainda, o primeiro Código de Processo Civil brasileiro a ser promulgado e sancionado no contexto do Estado Constitucional. O juiz era considerado um mero declarador de enunciados normativos. O atual ordenamento processual surge blindado e equipado pela garantia de proteção dos direitos fundamentais (BERTÃO, 2016, p. 1356).

Ainda, conforme entendimento:

Destaca-se, nesse sentido, o enunciado n.6 do Fórum Permanente de Processualistas civis, eventos que reúnem acadêmicos do Brasil inteiro para discutir o novo CPC, que afirma: “art.5º, 6º e 190) O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação (Grupo: Negócio Processual)”. Percebe-se, assim, que os negócios jurídicos não podem afrontar princípios e garantias constitucionais, bem como a própria sistemática processual. Não parece viável, também, convenções sobre matérias reguladas por normas cogentes, em que o legislador não outorga disponibilidade às partes (BERTÃO, 2016, p.1361).

Assim, conforme demonstrado pelo ilustre doutrinador, os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação não podem ser afastados, logo as outras

garantias constitucionais explanadas no presente trabalho também não podem ser lesadas, bem como a própria sistemática processual.

Pelo que foi apresentado no presente trabalho, é possível determinar uma certa consolidação quanto ao respeito aos princípios da boa-fé, liberdade e cooperação. Ainda, de acordo com o citado, há matérias com caráter cogente em que o legislador não permitiu a disponibilização às partes.

Assim, por exemplo, seria inválida convenção para criar recurso não previsto em lei, porque a previsão de tipos recursais deve estar prevista em regra legal. (CABRAL, 2016, p.316)

No mesmo liame, o enunciado nº 20 aprovado em Salvador, que aduz algumas hipóteses de não cabimento do negócio jurídico:

(art. 190) Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância, acordo para afastar motivos de impedimento do juiz, acordo para criação de novas espécies recursais, acordo para ampliação das hipóteses de cabimento de recursos. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no VI FPPCCuritiba)

Talvez não seja possível criar um tipo recursal, entretanto a ideia de ampliar o rol “taxativo” do artigo 1015 do código de processo civil parece plausível, uma vez que, de acordo com referido artigo, caberá agravo de instrumento nos seguintes casos:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

- I - tutelas provisórias;
- II - mérito do processo;
- III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
- IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
- V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
- VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
- VII - exclusão de litisconsorte;
- VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
- IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
- X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
- XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1o;
- XII - (VETADO);
- XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou decumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

Percebe-se, que mesmo o legislador tentando enumerar o maior número de situações que poderiam gerar prejuízo imediato às partes, algumas situações podem ocasionar muito mais do que prejuízo, como por exemplo lentidão no trâmite do processo e não foram positivadas.

Podemos ressaltar a hipótese do perecimento de uma prova testemunhal. Um indivíduo encontra-se em estado crítico de saúde e é a única testemunha que pode auxiliar em uma ação indenizatória. O juiz na sua decisão indeferiu a colheita da prova. Essa testemunha pode ter pouco mais que algumas semanas de vida e a decisão não é agravável.

Diante da previsível impossibilidade de produção dessa prova em razão do seu perecimento, deve-se permitir o negócio jurídico, a maior participação das partes para evitar o iminente prejuízo que poderá ser causado. Dentro do que já foi apresentado, isso poderia não estar usucapindo a função do legislativo, uma vez que não criou outro tipo de recurso, apenas ampliou o rol que se mostra insuficiente para a complexidade e variedade das demandas.

6.5 Sujeito, Forma e Objeto

Quanto ao negócio jurídico processual, é possível constatar várias limitações, no entanto, insta reportar as limitações quanto ao sujeito, forma e objeto, que serão demonstradas abaixo. Ainda, cabe verificar, mesmo que de forma resumida, os sujeitos processuais que possuem capacidade para estabelecer um acordo ou convenção processual, a forma desse instrumento e se o objeto é lícito.

Assim, todo ato de disposição tem que partir do sujeito que titulariza a situação processual. As partes não estão autorizadas a deliberar senão sobre situações jurídicas que estejam na sua esfera de autonomia. (CABRAL, 2016, p.269).

Por exemplo, o Ministério Público atua como fiscal da lei independente da concordância ou anuência das partes, existe uma atribuição constitucional, e a matéria é indisponível para discussão processual, assim, afastar o Ministério Público da sua função pública de fiscal da lei está fora do alcance do negócio jurídico processual.

Conforme artigo 127 da Constituição Federal de 1988:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

O juízo, constantemente, aciona o Ministério Público para garantir um processo saudável para as partes. Outro exemplo, pouco concordado na doutrina, seria a disposição da publicidade do processo. Ora, é possível elaboração de cláusula arbitral a respeito disso, porque não seria possível na relação jurídica processual. Porém, desde que não cause prejuízo ou difame a imagem ou a honra de uma das partes, estas poderiam acordar sobre o sigilo ou não no trâmite do processo.

Essas são hipóteses de dispor de situações jurídicas de terceiros. Entretanto, a quanto a interesse processual e a legitimidade, e pela segurança jurídica, em regra, seria adequado apenas os sujeitos que estivessem, diretamente, ligados a situação jurídica fática, dispendo sobre seus próprios interesses. Mesmo que um eventual terceiro interessado queira participar de um acordo processual, poderia estar colocando o ideal de processo justo em risco.

Sabe-se que o sujeito processual deve ser considerado capaz, no entanto, uma vez incapaz o negócio jurídico poderá ser válido desde que o indivíduo esteja devidamente assistido ou representado.

A possibilidade de celebração de acordos processuais por grupos vulneráveis, sejam pessoas com deficiência, sejam incapazes, deve ser admitida sobretudo porque estes pactos podem beneficiar o vulnerável, seja na distribuição do ônus da prova ou na alteração de algum prazo processual ou a eleição do foro onde o incapaz reside (CABRAL, 2016, p.276).

Em qualquer contrato, também nos acordos processuais, a forma é relevante para atribuir o ato jurídico uma esfera de segurança adequada. Mesmo sendo interessante dar maior liberdade as partes é interessante delimitar e registrar essa manifestação de vontade. Não se exige ainda uma forma predeterminada em lei, porém respeitar algumas formalidades deve trazer maior proteção jurídica as partes (CABRAL, 2016, p.287).

Quanto a necessidade de forma escrita, explana Antônio do Passo Cabral:

Como vimos, não há forma rígida para os acordos processuais. Mas é curioso notar que parte da doutrina, ainda apegada à forma legal, tipificada,

insiste em afirmar que as convenções processuais só podem ser celebradas na forma escrita. Trata-se, em nossa opinião, de uma confusão entre o acordo de vontade das partes (*negotium*) e o meio (*instrumentum*) que o veicula. Consoante o princípio da liberdade das formas, vigente no sistema processual brasileiro, não há exigência de que os acordos processuais tenham forma escrita para que sejam considerados válidos. A convenção processual pode ser escrita ou verbal, podendo ser celebrada oralmente tanto em procedimentos informais e simplificados, como os Juizados Especiais, quanto no procedimento comum (em audiência) (CABRAL, 2016, p. 288).

Percebe-se que a viés instrumental é importante e corrobora para a veracidade do acordo processual, entretanto não parece ser requisito essencial para elaboração do mesmo. O elemento essencial continua sendo a obtenção do resultado efeito, justo e eficaz. Evidente que deve-se atentar à exigência expressa em lei sobre a forma escrita, como por exemplo a eleição de foro artigo 63, §1º:

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

§ 1º A eleição de foro só produz efeito quando constar de instrumento escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico.

Assim, essa exigência é compreensível pela parte do legislador, uma vez que possui o caráter protetivo, experiência essa compartilhada na lei de arbitragem em artigo 4º §1º, onde a cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, assim como no seu §2º, que nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só será eficaz se o aderente tomar a iniciativa ou concordar em instituir a arbitragem expressamente, devendo fazê-lo por escrito.

O objeto do negócio jurídico é amplo, indeterminado, e está longe de ser algo de fácil compreensão. Entretanto, analisando o artigo 190 de forma minuciosa, destacam-se ônus, deveres, poderes e faculdades processuais, e direitos que admitam autocomposição, estes talvez possam trazer algum direcionamento.

Quanto às situações jurídicas que admitem autocomposição, o tema ainda é incerto e nem a doutrina ou a jurisprudência possuem um entendimento pacífico. Porém, sejam direitos materiais ou processuais, mesmo que considerados fundamentais, eles possuem caráter patrimonial, conforme já apresentado no presente trabalho. O direito processual ou material fundamental, em si, talvez não possa ser renunciado, mas pode ser moldado de acordo com o caso concreto.

Não é uma tarefa fácil determinar qual conteúdo seria “disponível”, afinal não existe uma tabela ou um rol taxativo, e muito menos um entendimento

pacífico da jurisprudência ou da doutrina. Deve-se analisar caso por caso, as partes ou sujeitos processuais (aqui abrange também o juiz como sujeito imparcial) se estão em “comunhão processual” e devem almejar, conjuntamente, o resultado útil, eficaz e válido.

Frequentemente, ao abordarem o tema do objeto das convenções, vemos certos autores mencionarem a indisponibilidade do direito material como indicativa da inadmissibilidade dos acordos processuais (CABRAL, 2016, p. 297).

Assim aduz Leonardo Greco, a definição dos limites entre os poderes do juiz e a autonomia das partes está diretamente vinculada a três fatores:

[...] a) à disponibilidade do próprio direito material posto em juízo; b) ao respeito ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas, para que uma delas, em razão de atos de disposição seus ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de ação e de defesa; e c) à preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito. (GRECO, 2007, p. 07)

Entretanto não parece suficiente tal afirmação, pois mesmo que o direito material em si seja indisponível, o objeto do acordo processual pode ser disponível e permitir por exemplo a flexibilização do procedimento ou modificações dos ônus, deveres, poderes ou faculdades processuais, compactua o enunciado 135 do encontro dos jovens processualistas realizado no Rio de Janeiro: “art. 190. A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual” (Grupo: Negócios Processuais).

Assim dispõe Murilo Teixeira Avelino, “ [...] é a reaproximação entre o direito material e o direito processual que justificará uma relativização do caráter cogente e indisponível das normas de processo” (AVELINO, 2016, p. 1429).

Cabe ressaltar que, dependendo da relação entre direito material e a convenção processual, o impacto que o acordo processual gerar pode conduzir à inadmissibilidade. Por exemplo, um pacto sobre não executar judicialmente um crédito alimentício, dependendo do caso, não poderia ser firmado pois o direito material possui evidentes restrições a respeito da renunciabilidade dos alimentos (CABRAL, 2016, p. 299).

Neste raciocínio, imaginemos o caso de um processo envolvendo um incapaz, seria completamente admissível um acordo processual que ampliasse um

prazo processual ou alterasse regras legais a respeito de custas para equilibrar a hipossuficiência econômica.

Entretanto ainda encontramos como limitação da autonomia das partes, a estatalidade do processo, no caráter público da relação processual. O processo é considerado ambiente público, processualmente, por grande parte da doutrina, e isso poderia influenciar na tomada de decisões pelas partes nos acordos processuais. Porém o juiz é mais que um funcionário público do estado, ele auxilia as partes e realiza controle da convencionalidade sem que seja necessário excluir, do âmbito das convenções processuais, os litígios sobre direitos indisponíveis (CABRAL, 2016, p. 298).

Assim, o juiz não atua de maneira isolada em cima de um “pedestal”, mas participa ativamente no ambiente cooperativo entre as partes. O auxílio também deve ser no amparo legal e técnico, permitindo maior clareza no entendimento das decisões e manifestações.

6.6 O Interesse Público no Negócio Jurídico Processual

Primeiramente importante ressaltar que o direito processual civil é uma vertente do direito público, ou seja, o poder jurisdicional é regulado e exercido pelo Estado. Porém o grande questionamento a respeito do interesse público no negócio jurídico processual, seria se as matérias de ordem pública poderiam ser um óbice à aplicação desse instituto jurídico, e se poderiam limitar a autonomia privada das partes.

O interesse público é, constantemente, associado à indisponibilidade dos direitos fundamentais. Entretanto percebe-se uma tendência em relativizar a aplicação do negócio jurídico no ambiente publicista. À luz do ilustre doutor Antonio Do Passo Cabral, “Ora, se assim é, e se a Fazenda Pública pode celebrar acordos processuais, vemos que o interesse público não é, sempre e em todos os casos, absolutamente indisponível. ” (CABRAL, 2016, p. 300)

Apesar da grande maioria das normas, que regem o exercício do poder do estado, serem inafastáveis, para que se obtenha um processo justo e uma decisão justa, deve-se adequar o procedimento para a melhor cooperação entre os litigantes e o fim útil e eficaz do processo.

Logo, dentro desse contexto, não se pode afirmar que a circunstância de o Direito Processual consistir em uma das vertentes do direito público tem como consequência que todas as suas normas sejam indisponíveis para os sujeitos interessados no litígio (OLIVEIRA, 2015, p.429).

Por isso, o interesse público não é critério desqualificador do negócio jurídico processual. Assim, no regular exercício de poder pelo Estado, a natureza pública do processo deve ser sobretudo, garantia aos cidadãos, uma vez que esses são considerados os mais interessados na solução do litígio (OLIVEIRA, 2015, p. 429).

Neste viés, a formulação de conceitos e regras de processo deve atender à realidade social e às necessidades dos consumidores dos serviços jurisdicionais (BEDAQUE, 2006, p.64).

Na evolução dessa cultura processual, deve haver um terreno fértil para elaboração dos acordos e convenções processuais. Nesse sentido, para que haja a manifestação de vontade livre e válida, coberta pela proteção jurisdicional estatal, é necessário que haja uma simbiose entre o público e o privado, isto é, um equilíbrio entre publicismo e privatismo (CABRAL, 2016, p.301).

Portanto se trata de um equilíbrio saudável e fundamental, pois há normas cogentes e princípios fundamentais inderrogáveis que não possuem o intuito de prejudicar os cidadãos e sim trazer proteção à relação jurídica. Assim como dessas normas é possível extrair esse tratamento, deve-se atentar para a flexibilização e negociação que determinadas situações específicas podem exigir.

6.7 A Participação do Magistrado no Negócio Jurídico Processual

É de suma importância a participação do juiz nas convenções e acordos processuais. O processo está imerso no ambiente publicista, logo deve haver um representante estatal para auxiliar as partes na negociação processual. Este é o papel fundamental do magistrado para a validade do negócio jurídico processual.

É pela apreciação do juiz que será possível saber o impacto dos efeitos decorrentes do acordo processual. Assim, deve-se observar se o magistrado como sujeito processual imparcial seria parte da convenção.

Assim, aduz Kelsen, a capacidade negocial é uma capacidade conferida pela ordem jurídica aos indivíduos para, com base nas normas fundamentais e autonomia da vontade, produzam normas jurídicas individuais. Nesse sentido, a capacidade negocial não é fruto da função jurisdicional estatal (KELSEN, 1998, p. 104).

Logo, somente os sujeitos que falam em nome de algum interesse possuem capacidade negocial para estipular regras do procedimento ou criar, modificar e extinguir situações jurídicas processuais (CABRAL, 2016, p. 223).

Segundo Francesco Carnelutti (Sistema di Diritto Processuale Civile...p.70) apud Antonio do Passo Cabral (2016, p.225), no negócio jurídico, o poder de praticá-lo é exercitado no interesse de quem o desempenha.

Nesse contexto, é evidente que o magistrado não configura como parte na pactuação do acordo processual, porém é sujeito participativo na cooperação processual. Assim, o controle de validade não é limitação para o negócio jurídico processual, apenas direciona a as partes, auxilia na negociação.

A luz do entendimento doutrinário:

Esse vetusto modelo autoritário de processo deve ser abandonado, sendo em seu lugar erigido um novo tipo de contraditório, expandindo a partir de uma visão cooperativa de processo, em que o juiz submete às partes sua primeira impressão técnica sobre a questão a ser decidida, colhe suas manifestações a respeito como pontos de partidas parciais, abstraindo daí os elementos para a formação de sua convicção e elaboração da solução final de maneira democrática, proferindo uma decisão fundamentada e com o enfrentamento das argumentações deduzidas (PEREIRA, 2016, p. 537).

No mesmo sentido, nos direciona o entendimento de Paulo Sérgio Velten Pereira:

O processo é produto da vida de relações que se desenvolve no seio da sociedade. Logo, não pode ficar encastelado na técnica e no conhecimento do aplicador da lei. Ao revés, deve estar aberto para sofrer as influências da sociedade que o criou. E é por meio do diálogo que as partes possuem a oportunidade de influenciar eficazmente na formação da convicção do juiz (PEREIRA, 2016, p.540).

E esse diálogo entre as partes e o magistrado é fundamento do ideal cooperativo. Claro que a autonomia das partes não significa eliminar as prerrogativas do juiz, das quais podemos perceber no artigo 139 do Código de Processo Civil, especialmente do inciso I ao IX:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela duração razoável do processo;

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais;

VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;

IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;

Porém, se os poderes do juiz forem subordinados pelo agir das partes, é possível que o exercício da autonomia, por meio dos acordos, reduza ou impeça a atuação judicial. Entretanto, a questão está longe de ser pacificada e a discussão é constante (CABRAL, 2016, p.226).

Portanto, esse é novo cenário que vem sendo estabelecido sobre a litigiosidade. Deve-se trazer para o ambiente conflituoso a cooperação, pois as partes são a principal fonte capaz de superar a desigualdade e cooperar para uma resolução efetiva e válida. O juiz, como auxiliar, deve estar apto para participar dessa expansão colhendo informações e manifestações, e se for necessário durante seu papel de controlador e fiscalizador, intervir sem infringir o ideal do estado democrático de direito, sendo uma decisão fundamentada posta ao contraditório prévio.

7 CONCLUSÃO

As garantias fundamentais protegem e direcionam as partes, logo são pilares de estruturação para o negócio jurídico processual. O direito a tutela jurisdicional efetiva, célere e adequada é fundamental não apenas para o aspecto substancial do processo como também para o procedimento adotado.

A adaptação do procedimento é necessária para a obtenção do melhor resultado para as partes. É dever do Estado juiz na sua função jurisdicional providenciar todas as ferramentas possíveis, seja ela adequação e aprimoramento do procedimento ou qualquer outro mecanismo.

Além disso, para que se possa buscar esse ideal os litigantes devem ser permeados pelo devido processo legal, que nos direciona ao formato ideal de processo.

Logo é possível elaboração de técnicas, como por exemplo, a flexibilização procedimental. Mesmo ser entendimento de isso estaria afrontando a segurança jurídica, não há ofensa ao devido processo legal, pois as partes são livres para elaboração de calendário processual, eleição de foro, dispensa de assistentes técnicos, sendo, pois, viável até a limitação entre as partes em face de contraditório, pois o devido processo é processo efetivo.

Além da adequação procedimental, foi analisado a consequência do direito fundamental a liberdade. Pois durante as convenções e acordos processuais as partes poderiam estar renunciando, ou melhor, moldando as garantias fundamentais conforme o caso, desde que não causem prejuízos a si próprios ou a terceiros. Conclui-se que é isso que justifica a autodeterminação individual.

Nesse contexto, aperfeiçoou-se a autonomia da vontade através da liberdade, boa-fé processual e isonomia, assegurando uma convenção livre de dolo ou simulação e casos em que a extrema vulnerabilidade gere assimetria entre os convenientes.

Após análise dessas garantias fundamentais, explorou-se a desnecessidade da nomenclatura ou opção técnica pelos termos, contrato processual ou acordo e convenção processual, pois a eficácia do negócio jurídico não se prende a terminologia técnica.

Assim, buscou-se a contratualização do processo como forma de acesso a uma justiça efetiva, e liberdade entre as partes pois é dessa relação que nasce a consensualidade e o ideal cooperativo.

Ainda, justificando o avanço da autonomia privada, analisou-se os mecanismos alternativos de resolução de conflitos para comprovar que esses meios alternativos são essenciais para desburocratização do processo e uma resposta célere, evidenciando a maior participação das partes assim como deve ser no negócio jurídico processual.

Percebeu-se que a amplitude do negócio jurídico é fruto da maior participação das partes e do avanço da autonomia privada. Foi possível concluir um aprimoramento na relação jurídica com a promulgação do artigo 190 do Código de Processo Civil.

Além disso, após a atribuição do conceito e discussão a respeito da existência do negócio jurídico processual, obteve-se que os negócios jurídicos nascem primordialmente da autonomia da vontade que apesar do artigo 190 ser considerado como uma cláusula aberta, existem limites e parâmetros para a realização do negócio jurídico

A partir dessa conclusão, contribui a pesquisa para uma quebra de paradigmas, que mesmo que diante de ditames e normas consideradas imutáveis, a impossibilidade de realizar uma convenção processual poderia acarretar em prejuízo maior para as partes, as mais interessadas na resolução do conflito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Welber. **A mitigação da soberania popular pelo voluntarismo judicial.**

Disponível em:

<<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/a-mitigacao-da-soberania-popular-pelo-voluntarismo-judicial/4049>> Acesso em: 30 Abril 2016.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo - influência do direito material sobre o processo.** 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 64.

BIANCHI, Bruno Guimarães. **Arbitragem no novo Código de Processo Civil: aspectos práticos.** Revista processo. vol. 255. Ano 41 p.413-432. São Paulo: Ed. RT, maio 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções processuais.** 1ª ed. Salvador. Editora Juspodivm. 2016.

CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique; DIDIER JR, Fredie. **Negócios processuais** /– Salvador: Ed. JusPodivm, 2015. v.1 .il. – (Grandes temas do novo DPC;).

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.** 2ª ed. rev. atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

DICATI, Evandro. **Instrumentalidade, Efetividade e Técnica Processual.**

Disponível em:

<http://facnopar.com.br/revista/arquivos/10/instrumentalidade_efetividade_e_tecnica_processual.pdf> Acesso em: 30 Abril 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil.** 14ª ed. Salvador: Juspodivm, 2012, pag.67

DIDIER Jr, Fredie; MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. Novo CPC doutrina selecionada, v.1: **parte geral.** – Salvador: Juspodivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil.** V. II. São Paulo: Malheiros, 2003.

DUPRAT, Deborah. **Direitos fundamentais e direitos patrimoniais.** Disponível em:

<<http://pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/o-papel-do-judiciario/direitos-fundamentais-e-direitos-patrimoniais>> Acesso em: 30 Abril 2016.

Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis São Paulo, 18, 19 e 20 de março de 2016. Disponível em: <<http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2016/06/FPPC-Carta-de-Sa%CC%83o-Paulo.pdf>> Acesso em: 25 out. 2016.

FIGUEIREDO, SIMONE. **Poderes do juiz e princípio da imparcialidade.**

Disponível em:

<<http://simonefigueiredoab.jusbrasil.com.br/artigos/112230058/poderes-do-juiz-e-principio-da-imparcialidade>> Acesso em: 30 Abril 2016.

GRECO, Leonardo. **Os atos de disposição processual** - primeiras reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro, 1. ed., out./dez. 2007, p. 7-27, p. 7.

Informativo STF. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo381.htm>> Acesso em: 30 Abril 2016.

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito** / Hans Kelsen ; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998. – (Ensino Superior)

LIMA, Newton. **Substancialismo versus procedimentalismo: Discussões sobre a legitimidade da jurisdição constitucional.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5141> Acesso: 30 Abril 2016.

MACHADO, Fernanda. **Alguns aspectos sobre o Neoprocessualismo.** Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=9357> Acesso em: 30 Abril 2016.

MARINONI, Luiz. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais.** Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15441-15442-1-PB.pdf>> Acesso em: 30 Abril 2016.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do Fato Jurídico. Plano de Existência.** São Paulo: Saraiva, 2003.

(Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro / Edição comemorativa. - Vol. 1, n.1 (jan./jun. 1995)- . - Rio de Janeiro: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 1995 - v.; 23 cm)

PASSOS, J. J. Calmon de. **Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SÉRGIO, Caroline. **A Constitucionalização do Novo CPC.** Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9219/A-constitucionalizacao-do-Novo-CPC>> Acesso em: 30 Abril 2016.

MIRANDA, Pontes. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1974, t.3, pag.5