



MESTRADO ACADÊMICO EM DIREITO

MIRNA MARIA RAMOS SIEBRA

**PROCESSO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO E NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCESSUAIS: (IN)COMPATIBILIDADES E DESAFIOS**

**FORTALEZA – CEARÁ
2019**

MIRNA MARIA RAMOS SIEBRA

PROCESSO CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICO E NEGÓCIOS JURÍDICOS
PROCESSUAIS: (IN)COMPATIBILIDADES E DESAFIOS

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Christus, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito, Acesso à Justiça e ao Desenvolvimento. Linha de pesquisa: Processo democrático, Judiciário e meios de tratamento adequado de conflitos.

Orientador: Prof. Dr. Jânio Pereira de Moraes Cunha.

FORTALEZA – CEARÁ

2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Centro Universitário Christus - Unichristus
Gerada automaticamente pelo Sistema de Elaboração de Ficha Catalográfica do
Centro Universitário Christus - Unichristus, com dados fornecidos pelo(a) autor(a)

S571p Siebra, Mirna Maria Ramos.
Processo Constitucional Democrático e Negócios Jurídicos
Processuais : (IN) Compatibilidade e Desafios / Mirna Maria
Ramos Siebra. - 2019.
103 f.

Dissertação (Mestrado) - Centro Universitário Christus -
Unichristus, Mestrado em Direito, Fortaleza, 2019.
Orientação: Prof. Dr. Jânio Pereira de Moraes Cunha.
Área de concentração: Direito, Acesso à Justiça e ao
Desenvolvimento.

1. Negócios Jurídicos Processuais. 2. Democracia. 3.
Garantias Constitucionais. I. Título.

CDD 340

MIRNA MARIA RAMOS SIEBRA

PROCESSO DEMOCRÁTICO E NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS:
(IN)COMPATIBILIDADES E DESAFIOS

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Christus, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito, Acesso à Justiça e ao Desenvolvimento. Linha de pesquisa: Processo democrático, Judiciário e meios de tratamento adequado de conflitos.

Orientador: Prof. Dr. Jânio Pereira de Moraes Cunha.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Jânio Pereira Cunha
Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS)

Prof. Dr. Carlos Marden Cabral Coutinho
Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS)

Prof. Dr. Flávio José Moreira Gonçalves
Universidade Federal do Ceará (UFC)

AGRADECIMENTOS

Expressarei aqui sucintamente, ainda, que em medidas inversamente proporcionais, a gratidão que tenho pelas pessoas que me auxiliaram, direta e indiretamente, nesta caminhada, pelo especialmente agradece:

À minha filha Giovanna que, com a sua chegada, me fortaleceu e me resinificou a vida. À minha família, minha mãe Margarida, meu irmão Arlindo, minha cunhada Firmiana e aquele que foi meu companheiro e será sempre o pai de Giovanna, Igor, por todo o estímulo, o acolhimento e o apoio que me deram nessa caminha permeada de tantos desafios.

Aos meus amigos, Laiz Mariel, Andréia Costa, Ana Paula Martins, André Moura, Raphaella Prado, Vanessa Melo, Melissa Ourives, Paula Vieira, Vildomar Vieira, Carla Diógenes, Natália Castilho, Nilo Avelino, José Rangel, Célia Rufino, Taís Cidrão, Marlea Nobre, João Ricardo, Roberta Juaçaba, Marcella Mourão, Adriano Nóbrega e tantos outros que, de forma muito presente e compreensiva, estiveram ao meu lado.

Agradeço, ainda, a todos os meus professores, Carlos Marden, Fayga Bedê, Renata Albuquerque, André Studart, Hugo Segundo, Carlos Cintra, Alexandre Bruno, Clésio Arruda, Daniel Gutiérrez, Alexander Perazo, pelo convívio respeitoso, prazeroso e de muita qualidade. Além de meu agradecimento, externo, também, a minha admiração por vocês, meus mestres, pelos profissionais e pelas pessoas que são. De sobremaneira, ressalto, em especial minha gratidão aos professores e orientadores, Flávio Moreira e Jânio Cunha, que, além de terem sido excelentes mestres, me orientaram de forma dedicada, motivadora, encorajadora e acolhedora, fazendo com que eu pudesse chegar a esse momento.

Igualmente, sou grata ao meu coordenador do mestrado, Juraci Mourão, pela dedicação, pela clareza, pela gentileza e, sobretudo, pela resolutividade que conduziu e conduz este Programa, bem como a todos os funcionários da Unichristus, Campus Parque Ecológico e Campus Dom Luís, em especial,

Diana Crispim e Fátima Mapurunga, pelo trabalho comprometido e pela delicadeza no tratamento.

Mais uma vez, evidencio minha gratidão às amigas (e chefes), Andréia Costa e Ana Paula Martins, pelo estímulo, pela compreensão e pelo amparo dado a mim, incontáveis vezes.

Por fim, agradeço ao Dr. Estevão de Carvalho Rocha e ao Dr. José de Carvalho Rocha, por fomentarem um ensino de qualidade, pautado na ética e na relação de respeito ao próximo.

“Um programa jurídico se mostra como discriminatório quando é insensível às consequências limitadoras da liberdade, derivadas das desigualdades fáticas; é paternalista quando é insensível às consequências limitadoras da liberdade que acompanham a compreensão estatal daquelas desigualdades”.

Dierle Nunes

RESUMO

Investigou-se a gestão compartilhada de procedimento que se opera por meio dos negócios jurídicos processuais. Seria o referido instituto compatível ao modelo de processo constitucional democrático? Iniciou-se o estudo, essencialmente, bibliográfico documental, pela análise das características do Estado Democrático de Direito, a fim de identificar os pilares das relações democráticas, considerando o contexto político, social e, especialmente, o jurídico-processual. Diante destes pilares, verificou-se que, na conjuntura jurídico-processual, a participação dos sujeitos (como indivíduos capazes de agir) é condição *sine qua non* para a legitimação dos sistemas democráticos. Avaliou-se, portanto, que os negócios jurídicos processuais seriam mecanismos viabilizadores de uma relação processual, procedimentalmente, mais autonômica e colaborativa entre os sujeitos do processo (partes e juiz). A seu turno, reconheceu-se as dificuldades de se enfrentar o assunto, na medida em que a compreensão proposta também desafiava entendimentos muito arraigados ao sistema clássico de processo, a exemplo do protagonismo judicial e da visão binária de processo, dentre outros elementos que limitam a participação efetiva dos destinatários da norma, seus verdadeiros legitimados. Por fim, constatou-se que a gestão compartilhada de procedimento refletiria um mecanismo de defesa das garantias constitucionais-processuais, uma vez que promove uma relação processual dialogada, policêntrica e pautada no respeito às liberdades individual e coletiva.

Palavras-Chave: Negócios Jurídicos Processuais. Democracia. Garantias Constitucionais.

ABSTRACT

The shared management of procedure that operates through procedural legal affairs was investigated. Is this institute compatible with the model of democratic constitutional process? The study began, essentially, documentary bibliographic, by analyzing the characteristics of the Democratic Rule of Law, in order to identify the pillars of democratic relations, considering the political, social and especially the legal-procedural context. Given these pillars, it was found that, in the legal and procedural context, the participation of subjects (as individuals capable of acting) is a sine qua non condition for the legitimation of democratic systems. Therefore, it was considered that the procedural legal affairs would be mechanisms that enable a procedural relationship, procedurally, more autonomous and collaborative between the subjects of the process (parties and judge). In turn, it was recognized the difficulties of dealing with the subject, as the proposed understanding also challenged very rooted understandings to the classic system of process, such as judicial protagonism and binary view of process, among other elements that limit the effective participation of the recipients of the norm, its true legitimates. Finally, it was found that shared procedural management would reflect a mechanism for defending constitutional-procedural guarantees, since it promotes a dialogic, polycentric and procedural relationship based on respect for individual and collective freedoms.

Keywords: Procedural Legal Business. Democracy. Constitutional Guarantees.

LISTA DE SIGLAS

Art. – Artigo

Arts. – Artigos

CP - Código Penal

CPC - Código de Processo Civil

ZPO – Zivilprozessordnung

CPP – Código de Processo Penal

CF – Constituição Federal

DL - Decreto-Lei

LC - Lei Complementar

NJP – Negócios Jurídicos Processuais

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	12
2 OS CAMINHOS DO PROCESSO CONSTITUCIONAL: um olhar sobre a participação processual das partes na conjuntura democrática.....	16
2.1 Os Elementos Constitutivos da Democracia: diretrizes para modelo democrático de processo.....	16
2.2 Dimensões da Autonomia e Seus Reflexos na Participação Democrática dos Indivíduos.....	24
2.3 Teoria Geral do Processo e Suas Repercussões na Participação das Partes.....	29
2.3.1 Teoria da Relação Processual de Oskar Von Bülow.....	30
2.3.2 A Teoria Instrumental do Processo.....	34
2.3.3 A Teoria Estruturalista – O processo como procedimento em contraditório.....	37
2.3.4 Os Modelos Constitucionais de Processo.....	40
3 DA ORIGEM AO DESTINO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS.....	47
3.1 Os Negócios Jurídicos Processuais frente às Teorias de Processo – Origem e Noções Primeiras.....	47
3.2 Negócios Jurídicos Processuais: conceitos, fundamentos e requisitos.....	54
3.2.1 Negócios Jurídicos Processuais e Suas Espécies.....	58
3.2.2 A Regularidade dos Negócios Jurídicos Processuais: Requisitos Positivos e Negativos de ordem infraconstitucional.....	62

<i>a) A Análise das Capacidades nos Negócios Jurídicos Processuais.....</i>	<i>68</i>
<i>b) Direitos Passíveis de Autocomposição.....</i>	<i>72</i>
<i>c) A Inaplicação dos Negócios Processuais Frente à Norma Cogente.....</i>	<i>75</i>
4 NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS PELA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DEMOCRÁTICA: (In)compatibilidades e Desafios.....	79
4.1 A Democraticidade e a Autonomia da Vontade dos Sujeitos Processuais: (In)compatibilidades.....	79
4.2 Negócios Jurídicos Processuais e Constitucionais: o Desafio de Romper com a Visão Binária de Processo.....	84
4.3 Os Negócios Jurídicos Processuais como Mecanismo de Defesa das Garantias Constitucionais.....	89
5 CONCLUSÃO.....	94
6 REFERÊNCIAS.....	97

INTRODUÇÃO

Buscou-se, no presente trabalho, analisar a gestão compartilhada de procedimento que transcorre por meio dos negócios jurídicos processuais, à luz do Processo Constitucional Democrático. Analisando-se, ainda, sua compatibilidade com esse modelo processual, bem como suas repercussões no tocante à garantia de efetiva participação processual das partes.

A pesquisa em questão se justifica por sua relevância no contexto do processo democrático, na medida em que vislumbra uma maior e mais equilibrada participação dos sujeitos processuais diante da proposta de gestão compartilhada do procedimento. Sendo esse um mecanismo pelo qual se reforçaria a natureza dialógica e democrática do processo.

Para tanto, inicia-se a pesquisa pela crença de que a influência das partes sobre o procedimento seria prática incompatível com a natureza pública do processo, porquanto, apenas o Poder Público, na figura do Estado-juiz, poderia atuar nesta composição. Nessa senda, questiona-se: seria mesmo a gestão compartilhada de procedimento uma afronta ao sistema processual? Os negócios jurídicos processuais representariam uma ameaça ao processo constitucional democrático, na medida em que eles representariam a prevalência do interesse particular em detrimento do interesse público?

Diante das questões suscitadas e para explicar as bases do modelo constitucional democrático de processo, dividiu-se o presente trabalho em três capítulos.

No primeiro capítulo, apresenta-se os elementos constitutivos do Estado Democrático de Direito: universalidade (Revoluções Liberais), igualdade (Alexis de Tocqueville), representação (Hans Kelsen), pluralismo (Raymond Aron) e participação (Jurgên Habermas). Bem como, tratou-se de alguns fundamentos constitucionais que diretamente influenciam a participação social dos indivíduos, tais como a liberdade, a igualdade e a cidadania.

Nessa medida, aborda-se o conceito de cidadania, em suas múltiplas facetas, articulando-o ao de liberdade e de autonomia, o que se fez a partir das ideias de Kant, Sen, Nussbam, Arendt, Dagnino, Rego e Pizani, dentre outros autores.

Além disso, demonstra-se como os conceitos supramencionados se aplicam ao sentido de capacidade do sujeito. Compreendendo-se capacidade do sujeito como o atributo do ser social dotado de consciência e autonomia, apto a exercer efetiva participação em seu meio, o que inclui o meio processual.

Diante da questão processual levantada, trabalha-se as principais teorias que versam sobre o processo, apresentando suas influências, positivas e negativas, na construção do modelo constitucional democrático.

Explora-se, portanto, as matrizes da Teoria das Exceções Processuais e dos Pressupostos Processuais, de Bülow; da Teoria instrumentalista, de Dinamarco; da Teoria Estruturalista, Fazzalari; e dos Modelos Constitucionais de Processo, de Andolina e Baracho e de Dierle e Bahia. Também se apresenta, em síntese, contribuições e críticas das teorias explanadas, relacionando-as à relação dialógica do processo e ao papel dos sujeitos que o compõe.

No segundo capítulo, a fim de situar a gestão compartilhada de procedimento na ordem jurídica vigente e, sobretudo, nas teorias de processo explicitadas, elabora-se uma breve contextualização histórica. Para isso, ressalta-se as origens e as possíveis compatibilidades ou incompatibilidades do instituto com os referidos modelos processuais.

Ademais, explica-se os negócios jurídicos processuais relação conceitual e pelas divergências que os envolve, adotando-se, como mais adequada, a concepção de Pontes de Miranda, extraída da Teoria do Fato Jurídico, por ser a mais coerente e útil aos objetivos deste trabalho.

Fala-se, ainda, sobre a base principiológica do instituto, em especial, o princípio da adequação. Momento em que se elenca os meios pelos quais a

adequação se opera, bem como seus reflexos para uma participação mais democrática dos sujeitos no processo.

Outrossim, para se compreender os limites dos negócios jurídicos processuais, tratou-se dos requisitos positivos e negativos que o amoldam, a saber: capacidade das partes (em suas três esferas – capacidade de ser parte, capacidade processual e capacidade postulatória). Articula-se, nesse ponto, a compreensão das capacidades às definições de igualdade ao processo, igualdade no processo e igualdade pelo processo.

A fim de trabalhar os requisitos positivos, desenvolve-se o sentido de direitos passíveis de autocomposição, requisito também necessário à pactuação dos negócios processuais. E, por derradeiro, analisa-se o requisito negativo aplicado ao instituto, qual seja, a não afronta à norma cogente.

A partir dessa relação de ideias, discute-se, no último capítulo, sobre a aplicação dos negócios jurídicos processuais sob a égide do modelo constitucional de processo, oportunidade em que se avalia as possíveis incompatibilidades e desafios para sua implementação.

Nessa senda, explora-se o princípio do respeito à autonomia das vontades e sua relevância para a efetivação das liberdades processuais (individual e coletiva). Conjuntura que reforça o modelo constitucional e democrático de processo.

Nessa senda, destaca-se a importância da gestão compartilhada de procedimento como mecanismo garantidor da fala e da influência das partes no processo. Por sua vez, constata-se que essa dinâmica processual, mais equânime, também serviria para coibir o protagonismo judicial tão lesivo ao sistema democrático de jurisdição.

Ainda nesse ponto, apresenta-se algumas críticas sobre a visão binária de processo e a imaginária e simplista disputa entre o público e o privado. Discussão, aliás, permeada de senso comum.

Por fim, sustenta-se que, necessariamente, a conjuntura do Estado Democrático de Direito compreende a relação jurídico-processual, pelo que os negócios jurídicos processuais, como meio plural de participação dos indivíduos, serviriam como mecanismo de defesa das garantias constitucionais-processuais das partes e do Judiciário (na figura do juiz).

Para cumprir os fins propostos, desenvolve-se o presente estudo com fundamento em pesquisas bibliográficas, escritos documentais diversos, bem como em análise legislativa. A pesquisa de base qualitativa, portanto, foi desenvolvida a partir do estudo de produções científicas que contempla institutos de várias ordens (constitucionais, infraconstitucionais, de direito material e de direito processual).

2 OS CAMINHOS DO PROCESSO CONSTITUCIONAL: um olhar sobre a participação processual das partes na conjuntura democrática.

Antes mesmo de adentrar no cerne da questão proposta, qual seja, o campo processual, neste capítulo apresentou-se, mesmo que de forma concisa, pilares do Estado Democrático de Direito: a exemplo da liberdade, da igualdade, da cidadania, da autonomia e dos elementos constitutivos da democracia.

Registra-se que seria impensável tratar do modelo de processo constitucional democrático, sem a devida compreensão do sistema maior que o envolve, bem como dos demais modelos processuais que o precedem.

Ademais, apresentaram-se, ao final, contribuições e críticas das teorias explanadas, relacionando-as à relação dialógica do processo e ao papel dos sujeitos processuais.

2.1 Os Elementos Constitutivos da Democracia: diretrizes para modelo democrático de processo

Inicialmente, parte-se das lições de Bobbio na obra *Teoria Geral da Política*, para explicar o marco da democracia clássica (Grécia antiga), que remontava à ideia democrática aos preceitos de praça pública e assembleia, pela e com a participação ativa dos indivíduos. Nesse cenário imaginário, coloca-se, portanto, os sujeitos de uma sociedade em um espaço de discussão e em posição de decisão (BOBBIO, 2000).

Pela referência histórica, registre-se ser essência da democracia o estímulo da participação ativa dos cidadãos na construção de uma sociedade,

o que é uma das questões centrais deste trabalho, já que se propõe a discutir as repercussões dessa participação dos indivíduos na construção do processo na contemporaneidade.

Apesar da aparente atuação irrestrita dos sujeitos, na democracia clássica, é conhecido o argumento de que havia um perfil específico de indivíduo a exercer essa participação direta em sociedade, o que significa dizer que tantos outros ficariam à parte do processo decisório (BOBBIO, 2000).

Efetivamente, na democracia antiga, a grande maioria das pessoas ficava alijada da participação política, dado que se tratava de um regime de governo exclusivista e excludente. Exclusivista, porque apenas os homens detinham direitos políticos de deliberação pública. Excludente, porquanto as mulheres, os escravos e os estrangeiros não gozavam do direito de discutir e deliberar ativamente e publicamente a respeito das questões fundamentais no Estado (BOBBIO, 2000).

A despeito da natureza restritiva e limitada da democracia grega, o cientista político Robert Dahl (2012, p. 29) adverte que o regime político dos gregos antigos era superior a todos os regimes não democráticos da época.

Ademais, o autor chama a atenção para a ideia de que “os democratas gregos não viam a exclusividade de suas democracias como um defeito grave” (DAHL, 2012, p. 32). Ao contrário, “na medida em que viam as alternativas como o governo do indivíduo ou o governo de poucos, os democratas podem literalmente não ter visto quantas pessoas eram, na verdade, excluídas dos ‘muitos’” (Ibidem, p. 32).

A seu turno, com a devida licença do salto histórico, a democracia representativa (moderna) se constituiu, expressivamente¹, após a Revolução Francesa (1789) em busca de ampliação da participação popular. O

¹ Não obstante se estabelecer a Revolução Francesa como um marco referencial para a constituição da democracia representativa, não se olvida das contribuições decorrentes das Revoluções que a precederam, a exemplo da Revolução Gloriosa (1688) e da Revolução Americana (1776).

assembleísmo² encontra o seu limite diante da modificação de cidade-estado antigo para grandes Estados nacionais (territoriais). A representação nesses espaços decisórios passa a ser exercida por meio da escolha dos representantes (BOBBIO, 2000, p.377).

O princípio da democracia moderna que emerge nessa concepção dá ênfase à ideia de cidadãos, portanto, intrínsecas às ideias dos homens como titulares de direitos e de obrigações. Para tanto, é indispensável, em uma sociedade democrática, o pacto de não agressão como fundamento primeiro e estruturante do dever de obediência às decisões coletivas, sendo necessário, todavia, para que esse fundamento seja eficaz, a existência de um “poder legítimo”, o que nos remete à compreensão de Estado (BOBBIO, 2000, p. 386).

O Estado torna-se um especialista na gestão dos poderes, técnicos e burocráticos, no exercício do poder decisório voltado ao “bem comum”, expressão esta corriqueiramente relacionada ao Estado Social, mas que pela sua abstração de significado é bastante questionada na literatura, em especial, das ciências sociais e política, conforme trecho em destaque (AMANTINO, 1998, p. 129):

[...] afirma Schumpeter (1984), iniciando sua crítica, que “não existe algo que seja um bem comum unicamente determinado”; que, para diferentes indivíduos e grupos, o bem comum está fadado a significar diferentes coisas”. O mesmo pensa Bobbio (1986) quando afirma que ninguém tem condições de definir precisamente o interesse comum ou coletivo, a não ser confundindo interesses grupais ou particulares com o interesse de todos. Aliás, se houvesse, de fato, um bem comum precisamente determinado, não seria necessária a existência de mais de um partido; ao contrário, no entanto, a simples existência de mais de um partido nos regimes democráticos atesta a divergência de interesses.

² Na língua portuguesa, o autor afirma que o sufixo “-ismo” apresenta funções diversas: podendo significar orientação política, quando a base é um nome próprio, por exemplo: montorismo, reaganismo; pode significar um peculiar comportamento, por exemplo, corujismo; entretanto, enfatiza o autor que a maior parte de suas formações designam doutrina política, filosófica ou sociológica, por exemplo: grevismo, assembleísmo, estatismo, irrealismo, prorrogacionismo etc. Segundo o autor é notável o matiz depreciativo de algumas de suas formações em contexto, por exemplo: clientelismo, golpismo, visionarismo, entreguismo, aventureirismo, assistencialismo (é depreciativo quando assume o valor de ‘paternalismo exagerado’, mas assume valor neutro quando significa ‘orientação política que atribui maior peso ao auxílio social’). Em seu corpus, o autor encontrou as seguintes formações: assembleísmo - ‘crença na eficiência de assembleia para a solução de conflitos trabalhistas’; assistencialismo - ‘paternalismo exagerado do Estado’. (GARCIA, 2011, p.167).

Segundo Schumpeter (1984, p. 308) e, sob a égide da democracia moderna que enseja a ruptura com o ideário de “governo pelo povo”, os representantes competiriam pelo voto da população para adquirir o poder de decisão. Isso corresponde ao acordo institucional pactuado pelos indivíduos, o que representaria um dos métodos democráticos.

Da Democracia Clássica à Democracia Contemporânea, é perceptível a mudança paradigmática sobre os conceitos de democracia. Todavia, é inegável a influência de cada momento histórico na formação do atual modelo, sobretudo a considerar a contribuição que se reflete em seus elementos constitutivos - universalidade, igualdade, representação, pluralismo e participação -, que se passa a expor.

O elemento universalidade surge em meio às revoluções liberais, e reverbera na construção dos Estados de direito democrático ocidentais (DAGNINO, 2004).

Por universalidade se entendia a participação ampliada nas decisões da sociedade, condição que se ligava ao pensamento liberal, encontrado nas posições John Locke (1978, p. 35 - 36), que percebia a liberdade, a vida e a propriedade privada como direitos naturais dos homens (BOBBIO, 2000).

Em contraponto a essa visão jusnaturalista de universalidade e liberdade, Marx e Engels compreenderam que as grandes revoluções do século XIX não havia promovido a emancipação humana, mas apenas a emancipação política, uma vez que a ideia de emancipação se centrou na igualdade dos homens perante a lei, não contemplando outras condições da vida humana, como as econômicas. E, uma vez que as desigualdades não foram eliminadas, não se poderia falar na premissa do homem livre (BOBBIO, 2000).

A seu turno, o pensamento crítico também foi a linha mestra do trabalho desenvolvido por Tocqueville (2007), ao apresentar o conceito de democracia atrelado ao de patamar de igualdade (segundo elemento constitutivo da democracia) entre os indivíduos, o que foi retratado por Maria Helena Câmara

Bastos e Eduardo Arriada na seguinte medida: “Em suma, a grande tese levantada é que a liberdade não pode estruturar-se na desigualdade, deve sim, estruturar-se sobre a realidade democrática da igualdade de condições” (CAMARA, ARRIADA, 2007, p. 11).

Nesse cotejo e, ainda, imbricada ao conceito de liberdade está o de igualdade, ao ponto de, em algumas concepções, serem elementos complementares e indissociáveis, o que retomando às perspectivas liberal e social referenciadas anteriormente, remete à questão que se desenvolve com base no pensamento crítico, isto é, no pensamento que propõe a reflexão e a problematização da realidade social (MARX, 1971).

Por sua vez, no início do século XX, destaca-se o terceiro elemento constitutivo da democracia - a representação, expressivamente considerada a partir das ideias de Kelsen (2003), conforme retratado por Coutinho e Morais (2016, p.123):

Partindo dessa concepção de democracia como um sistema no qual todas as pessoas são tidas como iguais e devem ter assegurada a sua participação no processo eleitoral, Hans Kelsen desenvolve seus escritos sobre o tema (no começo do século XX), sustentando que a democracia direta não é compatível com o tamanho e a complexidade das sociedades atuais, motivo pelo qual a representação deve necessariamente ser tida como um elemento essencial de funcionamento do sistema. Segundo Hans Kelsen, a democracia indireta é um sistema essencialmente representativo. Na medida em que não é possível que milhares (ou mesmo milhões) de pessoas participem diretamente de cada decisão, cabe organizar o sistema de forma a que partidos políticos sejam instrumentos de representação de diferentes parcelas do povo.

Extrai-se do trecho acima que o sentido de representação kelsiana sofria influências contratualistas, na medida em que a democracia representativa resgatava, de uma certa forma, a máxima dos assembleísmos (BOBBIO, 2000, p.377), e, por consequência, a perspectiva de liberdade e de igualdade limitadas.

Relação que, aliás, é apresentada desde Rousseau, uma vez que o contratualista apregoava a democracia representativa na execução das leis. Não obstante, defender a democracia direta em sua elaboração (ROUSSEAU, 2006).

Nesse sentido, a ideia rousseuniana apontava para a constituição de uma representatividade a partir de uma sociedade civil soberana, poder que é exercido “em nome do povo” e não “pelo povo”, o que remete à ideia anteriormente exposta por Schumpeter (1984, p.308).

O pluralismo, por sua vez, ideia expressivamente desenvolvida por Raymond Aron e quarto elemento constitutivo da democracia, compreende o sentido de se permitir e se respeitar as diferenças, isto é, tolerar as diversidades (ARON, 1968), o que de alguma forma toca a expressão “direito à diferença”. (DAGNINO, 2004, p.104)

Por derradeiro, compreende-se a participação, nos moldes propostos por Jürgen Habermas, a relação que se estabelece entre a construção da norma e a participação, por meio do debate racional e do consenso, de todos os seus interessados, que também são os seus destinatários, circunstância que imprimiria legitimidade à norma, porquanto construída por seus titulares (HABERMAS, 2003).

Em composição ao raciocínio apresentado por Habermas e adentrando em uma compreensão mais densa do significado de participação e de democracia (COUTINHO, MORAIS, 2016, p.122):

Jürgen Habermas percebeu que, em todas as suas fases, a democracia sempre disse respeito à questão da participação da construção de normas, o que se pretende é destacar que, ao longo de toda a sua história, o máximo denominador comum do ideal democrático sempre foi a busca para que as pessoas tenham o máximo possível de influência na definição das normas que hão de regular as próprias condutas. Em outras palavras, democracia pode ser redefinida como sendo a capacidade de cada um de construir a própria realidade, o que significa que uma sociedade será tão mais democrática quanto maior for a capacidade que cada um tem de construir a realidade em que está inserido.

Partindo das ideias habermasianas, os autores reafirmam a imprescindibilidade da participação dos titulares da norma para a construção dela como expressão do ideal democrático, o que particularmente remete à acepção de cidadão, da democracia moderna (BOBBIO, 2007).

Coutinho e Moraes (2016) enfatizam ainda que ao sentido de democracia se imbrica o conceito de “capacidade” dos indivíduos, na medida em que os sujeitos (cidadãos) possam agir para transformar seu meio, sendo esta a configuração de uma democracia construtiva.

A seu turno, sobre as ideias supracitadas, relevante o contraponto feito por Dagnino, em *Sociedade civil, participação e cidadania: de que estamos falando*, ao externar sua preocupação sobre o “deslocamento” da noção de participação como elemento constitutivo e construtivo da democracia (2004, p.102):

Estreitamente ligada a esse processo de deslocamento, a noção de participação, que constituiu o núcleo central do projeto participativo e democratizante, percorre os mesmos caminhos. Por um lado, a resignificação da participação acompanha a mesma direção seguida pela reconfiguração da sociedade civil, com a emergência da chamada “participação solidária” e a ênfase no trabalho voluntário e na “responsabilidade social”, tanto de indivíduos como de empresas. O princípio básico aqui parece ser a adoção de uma perspectiva privatista e individualista, capaz de substituir e redefinir o significado coletivo da participação social. A própria idéia de “solidariedade”, a grande “bandeira” dessa participação redefinida, é despida de seu significado político e coletivo, passando a apoiar-se no terreno privado da moral.

Com efeito, para restabelecer o sentido de participação democrática, centrada nessa figura de indivíduo dotado de capacidade para construir seu meio, é que a pesquisadora tratou do assunto valendo-se do significado de cidadania para além do sentido de “sujeito titular de direitos e deveres” (BRASIL,1988).

A partir do estudo sobre as dimensões desse fundamento constitucional se chegou ao termo “nova cidadania” para designar o “processo de construção de cidadania como afirmação e reconhecimento de direitos”, consagrando a premissa de Hannah Arendt (1989) de “direito a ter direitos” (DAGNINO, 2004, p.104 e p. 105), premissa esta que se destaca por (LAFER, 1997, p.58):

[...] concluir que a cidadania é o direito a ter direitos, pois a igualdade em dignidade e direito dos seres humanos não é um dado. É um construído da convivência coletiva, que requer o acesso a um espaço público comum. Em resumo, é esse acesso ao espaço público – o direito de pertencer a uma comunidade política – que permite a construção de um mundo comum através do processo de asserção dos direitos humanos.

Nesse contexto, participação democrática, liberdade, cidadania e direitos fundamentais se conectam a partir do sentimento de pertencer dos indivíduos, no sentido de este reconhecer que integra um lugar comum, “um espaço público” (LAFER, 1997, p.58), o que por sua vez, reflete as experiências de vida desse indivíduo e as oportunidades que lhe foram dadas (SEN, 2010).

Falar, portanto, desse estado de pertencimento necessariamente perpassa pelo reconhecimento da condição de cidadãoda condição de sujeito capaz de agir (como ressaltado por Coutinho e Moraes), o que, em um primeiro plano, corresponde ao exercício autônomo de enxergar-se como titular de direitos.

Desse modo, contemplado esse primeiro patamar da cidadania, e por conseguinte da participação, o indivíduo teria condições de reconhecer sua capacidade de agir, conforme ressalta Rego e Pizane, ao tratar das políticas públicas de cidadania e constituição de sujeitos políticos (2014, p. 84 - 85):

A referência jurídica moderna sobre sujeitos titulares de direitos indica uma grande novidade: fruto de grande conquista civilizatória, os direitos modernos são subjetivos, ou seja, são direitos do sujeito, o qual para ser titular precisa como condição imprescindível para sua fruição ser capaz de agir. Contudo para agir no mundo em sentido amplo, os indivíduos necessitam exercer certas funções humanas, serem capacitados para realizá-las. Para agir como titulares de direitos, eles precisam obter certos saberes sobre como fruírem das suas liberdades fundamentais, como serem capazes de responder, enquanto cidadãos, pelas suas ações. No entanto, o princípio da reciprocidade que funda a ideia mesma de direitos subjetivos pressupõe deveres para com a comunidade política de pertinência, ou seja, a existência de certa consciência de que a fruição e a demanda por direito exigem obrigações tanto para consigo mesmo quanto para a comunidade política maior, no caso, a nação.

A capacidade de agir do indivíduo, portanto, além de significar a participação para agir por direitos, compreende a participação para agir pelos deveres, haja vista que o exercício participativo autônomo de cidadania implica uma reciprocidade de pertencimento no qual o sujeito apropria-se de seus direitos e de seus deveres perante a comunidade que integra. (REGO, PIZANI, 2014, p.84 - 85).

Nesse viés, verifica-se não ser possível o legítimo exercício democrático de participação enquanto os sujeitos, autonomamente, não se apropriarem de sua titularidade no tocante aos direitos e às obrigações, tanto em uma

perspectiva individual (autonomia ética) quanto por uma perspectiva coletiva (autonomia moral) (REGO, PIZANI, 2014, p. 66).

Seria esse um patamar mínimo de entendimento da estrutura cidadã. Reconhecer em si e nos outros a condição de agente, que também em sentido etimológico, do latim *agens*, já traduz o ser capaz de realizar, fazer, conduzir. (MICHAELIS, 2019). É uma relação primária para a compreensão da questão.

Diante desta interpretação integrada e sistêmica de conteúdo, é de se concluir que a compreensão de uma perspectiva democrática exige muita consciência/ esclarecimento do sujeito. Dimensão que, por sua vez, decorre também da autonomia a ele conferida para reconhecer o seu espaço. Sendo esta uma questão das mais úteis para se analisar a participação dos indivíduos em um sistema democrático e, ainda, a participação das partes no processo democrático, o que será articulado no próximo ponto.

2.2 Dimensões da Autonomia e Seus Reflexos na Participação Democrática dos Indivíduos

Considerando todos os argumentos anteriormente expostos, parte-se para a análise da relação existente entre a participação democrática dos indivíduos e o exercício de autonomia, na medida em que não se pode falar em participação processual efetiva, sem tocar nesta relação.

Nesse sentido, destacam-se as lições de Érica Barbosa trazidas por Gutierrez e Cunha (2015, p.116):

[...] o exercício da autonomia das partes concretiza o ‘fundamento político da jurisdição por permitir a participação popular na administração da justiça’. Efetivamente, observa Érica Barbosa e Silva, a concretização dessa autonomia ocorre pelo “enaltecimento das responsabilidades pessoais sobre a geração do conflito e sobre sua respectiva solução”, favorecendo, tal perspectiva, o ‘senso de colaboração entre as partes’ e o “sentido pedagógico” da participação direta na resolução da questão, ‘pois as pessoas, com experiência, deverão aprender a lidar com o conflito e buscar, por si próprias, sua

adequada superação, alternando possibilidades que seguem ao lado do paternalismo estatal na resolução de conflitos’.

Por oportuno, é válido reforçar que a autonomia ora tratada não se restringe ao campo processual, haja vista que essa espécie de autonomia é apenas uma decorrência lógica do verdadeiro e complexo significado da palavra, pelo que se recorre ao pensamento iluminista kantiano de “menoridade”, para melhor explicar (KANT, 2009).

Para o filósofo, a condição de menoridade consiste na “incapacidade de se servir do entendimento sem a orientação de outrem” (KANT, 2009, p. 9), isto é, a condição a que o homem se submeteria ao abdicar (a seu ver, por comodidade - preguiça ou covardia) de seu autocontrole, de sua autogestão e de seu discernimento, transferindo ao outro o poder de decidir (KANT, 2009).

Observa-se que a ideia de homem autônomo como homem regente de si e apropriado de suas escolhas, opõe-se ao conceito de menoridade, pois representa o romper com a condição de tutelado, habilitando-o ao pensar próprio. A seu turno, para se chegar à maioridade (autonomia) era necessário ter a coragem de buscar o saber, o esclarecimento, o que Kant expressou como o “*sapere aude*”, isto é, ouse saber. “Tem coragem de te servires do teu próprio entendimento!” (KANT, 2009, p.9).

Ao propor a emancipação do homem por meio do exercício de suas razões, Kant convidava o indivíduo (por ser do seu interesse e das outras gerações) a viver com liberdade, haja vista que “uma época não poderia coligar-se e conjurar para colocar a seguinte num estado em que se deve tornar impossível a ampliação de seus conhecimentos” (KANT, 2009, p.14).

Nesse sentido, a aceção de liberdade voltava-se à condição de desamarrar-se do domínio do outro, sendo esse um axioma do iluminismo - “nada mais se exige do que a liberdade” (KANT, 2009, p.11).

Frente à reflexão apresentada entre maioridade, menoridade e participação social autônoma dos indivíduos, é de se questionar, em um Estado Democrático de Direito: para que ou a quem interessa essa ausência

de autonomia? Para que deve servir? Ou ainda, o que compreenderia esta autonomia? Pois bem, para responder às duas primeiras indagações, utiliza-se mais uma vez das palavras do próprio Kant (2009, p.12):

Ora, em muitos assuntos que têm a ver com o interesse da comunidade, é necessário um certo mecanismo em virtude do qual alguns membros da comunidade se devem comportar de um modo puramente passivo a fim de, mediante uma unanimidade artificial, serem orientados pelo governo para fins públicos ou que, pelo menos sejam impedidos de destruir tais fins.

Ou seja, há muito e a muitos deve interessar essa condição de não esclarecimento, pois ela traduz a manutenção do controle de um sobre outros, sendo esse o inverso do exercício autonômico que, por sua vez, respondendo ao último questionamento, compreende, na perspectiva democrática, a liberdade social, econômica, jurídica e política de um indivíduo fazer suas próprias escolhas.

A autonomia compreende, portanto, várias dimensões da liberdade, (como se verifica dos conceitos de autonomia ética, autonomia moral, de autogoverno e, sobretudo, de cidadão democrático, apresentados linhas atrás). Pode-se dizer que a sua ausência implica no aprisionamento do indivíduo e, conseqüentemente, na privação de uma vivência democrática, como assevera Rego e Pizani (2014, p. 61):

As restrições à experiência da vida regida por direitos e prerrogativas democráticas de expressão e de direito de voz na sociedade limitam significativamente sua contribuição como sujeitos capacitados politicamente a formular e ampliar demandas cívicas.

É oportuna a abordagem da autonomia pela perspectiva do desenvolvimento como liberdade, encontrada em Amartya Sen (2000), quando conceitua agente como membro do público e participante de ações econômicas, sociais e políticas e o articula à compreensão de liberdade substantiva e de liberdade instrumental (SEN, 2000, p. 34).

Entende-se por liberdade substantiva “os chamados direitos individuais, ou seja, a liberdade que cada um tem de não ser tolhido no exercício de suas faculdades ou de seus direitos”, compreendendo, inclusive, as suas necessidades elementares (SEN, 2000, p. 82 - 83).

Desse modo, estariam entre as liberdades substantivas “as liberdades sociais básicas cujo gozo o cidadão tem o ‘direito’ de ver assegurado por tribunais e órgãos administrativos”. Concepção que, por vezes, é tratada pelo autor como “liberdades processuais”, para lembrar o quanto essa abordagem enfatiza os procedimentos que possibilitam a liberdade. (SEN, 2000, p. 82).

Por sua vez, a liberdade instrumental corresponderia “aos meios de alargamento das capacidades de um indivíduo, considerando os elementos que estruturam uma sociedade”, a exemplo da liberdade política, que diz respeito à liberdade que o indivíduo deve ter para escolher seus representantes e para acompanhar e vigiar “o processo político, na medida em que está inserido como agente ativo, capaz de compreender a importância do diálogo político e das discordâncias inerentes a esse processo”; e da liberdade econômica, “liberdade de um indivíduo ligada a utilizar de recursos econômicos em sua relação de consumo” (SEN, 2000, p. 82).

A compreensão de autonomia se conecta a de desenvolvimento a partir do conceito de ampliação das escolhas de um indivíduo dentro de uma sociedade e da melhoria de suas capacidades - liberdade de poder levar a vida que o indivíduo deseja, dentro de uma visão consciente e diante de uma gama de oportunidades (SEN, 2000).

Desta relação estabelecida entre liberdade, autonomia e escolhas, Martha Nussbaum também se vale do termo capacidade para retratar uma vida digna. Assim, para a autora, capacidades consistem nas condições, garantias que devem ser dadas aos indivíduos para usufruírem a vida, promovendo-se a dignidade humana, sendo esta, inclusive, uma responsabilidade do Estado (NUSSBAUM, 2013).

Considerada a densidade das visões (Sen, Rego e Pizani, Kant, Nussbaum) expostas, percebe-se que todas convergem a um mesmo ponto - a dignidade humana. De fato, não se poderia pensar em autonomia dos sujeitos sem o precedente e o correspondente suporte estrutural de bens indispensável a uma vida digna, o que, aliás, segundo Nussbaum, compreenderia um papel institucional (2013).

Opinião também sustentada por Rego e Pizani (2014, p.73):

Poder-se-ia apelar ao interesse do próprio Estado em possuir cidadãos autônomos capazes de assumir suas responsabilidades e de tomar sua vida em suas próprias mãos. Nesse sentido, tais medidas poderiam ser justificadas até de uma ótica neoliberal.

Por oportuno, serve-se do argumento acima para esclarecer que as ideias aqui expostas não se prestam a defender qualquer linha partidária, seja ela liberal, social ou qualquer outra. Em verdade, o que se pretende com essa discussão é demonstrar a densidade da conjuntura democrática, pelo que desconsiderar as questões enfrentadas seria tratar do tema com a superficialidade de um espelho d'água, sendo oportuno refletir o pensamento habermasiano (NUNES, 2008, p. 135):

Um programa jurídico se mostra como discriminatório quando é insensível às consequências limitadoras da liberdade, derivadas das desigualdades fáticas; é paternalista quando é insensível às consequências limitadoras da liberdade que acompanham a compreensão estatal daquelas desigualdades.

Feito o devido esclarecimento, registra-se que, em qualquer conjuntura, a autonomia é um elemento chave da experiência democrática, ao ponto de se falar em autonomia cívica e política para designar a participação do indivíduo que, em seu meio, assume e desenvolve seus direitos e suas obrigações (REGO, PIZANI, 2014, p. 84).

Desse modo, seria a partir desta autonomia cívica e política, bem como das demais, que o indivíduo teria condições de participar da construção do espaço público, o que compreende o âmbito jurídico. Seria, portanto, esperado que sua participação se estendesse, em ordem jurídica, à elaboração das normas, a fim de imprimi-las legitimidade. É o que se constata, conforme Farias *apud* Habermas (2016, p.185):

Em face da descoberta da existência de uma razão comunicativa, Habermas explicita um princípio do discurso que afirma que 'são válidas as normas de ação às quais todos os possíveis atingidos poderiam dar seu assentimento, na qualidade de participantes de discursos racionais'.

Servindo-se do juízo habermasiano para pensar na ordem jurídica processual, é de se perceber que a figura de indivíduos livres, esclarecidos,

capazes e autônomos os qualifica a serem esse sujeito “participante de discursos racionais”, condição que também deve ser levada ao campo jurisdicional (HABERMAS, 1997).

Isto é, falar em efetiva participação no processo, é, por consequente, considerar o grau de liberdade, de igualdade, de esclarecimento, de capacidade e de autonomia dessas partes. Isso é o que Abreu (2016) trata como igualdade no processo, igualdade ao processo e igualdade pelo processo, conceitos que serão adequadamente expostos no capítulo 3, quando se abordará os fundamentos da participação processual das partes na construção dos negócios jurídicos processuais.

Por tudo que já foi dito (sobre dignidade, liberdade, igualdade, autonomia e escolhas), é que se propõe falar de processo democrático, pelo que se passa a refletir sobre o quanto há de democracia nas relações processuais ou, ainda, o quanto há de autonomia na participação das partes no processo (questão que provavelmente só venha a ser adequadamente respondida no último capítulo deste trabalho).

Nesse sentido, é necessário previamente percorrer a compreensão do instituto “processo” ao longo dos tempos, o que se faz pela exposição de suas principais teorias – teoria da relação processual, de Bülow; teoria instrumentalista, de Dinamarco; teoria estruturalista, Fazzalari; e modelos constitucionais de processo, de Andolina de Dierle e Bahia.

2.3 Teoria Geral do Processo e Suas Repercussões na Participação das Partes

A priori, é importante destacar que o objetivo central desse ponto é apresentar a concepção de processo a partir de suas diversas correntes teóricas, evidenciando suas principais ideias, contribuições e críticas, para,

empós, avaliar suas repercussões no que tange à participação das partes na formação e construção do processo.

Desse modo, não se tem aqui a pretensão de esgotar a matéria, ou mesmo, contemplar todas as teorias que envolvem a temática, pelo que se propõe iniciar o estudo pelo marco do processo como ciência autônoma, contemplado por Bülow, na *La Teoria de Las Excepciones Processuales y los Presupuestos Processuales*. (BÜLOW,1964), valendo-se, no entanto, de passagens concisas de períodos anteriores ao referido para estabelecer pontos comparativos.

Em seguida, passa-se à exposição da Teoria do Processo Instrumental, de Dinamarco; pela Teoria Estruturalista, de Fazzalari, até chegar aos Modelos Constitucionais de Processo, que serão explicados, essencialmente, a partir das concepções de Andolina, Barracho, Dierle e Bahia.

2.3.1 Teoria da Relação Processual de Oskar Von Bülow

A ideia do direito processual como ciência autônoma surge em meados do século XIX, sendo um marco substancialmente atribuído ao trabalho desenvolvido por Oskar Von Bülow (BÜLOW,1964).

Nesse período, buscava-se romper com a concepção de processo como contrato, como uma espécie de pacto pelo qual as partes voluntariamente convencionavam sua submissão ao julgo do arbítrio. Época em que preponderava a visão estritamente privatista do processo, pautada em premissas, tais como: “a) não há ação sem direito; b) não há direito sem ação; c) a ação segue a natureza do direito” (KHALED JÚNIOR, 2011, p. 23).

E é nesse contexto que a teoria Bülow (Teoria das Exceções Processuais e dos Pressupostos Processuais), refutando as teorias

contratualistas, apresenta um modelo de processo marcado pelo caráter público do direito sustentado (BÜLOW, 1964, p. 2).

Para tanto, concentra seu fundamento na distinção das naturezas jurídicas das relações estabelecidas pelo direito material e pelo processual. Dispondo que as relações de direito processual seriam públicas, por se constituírem e se desenvolverem a partir do processo e por meio da intervenção do Estado. Enquanto as relações de direito material, por já estarem findas e independerem da atuação estatal, seriam privadas, conforme se extrai do trecho abaixo (BÜLOW, 1964, p. 2):

La relación jurídica procesal se distingue de las demás relaciones de derecho por otra singular característica, que puede haber contribuido, en gran parte, a desconocer su naturaleza del relación jurídica continua. El proceso es una relación jurídica que avanza gradualmente y se desarrolla paso a paso. Mientras que las relaciones jurídicas privadas que constituyen la materia del debate judicial, se presentan como totalmente concluidas, la relación jurídica procesal se encuentra en embrión. Esta se prepara por medio de actos particulares. Sólo se perfecciona con la litiscontestación, el contrato de derecho público, por el cual, de una parte, el tribunal assume la concreta obligación de decidir y realizar el derecho deducido en juicio, y de otra, las partes quedan obligadas, para ello, a prestar una colaboración indispensable y a someterse a los resultados de esta actividad común. Y también esta ulterior actividad discurre en una serie de actos separados, independientes y resultantes unos de otros. La relación jurídica procesal está en un constante movimiento y transformación.

Percebe-se pelo texto supracitado que as ideias de Bülow, além de versarem sobre a natureza jurídica das relações, também discutiam, pelo menos em um primeiro momento, a participação das partes na formação processual, na medida em que compreendia a existência de deveres e de obrigações processuais entre os sujeitos do processo: juiz, demandante e demandado – relação triangular de processo (BÜLOW, 1964).

Ademais, a Teoria bulowiana firmou noções até hoje estudadas no Direito Processual, a exemplo da definição de pressupostos processuais – “constituyen la materia del procedimiento previo y, consecuentemente, entran em íntima relación com el acto final de éste” (BÜLOW, 1964, p.7).

Diante de todo o conteúdo explorado pelo teórico, restam evidentes as suas contribuições para o processo como ciência autônoma. Todavia, não

obstante os ganhos obtidos, muitas são as críticas tecidas sobre o modelo sugerido, pelo que se destaca (FARIA, 2016, p.148):

Diante das bases apresentadas, Bülow estruturou a autonomia do estudo do Direito Processual mediante delineamento de uma relação jurídico-processual lastreada primordialmente na figura do juiz, uma vez que as partes apresentavam-se como meros colaboradores deste na formação dos provimentos decisórios, o qual era emanado de seu “senso inato de justiça” em verdadeiro culto ao protagonismo judicial.

Registra-se, portanto, que Bülow, sob o argumento publicístico de implementação do Estado Social - movimento que ganhava força à época (RODRIGUES, 2014) -, implementou a ideia de intervenção estatal como condição necessária à garantia do bem comum (NUNES, 2012): propôs um modelo de jurisdição marcado pelo protagonismo judicial e pela coadjuvância das partes processuais.

Desse modo, ao mesmo tempo em que a teoria bulowiana firmava um modelo de processo concentrado na figura do Estado-juiz, afastava da relação processual sua concepção originária, pela qual juiz e partes atuavam de forma colaborativa para influir no provimento final (BÜLOW, 1964).

Esta foi a concepção retratada em *La Teoria de Las Excepciones Procesales y Los Presupuestos Procesales* e, especialmente, em seu trabalho posterior, “Direito Positivo e Função Judicial”. A partir desse ponto, o teórico defendeu um modelo de jurisdição ainda mais concentrado no papel do magistrado, alçando a premissa do julgador como regente máximo da atividade judicante e, por consequente, reduzindo, para uma quase insignificância, a participação das partes nessa composição (FARIA, 2016).

Nesses moldes, a função judicante compreendia uma atuação ampla do juiz, não se restringindo apenas à atividade de interpretação e de aplicação da lei. Autorizava-se, inclusive, “a criação judicial”, (BÜLOW, 1995), sob o argumento de que a atividade do magistrado sendo extremamente complexa, transporia à aplicação lógica, direta e abstrata do ato de legislar.

É o que se extrai do trecho: “Em todas as nações, o Judiciário está essencialmente envolvido na formação do direito, ele contribui tanto quanto, ou,

às vezes, até mais, do que o legislativo para a formação e o desenvolvimento do direito” (BÜLOW, 1995, p. 9).

Pela égide da Supremacia Judicial, Bülow eliminava qualquer possibilidade de dialógica processual, uma vez que as partes, sujeitos passivos desta relação, em nada influíam para a decisão, reduzindo-se o contraditório “a mero elemento formal” (FARIA, 2016, p.154).

Registra-se, portanto, que sua perspectiva social de processo e de jurisdição era adstrita à ideia de Estado como titular do poder decisório, exercido por meio da atuação exclusiva e irrestrita dos juízes, que em nada contempla uma relação processual democrática, ao contrário, subjugava a participação das partes na construção do processo, colocando-a em um estado de insipiência (FARIA, 2016, p.157).

Aliás, à época, esse esgotamento do papel das partes já era refutado por Wach, expoente do Processualismo Científico, na medida em que “já propalava a importância do contraditório ante o caráter dialógico do processo” (FARIA, 2016, p.155).

Todavia, não obstante às críticas lançadas sobre a Teoria da Relação Processual, é de se verificar que ela serviu de aporte para o surgimento de outras teorias processuais, a exemplo da Teoria Instrumental do Processo, que, a seu modo, reforçou a premissa de jurisdição como uma expressão legítima e necessária do poder político (DINAMARCO, 2008).

Desse modo, a ideia instrumentalista repetiu o argumento publicístico de Bülow, na medida em que afirmou a imprescindibilidade da ação interventiva do Estado na jurisdição. Outrossim, esta teoria processual, conformou como finalidade do processo a pacificação social, a pacificação dos conflitos (DINAMARCO, 2008).

2.3.2 A Teoria Instrumental do Processo

Em um traçado do pensamento bulowiano até o ordenamento jurídico brasileiro, Cândido Rangel Dinamarco, influenciado, de sobremaneira, pelos ensinamentos de Liebman (que detinha o processo como instrumento de direito público dos sujeitos), (LIEBMAN, 2005), desenvolveu *A Instrumentalidade do Processo*.

Nessa obra, Dinamarco definiu o processo como o meio pelo qual o Estado, no desempenho de suas funções, salvaguarda as liberdades, os interesses e a participação democrática dos cidadãos (DINAMARCO, 2008, p. 91).

[...] Mediante a utilização do sistema processual, propõe-se o Estado, antes de tudo, a realizar os objetivos que são seus. Quer se pense na pacificação social, educando para o exercício e respeito a direitos, ou na manutenção da autoridade do ordenamento jurídico-substancial e da sua própria, nas garantias à liberdade, na oferta dos meios de participação democrática, ou mesmo, no objeto jurídico-instrumental de atuar a vontade da lei (e tais são os escopos da ordem processual) - sempre é algo ligado ao interesse público que prepondera na justificação da própria existência da ordem processual e dos institutos, princípios e normas que a integram.

Nesse sentido, o autor concebeu como fins do processo: a confirmação da ordem jurídica e a concretização do direito subjetivo. Propósitos estes que o teórico relacionou ao conceito teleológico de “escopos metajurídicos”, para tratar dos elementos norteadores que conduziriam a esses fins, dividindo-os em políticos, jurídicos e sociais (DINAMARCO, 2008).

Denominaram-se escopos políticos, os instrumentos destinados à estabilização das instituições políticas, ao exercício da cidadania e à preservação das liberdades; escopos jurídicos, os mecanismos voltados à efetivação do direito material; e escopos sociais, os relacionados ao cumprimento da finalidade precípua do processo - a promoção da paz social, por meio da “pacificação com justiça” (DINAMARCO, 2008, p.193).

Pela expressão suscitada “pacificar com justiça”, Dinamarco traduziu o resultado exitoso da prestação jurisdicional, alcançado por meio do adequado manejo do processo, capaz de trazer ou devolver aos indivíduos (contemplando o campo individual dos anseios) e à sociedade (relação com o bem comum) o sentimento de paz (DINAMARCO, 2008, p. 188).

Sobre os fins a que se comprometia o instrumentalismo, Cláudio Penedo Madureira, servindo-se, inclusive, de terminologia desenvolvida por Mitidiero, (o formalismo-valorativo), retrata esse modelo de processo (MADUREIRA, 2015, p. 255):

Ocorre que semelhante postura autonomista, que soava absolutamente natural e perfeitamente justificável num momento em que se pretendia construir cientificamente métodos objetivos para a resolução dos conflitos individuais, materializou-se num sistema falho na sua missão de produzir justiça. A premissa que orienta o declínio do processualismo (e do formalismo processual que lhe é correspondente) é a inauguração da preocupação dos intérpretes (aplicadores do Direito) com a efetividade da tutela jurisdicional, com os resultados do processo, com sua capacidade de realizar concretamente o ideal de justiça. Nessa conjuntura, o processo passou a ser analisado sob um ponto de vista externo (e não mais sob a ótica introspectiva que marcou a fase autonomista) e examinado em seus resultados práticos. Esses são, em apertada síntese, os elementos que singularizam a terceira fase metodológica do processo, que Dinamarco convencionou chamar fase instrumentalista e que num primeiro momento foi designada por Mitidiero como formalismo-valorativo.

Pelo instrumentalismo, conforme Madureira (2015), a atividade processual deixava o foco da cadência marcada dos atos processuais, caracterizada pela intensa atividade interna e passava a contemplar uma nova fase, na qual se concentrava os esforços para cumprir um fim “maior”, externo ao processo – a concretização do “ideal de justiça”.

Outrossim, essa atividade finalística propunha uma necessária reaproximação entre o direito processual e o direito material discutido, haja vista que reconhecer a autonomia do direito processual não significa negar a relação dialógica desses dois pontos. Percebendo-se adequada, a prestação jurisdicional quando ajustava o seu procedimento às necessidades da lide, sendo esse um fruto do diálogo estabelecido entre o direito material e o processual (MADUREIRA, 2015).

Por outro lado, e sob a égide da “efetividade da tutela jurisdicional” e do poder público como protetor das relações em sociedade, autorizava-se a forte atividade interventiva do Estado.

Nesse tocante, Dinamarco tentou explicar e justificar essa imperiosa atividade estatal, sobretudo pelo aspecto jurisdicional, utilizando-se do argumento de ser do Estado o dever de dirimir conflitos por meio de critérios justos, estabelecidos e garantidos por ele, quais sejam: processo pautado na atuação efetiva do juiz, participação direta das partes e observância de um procedimento adequado. Critérios estes que, por sua vez, seriam preservados por meio de princípios, tais como o do contraditório, o da imparcialidade e o do dispositivo (DINAMARCO, 2008).

Apesar da aparente solidez do processo instrumental, haja vista a estrutura articulada de elementos em prol do “bem social” e do sentimento de “justiça”, o modelo foi objeto de críticas justamente por não ter definido com clareza esses elementos estruturantes, a exemplo da timidez com que tratou a relação principiológica no processo (MADUREIRA, 2015).

Registra-se, assim, que, fragilizada sua base teleológica, o instrumentalismo ficou marcado muito mais pela “conformação de uma relação assimétrica entre o juiz e as partes, colocando o julgador em posição de superioridade aos contendores” (MADUREIRA, 2015, p. 273), pela autoridade da decisão judicial e pela imperiosa atividade jurisdicional como expressão do “poder” do Estado, que pelas originárias intenções políticas e sociais.

Diante dessas circunstâncias, o modelo instrumental de processo encadeou várias discussões (COSTA, COSTA, 2010, p. 10):

É certo que, em sua formulação acadêmica, a instrumentalidade apresentava, ao menos do ponto de vista teórico, um espectro mais amplo do que o adotado pelo senso comum. Mas, mesmo assim, ainda deixa a desejar em relação ao que ela poderia ter sido, em termos de capacidade transformadora da epistemologia processual. Faltou, como anteriormente registrado, que as janelas interdisciplinares fossem mais exploradas, com conceitos de poder mais contemporâneos e com a proposição de estruturas conceituais renovadas.

Na percepção dos autores, muito se perdeu da essência originária do instrumentalismo, uma vez que a teoria ficou reduzida de sobremaneira às ideias de processo em sua acepção formal, tornando-se paradoxalmente, utilizando-se da expressão do próprio Dinamarco, “um fim em si mesmo”.

Sobre esse modelo de instrumentalismo, Carlos Alberto Oliveira (1997, p. 112) ressalta que “o procedimento não deve ser um pobre esqueleto sem alma, tornando-se imprescindível ao conceito a regulação da atividade das partes e do órgão jurisdicional, conexas ao contraditório paritário”.

Assim, considerando que a teoria instrumentalista, pelo seu esvaziamento de sentido, não conseguiu desenvolver, ao menos de forma satisfatória, a ideia de processo pelo viés dos princípios orientadores da ordem jurídica, foi necessário buscar novas ideias que compusessem o entendimento do processo em maior harmonia aos preceitos constitucionais, anseio proposto por Fazzalari, na teoria do processo como procedimento em contraditório.

2.3.3 A Teoria Estruturalista - O processo como procedimento em contraditório

Primeiramente, é de se esclarecer que, não obstante a Teoria Estruturalista, preceder à Teoria do Processo Instrumental, decidiu-se tratar dela de ordem cronologicamente inversa, na medida em que guarda maior correspondências com os propósitos do modelo constitucional de processo.

A Teoria Estruturalista surge para apresentar o processo como “procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos” (FAZZALARI, 2006, p.118), ou em outros termos, o processo seria um procedimento qualificado pela presença do contraditório, sendo a ideia central da teoria desenvolvida por Fazzalari.

Diante dessa ideia, Fazzalari estabeleceu a premissa do processo por meio de procedimento pautado em contraditório, representando esse último elemento a voz e a audiência dos envolvidos no processo, a fim de garantir a paridade de posições e manifestações, o que resgatava o sentido do “princípio da audiência do cidadão interessado”, do direito austríaco (FAZZALARI, 2006, p.111).

A partir de tal premissa, o autor vinculou a ideia de processo ao procedimento, definido esse último como a “sequência de atos, os quais são previstos e valorados pela norma” (FAZZALARI, 2006, p.111). Dispôs ainda que esta sequência de atos se voltava ao exercício do contraditório, por serem atos processuais desenvolvidos pelos interessados, de forma a garantir o equilíbrio de pronunciamentos, em uma dimensão tanto quantitativa quanto qualitativa, dentro do processo (FAZZALARI, 2006).

Destaca-se que a ideia de procedimento, nessa teoria, compreende, além da “sequência de atos” do processo, o sentido, dado por Goldsmith, de “uma série de faculdades, poderes, deveres, quantas e quais sejam as posições subjetivas possíveis de serem extraídas das normas em discurso” (FAZZALARI, 2006, p.111).

Essa condição evidenciou a relevância dada pela teoria aos sujeitos do processo e a identificação correta do processo e do procedimento, como formas de garantir a participação desses sujeitos e de imprimir certa adequação ao processo, tudo em prol do amadurecimento das questões, objeto do litígio. (FAZZALARI, 2006).

Avaliando a participação das partes no processo, interessante verificar que as ideias de Fazzalari eram diametralmente opostas às de Bülow, já que o primeiro entendia a relação processual a partir das partes e não apesar delas. Ou seja, a atividade jurisdicional era concentrada no contraditório exercido pelas partes, concebendo, inclusive, a ação como direito pertencente a todos os envolvidos no processo (interessado e conainteressado) e o contraditório como a faculdade processual dada (e não imposta) às partes para influir no provimento final. (FAZZALARI, 2006).

Sobre as faculdades processuais, denominou ainda “de atos devidos”, as faculdades relacionadas às partes, e de “atos de dever”, os atos processuais inerentes ao juiz e aos seus auxiliares (FAZZALARI, 2006).

Sobre essa nuance, destaca-se (FAZZALARI, 2006, p.499 - 500):

É, enfim, de se acrescentar que, quando se coloca do ponto de vista conteúdo dos atos e se constata que, a ausência do exercício de uma faculdade ou de um poder a lei processual conecta consequências prejudiciais para o titular daquela faculdade ou daquele poder - no sentido que regula uma sucessiva atividade de modo que ela realize uma situação desfavorável para aquele titular: impõe ao juiz considerar inexistente o fato em relação ao qual a parte interessada não tenha exercitado a faculdade de fornecer provas suficientes -; quando isso se verifique, poderá indicar-se a faculdade ou o poder como “ônus”: como ato que o sujeito pode cumprir ou mesmo não, mas cuja as ausências se resolve em seu prejuízo.

Diante dos argumentos supra, percebe-se que, não obstante as faculdades e os poderes processuais serem um ato de vontade das partes, a conduta omissiva do interessado poderia reverberar em seu desfavor, sendo esta a noção de ônus processual (FAZZALARI, 2006).

Convém ressaltar que a teoria em comento se destaca pela relevância que tratou a atuação das partes em meio processual, promovendo por consequência a dialeticidade do processo, um dos elementos estruturantes deste trabalho.

Todavia, face aos ideais constitucionais e aos anseios de uma jurisdição democrática ora perquiridos, as compreensões de processo se mostravam ainda insuficientes, haja vista que Fazzalari, apesar de ter agregado ao estudo do processo a premissa do contraditório e, principalmente, ter detidamente distinguido processo de procedimento, não o fez pelo condão constitucional (LEAL, 2008).

Diante das carências relatadas e pedindo a devida licença para o salto temporal, chega-se às teorias processuais denominadas de Modelo Constitucional, que compreende a noção de processo a partir das normas constitucionais, sendo essas fontes primárias para a aplicação da norma procedimental (ANDOLINA, 1997).

2.3.4 Os Modelos Constitucionais de Processo

O movimento constitucional de processo, iniciado em meados do século XX, remonta um momento histórico em que Estados em crise iniciavam suas reestruturações conduzidos pelo sentimento de desenvolvimento social além do econômico, como aduz Ricardo Moraes, fazendo referência a José Afonso da Silva (MORAES, 2014, p. 275).

O Estado Social nascido no século XX como consequência do clamor das massas e dos desafios econômicos postos a seu cargo é o Estado Social Material, aquele modelo de Estado historicamente determinado pelo fim da Segunda Guerra Mundial e que veio superar o neutralismo e o formalismo do Estado Liberal. O adjetivo “social”, dessa maneira, refere-se “à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social” (SILVA, 1999, p. 119).

Diante do contexto vivido, a sociedade rompia com o paradigma liberal clássico de Estado e seguia para a construção, do dito, Estado Social, marcado pelo fortalecimento das Constituições dos Estados e pelos desdobrados dele decorrentes, conforme retrata Lênio Streck (2014, p. 113 - 114):

A renomada supremacia da constituição vai além do controle de constitucionalidade e da tutela mais eficaz da esfera individual de liberdade. Com as Constituições democráticas do século XX assume um lugar de destaque outro aspecto, qual seja o da Constituição como norma diretiva fundamental, que se dirige aos poderes públicos e condiciona os particulares de tal maneira que se assegura a realização dos direitos fundamentais-sociais (direitos sociais *lato sensu*, direito à educação, à subsistência e ao trabalho). A nova concepção de constitucionalismo une precisamente a ideia de Constituição como norma fundamental de garantia com a noção de Constituição enquanto norma diretiva fundamental.

Com efeito, o novo momento que consagrava a preponderância dos ditames constitucionais refletiu, por consequente, na relação jurisdicional e no entendimento sobre o processo, exigindo uma reformulação de suas ideias, o que veio a desencadear no Modelo Constitucional de Processo, concepção tratada por José Alfredo de Oliveira Baracho (BARACHO, 2008, p.12):

o processo, como garantia constitucional, consolida-se nas constituições do século XX, através da consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direito

da pessoa humana, sendo que esses consolidam-se pelas garantias que os torna efetivos e exequíveis.

Por esse movimento, se inseriu os princípios constitucionais (a exemplo do contraditório, ampla defesa, publicidade, imparcialidade, duração razoável do processo) à compreensão de processo (BARACHO, 2008).

Nesse sentido, destaca-se o pioneirismo do direito italiano, haja vista que construiu um modelo de processo constitucional, pautado na premissa de jurisdição por procedimento, no qual o legislador só poderia configurar procedimentos dentro dos limites constitucionais (ANDOLINA, 1997, p. 4).

Compreenderia, portanto, o Modelo Constitucional de Processo, a noção de processo a partir das normas constitucionais, sendo estas fontes primárias para a aplicação da norma procedimental (ANDOLINA, 1997, p. 4).

Diante do olhar da Supremacia Constitucional, Baracho (2008) denominou o processo que se destina à efetivação e à concretude dos direitos fundamentais de “processo como metodologia de efetivação de direitos fundamentais”.

E pela ideia de processo aplicada aos direitos fundamentais, estabeleceu premissas estruturais desse modelo: “a existência de um processo, como garantia da pessoa humana”; a aplicação da lei, como preceito normativo decorrente da Constituição; a lei como garantia da ideia constitucional de processo; a lei aplicada ao processo, como garantidora da não privação dos indivíduos ao exercício de seus direitos; a utilização de meios de impugnação, instituídos pela ordem jurídica local, como meio de controlar a inconstitucionalidade (BARACHO, 2008, p.11).

Por seu turno, Fix-Zamudio (BARACHO, 2008, p. 13), ao desenvolver seus estudos sobre a constitucionalização do processo civil, considerou indispensável à efetiva constitucionalização do processo a clareza “do conceito, da extensão e dos limites das garantias processuais no processo civil”, tendo formulado a ideia de “instrumentos de direito judicial constitucional” para se

chegar a essa compreensão. Assim, elencou, em três categorias, os referidos instrumentos (BARACHO, 2008, p. 13):

a) esses direitos referem-se à necessidade que têm os jurisdicionados de contarem com uma jurisdição preestabelecida legalmente, de maneira independente e imparcial, para que se configure o conceito de “juiz natural”; b) esses direitos relacionam-se diretamente com a situação jurídica das partes, expressa pela ideia do direito de defesa; c) a última categoria refere-se às formalidades essenciais do procedimento.

Para o autor, as categorias delineadas conduziriam ao entendimento de “processo estritamente constitucional”, pelo qual se tutelaria os direitos fundamentais dos indivíduos, o que em certo grau remonta institutos da teoria defendida por Fazzalari, uma vez que o preceito de que “direitos relacionam-se diretamente com a situação jurídica das partes, expressa pela ideia do direito de defesa”, guarda identidade com “o processo como procedimento em contraditório” (FAZZALARI, 2006):

Outrossim, além das diretrizes já levantadas sobre o processo e as normas constitucionais, Baracho aponta ainda como elementos nucleares dessa corrente: o direito de ação, de tutela jurisdicional, de legitimidade ativa (que se liga à titularidade do interesse de defender direito ou interesse a ser protegido), de imparcialidade, de paridade dos litigantes e de igualdade formal, (BARACHO, 2019) elementos estes que destacam a imprescindibilidade da atuação das partes na formação processual.

Não obstante, os ganhos obtidos pela teleologia do processo como forma de efetivação dos direitos fundamentais, que ocorrem a partir da interpretação conforme à Constituição. O Modelo Constitucional de Processo, em especial o aplicado no Brasil, precisa ser desnudado, haja vista a discussão que versa sobre sua incompletude ou sua inconsistência com os ditames do Estado Democrático (NUNES, BAHIA, 2010).

Uma das questões que mais se ligam ao comprometimento da democraticidade no processo brasileiro vertem para a não interpretação sistemática dos preceitos legais ao aplicar a norma, na medida em que, usualmente, o Judiciário considera a norma isoladamente destituída de sua

posição dentro de um ordenamento, termos reforçados nos seguintes moldes (NUNES, BAHIA, 2010, p.72):

As garantias processual-constitucionais forjam um renomado formalismo constitucional, que induz a manutenção tão somente das técnicas processuais (instrumentalidade técnica) embasadas em fundamentos constitucionalizados (v.g. devido processo constitucional, contraditório, fundamentação).

Os autores, portanto, colocam em xeque a técnica processual de interpretação das normas conforme a Constituição aplicada no Brasil. E o fazem pelo questionamento de seu conteúdo finalístico, apontando como alguns dos motivos para essa deturpação do processo a revelia de diálogo com outras áreas de conhecimento, a exemplo da filosofia e da sociologia. Situação que seria incompatível com o modelo proposto (NUNES, BAHIA, 2010).

Desse modo, corromper o sentido constitucional de eficiência, bem como ignorar as influências e as contribuições das outras ciências, seria negar a natureza dinâmica do processo e a própria essência do processo em perspectiva constitucional (NUNES, BAHIA, 2010). Este apresenta-se como um ponto que nos instiga a pensar sobre o objetivo precípua do Direito em meio ao Estado democrático, conforme aduz Streck (STRECK, 2014, p. 30):

Um dos pontos fundamentais, para um melhor entendimento/enfrentamento de toda essa problemática, exige uma discussão acerca do papel do direito (portanto, da Constituição) e da justiça constitucional no Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, além das necessidades críticas ao paradigma liberal, torna-se importante o enfrentamento, ainda que de forma superficial, das posturas procedimentalistas, que, ao repelirem o paradigma do Estado Social, deixam de lado a noção de Estado Democrático de Direito, que é um *plus* normativo em relação ao paradigma promovedor do *Welfare State*³.

Por outro lado, a relação democrática também é criticada no modelo de processo constitucional brasileiro, porque deixou de tratar um aspecto determinante ao processo constitucional, qual seja, a construção das normas. Construção que deveria ocorrer pela efetiva participação de seus interessados - os sujeitos processuais, sendo esse um debate necessário (e porque não

³ Qualquer discussão sobre políticas públicas de corte social implica na compreensão do conceito de política social, cuja recorrência prévia se expressa pela necessidade de uma reflexão específica sobre as origens e desenvolvimento do que se convencionou denominar de *Welfare State* (SILVA, 1995, p. 1).

dizer indispensável), posto que as possíveis reformas legislativas correriam ao alvedrio de um diagnóstico prévio dos problemas, o que só poderia ser alcançado pela participação popular.

Sob o anseio de “obtenção de resultados eficientes e legítimos para os cidadãos que clamam por um acesso à justiça revigorado pela concepção de um Estado Constitucional Democrático” (NUNES, BAHIA, 2010, p. 83) ecoam as ideias do processualismo constitucional democrático.

A partir desse movimento, propõe-se um “resgate do papel constitucional do processo” por meio da problematização dos fundamentos e dos interesses que constituem o pensamento liberal, o processo de socialização e o de pseudossocialização processual (NUNES, BAHIA, 2010, p. 83).

Em resgate desta função democrática do processo, a acepção rechaça a ideia de jurisdição processual concentrada na figura do julgador e em sua atuação solipsista, na qual a participação das partes é reduzida às margens da insignificância. O que, dito em outras palavras, seria a dispensabilidade da atuação das partes, o que traduziria uma prática antidemocrática. É o que se verifica (NUNES, BAHIA, 2010, p. 85):

Esta visão olvida que o processo deve se desgarrar dessa concepção de mecanismo de dominação e deve ser percebido em perspectiva democrática e garantidora de direitos fundamentais, permitindo de um lado uma blindagem (limite) às atividades equivocadas das partes, advogados e juízes e de outro garante a participação e influência de todos os envolvidos e de seus argumentos nas decisões por ele (processo) formadas.

Aspecto interessante a ser explorado, principalmente pelos objetivos traçados neste trabalho, toca na importância da participação direta e efetiva das partes na dinâmica processual. Evocando as lições postas no trecho em destaque, registra-se inadequada a técnica processual que rebaixam a segundo plano “o debate processual” e, por consequência, o exercício de autonomia dos sujeitos jurisdicionados (NUNES, BAHIA, 2010, p. 84).

Nesse panorama, é válido esclarecer que a jurisdição democrática se opera na medida em que a formação processual respeita a dialeticidade e o exercício amplo da autonomia (em suas múltiplas facetas, conforme abordado

no início deste capítulo) de seus titulares. Isto é, negar a condução do processo pelos próprios cidadãos é, inicialmente, um ato marcado pelo traço da ilegitimidade (NUNES, BAHIA, 2010), além de um ato de irresponsabilidade.

Explica-se: ato de irresponsabilidade porque cercear a atividade dialógica processual conduz a uma inevitável disfuncionalidade de papéis dos sujeitos do processo, incluindo-se a do julgador. Como efeito colateral desta disfuncionalidade, observa-se o pensamento imaginário e deturpado sobre a figura do juiz, que a depender dos interesses atingidos com sua decisão, pode ocupar a posição de “ser iluminado” ou de “ser tirano”.

Por esta ilustração, é nítido perceber a fantasia que se criou em torno do papel do magistrado, que distante dos símbolos enfocados, tem, em verdade, o papel “de um garante da normatividade e dos direitos fundamentais que formam sua decisão conjuntamente com os demais participantes a partir do processo e não apesar dele” (NUNES, BAHIA, 2010, p. 93).

Sobre essa dialogicidade necessária ao processo e esta distorção do papel do magistrado como único capaz de se chegar à verdade e de promover a “justiça”, propício trazer os ensinamentos de Rui Cunha Martins, em *O Ponto Cego do Direito*, ao falar de Democracia e Conectividade, a partir das concepções de verdade, de evidência, de prova e de redutores de complexidade (MARTINS, 2013).

Nesse tocante, o autor dispõe que “a verdade” alcançada em meio processual estaria contaminada, haja vista que a percepção do julgador sobre aquilo que para ele é evidente no processo sofreria as influências de suas crenças, não estando necessariamente comprometida com a prova e com a verdade (MARTINS, 2013).

Desse modo, retirar do processo a sua natureza dialógica e, por conseqüente, retirar das partes o seu direito de influenciar na decisão a partir de suas atuações, além de prática antidemocrática, equivaleria ao afastamento da verdade. Com efeito, ao concentrar exclusivamente na figura do juiz a responsabilidade de se chegar à verdade, estar-se-ia, em essência, se

distanciando dela, uma vez que por nossas próprias limitações humanas tem-se a tendência de reduzir a complexidade do mundo (MARTINS, 2013).

Martins (2013), portanto, denominaram de redutores de complexidade os mecanismos que reduzem nosso grau de percepção sobre as coisas, fazendo com que ignoremos alguns aspectos da realidade, nos fazendo pinçar o que reputamos mais relevante, situação que conduziria a uma decisão distorcida da realidade.

Por sua vez, não se pode olvidar que desprezar a dialeticidade do processo também repercute no aumento da litigiosidade (NUNES, BAHIA, 2010, p.87), que, pelo menos *prima facie*, se mostra um elemento desfavorável ao funcionamento da relação processual democrática.

Por sua vez, valendo-se de todas as razões aqui postas, — que vão desde a semântica que compreende um Estado Democrático de Direito, passando pela questão do exercício da autonomia (e sua ampla compreensão), até chegar aos entraves que se relacionam com a jurisdição e a efetiva participação das partes na formação do processo, propõe-se apresentar o instituto dos negócios jurídicos processuais, sendo esse um mecanismo de gestão procedimental do processo, o tema do próximo capítulo.

3 DA ORIGEM AO DESTINO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Para melhor sistematizar o estudo, iniciou-se o capítulo, pelo resgate histórico dos negócios jurídicos processuais frente às teorias de processo apresentadas no capítulo anterior.

Para tanto, articulou-se a sua origem às características de cada modelo processual abordado. Abordou-se ainda, as principais definições, características e requisitos do instituto processual, a fim de demonstrar como se opera esta gestão compartilhada de procedimento, conforme disposto no art. 190 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015).

E por esta relação de ideias, averiguou-se a compatibilidade dos negócios jurídicos processuais face às premissas do modelo constitucional de processo.

3.1 Os Negócios Jurídicos Processuais frente às Teorias de Processo – Origem e Noções Primeiras

Empregando a mesma recapitulação histórica utilizada na exposição das teorias processuais e com elas relacionando, registra-se que a ideia de gestão procedimental (na qual estão inseridos os negócios jurídicos processuais) remonta ao período em que o processo, sob o poderio do direito privado, era tratado como convenção entre as partes, nos moldes traçados pela Teoria do Processo como Contrato (KHALED JÚNIOR, 2011).

Àquela época, meados do século XIX, a ideia de negócio jurídico foi apresentada por Josef Köhler, conforme aduz (FARIA, 2016, p. 20):

Köhler, em perspectiva privatista, sustentava que a vontade das partes poderia ser orientada negocialmente para produzir efeitos no processo, determinando a conformação das situações jurídicas

processuais, sendo o “contrato” uma categoria da teoria do direito, e não somente do direito privado.

Com efeito, a considerar o momento histórico, os negócios jurídicos processuais se apresentavam como instrumento coerente e viável à solução de conflitos, uma vez que, como abordado no capítulo anterior, o direito processual, que ainda não era visto como ciência autônoma de natureza pública estava atrelada às concepções privatistas do direito inerente ao Estado Liberal (FARIAS, 2016, p. 20).

Quanto à origem dos negócios jurídicos processuais, importante ressaltar o estudo de Nogueira (2016, p. 94):

Schönke, já no século passado, admitia as intervenções privadas sobre determinadas situações processuais (v.g. pacto de não executar), mas esses acordos não surtiam efeitos imediatos de caráter processual, embora obrigassem os interessados a proceder segundo eles. Lent procurou identificar acordos processuais no âmbito dos atos processuais praticado pelas partes seriam verificados quando os efeitos processuais se produziram quando querido pela parte. Mais recentemente, também Leible e Jauernig admite, embora excepcionalmente, a existência de contratos processuais (v.g. compromisso arbitral, segundo a ZPO⁴).

Notadamente, a compreensão originária dos negócios jurídicos processuais muito se deveu à doutrina alemã, haja vista o expressivo número de estudiosos que desenvolveram o tema.

Todavia, em meio aos anseios sociais que marcaram o final do século XIX, a ordem jurídica passava por mudanças, já que as ideias liberais de jurisdição não eram mais compatíveis com as convicções axiológicas de Estado. Momento em que se fortaleceu a teoria de Bülow de processo (Teoria da Relação Jurídica), nos moldes delineados no capítulo 2. (BÜLOW, 1964).

Instituído o novo paradigma, no qual a ação interventiva do Estado era marcada pela atuação e pelo controle do Poder Público, concentrado nas mãos do Judiciário, (ao que, mais tarde, se denominou Supremacia Judicial) (BÜLOW, 1964), a gestão das relações em sociedade transferia-se dos indivíduos para os juízes.

⁴ ZPO (Zivilprozessordnung) a sigla utilizada para fazer referência ao Código de Processo Civil Alemão.

Sob o crivo do Estado Social, o Judiciário passa a regular as relações entre o Estado e os particulares e, entre os particulares e os particulares, pelo traço característico da primazia da coisa pública (tutela do bem comum) sobre os interesses individuais (BÜLOW, 1964).

É de se notar pela corrente publicista da época, sobretudo pelo protagonismo judicial empós revelado, que se esgotavam os espaços no meio jurídico, para se conceber quaisquer práticas que remetessem à ideia de convenções processuais, no sentido apresentado por Köhler em 1887.

Diante do marco histórico, a incompatibilidade gerada entre os negócios processuais e a ordem jurídica processual vigente concentrava-se de sobremaneira em três pontos destacados por Cabral (FARIAS, 2016, p. 23):

(a) o Estado almejaria implementar, pelo processo, espaços públicos, que se sobrepõe aos interesses privados das partes e que levariam à aplicação imperativa da regra legislada, considerando a lei a única fonte da norma processual;

(b) a concepção de que as normas processuais seriam todas de ordem pública, e, portanto, cogentes (*ponto que será explorado em tópico próprio*), estabelecidas no interesse público e inderrogáveis pela vontade das partes; a vontade dos litigantes não poderia interferir decisivamente no trâmite do procedimento de maneira diversa daquela prevista na norma legal;

(c) rejeição do processo como “coisa das partes” e a inflação dos poderes oficiosos do juiz, inclusive e sobretudo na condição de procedimento, o Estado-juiz passou a ser o personagem central da relação jurídica processual.

Percebe-se pelas razões supras que, naquele marco, a compreensão de escopos públicos (base e fim do Estado Social), não necessariamente contemplava o ideal social da época, já que traduziam, muito mais, a vontade de se romper com o pensamento liberal e, muito menos, a ideia de “correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social” (SILVA, 1999, p. 119).

Em cadeia, é interessante analisar que a reduzida compreensão de escopos públicos reverberou no sentido de norma cogente. Assim, entendia-se por cogente tudo aquilo que dissesse respeito aos interesses públicos,

interesses que eram regulados pelas normas, portanto, seria da essência da norma o seu caráter público.

Dada a circularidade desse raciocínio, impensável recepcionar nesse modelo de jurisdição qualquer forma de gestão procedimental, haja vista o sentido abissal conferido ao interesse público.

Por último, destaca-se que a ideia defendida por Bülow de ordem jurídica centrada no Estado-juiz, como protagonista da atividade jurisdicional, acabava por dizimar a existência de convenções em matéria procedimental, frente à insignificância que tratou da participação das partes no plano processual.

No entanto, contemporaneamente e contrariamente a Bülow, Adolf Wach já sustentava a imprescindibilidade da atuação das partes na composição do processo, pois reconhecia a importância da dialeticidade processual, “ressaltando que a finalidade atendia ao interesse das duas partes do litígio, o interesse da tutela jurídica afirmada pelo autor e o interesse contraposto do sustentado pelo réu” (FARIAS, 2016, p.155).

Ao seu turno, a doutrina italiana também recepcionava os negócios processuais, como aduz (NOGUEIRA, 2016, p. 94):

Chiovenda admitiu claramente a figura dos negócios jurídicos processuais, visto que em certos atos a lei relaciona, imediatamente, a produção de efeitos com a vontade das partes. Assim se daria com os atos unilaterais praticados com o fim de criar, modificar ou extinguir direitos processuais (v.g. renúncia, aceitação da herança etc.).

Desse entendimento pode-se verificar as influências da doutrina alemã, sobretudo de Wach e Klein, para Chiovenda, (CASTILLO, 1947, p. 522), o que se estendeu aos negócios processuais. Válido ainda destacar que a recepção dos negócios processuais por Chiovenda convergem, de fato, com o reconhecimento da dialeticidade do processo, sustentada no processualismo científico.

No entanto, esclarece-se que a posição de Chiovenda sobre os negócios processuais encontrava limites, haja vista que partia da “premissa de que o

acordo entre as partes não poderia condicionar/regular a atividade pública do juiz, somente seriam válidos quando expressamente previstos em lei” (ATAÍDE, 2016, p. 264).

Aliás, converge a esse mesmo pensamento a Teoria Estruturalista de Fazzalari, uma vez que “admitiu a existência de negócios processuais”, que, segundo ele, melhor seriam denominados “atos processuais negociais” (FARIAS, 2016, p. 37).

Destaca-se ainda que a teoria defendia a participação processual paritária das partes, na qual “de fato cada parte tem uma série de poderes, deveres, assinalados exatamente para realizar, como uma série de atos, a sua participação no processo” (FAZZARALI, 2006, p. 505) de modo a refletir o equilíbrio de manifestação dentro do processo e garantir os pronunciamentos tanto quantitativos quanto qualitativo dos envolvidos (FAZZARALI, 2006, p.119 -120). Pensamento este que, tempos depois, foi trazido para o direito brasileiro por Baracho e Gonçalves (BARACHO, 2008, p.17).

Com a mudança de perspectiva sobre processo, a partir dos moldes sugeridos por Wach e Fazzalari e, mais tarde, reforçados por Baracho e Gonçalves e tantos outros, o cenário processual permitia um canal para se falar em negócios jurídicos processuais, face a premissa dialógica estabelecida (e cerne da relação processual democrática).

Todavia, destaca-se que a ideia de negócios jurídicos processuais no Brasil tardou a ser enfrentada, especialmente sob o argumento publicístico de que a gestão procedimental seria incompatível com preceitos tais como a segurança jurídica e o devido processo legal. Fundamentos que só poderiam ser garantidos por meio de uma jurisdição monopolizada pelo Estado (SANTOS, 2016, p. 22).

É o que se extrai da exposição de motivos do Código de Processo Civil de 1939 (BRASIL, 1939):

4 - Do que fica dito resulta, necessariamente, o sistema que foi adotado no projeto. A questão de sistema não é uma questão a ser resolvida pelos técnicos; é uma questão de política legislativa,

dependendo, antes de tudo, do lugar que o Estado, na ordem dos valores, destina à justiça, do interesse maior ou menor que o Estado tenha em que ela seja administrada como o devem ser os bens públicos do grau superior. Ora, ninguém poderá contestar que no mundo de hoje o interesse do Estado pela justiça não pode ser um interesse de caráter puramente formal: a Justiça é o Estado, o Estado é a Justiça. À medida que cresce o âmbito e a densidade da justiça, a sua administração há de ser uma administração cada vez mais rigorosa, mais eficaz, mais pronta e, portanto, requerendo cada vez mais o uso da autoridade pública.

O primeiro traço de relevo na reforma do processo haveria, pois, de ser a função que se atribui o juiz. A direção do processo deve caber ao juiz; e este não compete apenas o papel de zelar pela observância formal das regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira, que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade. Daí a largueza com que lhe são conferidos poderes, que o processo antigo, cingido pelo rigor de princípios privatísticos, hesitava em lhe reconhecer. Quer na direção do processo, quer na formação do material submetido a julgamento, a regra que prevalece, embora temperada e compensada como manda a prudência, é a de que o juiz ordenará quanto for necessário ao conhecimento da verdade.

Registra-se que a tônica da norma processual da época, sob à égide do Estado Novo, de Getúlio Vargas (FARIAS, 2016, p. 175), tornava improvável a concepção atual de negociação processual pelas partes. Não obstante, naquela época, Pontes de Miranda conceber o ato processual de desistência⁵ da ação (ato volitivo da parte) como um negócio jurídico sem, todavia, tratá-lo como processual (SANTOS, 2017, p. 22).

É o que destaca Farias (2016, p. 39), “Pontes de Miranda, ponderando sob as bases do Código de Processo Civil de 1939 (BRASIL, 1939), explicava a desistência da ação como um negócio jurídico, sem, contudo, se preocupar em fornecer maiores elementos”.

Por seu turno, a noção de negócio jurídico processual veio compor o ordenamento jurídico nacional, por meio do Direito Processual Penal, no

⁵ BRASIL. Código de Processo Civil de 1939. DECRETO-LEI Nº 1.608, DE 18 DE SETEMBRO DE 1939.

Art. 16. As desistências não dependerão de termo, embora só produzam efeitos jurídicos depois de homologadas por sentença.

Art. 181. Apresentada a contestação, o autor não poderá, sem consentimento do réu, alterar o pedido ou sua causa, nem desistir da ação.

Parágrafo único. A recusa do réu será rejeitada, si da desistência não lhe resultar prejuízo.

Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (BRASIL, 1941), conforme destacado (SANTOS, 2017, p. 22):

O instituto do negócio jurídico processual tornou-se conhecido no Brasil no bojo da ciência jurídica processual penal, em que Hélio Tornaghi buscou difundir suas características e conceitos afirmando que 'são negócios processuais as manifestações de vontade de que a lei faz depender a eficácia técnica ou o valor jurídico do processo, exemplo: o perdão, a retratação'.

Nesses contornos, incorporava-se à legislação brasileira a ideia de gestão procedimental, uma vez que considerava a manifestação de vontade das partes para a formação do procedimento, especialmente o penal.

Mesmo com o espaço promovido pela legislação processual penal, foi apenas “a partir da década de 1970”, quando “o modelo de socialização característico do paradigma do Estado Social começou a entrar em crise” (*Welfare State*), que o Direito Processual Civil passou a tratar a questão (FARIAS, 2016, p. 177).

Em meio às insatisfações geradas pela insuficiência do Estado, na inexecução de seus propósitos, a norma processual civil brasileira recepcionou a ideia de gestão procedimental, na medida em que o CPC de 1973 (BRASIL, 1973) inseriu, como forma de ato processual, o ato das partes.

É também o que se extrai da redação do art. 158, do CPC de 1973: “Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais” (BRASIL, 1973).

Desse modo, ao estabelecer que a manifestação de vontade das partes consiste em um ato processual, o legislador, de forma tênue e reflexa, incorpora à norma processual (respeitadas as devidas proporções) a tônica da representatividade democrática, uma vez que resgata a autonomia participativa dos interessados diretos do processo.

Chegado a esse ponto, qual seja um âmbito jurídico-processual que minimamente comporta a prática de gestão procedimental, vê-se a

oportunidade para se apresentar os fundamentos que compreendem a gestão em apreço, bem como os conceitos, os elementos e os requisitos relacionados aos negócios jurídicos processuais.

3.2 Negócios Jurídicos Processuais: conceitos, fundamentos e requisitos

A ideia de negócios jurídicos processuais, como já mencionado, retrata a possibilidade de as partes influírem no procedimento a ser utilizado no processo. Desse modo, podem as partes atuar efetivamente para dispor sobre deveres, poderes, faculdades e ônus, a fim de “admitindo alterações na consecução dos atos processuais, em consonância com sua natureza, relevância e duração da demanda” (CRUZ, TUCCI, 2016, p. 25).

Delimita-se, portanto, que o campo dos negócios processuais se volta à gerência da atividade procedimental, “dentro dos limites fixados pelo próprio ordenamento jurídico”. Nessa perspectiva, o instituto não tem a pretensão de enveredar para convencionar possíveis efeitos processuais desses atos (NOGUEIRA, 2016, p. 96).

Por oportuno, esclarece-se que o conceito ora adotado não é uníssono no ordenamento jurídico brasileiro (a considerar que até a própria existência dos negócios processuais é questionada até hoje). Ao largo disso, inúmeros são os posicionamentos que definem os contornos dos negócios processuais e, cada um a seu modo, a exemplo de Calmon Passos, que condiciona a produção dos efeitos dos negócios jurídicos celebrados à necessária intervenção judicial (FARIAS, 2016, p. 45). Admite-se que esta é uma perspectiva bastante polêmica.

Particularmente, entende-se polêmica a posição de Passos, porque incumbir ao juiz (ou mesmo que se fosse, às partes) que a produção dos efeitos de um ato jurídico seria, em tese, reconhecer que esses efeitos não decorreriam da própria lei (NOGUEIRA, 2016, p. 95). Raciocínio este que

comportaria, inclusive, a admissão de atos processuais *contra legem*, bastasse assim o juiz reconhecer a eficácia do ato, ainda que ilícito.

Feito esse contraponto e esclarecida a existência de outras concepções sobre o instituto, é necessário explicar a linha de pensamento que levou à posição adotada. Julgou-se que para abordar adequadamente o tema, seria necessário tratar igualmente de elementos do direito material que se relacionam diretamente com a questão, como é o caso dos fatos, dos atos e dos negócios jurídicos, ensinamentos solidamente encontrados em Pontes de Miranda (MIRANDA, 1999).

Assim, pelas lições pontianas (Teoria do Fato Jurídico), de uma forma concisa, “os fenômenos jurídicos ou fatos jurídicos *lato senso* são aqueles considerados relevantes para o Direito e, assim, valorados pela norma jurídica, porque desses decorrem algumas consequências importantes - chamados de ‘efeitos’ no mundo jurídico” (CARVALHO, 2017, p. 80).

Sobre esse aspecto, o fato seria considerado como jurídico quando a norma jurídica incidisse sobre ele, o que traria à tona a necessária análise do fenômeno a partir de três planos: o da existência, o da validade e o da eficácia, isto é, o que se compreende como Escala Pontiana (MELLO, 2007, p. 39 - 40).

Nessa perspectiva, compreende-se plano de existência aquele que considera o fato jurídico a partir de sua simples ocorrência, não considerando por oportunas a análise da vontade do agente ou mesmo da existência de nulidades ou de anulabilidades sobre o fato, haja vista que essa análise estaria compreendida em outro plano, o da validade (MELLO, 2007, p. 39 - 40).

Seria, portanto, no plano de validade que se avaliaria o fato jurídico pela expressão da vontade do agente (livre e consciente), bem como pela ocorrência ou não de vícios sobre os elementos que compõe o fato, a exemplo do dolo, do erro e da coação. E por último, Pontes de Miranda analisa o fato jurídico pelo olhar de sua eficácia, na medida em que também considera os efeitos jurídicos produzidos pelo referido fato (MELLO, 2007, p. 39 - 40).

Ainda seguindo a linha de Pontes de Miranda, os fatos jurídicos em sentido *lato* compreenderiam fatos naturais ou fatos humanos, que seria considerado ato jurídico, negócio jurídico, ato ilícito ou ato fato, a depender da ação do homem (MELLO, 2007, p. 52).

Nesse sentido, “o negócio jurídico e o ato jurídico *stricto sensu*” seriam “daqueles atos humanos que têm na vontade o seu elemento nuclear e não se constituem em ilícitos” (ATAÍDE, 2016, p. 262), posição já sustentada por Fazzalari, que não considerava como atos jurídicos, os atos ilícitos.

Nessa senda, destaca-se ainda o entendimento de Leonardo Cunha (2016, p. 40):

[...] os atos, que exteriorizam ou manifestam vontade humana, torna-se atos jurídicos, quando sofrem a incidência da norma que os prevê.

Já os atos ilícitos são aqueles contrários ao direito, dos quais resultam consequências desvantajosas para quem os pratica. Há, ainda, os negócios jurídicos, cuja conceituação relaciona-se com a autonomia da vontade e com a escolha conferida ao interessado da categoria jurídica e da estruturação do conteúdo eficaz das respectivas relações jurídicas.

Diante da digressão apresentada, chega-se à conclusão de que os negócios jurídicos processuais decorrem da incidência de um ato jurídico em norma processual (ATAÍDE, 2016, p. 263). A posição é defendida por Barbosa Moreira, para quem os negócios jurídicos processuais seriam denominados “convenções processuais”, nas quais as partes poderiam pactuar “matéria processual”. Ao exemplo do que acontece com “a eleição convencional de foro, a convenção para suspensão do processo, a distribuição convencional do ônus da prova” (FARIA, 2016, p. 51).

Reforçam, ainda, a linha adotada sobre a concepção dos negócios jurídicos processuais, as lições de José Rogério Cruz e Tucci (2016, p. 26):

[...] as convenções sobre os atos procedimentais têm natureza estritamente processual, não se confundindo com os negócios propriamente ditos, que ocorrem incidentalmente no âmbito do processo e que tem por objeto o próprio direito litigioso.

Diante do referencial apresentado, percebe-se que um ponto comum entre os autores que reconhecem os negócios jurídicos processuais é a

importância que dão à “vontade humana” (ATAÍDE, 2016, p. 262) na formação do processo.

E é nessa perspectiva, na qual se reconhecem, ao mesmo tempo, os limites normativos e a importância da vontade das partes na dinâmica processual, que se estudarão os negócios jurídicos processuais. Aqui entendidos como um mecanismo democrático de participação das partes na jurisdição (por meio de escolhas de seus interessados diretos), a fim de compor um procedimento que se mostre adequado e hábil à resolução da demanda.

Esclarece-se, no entanto, que o sentido de prestação jurisdicional hábil e adequada neste trabalho não deve ser confundido com o significado de prestação jurisdicional célebre.

Distante disso, a habilidade e adequação que se quer imprimir é aquela que mais se aproxima das definições contidas no princípio da Duração Razoável do Processo, que contempla a vertente tempo adequado às necessidades da causa *sub judice*, respeitando-se suas particularidades. Sobre essa preocupação, se posiciona Coutinho (2015, p. 204):

O Estado Democrático de Direito tem (e precisa ter) um caráter irradiante. Sua propagação no direito processual, entretanto, encontra-se severamente limitada, na medida em que o elemento temporal continua a ser o principal critério de verificação da pertinência da configuração dos procedimentos.

Falar em negócios jurídicos em sede processual significa dizer que é possível às partes transigirem sobre direitos, deveres, poderes e ônus, tendo como um de seus objetivos atender às necessidades envolvidas no processo. Necessidades estas relacionadas ao conflito, ao interesse das partes e aos demais participantes do processo.

De fato, o fundamento da adequação já encontrava guarida desde Andolina, não representando qualquer inovação do ordenamento jurídico, sendo um fundamento comumente utilizado na prática judicial, como destaca Cunha (2016, p. 57):

O princípio da adequação - sempre invocado para explicar a criação dos procedimentos especiais pelo legislador – passou também a ser

invocado para justificar a adaptação do procedimento pelo juiz no caso concreto. Não somente em casos específicos, mas também em qualquer caso, passou-se a admitir a adaptação do procedimento, em razão da construção de regras a partir do devido processo legal. Passou-se, assim, a entender que seria possível a flexibilização do procedimento pelo juiz, a fim de adequar o procedimento às peculiaridades do caso concreto.

Portanto, o que se apresenta novo é a configuração de as partes poderem propor essa adequação de procedimento. Isto é, parte-se da premissa de que o magistrado organiza o procedimento para atender melhor às especificidades da causa. Portanto, essa mesma premissa poderia ser alcançada a partir de uma escolha das próprias partes. O que, de perspectiva democrática, se mostra uma prática aceitável e até esperada, na medida em que o espaço procedimental seria construído pelos próprios legitimados.

Nesse sentido, nas palavras de Cunha (2016, p. 57), “exige participação dos sujeitos que estão submetidos a decisões a serem tomadas sobre situações que lhes digam respeito”, o que remonta a ideia de participação democrática apresentada no capítulo anterior.

A partir do que foi dito, vislumbra-se a possibilidade de utilização dos negócios jurídicos processuais adequando-se os atos procedimentais (deveres, poderes, faculdade e ônus das partes), a fim de atender às necessidades envolvidas no processo (da causa e dos envolvidos). Motivo pelo qual se mostra necessário discorrer sobre os formatos pelos quais se materializam esses negócios.

3.2.1 Negócios Jurídicos Processuais e suas Espécies

Como apontado por Didier Jr. (2018), os negócios jurídicos processuais se dividem em típicos e atípicos, configurando os negócios típicos aqueles que possuem uma previsão legal e que já têm sua regulação descrita.

São exemplos de negócios jurídicos típicos, conforme elenca Leonardo Carneiro da Cunha (2016), a desistência da ação, a convenção de arbitragem, acordo de eleição de foro, dentre outros, que, de maneira unilateral ou bilateral, se consolidam na legislação e estão inseridas no Código de Processo Civil de 2015.

Por sua vez, caracteriza-se como atípicos os negócios que não se enquadram nos tipos previstos pela lei, mas que estão autorizados por ela. Assim, os negócios atípicos, por lhes faltarem forma determinada, seriam estabelecidos por meio de uma cláusula geral de negociação processual que comportaria a expressão autonômica da vontade das partes e regularia o negócio pactuado (CUNHA, 2016).

Nesse sentido, Didier Jr. (2016, p. 134) destaca que a pactuação de negócios processuais, sobretudo os atípicos, surge como verdadeira concretização “do princípio do respeito ao autorregramento processual”⁶. Princípio que se insere, para ele, como “norma fundamental do processo civil”, haja vista sua íntima relação com o direito fundamental à liberdade.

De outra forma, pode-se ainda relacionar as espécies de negócios jurídicos processuais à classificação de negócios estáticos e dinâmicos (NOGUEIRA, 2016). Configuram-se estáticos aqueles em que as partes se aproveitam de normas jurídicas já estabelecidas, sem criar convenções novas. Enquanto se diz dinâmico, o negócio jurídico é celebrado pelas partes de forma livre, capaz de possibilitar a criação de verdadeiras inovações jurídicas procedimentais.

Os negócios jurídicos processuais podem ainda ter como tipificação a nomenclatura de antecedentes e subsequentes, distinguindo-se um do outro pelo momento em que sejam celebrados no litígio. Isto é, se em momento prévio à demanda judicial ou se no decorrer desta (NOGUEIRA, 2016). Como destaca Didier Jr. (2016, p. 33):

⁶ O princípio do respeito ao autorregramento da vontade visa, enfim, à obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de se autorregular possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas. (DIDIER, 2016, p. 134).

Os negócios jurídicos processuais podem ser celebrados antes ou durante a litispendência. O *caput* do art. 190 é expresso ao permitir essa possibilidade. Ratifica-se, então, o que se disse acima: o negócio jurídico e processual se repercutir em processo atual ou futuro.

Ainda sobre a classificação dos negócios jurídicos, estes podem ser divididos em unilaterais e bilaterais, distinguindo-se o primeiro do segundo, pela existência da manifestação das partes na sua formação, pelo que se destaca (DIDIER, 2016, p. 377):

[...] é possível visualizar negócios jurídicos processuais unilaterais (que se perfazem pela manifestação de apenas uma vontade), como a desistência e a renúncia, e negócios bilaterais (que se perfazem pela manifestação de duas vontades), como é o caso da eleição negocial do foro e da suspensão convencional do andamento do processo.

Menos comum é a tipificação de negócios jurídicos plurilaterais, como também menciona Didier Jr. (2016). Classificação utilizada para designar o negócio processual celebrado a partir da manifestação de mais de dois agentes no processo. É o que exemplifica ao trazer a hipótese do pacto celebrado na sucessão processual voluntária, disciplinada no art. 109 do CPC (BRASIL, 2015), bem como na hipótese dos negócios jurídicos pactuados com a participação do juiz, como a formação do calendário processual, previsto no art. 190 do mesmo diploma (BRASIL, 2015).

De fato, muitas são as classificações que buscam definir as espécies de negócios jurídicos processuais e sua utilidade. Todavia, neste trabalho se aterá mais detidamente ao estudo do instrumento mais novo trazido à legislação, qual seja, o estudo dos negócios jurídicos processuais atípicos, posto que figuram como um dos mais controversos, tendo em vista sua ampla possibilidade de formação.

Nas palavras de Didier Jr. (2016), essa atipicidade dos negócios jurídicos seria tão marcante que dela adviria o subprincípio da atipicidade da negociação processual, subprincípio este essencial para o cumprimento do princípio de respeito ao autorregramento da vontade e intimamente ligado à cláusula geral de negociação sobre o processo, viabilizadora da diversidade dos negócios jurídicos processuais.

No mesmo diapasão, se posiciona Guilherme Faria (2018, p. 79) “Com efeito, o art. 190 do Novo CPC consagra uma verdadeira Cláusula Geral de atipicidade de negócios processuais, ‘sendo ampla a liberdade das partes para celebração de convenções processuais’”.

Apesar de apresentarem largas margens de possibilidades em sua construção, os negócios processuais atípicos precisam obedecer a certos requisitos estabelecidos por lei. Dentre os quais os requisitos dispostos no Art. 190, do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015), pois são eles que regem, em uma ordem infraconstitucional, a validade ou invalidade desse instrumento, estabelecendo requisitos positivos ou negativos para sua criação e validade.

Ademais, antes mesmo dos critérios dispostos no CPC/2015, é de se observar que a validade do negócio processual está atrelada à norma constitucional, sendo esse o requisito mais significante para avaliar sua validade em uma jurisdição constitucional democrática. Nesse sentido, se posiciona Faria (2016, p. 79):

Percebe-se, desse modo, que o instituto se presta à construção (de forma cooperativa) de um procedimento próprio, adequado ao caso concreto, visando, antes de tudo, eliminar impasses processuais, mas, frisa-se (desde já), sem jamais limitar ou reduzir garantias constitucionais estabelecidas.

Registra-se, portanto, que os requisitos, constitucionais e infraconstitucionais devem ser observados por todos os envolvidos no processo. Isso equivale dizer que, além das partes, o juiz também deve obediência a esses parâmetros. É o que destaca Didier Jr.: “um bom exemplo de negócio processual atípico celebrado pelas partes e pelo juiz é a execução negociada de sentença que determina a implantação de política pública” (DIDIER, 2016, p. 383).

De maneira a conservar preceitos fundantes da jurisdição processual brasileira, de caráter constitucional e democrático, a mesma ordem jurídica que estabeleceu o instituto dos negócios jurídicos processuais, delimitou igualmente os parâmetros de sua aplicação, pelo que são impostos limites subjetivos e objetivos.

3.2.2 A Regularidade dos Negócios Jurídicos Processuais: Requisitos Positivos e Negativos de Ordem Infraconstitucional

Em uma ordem infraconstitucional, não obstante um dos elementos fundamentais para a construção dos negócios jurídicos processuais ser o princípio do autorregramento da vontade, reflexo de uma participação efetiva das partes no processo (DIDIÉR, 2016), estes não podem se desenvolver ao alvedrio do conjunto legal.

Assim, como todo ato jurídico, os negócios jurídicos processuais devem atender a certos elementos, a fim de imprimir validade à cláusula geral de negociação. Isto é, compreende a cláusula geral o conjunto de requisitos positivos e negativos que validam o negócio processual, sendo eles: “a) ser celebrados por pessoas capazes; b) possuir objeto lícito; c) observar forma prescrita ou não proibida em lei [...]”. (DIDIÉR, 2018, p. 34).

Os requisitos, portanto, são os elementos que devem ser considerados na formação da gestão procedimental, sejam esses requisitos positivos (pois necessariamente devem compor a convenção) ou negativos (aqueles que devem ser observados, a fim de serem evitados na formação convencional).

Nesse sentido, tem-se como um dos requisitos sensíveis do negócio processual a declaração livre e inequívoca de vontade das partes em celebrar o pacto processual, haja vista que não deve haver qualquer dúvida sobre essa manifestação. Nesse ponto, é válido destacar que alguns estudiosos defendem que essa manifestação deveria necessariamente ocorrer de forma escrita, ainda que expressada verbalmente, ou pelo menos de alguma forma a ser registrada (como é o caso dos registros eletrônicos), uma vez que não existiria a possibilidade de pactuação processual pela via do silêncio (YARSHELLL, 2016).

Verificada a vontade inequívoca dos agentes do negócio processual, avalia-se ainda a forma desse negócio. Ou seja, passa-se a analisar os requisitos que envolvem o pacto processual e dizem respeito à existência do

negócio, como os agentes envolvidos e o tempo de sua celebração (YARSHELLL, 2016)

Com efeito, para que um negócio jurídico exista faz-se necessário a presença de agentes, na compreensão mais ampla do termo (v.g. capítulo 2), comportando também, em terminologia processual, a existência de sujeitos capazes de serem parte, ou seja, sujeitos que possuam personalidade jurídica. (DIDIER, 2015).

Todavia, esse requisito também não é suficiente para atender às exigências dos negócios jurídicos, dentre eles o processual, pois para sua validade, além de sujeitos dotados de personalidade jurídica, a expressão “plenamente capazes”⁷, definida no art.190 do CPC, compreende ainda o grau de compreensão dos envolvidos no negócio jurídico, o que, por conseguinte, pressupõe o pleno exercício dos direitos e deveres de ordem civil dos sujeitos envolvidos no processo (DIDIER, 2015).

Em outra senda, figura ainda como requisito do negócio a determinação do tempo em que foi pactuado, se antes do processo ou mesmo durante seu trâmite, haja vista que as regras estabelecidas entre as partes irão predominar até mesmo sobre eventos processuais que em momento futuro possa modificar a própria lei, no tocante às regras procedimentais, já que as regras convencionadas representariam o melhor procedimento, desde que respeitados todos os requisitos legais (YARSHELLL, 2016).

Da junção dos elementos acima aludidos, quais sejam, vontade livre e inequívoca, agentes plenamente capazes e o tempo das convenções, chega-se à análise de outro requisito relacionado a todos eles, que é a celebração de

⁷ Código de Processo Civil de 2015.

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.

pacto processual obediente à condição de igualdade substancial entre as partes (YARSHELLL, 2016).

Não seria possível admitir como válido um negócio jurídico processual que envolvesse partes em desigualdade de entendimento e de condições, pois admitir tal possibilidade seria violar norma elementar do processo – a paridade de condições procedimentais (YARSHELLL, 2016).

Para Didier Jr. (2018, p. 35), trazendo o pensamento de Leonardo Greco, essa paridade processual corresponderia à denominada capacidade processual negocial, pelo que destaca:

O parágrafo único do art. 190 traz hipótese específica de incapacidade processual negocial: a capacidade pela situação de vulnerabilidade. Há vulnerabilidade quando houver desequilíbrio entre os sujeitos na relação jurídica fazendo com que a negociação não se aperfeiçoe em igualdade de condições.

Ademais, assevera ainda que um exemplo dessa vulnerabilidade seria a desassistência por qualquer das partes de acompanhamento técnico-jurídico (DIDIER, 2018, p. 35).

Sobre esse ponto e pela ótica constitucional dessa paridade de condições, Guilherme Faria (2016, p. 88) explica:

Com efeito, sempre que as partes se encontrarem em pé de igualdade, podendo influenciar de maneira efetiva na formação do negócio jurídico processual, tem-se que o mesmo conterà vício capaz de ensejar sua invalidação, haja vista que poderá resultar, em quebra de paridade de armas e do caráter dialógico do processo.

O juridicamente incapaz presume-se vulnerável. Contudo, há quem seja juridicamente capaz e vulnerável. As posições jurídicas de trabalhador e consumidor, via de regra, costuma ser apontadas como posições vulneráveis, em que pese envolverem sujeitos capazes. Nesses casos, a vulnerabilidade precisa ser demonstrada *in concreto*, haja vista que se, apesar da desigualdade no plano substancial, o negócio processual contiver regras que asseguram o contraditório, a ampla defesa e devido processo legal, de uma maneira geral, sua validade estará preservada.

Percebe-se, portanto, que condição *sine qua non* dos negócios jurídicos processuais seria a garantia de igualdade de condições entre os interessados, pelo que nesse momento traz-se à discussão o conceito sobre igualdade e processo (ABREU, 2016, p. 281 - 290), mencionado no capítulo:

[...] a incidência de igualdade, que constitui para o processo uma norma fundamental cuja repercussão transborda os limites do conhecido direito à paridade de armas: hoje compreendido como igualdade no processo), abarcando também situações externas ao processo que podem influenciar negativamente o equilíbrio no acesso ao processo (igualdade ao processo) e a exigência de um resultado fornecido pelo processo ao caso concreto também seja compreendido a partir de uma função institucional e geral do processo civil de conferir unidade ao direito e tratamento igualitário das decisões judiciais (igualdade pelo processo).

De fato, julga-se valiosa a referência trabalhada pelo autor, pois nela se mostram três “tempos” (por assim dizer, por entender que o viés conjuga três tempos verbais) da igualdade aplicada ao processo. O primeiro deles, a igualdade ao processo, contempla que “a ordem jurídica deve fornecer os meios necessários para que as partes possam chegar ao processo em condição equilibrada”, o que corresponderia, teoricamente, um dos sentidos do abstrato e amplo acesso à justiça, já que repercutiria nos meios de acesso ao Judiciário. (ABREU, 2016, p. 288).

Como segundo “tempo”, a igualdade no processo se ligaria aos mecanismos garantidos às partes para que possam participar do processo com paridade de condições. Esse papel é confiado ao juiz por intermédio de atuação isonômica na condução processual, tarefa que deve ser exercida durante toda a tramitação do processo, a fim de garantir um meio procedimental adequado “para cada situação processual específica”, conformando “um procedimento voltado à participação de todos” e configura-se uma representação do acesso à jurisdição (ABREU, 2016, p. 289).

Quanto à igualdade no processo, uma das mais relevantes para este estudo, por guardar correspondência direta aos objetivos desta pesquisa, destacam-se dois pontos que versam justamente sobre o reconhecimento do papel do julgador na formação dos negócios processuais, pois o instituto em apreço não despreza ou reduz a sua importância na relação procedimental. Ao contrário disso, reconhece sua imprescindibilidade, em um primeiro ponto, como sujeito do processo e, portanto, agente dialógico dessa relação, além de, em um segundo ponto, afirmar sua posição como responsável pelos “espaços de autodeterminação” (ABREU, 2016, p. 289), devendo fazê-los a partir das garantias constitucionais do processo e das partes.

Além das igualdades referidas, quais sejam, a de ingresso no processo e, uma vez nele, a de manutenção do equilíbrio entre os sujeitos processuais, mostra-se ainda a igualdade pelo processo, na qual, diante de perspectiva futura, e, portanto, exoprocessual, se garantiria aos cidadãos o mesmo tratamento diante do Direito aplicado, “diante das decisões judiciais”, propósito que, na visão do autor, poderia ser sistematizado a partir de três formas (ABREU, 2016, p. 290):

Uma maneira de abordar o problema é mediante a utilização de técnicas tendentes a reunir processos ou questões para um julgamento único que permita a efetivação da igualdade de todos os sujeitos que ostentam essa posição jurídica por meio de uma só decisão (igualdade pelo tratamento coletivo de interesses individuais). Uma segunda ótica é aquela referente à utilização de uma série de ritos ou sistemáticas previstos no direito positivo tendente à fixação de uma resposta judicial para um determinado ponto de direito e posterior vinculação prevista pelo direito positivo, permitindo a reaplicação desta decisão para casos futuros ou em andamento (igualdade pela uniformização das decisões). Por fim uma terceira forma de abordar o problema de igualdade diante das decisões judiciais, está na aceitação de que o caráter não-cognitivistista da interpretação impõe respeito ao precedente por razões de ordem institucional, mas não necessariamente por expressa disposição legal (igualdade pelo respeito ao precedente). Um ordenamento que pretenda tutelar a igualdade perante o direito de forma plena deve conjugar essas três formas de estruturação da igualdade pelo processo, assumindo seu caráter de complementariedade, com vistas à estruturação de um processo civil mais voltado à tutela da igualdade das decisões judiciais.

Guardados os desafios atinentes à efetivação dos “tempos” anteriores de igualdade, esse último momento aparenta ser o mais desafiador deles, na medida em que por contemplar o processo em esfera externa e, concomitantemente, em projeção futura, recai sobre ele variantes inúmeras. Assim, não obstante, vislumbrar a notória coragem do autor em enfrentar a discussão, expõe-se consideração sobre a primeira proposição elencada, haja vista incitar algumas questões.

Ao dispor que a igualdade pelo processo poderia ser alcançada pela reunião de processo de mesma temática, considerado o papel uniformizador dos tribunais, o autor atinge outra igualdade (a que se opera pelo processo) na medida em que poderia tratar pretensões distintas de uma mesma maneira, já que os interesses estariam reunidos apenas por sua relação de pertinência.

É temeroso imaginar que demandas ajuizadas individualmente (justamente por terem particularidade que as diferencia da demanda coletiva) possam receber tratamento judicial em bloco, importando no alvedrio de se tratar demandas distintas como iguais (situação que lamentavelmente já ocorre), perdendo-se a oportunidade de trato adequado. Esse seria o único motivo pelo qual se pondera esse aspecto, por, em particular, considerar que ele rompe a coesão do raciocínio apresentado.

Aliás, quanto à igualdade e à adequação (linhas atrás mencionada), volta-se ao ponto para analisar sua significância no tocante aos negócios processuais celebrados a partir da participação efetiva das partes no processo, já que, preponderantemente, essa adequação tem se dado de duas formas: pela própria previsão legal (procedimentos especiais, por exemplo) ou pelo discernimento do julgador (por, supostamente, “a ordem jurídica” ter lhe delegado esse mister).

Partindo desse entendimento, retirou-se das partes, ou melhor, delas e de seus representantes técnicos (advogados), a possibilidade de igualmente dialogar sobre a “medida certa” para o caso, o que confronta uma relação democrática, já que a intervenção no rito procedimental seria construído pelos igualmente semelhantes em técnica, nos moldes e nos limites firmados no art. 190 do CPC (BRASIL, 2015). Inviabilizar, portanto, essa possibilidade remonta um caminho (além de antidemocrático) pautado nas concepções superadas de Bülow e de sua defesa ao protagonismo judicial e ainda remonta ao conceito de menoridade de Kant, na medida em que é presumir a incapacidade das partes e suprimir a capacidade de agir dos sujeitos, verdadeira afronta às noções de igualdade como elemento constitutivo da democracia.

Em síntese, pontua-se a seguinte lição: precede a qualquer igualdade processual, a igualdade (de forma ampla) como fundamento constitucional do Estado Democrático de Direito (conforme a referência explorada no capítulo 2, tópico 2.1), sendo esta distinta da concepção *stricta* do “todos são iguais perante a lei”. Como consta da definição de Maria Helena Camara Bastos e Eduardo Arriada, que dizem que: “Em suma, a grande tese levantada é que a liberdade não pode estruturar-se na desigualdade, deve sim, estruturar-se

sobre a realidade democrática da igualdade de condições” (CAMARA, ARRIADA, 2007, p. 11).

Desse modo, é de se esperar que uma estrutura tão complexa como a das igualdades só poderia ser garantida por uma conjugação de elementos diversos: arcabouço jurídico-normativo e participação efetiva dos sujeitos do processo (partes/interessados juridicamente e juiz), que por ação conjunta, imprimiriam as condições para se avaliar o grau de adequação dos negócios jurídicos processuais.

Entende-se como adequados, portanto, aqueles em que, diante de sujeitos capazes, efetivamente a igualdade de condições incida como direito fundamental ao transpor a ideia de “garantia como paridade de armas, assegurando-se plena disponibilidade de instrumentos e fixação de direitos, deveres, ônus e faculdades, na mesma medida a todas as partes (igualdade por simetria)” (ABREU, 2016, p. 284). Ideia que, aliás, nos remete novamente à paridade de posições e de manifestações, da Teoria Estruturalista de Fazzalari (FAZZALARI, 2006, p.111).

Por outra ordem, além dos requisitos positivos, para que haja a construção de pacto procedimental, é necessário também o atendimento dos requisitos negativos dos negócios jurídicos processuais, a exemplo do respeito às normas processuais cogentes, requisitos que serão melhor apresentados nos tópicos seguintes.

a) A Análise das Capacidades nos Negócios Jurídicos Processuais

Como dito anteriormente, é requisito necessário ao pacto procedimental a presença de sujeitos plenamente capazes nessa relação jurídica, entendida como capacidade plena aquela exercida por sujeitos que possuam personalidade jurídica (o que configuraria a capacidade de ser parte), possuam

maioridade civil e ainda estejam em pleno gozo de suas faculdades mentais (o que representaria a capacidade processual).

Apesar da definição simplificada acima, a expressão “plena capacidade” escolhida pelo legislador trouxe consigo certa controvérsia sobre sua definição, pois a redação do dispositivo legal não foi muito precisa sobre os limites que compreenderiam essa capacidade.

O legislador, ao estabelecer no art. 190 do Código de Processo Civil (BRASIL, 2019), esse requisito, nas palavras de Yarshell, “excluiu a possibilidade de que seja celebrado por absolutamente incapaz – ainda que na pessoa de seus representantes legais - e por relativamente incapaz – mesmo que regularmente assistidos” (2016, p. 86) à semelhança do que já ocorre nas causas sob o rito sumaríssimo, previsto pela Lei nº 9.099/95 (BRASIL, 1995).

Pela Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, portanto, estabeleceu-se, como critério objetivo, a impossibilidade de representação ou assistência dos legitimados ativos, sendo esse um requisito que deve ser observado em todo o curso do processo, sob consequência de extinção do feito em resolução de mérito⁸.

Por essa primeira abordagem, é de se perceber que o referido requisito representa verdadeira restrição dos agentes que poderão celebrar negócios processuais, uma vez que nos Juizados da Lei nº 9.099/95 apenas podem ser autores os sujeitos detentores de capacidade de ser parte e de capacidade processual, sem a possibilidade de complementação desta última por representação ou assistência.

De outro modo, na visão de Fredie Didier Jr. (2018), ao falar em capacidade plena o legislador traz à baila não apenas o questionamento da

⁸ Art. 8º Não poderão ser partes no processo instituído por esta Lei o incapaz, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil (Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais).

§ 1º Somente serão admitidas a propor ação perante o Juizado Especial: (Redação dada pela Lei nº 12.126, de 2009)

I - as pessoas físicas capazes, excluídos os cessionários de direito de pessoas jurídicas; (Incluído pela Lei nº 12.126, de 2009)

capacidade processual do sujeito, mas, sobretudo da capacidade processual negocial, como mencionado ao analisar a questão da vulnerabilidade das partes.

Para Didier Jr (2018), a expressão legal “plenamente capaz” representaria a possibilidade de o agente relativamente ou mesmo absolutamente incapaz poder celebrar negócios jurídicos processuais desde que devidamente representados ou assistidos, conforme o caso.

A partir desse segundo entendimento, menos limitador sobre capacidade plena, verifica-se que mais importante do que a detecção da capacidade processual (complementada ou não), é a análise da situação de existência ou não de vulnerabilidade.

Por último, é necessário ainda refletir sobre questão dos negócios jurídicos processuais e das capacidades a partir da capacidade postulatória, isto é, aquela que está relacionada à atuação do advogado na causa processual, nos moldes estabelecidos pelo art. 103 do CPC (BRASIL, 2015)⁹, haja vista que esse também é um componente que integra a cláusula geral de negociação, sendo elemento positivo a ser cumprido.

Desse modo, registra-se que para a composição de um negócio jurídico que trate atos do processo, faz-se necessário a atuação de advogado legalmente habilitado nos autos, significando essa representação em atuação de profissional da advocacia regularmente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) que, por conseguinte, não possuam qualquer restrição ao exercício da advocacia e possua instrumento procuratório nos autos (DIDIER, 2016).

Da mesma forma, Guilherme Faria (2016) se posiciona sobre o tema, quando defende que, pelo modelo constitucional de processo para ser garantida a ampla defesa e o contraditório, o jurisdicionado deve ter preservado

⁹ Art. 103. A parte será representada em juízo por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil (Código de Processo Civil de 2015).

sua defesa técnica no âmbito processual, haja vista ser *madamus* estabelecido no art. 133 da Constituição (BRASIL, 1988).

Ressalta ainda Faria (2016) que essa medida representaria, nos negócios processuais, verdadeira segurança no tocante ao controle de “validade e eficácia” negocial, apesar de não considerar uma exigência obrigatória para a pactuação do instituto, pelo que destaca (FARIA, 2016, p. 91- 92):

Na maioria das vezes, convenções processuais celebradas em negócios jurídicos que envolvem matéria do direito privado, tal como ocorrem com cláusulas de eleição de foro pactuadas em um contrato de compra e venda, não são estabelecidas com o acompanhamento de um profissional técnico. Caso tal presença fosse exigida, como condição de validade do negócio, acabar-se-ia por inviabilizar a celebração de grande parcela das convenções processuais já pactuadas, o que se mostra ilógico.

No entanto, é válido ressaltar que as visões apresentadas por Didier Jr e Guilherme Faria, apesar de parecerem antagônicas, em verdade tratam dos negócios processuais em momentos diferentes de sua pactuação.

É de se esclarecer que Didier Jr. (2016) entende pela necessidade da capacidade postulatória no ato negocial porque faz referência ao ato celebrado em momento em que o processo judicial já existe e, portanto, o ato celebrado configura ato processual.

Por seu turno, Guilherme Faria (2016) trata do assunto quando analisa os negócios processuais em momento extrajudicial, pelo que segue a posição da dispensa de representação técnico-jurídico nesses casos.

Todavia, adverte que essa ausência poderia gerar maior desequilíbrio entre os envolvidos no pacto e, por conseguinte, poderia o negócio ser objeto de invalidade frente ao crivo judicial, uma vez que seria mais provável a presença de vulnerabilidade nesses instrumentos (FARIA, 2016).

Outrossim, além dessa representação, que compreende a capacidade postulatória, verifica-se ainda que para a atuação do profissional da advocacia no processo, com o fim de pactuar negócios jurídicos processuais, deve-se

observar a extensão de seus poderes na causa. Nesses termos Didier Jr. (2016, p. 386) aduz:

O art. 105 do CPC traz uma lista de atos para os quais o advogado necessita de poder especial; lá, há muitos atos negociais. Sempre que o negócio processual puder resultar em uma das situações previstas no art. 105 do CPC, há necessidade que o advogado tenha poder especial para praticá-lo em nome da parte.

É de se observar que pelos ditames do art. 105 do diploma processual civil (BRASIL, 2015), para que a negociação processual cumpra sua validade sobre o aspecto da capacidade postulatória, além da outorga de poderes, por procuração, e de um advogado legalmente habilitado nos autos, o instituto exige a outorga de poderes especiais ao mandatário, haja vista que o ato de negociar implicaria no exercício direto do poder especial de transigir (DIDIER JR., 2016).

Ademais, sobre as capacidades ou a ausência delas, resta válido ainda esclarecer que sua verificação não pode voltar-se ao resultado de possível insucesso do negócio processual celebrado, é o que destaca Abreu (2016, p. 289):

Registra-se que o tão só fato de ser a convenção desfavorável a uma das partes em termos estratégicos, no processo judicial, não impõe, por si, a sua não aplicação. O desequilíbrio que resulta de uma má escolha consciente acerca de uma estratégico processual não pode revelar para fins de desconsiderar-se a manifestação autônoma de vontade que deu origem ao negócio.

Não se poderia desse modo, dar ao conceito de capacidades um sentido que ela não sustenta, qual seja, a incapacidade pela falta de êxito na causa.

b) Direitos Passíveis de Autocomposição

Outrossim, a partir da leitura do mesmo art. 190 do CPC (BRASIL, 2019), também se verifica só ser possível a formalização de gestão processual

compartilhada em demandas que possam ser objeto de autocomposição, o que também representa um requisito positivo do instituto.

Discutir a questão da autocomposição é discutir o objeto passível de negociação processual, ou seja, é analisar o campo de aplicabilidade do instituto. Assim, é válido esclarecer que autocomposição não é sinônimo de direitos indisponíveis, uma vez que estes também podem ser objeto de pactuação processual (DIDIER JR., 2018).

Com efeito, sobre o tema é válido destacar o Enunciado nº 135 do Fórum Permanente de Processualistas Civis “A indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual”. Aliás, diante do enunciado exposto, pode-se, inclusive, vislumbrar que negócios jurídicos processuais possam ser celebrados em prol da própria proteção do direito indisponível, como assevera Didier Jr (2018).

Nesse sentido, é pertinente a diferenciação feita por Venturini (2016, p. 9):

É preciso compreender que muito embora os direitos indisponíveis, em regra, não comportem alienação (e, portanto, transação), não se pode afastar aprioristicamente a possibilidade de, por via de um juízo de ponderação a respeito de proporcionalidade e de razoabilidade, admitir processos de negociação nos conflitos a seu respeito, na medida em que isto se revele, concretamente, mais vantajoso à sua própria proteção ou concretização.

A partir das lições acima apresentadas, pode-se inferir que o direito material, ainda que trate de direito indisponível, pode ser transacionado, assim como estaria autorizada a transação de questões processuais, a exemplo da celebração de negócios jurídicos, uma vez que também se apresentem igualmente vantajosos à tutela e à efetivação desses direitos (VENTURINI, 2016).

Portanto, é de se alinhar que são passíveis de negociação processual direitos que tratem de alimentos, causas de família, direitos coletivos, dentre outros, desde que sejam observados os demais critérios que compõem a cláusula geral de negociação.

Esse também é entendimento esposado por Tartuce (2008) quando defende que o conceito de indisponibilidade do direito não seria um limitador à utilização das técnicas de autocomposição, haja vista o grau de abstração desse conceito.

No entanto, é válido reforçar que, não obstante o conceito de indisponibilidade não ser determinante para categorizar as questões passíveis ou não da negociação processual, este não pode ser confundido com o conceito de norma cogente, que no caso é sim limitadora do uso do instituto.

Ademais, é importante destacar que, apesar de ser possível aplicar os negócios processuais em casos de direitos indisponíveis, essa aplicação estará adstrita à utilização da negociação que não tenha como objetivo a supressão de proteção processual a direitos indisponíveis, o que, nesse caso, ofenderia norma cogente (DIDIER JR., 2016).

Da mesma forma, ainda sobre o objeto da negociação processual, vale ressaltar que, como todo negócio jurídico, determinados aspectos atinentes ao instituto em geral devem ser obedecidos, pelo que apenas serão objeto de gestão procedimental as causas que apresentarem licitude, como aduz Didier Jr (2016, p. 387): “Assim, somente é possível negociar comportamentos lícitos”.

Outrossim, além desse aspecto, o autor expõe que a licitude do objeto ainda compreende a vedação de negócios jurídicos que tenha por fim a simulação ou a fraude à lei (DIDIER JR., 2016).

Portanto, registra-se que a regra limitadora da utilização do instituto não está ligada necessariamente ao conceito de disponibilidade ou indisponibilidade de direitos, mais sim a requisitos que vertem sobre o conceito de norma cogente, que de fato se relacionam com as definições de normas de ordem pública e licitude ou ilicitude do objeto.

c) A Inaplicação dos Negócios Processuais Frente à Norma Cogente

Inicialmente, é de se pontuar a dificuldade de se enfrentar o tema, haja vista a subjetividade intrínseca ao conceito de norma cogente, o que deflagra certo grau de obscuridade para se identificar os casos em que são aplicáveis os negócios processuais.

à vista disso, é produtivo retomar o conceito exposto no início deste capítulo a fim estabelecer um panorama entre a compreensão na gênese publicista e em outras mais atuais (CABRAL, 2015, p. 94):

(b) a concepção de que as normas processuais seriam todas de ordem pública, e, portanto cogentes (*ponto que será explorado em tópico próprio*), estabelecidas no interesse público e inderrogáveis pela vontade das partes; a vontade dos litigantes não poderia interferir decisivamente no trâmite do procedimento de maneira diversa daquela prevista na norma legal;

Como já argumentado sobre essa acepção, a corrente publicista esgota qualquer possibilidade de compreensão dos negócios jurídicos processuais, uma vez que concebe como cogente todas as normas de um ordenamento jurídico, por todas contemplarem o interesse público. Não sendo essa, no entanto, a acepção que se julga mais acertada nesse momento, haja vista o grau de restrição que ela impõe e a hermeticidade que encerra a reflexão, circunstâncias, por si só, incompatíveis com a essência do Estado Democrático de Direito.

Avançando um pouco mais na questão, passa-se ao tratamento de norma cogente como sinônimo de norma de direito indisponível, sendo esse o entendimento de Cunha (2016, p. 71). Nesse sentido, o autor elenca como exemplo de normas cogentes a incidência do “reexame necessário” (excetuando-se os casos em que a própria lei o faz), “a intervenção obrigatória do Ministério Público”, bem como sobre temas que só à lei é reservado dispor, tal como a criação de uma nova espécie de recurso, entendimento que também é elencado por Yarshell (2016, p. 84).

Reconhecida a contribuição da diretriz mencionada, reconhece-se também a nebulosidade que continua a permear o assunto, especialmente porque, ao atrelar o esclarecimento de um conceito aberto a outro conceito aberto, incorre-se na imprecisão do sentido.

Em face de inexatidão da conjuntura acima, passa-se a outro raciocínio, aquele que propõe analisar a cogência da norma a partir da existência de uma relação entre a presença da norma cogente e o objeto do negócio jurídico, haja vista que a lei deve estabelecer os moldes do objeto passível de negociação processual, como esclarece Didier Jr (2016, p. 388):

Acordo sobre competência, por exemplo é expressamente regulado (art. 63 do CPC) e o objeto, claramente definido: somente a competência relativa pode ser negociada. Assim, acordo sobre competência em razão da matéria, da função e da pessoa não pode ser objeto de negócio processual [...].

Por sua vez, observa-se que, nesses casos, face à rigidez da norma de ordem pública, não se mostra possível a aplicação de gestão procedimental, a exemplo dos casos citados acima.

No entanto, é válido mencionar que, apesar de comumente o conceito de norma cogente e mais precisamente as de ordem pública ser associado a questões que envolvem o direito público, nem todas as questões de direito público podem ser categorizadas como norma cogente, assim como também é possível haver norma cogente em questões de direito privado (LEAL, 2008).

Da mesma forma, e ainda sobre a definição de norma cogente, fala-se na impossibilidade de negociação processual frente às matérias que possuem reserva legal, na mesma linha de Cunha e Yarshell, pelo que Didier Jr. (2016, p. 388) se posiciona pela ilicitude da norma quando houver essa afronta:

Os recursos, por exemplo, observam a regra da taxatividade: somente há os recursos previstos em lei, em rol taxativo (art. 994, CPC). Assim, não se pode criar recurso por negociação processual (um recurso ordinário para o STF diretamente contra decisão de primeira instância, por exemplo) não se pode alterar regra de cabimento de recurso (agravo de instrumento em hipótese não prevista em lei, por exemplo). Em ambos os casos, no final das contas, se estaria negociando sobre competência funcional, que é absoluta [...]

Fundamentado nas lições de Barbosa Moreira, Faria (2016) destaca que poucas são as normas restritivas na formação dos negócios jurídicos atípicos e que o ponto elementar para se estudar esse critério de restrição seria a distinção correta “entre norma processual cogente e norma processual dispositiva”, o que incorre na imprecisão, como já apontado em outros posicionamentos.

Em posição um pouco mais aclarada, “Greco aduz que o juiz deve velar pelo ‘núcleo duro’ de princípios e garantias que formam a ordem pública processual”, aceitando que as partes disponham com liberdade sobre a marcha do processo, “desde que respeitado o mínimo irreduzível” (FARIA, 2016, p. 97).

Diante de tamanhas incertezas e inconsistências sobre a definição de norma cogente, julga-se convidativa a visão apresentada por Faria (2016, p.97), que, em perspectiva constitucional do processo, aduz serem afronta à norma cogente as convenções que desrespeitassem “as garantias constitucionais”, o que não seria tolerável em um Estado Democrático de Direito.

Desse modo, importa deixar claro que sob a premissa levantada se voltam os esforços à proteção dos indivíduos, sendo imprescindível e, na verdade, esperado, que a jurisdição igualmente se volte à “tutela do Direito vigente, estando o processo direcionado para esse fim” (OLIVEIRA, 2016, p. 566).

No intuito de esclarecer ainda esse sentido maior da premissa, é oportuno estabelecer a distinção entre norma pública e norma cogente, contida na explicação de Oliveira (2016, p. 566):

[...] a natureza pública do processo não deve implicar, necessariamente na supressão da liberdade das partes quanto à maneira pela qual o Estado presta o serviço público jurisdicional. sobretudo quando os cidadãos veiculam pretensões a respeito de direitos disponíveis, ou seja, que podem ser objeto de renúncia pelos litigantes em qualquer fase do processo, inclusive após a formação da coisa julgada. É de se repensar, portanto, em um Estado Democrático que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e como objeto fundamental a liberdade, os conceitos de decisão justa e processo justo, dando ensejo a um amadurecimento

sobre a rigidez procedimental frente à autonomia privada dos litigantes.

E é exatamente nesse momento que se insere a discussão dos negócios jurídicos processuais à luz do modelo constitucional de processo, que se enfrentará o questionamento sobre a (in)compatibilidade do pacto procedimental, bem como se apresentará alguns obstáculos que podem desafiar a implementação desse instituto na prática, sendo esse o objetivo a ser abordado no último capítulo.

4 Negócios Jurídicos Processuais pela perspectiva constitucional democrática: (In)compatibilidades e Desafios

Objetiva-se, neste capítulo averiguar os negócios jurídicos processuais à luz dos elementos constitutivos da democracia, a fim de avaliar se o referido instituto seria, ou não, um mecanismo viável e compatível com o modelo de processo democrático.

Nesse sentido, analisa-se a questão partindo de algumas ideias do sistema clássico de processo, a exemplo da irrelevância que é tratada a autonomia da vontade das partes na construção do processo, da naturalização do protagonismo judicial e da visão processual binária (do público versus privado).

Nesse sentido, é de se reconhecer a dificuldade de enfrentar o assunto, haja vista o pensamento sugerido pressupor certa ruptura com parâmetros processuais já tão sedimentados no âmbito jurídico e especialmente na prática forense.

4.1 A Democraticidade e a Autonomia da Vontade dos Sujeitos Processuais: (In)compatibilidade

Para se compreender a relevância da autonomia da vontade na construção de um processo democrático, parte-se primeiramente do argumento, sustado por Orlando Gomes, de que a vontade dos indivíduos em um negócio jurídico configura um ato de auto-regulamentação de interesses também juridicamente tutelados (NOGUEIRA, 2016).

Nessa senda, considera-se que os negócios processuais são manifestações legítimas da vontade autonômica das partes na formação procedimental, bem como obedecem aos limites legais, estes também devem

ser protegidos e preservados pelo ordenamento. Ideia que, aliás, remete ao sentido de pluralismo, elemento constitutivo do Estado Democrático.

Assim, avalia-se como plural a conjuntura que possibilita, tolera e promove a participação social, respeitando a diversidade de posicionamentos e as manifestações de seus integrantes.

Remetendo essa discussão sobre pluralismo à questão processual, verifica-se democrático e plural o processo caracterizado pela tolerância de posições diversas e pelo respeito às manifestações daqueles que o compõe, inclusive, no campo procedimental.

Nesse sentido, o posicionamento de Dias (2015, p. 217-218):

O comportamento das partes constitui um fator objetivo, não imputável ao Estado, que deve ser levado em consideração, ao verificar o excesso do prazo razoável na duração dos processos. Em razão dos poderes de lealdade e probidade, que repudiam a litigância ímproba ou de má-fé, as partes estão obrigadas a praticar diligentemente os atos que as normas processuais lhes impõe, a não usarem artifícios ou manobras protelatórias no curso dos processos, embora possa exaurir as possibilidades que lhe são conferidas pelas normas do direito processual para o exercício do pleno direito de ação e de defesa, de sorte a abreviar os processos, não se lhes exigindo cooperação ativa com os órgãos jurisdicionais, em alguns casos, em face da amplitude do direito de defesa renhida contraposição dialógica (contraditório) que se instaura nos procedimentos, visando a reconstrução do caso concreto e ao acertamento das relações fáticas e jurídicas controvertidas.

Pela perspectiva apresentada, verifica-se incompatível tratar processualmente a vontade dos sujeitos como elementos de menor importância, ou mesmo de nenhuma importância. Aceitar por certo esse pensamento configuraria negar, inclusive, a própria natureza dialógica do processo.

E é pensando nessa democraticidade e nessa dialogicidade que se verifica a compatibilidade da gestão procedimental, posto o intenso diálogo que o instituto exige dos sujeitos do processo – partes e juiz. Corrobora com esse entendimento o posicionamento de Faria (2016, p. 100) “[...] o negócio jurídico processual é resultado da dialeticidade e da comparticipação processual, não podendo, jamais, ser imposto a qualquer das partes”.

A seu turno, na mesma medida em que se defende a efetiva participação das partes no processo como expressão democrática da atividade jurisdicional, reconhece-se, também, a dificuldade para enfrentar essa compreensão, como observa Faria (2016, p. 103):

a autônoma privada vem recebendo no processo civil estatal uma 'intolerância automática, uma resistência irrefletida ou uma indiferença constante', como se ao ajuizar uma demanda, as partes, 'renunciassesem à liberdade jurídica'.

De fato, ao considerar os diversos significados que permeiam a questão, o cenário é desafiador, pois implica na desconstrução de algumas (pré)concepções de processo, em planos teóricos e práticos. Isto é, diante das ideias ora defendidas, se faz necessário atentar que a relação processual e a questão jurisdicional democráticas devem considerar, recepcionar e compatibilizar uma pluralidade de liberdades. Devem, portanto, possibilitar uma dinâmica harmoniosa entre as liberdades do Estado e as liberdades pelo Estado.

Como fundamento constitucional do Estado Democrático, a liberdade, seja ela pública, privada, individual ou coletiva, não pode ser ignorada no âmbito processual. Aliás, olvidar desse fundamento seria equivocadamente consentir que: "o processo é reduzido a instrumento da jurisdição, e esta é vista como atividade solitária do juiz" (NUNES, 2012, p. 177).

A despeito disso, diferente dos negócios processuais, a atividade solipsista do juiz esvazia a dialogicidade do processo, já que concentra a atividade processual "na implementação da vontade desse agente 'privilegiado' do Estado (NUNES, 2012, p. 177).

Sob o crivo desse protagonismo do agente público, se pode reduzir o provimento judicial a mera "expressão da vontade do decisor e sua fundamentação ser vislumbrada como mecanismo formal de legitimação de um entendimento que se possuía antes mesmo da discussão endoprocessual", o que seria negar a própria natureza do processo, bem como negar o próprio modelo democrático de Estado.

Nesse contexto, o protagonismo judicial representa um risco à boa compreensão do processo democrático e, conseqüentemente, dos negócios jurídicos processuais, pois sustenta uma visão reducionista da concepção pública do processo. É o que observa Chalmon Júnior (2005, p. 252):

[...] uma *praxi* procedimental do Estado democrático de Direito, não pode mais ser confundido, ou reduzido ao estatal. A autonomia pública, portanto, pelo fato de garantir a todos, reciprocamente, determinados direitos, é que permite a possibilidade de construção de um espaço de produção legítima do Direito.

Espera-se em uma estrutura processual democrática muito mais que uma imperiosa atuação de agentes públicos, espera-se que essa presença estatal garanta espaços públicos de escuta dos diretamente interessados, os destinatários desse processo.

Ao processualismo constitucional democrático é indispensável e útil a recepção das múltiplas facetas da liberdade, haja vista que também é a partir delas que se busca “garantir que todos os cidadãos possam participar ativamente de todas as esferas jurídicas em que possuam interesse, em um dimensionamento espaço-temporal adequado” (NUNES, 2012, p. 176). Aliás, essa visão policêntrica e participativa de processo é uma exigência que decorre da própria natureza do conhecer.

Quanto a essa questão cognitiva processual é válido ainda registrar que (NUNES, 2016, p. 240):

Com base no princípio do contraditório e, por consequência, no da efetividade normativa, faz-se necessária a implementação do diálogo incessante entre os sujeitos processuais, de modo a impedir decisões surpresas por parte do juiz e a imposição de argumentos estratégicos e persuasivos de uma parte bem assessorada tecnicamente.

Nesses moldes, preservar a participação polivalente, constante e equilibrada dos envolvidos processualmente confirmaria o modelo garantista de processo, pautado nos ditames constitucionais. Corrobora com essa compreensão a exposição de Andrade (2017, p. 1027):

[...] no Estado Democrático de Direito, como defende Lenio Luiz Streck, a decisão não pode ser um ato de vontade ou de escolha do julgador, que decide conforme sua consciência. O provimento jurisdicional deve ser fruto dos argumentos e provas apresentados pelas partes em conflito. Não há (mais) espaço para decisões segundo critérios pessoais, para juízos discricionários, subjetivos ou solipsistas, caracterizadores de um paradigma epistemológico denominado de “filosofia da consciência”. O professor gaúcho sustenta que os provimentos devem ser construídos segundo critérios objetivos de racionalidade democrática, calcados na filosofia da linguagem, vista como algo que produzimos e que é condição de possibilidade para as interações, de modo que a resposta correta (decisão jurídica) seja aquela adequada à Constituição e não à consciência do intérprete.

Ademais, atender a uma perspectiva constitucional de processo, compreende aceitar que a sobreposição e a complementariedade de ideias compõem a essência do debate processual, bem como reconhecer a necessidade da inter-relação dos integrantes do processo.

Sobre a temática e ainda questionando a visão solipsista de jurisdição, Martins (2013, p. 21): “É, com efeito, pela vinculação da prova ao mecanismo do contraditório que a decisão penal ganha seus foros de legitimidade, na medida exata em que esta vinculação pressupõe o afastamento deste fantasma inquisitorial”.

Pelas lições do jurista, pode-se afirmar que nada mais incompatível com o processo democrático que a cognição extraída por meio de um sistema inquisitivo, que se caracteriza justamente pelo alvedrio do contraditório.

Além disso, essa postura de monopolização processual pelo Estado potencializa os riscos de uma decisão equivocada. Ou seja, entendendo-se como equivocada, a decisão que decorre exclusivamente de um sistema de crenças do julgador e que, exatamente por isso, se distancia dos elementos fáticos e jurídicos do caso processual.

4.2 Negócios Jurídicos Processuais e Constitucionais: o Desafio de Romper com a Visão Binária de Processo

Não obstante a coerência e a logicidade do papel das partes na construção do processo democrático, como dito, reconhece-se, desde o início, o desafio que é enfrentar o tema, na medida em que além de colocar em xeque ideias muito sedimentadas no meio jurídico, como a legitimação de um protagonismo judicial, também provoca uma reflexão sobre uma visão binária e hermética de processo, que remonta o dilema entre o público versus o privado.

Nessa medida, as lições de Guilherme (FARIA, 2016, p. 25 e 26):

Chega a ser intrigante a dificuldade com que a doutrina trabalha a noção de participação das partes no processo, como se houvesse uma ruptura ontológica com a concepção 'liberal' e qualquer tentativa de recrudescer o protagonismo das partes macularia todo o monumento técnico construído no século XX. Essa crença na absoluta publicização do processo resultou em uma espécie de trauma cultural. [...] A autonomia privada – não é exagero afirmar – vem recebendo no processo civil estatal uma intolerância automática, uma resistência irrefletida ou uma indiferença constante, como se, ao iniciar o processo, as partes renunciassem à liberdade jurídica [...] a crença na onisciência e na onipotência do julgador, além de indiscutível ideológica e metodologicamente, pode levar à exclusão do diálogo no processo alijando as partes da necessária participação para que seja construída a decisão final. Isso demonstra que um discurso de efetividade do processo pode simplificar, na verdade, uma ditadura mal disfarçada, inaugurando uma nova 'fase' da ciência processual em que pese o processo deixa de ser considerado coisa das partes praticamente passa a ser uma coisa sem partes.

A partir das ideias expostas, pode-se perceber que a dificuldade de compreensão do modelo democrático de processo não está concentrada apenas em uma imaginária disputa de espaço entre os sujeitos processuais, pelo contrário, precede a essa outra discussão igualmente prejudicial, qual seja, a percepção de processo pelo dilema do público versus o privado.

Nesse imaginário, a provocação de prestação jurisdicional representaria a abdicação das partes de seu poder de influir e, até mesmo, de decidir (nas questões procedimentais, por exemplo). Já que a provocação do Judiciário traduziria a incapacidade das partes em lidar com o conflito, o que implicaria também em um tratamento tutelado desses sujeitos.

Ademais, pelo posicionamento de Godinho, percebe-se que a crença criada sobre o processo projeta entre o público e o privado uma atmosfera de mensuração de forças, no qual de um lado estariam os interesses particulares e de outro os interesses comuns ou coletivos. De certo que, nesse cenário, a prevalência de uma dessas forças corresponderia ao detrimento da outra. É exatamente essa visão binária que obstaculiza a boa compreensão da participação efetiva das partes no processo, dificultando ainda mais as reflexões sobre a construção procedimental por elas.

É diante dessas pseudodisputas que se faz necessário dizer que o reconhecer, no âmbito processual, a autonomia da vontade das partes não significa o menoscabo do papel do juiz, conforme ressalta Andrade (2017, p. 1026):

Essa visão cognoscitiva de decisão participada não retira a importância do juiz no cenário processual, uma vez que ele continua a decidir, interpretando a lei e valorando as provas, mas deve fazê-lo tomando em consideração os elementos (alegações e provas) trazidos aos autos, em contraditório, pelos participantes. As partes deixam o papel de coadjuvantes para assumir a condição de protagonistas da atividade de construção do direito do caso concreto.

Com efeito, a visão bipolar de processo não parece ser a mais adequada para resolver a complexidade das questões que se apresentam em uma demanda judicial. Ao contrário disso, essa estrutura clássica de processo parece não servir e ser insuficiente face ao caráter constitucional democrático e da própria complexidade das questões humanas.

Aliás, nesse tocante, Rui Cunha Martins assevera (2013, p. 46):

A instauração de níveis de confiança generalizada, a redução da leitura do mundo a códigos binários – bem/mal, legítimo/ilegítimo, verdadeiro/falso, legal/ilegal – uma particular vocação para administrar o horizonte de expectativas em termos morais e normativos conjugam-se no âmbito de cada uma dessas áreas para assegurar esse desempenho. O objetivo de redução da complexidade exigido por sociedade em crescente processo de complexificação foi tradicionalmente entregue aos mecanismos de estabilização das expectativas sociais e normativas.

Martins denomina de redutores de complexidade os mecanismos criados socialmente para imprimir uma compreensão simplificada de mundo. Uma visão capaz de permitir um controle sobre as perspectivas de seus indivíduos.

Ponto outro, Martins, ao falar dessa bipolaridade de compreensão, apresenta a faceta processual desse sistema de simplificação, alertando ainda sobre a existência de “uma ditadura do senso comum”, na seguinte medida:

Quando se sugere que sistema social e sistema jurídico se alimentam conjuntamente e se relacionam no âmbito de uma cultura do senso comum, o que se quer dizer exatamente com esta última expressão? A constante fusão do diverso e sua redução ao singular e ao Mesmo, como adverte Deleuze? Uma disposição impensada para valorizar os elementos de regularidade e repetição, conforme a leitura do pensamento aristotélico por Fernando Gil? O rapto do dissenso pelas ciber-cascatas informativas de que fala Cass Sunstein? A vivência partilhada de um sentimento de transgressão em comum da norma, aspecto em que insiste Slavoj Žižek? Ou a instalação de um simulacro de pluralidade que confunde o ato político com a mera possibilidade de discussão, reduzindo-o ao confronto de opiniões, para evocar a denúncia de Alain Badiou? Entendo que o senso comum convoca todas essas características.

De todos os aspectos abordados sobre senso comum, dois pontos importam mais aos objetivos da pesquisa: a “disposição impensada para valorizar os elementos de regularidade e repetição” e a existência “de um simulacro de pluralidade que confunde o ato político com a mera possibilidade de discussão, reduzindo-o ao confronto de opiniões”.

No primeiro ponto, é interessante verificar que o senso comum, inclusive o processual, subsiste potencialmente por uma equivocada associação da regularidade e da repetição ao sentido de segurança jurídica. Isto é, para uma equivocada compreensão de que a mera reprodução reiterada de moldes, rigidamente imutáveis, implicaria na estabilidade e na segurança dos jurisdicionados, sendo uma percepção questionável.

Questiona-se o raciocínio porque não se entende que a mera repetição irrefletida de atos traduza qualquer tipo de ganho ao sistema jurídico, senão um estímulo a uma conjuntura processual ditatorial. Conceber como irrepreensíveis os formatos clássicos de processo, pautados no protagonismo judicial e na coadjuvância das partes, nada mais é que uma ameaça ao sistema democrático. E esse é o perigo do senso comum.

Outrossim, o senso comum reduz a percepção democrática na medida em que apenas tolera a participação formal dos sujeitos, mas não sua participação efetiva, criando este dito “simulacro de pluralidade que confunde o

ato político com a mera possibilidade de discussão, reduzindo-o ao confronto de opiniões”.

Tolerar, portanto, remonta um sentido de controle, de domínio de um sobre o outro. Essa é, notadamente, a engrenagem que subsiste nas estruturas clássicas de processo. Nesses modelos, o protagonismo judicial tolera a “interferência” das partes e com isso imprime uma falsa crença de que de fato elas atuarão na construção do processo.

Nesse conjunto, o senso comum é uma ameaça ao sistema democrático, haja vista que falseia o cenário processual democrático e é um conveniente instrumento de controle. Diante desses dois aspectos que permeiam o senso comum, pode-se dizer que a segurança jurídica que se opera nesses moldes processuais rígidos e hierarquizados está restrita aos limites dados pela autoridade judicial. No melhor estilo liberdade controlada, ou melhor, liberdade processual sob-rédeas, duras rédeas, aliás.

É de se reforçar que nos sistemas democráticos a atuação dos sujeitos não decorre de um mero tolerar (do Estado), mas de uma apropriação do indivíduo de sua condição de agente capaz de agir, de sujeito capaz de construir o meio em que se insere, de construir o espaço público, assumindo para si os deveres e os direitos decorrentes dessa condição. Esse é o sentido da democracia construtiva, conforme detidamente explanado linhas atrás.

De fato, romper com a visão binária de processo representa uma mudança de paradigma, representa romper com um sistema estatal de controle para dominação, o que, aliás, é um padrão que não se restringe ao Judiciário.

O panorama de controle judicial, que diretamente repercute na esfera processual, se mostra uma mera ramificação de políticas públicas pautadas no desinteresse de consciência dos indivíduos. Políticas que reverberam uma condição tutelada dos sujeitos, que distanciam esses indivíduos de sua condição de cidadãos, lembrando a menoridade em Kant.

Circuitos que são alimentados por formas diversas, até mesmo as cruéis, na medida em que reforçam um sistema de desigualdade extremo, que alberga a pobreza em um sentido lato, e propaga a dominação.

Nada mais útil aos interesses dos dominantes que manter seus dominados em uma visão controlada e simplória da vida, consubstanciada em singular maneira de ver o mundo. Reside exatamente aí a essência e a utilidade da perspectiva bipolarizada de processo, a de manter o controle sobre os jurisdicionados.

Pelos argumentos aduzidos é que se defende uma visão policêntrica de processo, na qual se estimula um debate consciente e direito entre seus envolvidos, conforme exposto (FARIA, 2016, p. 221):

No processo participativo, que busca superar a dicotomia entre publicismo e privatismo, é possível partir das premissas publicistas sem ter que negar por completo os negócios processuais, e sem que essa postura signifique um verdadeiro neoprivatismo.

O Modelo Constitucional caminha no sentido de maior participação das partes na condução do processo, com incentivo ao contraditório substancial (como influência e não-surpresa), tido como elemento normativo estruturador da participatividade democrática, culminando na introdução (definitiva) da técnica de negociação processual no sistema brasileiro.

Essa percepção demonstra a impossibilidade de uma análise segmentada do sistema processual e da atuação de seus sujeitos processuais. Ou seja, o estabelecimento de focos de centralidade, seja nas partes (bem como em seus advogados) ou nos juízes, não se adapta ao perfil democrático dos Estados de Direito.

Diante dessa perspectiva, o debate de ideias é composto pela atuação efetiva e imprescindível do representante estatal que, respeitando as liberdades individuais, desempenha seu papel, “de um garante da normatividade e dos direitos fundamentais que formam sua decisão conjuntamente com os demais participantes a partir do processo e não apesar dele” (NUNES, BAHIA, 2010, p. 93).

E é a partir desse outro paradigma, permeado de participação e de democraticidade, que os negócios jurídicos processuais se mostram compatíveis com a proposta constitucional democrática.

Frente à reflexão apresentada, se pretende agora demonstrar como o referido instituto processual pode representar um mecanismo de defesa das garantias constitucionais.

4.3 Os Negócios Jurídicos Processuais como Mecanismo de Defesa das Garantias Constitucionais

Esclarecidas previamente algumas questões que podem obstaculizar a compreensão do processo democrático, notadamente aquelas arraigadas ao sistema clássico de processo, no qual, equivocadamente, se naturalizada o protagonismo judicial, se reforça a disputa entre o público e o privado e, ainda, comumente, se trata questões complexas, adotando-se visões simplistas que beiram o senso comum. Passa-se propriamente aos argumentos que examinam o caráter constitucional democrático da gestão compartilhada procedimental.

Em que pese a relevância da disposição incrustada no art. 190 do CPC de 2015 (BRAISL, 2015) que normatizou, em bases infraconstitucionais, a gestão compartilhada do procedimento, conforme já explicitado. O ponto fulcral desta pesquisa verte sobre os questionamentos que se operam no plano constitucional do referido instituto.

Nesse sentido, objetiva-se averiguar se os negócios jurídicos processuais poderiam funcionar como mecanismos de defesa das garantias constitucionais-processuais. Questão que será analisada à luz de alguns princípios previstos na Constituição Federal (BRASIL, 1988), a exemplo do Devido Processo Legal e do Contraditório.

Para tanto, esclarece-se mais uma vez que a posição aqui apresentada não tem qualquer intenção partidária, na medida em que se concentra na análise científica da matéria processual na perspectiva de um Estado Democrático de Direito, distante, portanto, de qualquer *patus* sustentado nas

linhas do liberalismo ou da socialização processual. Isto é, analisa-se a questão, afastando-se dos dogmas que permeiam essas correntes de processo.

Aliás, válido destacar que a palavra dogma, como aquilo que já está posto, consolidado, é um cenário frequente nas temáticas processuais. E é exatamente por esse pensamento de imutabilidade que se mostra desafiador apresentar um novo panorama de processo, pelo que é valioso o contraponto trazido igualmente por Hugo de Brito Segundo (2008, p.15):

O direito se exprime em normas, mas não se limita a elas, não sendo, também por isso, correto afirmar que o seu estudo consiste em descrevê-las como dogmas. As normas jurídicas são muito importantes, o que não quer dizer que sejam o exclusivo objeto das atenções do cientista do direito, que há de compreendê-las à luz da realidade factual nelas disciplinada, e dos valores que orientam esse disciplinamento. Pode até ocorrer de uma disposição normativa ser afastada, por ser considerada inválida, inaplicável ao caso, ou mesmo flagrantemente injusta, desde que o intérprete que assim proceder forneça razões convincentes. Isso para não referir a circunstância de que será conforme o caso concreto e suas peculiaridades que a norma será determinada pelo intérprete, não se podendo falar que ela seja, para ele, a priori, um dogma.

Nesta senda, resgata-se a importância da compreensão de processo, a fim que se possa dar aplicabilidade a qualquer instituto, especialmente os procedimentais, que rompem modelos antigos, que até mesmo chegam a ser inobservantes da ordem constitucional. E seria nesse sentido que o protagonismo judicial e a irrelevância da atuação das partes no procedimento não se coadunariam com a visão de processo constitucional democrático (nunes, 2008).

Sobre o tema, Guilherme Faria, citando Ronaldo Brêtas, assevera (2016, p.188):

A dimensão atual e marcante de Estado Constitucional Democrático de Direito resulta da articulação dos princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, 'cujo o entrelaçamento técnico e harmonioso se dá pelas normas constitucionais'. Para se chegar a esta conclusão, o autor ressalta ser indispensável 'perceber que a democracia atualmente, mais que uma forma de Estado e de governo, é um princípio consagrado nos modernos ordenamentos constitucionais como fonte de legitimação do exercício do poder', o que origina-se do povo, nos termos do artigo 1º da Constituição Federal de 1988.

Na visão do autor, o direito processual encontraria leito no procedimento, haja vista que neste também são resguardados os princípios constitucionais. Assim, como espinha dorsal do processo, o procedimento exige uma equilibrada distribuição de poderes e de atribuições entre aqueles que o compõe.

Registra-se, ainda, que processo e procedimento, em uma perspectiva constitucional, exige a compreensão menos “autista” e mais sistêmica dos conceitos inerentes ao Estado Democrático de Direito, tais como o de autonomia.

É necessário romper com a dinâmica processual rígida e unilateralizada na gerência exclusiva do juiz, como protagonista do procedimento, a partir de um controle irrestrito dos atos praticados no processo.

Nas lições de Faria (2016, p. 210):

[...] uma vez mitigada a observância irrestrita da forma em sentido estrito, ou seja, da forma desprovida de conteúdo, ganha grande força o papel de técnica processual, a qual, afastando a incidência irracional da forma-pela-forma, visa o emprego de meios mais eficientes e organizados para que o processo possa atingir suas finalidades constitucionais.

É assim que o instituto da gestão compartilhada do procedimento traduz um importante avanço na ordem jurídica, na medida em que viabiliza às partes uma participação mais efetiva na regência procedimental dos atos processuais.

Tal instituto se justifica diante da possibilidade de adequação pelas próprias partes do procedimento ao caso concreto, o que ocasiona maior legitimidade ao trâmite processual e à própria decisão judicial do litígio.

Outrossim, seria pela implementação pelo paradigma cooperativo de processo que se poderia imprimir uma maior democraticidade e integralidade ao sistema jurídico processual. Nas lições de Bobbio (1994), um sistema coerente e suficientemente integrado, capaz de formar uma unidade.

Nessa senda, a construção de uma boa prática processual pressupõe o desenvolvimento de meios cooperativos, haja vista que a criação legislativa, ou

qualquer outro elemento que compõe o ordenamento jurídico, não pode ser autossuficiente e desconexa, principalmente, da própria Constituição.

Notadamente, a previsão legal dos negócios jurídicos processuais no ordenamento brasileiro traduz importante inovação no sistema legal do País, haja vista que representa uma maior participação e autonomia das partes, representando, em parte, uma ruptura com a extrema burocratização processual.

Nesse ponto, destaca-se a relevância teleológica da autonomia e, sobretudo, de seu constante sopesamento para o equilíbrio do sistema jurisdicional, conforme aduzido (NEVES, 1996, p. 96):

Mas, embora não negue a autonomia do sistema jurídico, atribui-lhe uma fundamentação ética: 'Um sistema jurídico adquire autonomia não apenas para si sozinho. Ele é autônomo apenas na medida em que os procedimentos institucionalizados para legislação e jurisdição garantem formação imparcial de julgamento e vontade, e, por esse caminho, proporcionam a uma racionalidade ético-procedimental ingresso igualmente no direito e na política. Não há autonomia do direito sem democracia real' (Habermas 1987; 1992). Nesse sentido, sustenta que a positivação não significa eliminação da problemática da fundamentação, mas o deslocamento de problemas de fundamentação (Habermas 1992 bII).

Por outro lado, reconhecesse-se toda a dificuldade de se recepcionar o panorama colaborativo de processo, exatamente porque esse deslocamento do eixo jurisdicional, pela conferência de um maior para a atuação espaço e destinatários do processo, desafia estruturas de controle e de poder.

Nesse sentido, ressalta-se a resistência das estruturas judiciais, conforme o estudo desenvolvido por Flávio Moreira (2014, p. 214), registra-se que apenas parte dos magistrados do Ceará, nos anos de 2006 a 2014, puderam participar de cursos de formação para a carreira, situação esta que enfatiza a percepção quase unilateral de processo como meio litigioso em que a autonomia da vontade das partes, pouco é considerada em matéria processual. É que se extrair do excerto abaixo:

Convém ressaltar, todavia, que a exigência de frequência e aproveitamento em curso oficial de formação é relativamente recente, oriunda da Constituição Federal de 1988. Antes disto, poucas eram as iniciativas, muitas delas isoladas, que revelavam uma

preocupação com a formação e o aperfeiçoamento de magistrados no Brasil, havendo mesmo uma mentalidade equivocada de alguns dirigentes dos tribunais, segundo a qual a mera aprovação no concurso ungiria os aprovados com a legitimidade de um saber incontestável, sendo mesmo desnecessário qualquer tipo de curso para juízes que, já saídos dos bancos dos cursos de Direito, enfrentaram concurso para ingresso na magistratura no qual lograram aprovação.

Dessa maneira, pode-se verificar que os recentes os cursos de formações dos juízes, partindo da experiência cearense, são de fundamental importância não só para a preparação destes magistrados em seus inícios de carreira, mas sobretudo representam um canal indispensável de promoção e atuação destes profissionais frente as mudanças jurídicas e sociais que precisam enfrentar, a fim de terem um melhor entendimento dos novos diplomas e principalmente das novas metodologias colaborativas que tratam a gestão compartilhada do procedimento, uma vez que em panoramas processuais anteriores a vontade do juiz imperava procedimentalmente sobre a vontade das partes e de seus patronos.

Diante das razões apresentadas é que se conclui a necessidade premente da reformulação do pensamento sobre o processo, a fim de viabilizar uma maior legitimidade ao ordenamento jurídico, em especial, no âmbito processual civil.

CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, apresentaram-se linhas argumentativas diversas a fim de demonstrar a pertinência democrática dos negócios jurídicos processuais, bem como o seu consequente alinhamento com o modelo de processo constitucional democrático.

Para tanto, ressaltou-se a importância, em um Estado Democrático de Direito, das diversas dimensões da liberdade, na medida em que a relação democrática exige um raciocínio livre e plural, na qual se deve considerar tanto o interesse público, quanto o particular, sendo esta a essência do pluralismo.

A seu turno, verificou-se que, para uma legítima manifestação de vontade, os indivíduos precisam estar dotados de autonomia e de consciência suficientes para entender os direitos e as obrigações em sociedade, habilitando-o como sujeito capaz de agir, como sujeito capaz de participar e de influir nas decisões que lhe dizem respeito, sendo esta a essência da legitimidade, inclusive a processual.

E é neste conjunto sistêmico, complexo e polivalente que se insere o modelo constitucional de processo, e, conseqüentemente, se entende a participação dos sujeitos processuais. Defendendo-se, por oportuno, a recepção e a implementação de uma gestão compartilhada de procedimento, como forma legítima de manifestação.

Os negócios jurídicos processuais funcionarão, portanto, como mecanismos viabilizadores de uma participação mais efetiva dos diretamente envolvidos, na medida em que se resguardaria às partes um direito, procedimental, influir no processo.

Influenciar no processo, portanto, relaciona-se com o sentido de garantir aos sujeitos juridicamente interessados o devido espaço público de manifestação, tanto quantitativamente quanto qualitativamente.

Seria nesse espaço polivalente de falas, no qual se considera a complexidade e a densidade das questões, bem como as liberdades que decorrem da autonomia das partes do processo, que o Poder Público, na figura do julgador, realizaria a atividade jurisdicional.

Em razão disso, o modelo constitucional de processo seria compatível com a técnica da gestão compartilhada de procedimento, na medida em que ela preserva o direito constitucional de influir dos destinatários da norma, isto é, de seus legitimados.

Verificou-se, portanto, que a democraticidade reverberada no modelo constitucional de processo forma um sistema coordenado e capaz de compatibilizar, harmonicamente, os interesses públicos e os particulares, sem que o reconhecimento de um signifique, necessariamente, a negação de outro.

Por outro lado, não se conforma à proposta democrática qualquer engrenagem que nela funcione a fim de reduzir a complexidade das questões humanas, sobretudo aquelas pautadas em uma visão simplificada e solipsista, que a tudo justificam fundando-se em um impalpável sentido de “bem comum”, conforme argumentava Schumpeter (AMANTINO, 1998, p. 129): “não existe algo que seja um bem comum unicamente determinado”; que, para diferentes indivíduos e grupos, o bem comum está fadado a significar diferentes coisas”.

As estruturas jurídicas, portanto, seriam parte essencial de um Estado Democrático de Direito, haja vista que devem servir para comportar a complexidade e a dinamicidade dos fenômenos sociais que pretende normatizar. Nessa medida, as estruturas processuais são eminentemente responsáveis pela criação de novas tecnologias, dentre elas as procedimentais, que recepcionem estas necessidades. É o que ocorre com o instituto processual da gestão compartilhada de procedimento.

Todavia, destacou-se que estas tecnologias só se mostram viáveis quando são acompanhadas da devida reflexão, na medida em que a norma processual deve ser compreendida à luz de todo arcabouço normativo que

compõe o sistema jurídico, sobretudo o constitucional, até mesmo porque isso pode representar no surgimento de um novo paradigma.

Desse modo, avaliou-se que o caráter, em certa medida, inovador dos negócios jurídicos processuais é uma dessas mudanças normativas que, teleologicamente, exigem uma ruptura paradigmática com o modelo clássico de processo, dirigido e controlado pelo protagonismo judicial, pela supressão da autonomia das partes e pela visão binária de processo, que se sustenta na eterna disputa do público versus o privado.

Por fim, conclui-se que o processo constitucional democrático concebe uma estrutura de constata e de diligente sopesamento de liberdades (públicas e privadas) dos sujeitos processuais, na medida em que possibilita às partes, dotadas de autonomia e de consciência, participar influenciando as decisões que as envolve. Assim, além de possibilitar um espaço de respeito às vontades, inclusive, a procedimental, os negócios jurídicos processuais, preservariam, também, um processo obediente às garantias constitucionais, dentre as quais, o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal e a duração razoável.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael Sirangelo de. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. Academia. In: CABRAL, A. P.; NOGUEIRA, P. H. (coord.). **A Igualdade e os Negócios Processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 39-74. Páginas 281-302.

AMANTINO, Antônio Kurtz. **DEMOCRACIA: A CONCEPÇÃO DE SCHUMPETER**. Teor. Evid. Econ., Passo Fundo, v. 5, n. 10, p. 127-140, maio 1998. Disponível em: http://cepeac.upf.br/download/rev_n10_1998_art7.pdf. Acesso em: 4 de jun. 2019.

ANDOLINA, Ítalo Vignera. **I fondamenti costituzionali della giustizia civile: il modello costituzionale del processo civile italiano**. 2ª ed., Torino, Giappichelli, 1997.

ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à metodologia do trabalho científico**. São Paulo: Atlas, 2001.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Cia. Das Letras, 1989.

ATAÍDE JÚNIOR. Negócios Jurídicos Materiais e Processuais – Existência, Validade e Eficácia – Campo-Invariável e Campos-Dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais. Academia. In: CABRAL, A. P.; NOGUEIRA, P. H. (coord.). **Negócios processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 255-280.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Revista de informação legislativa**, v. 23, n. 91, p. 5-62, jul./set. 1986, 07/1986.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Direito Processual Constitucional: aspectos contemporâneos**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **(RE)Forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis n. 11.690/08, n. 11.719/08 e n. 11.900/09**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília. Universidade de Brasília, 1994.

BOBBIO, Norberto. **Teoria Geral da Política: a filosofia política e a lição dos clássicos**. (Org. Michelangelo Bovero; tradução Daniela Beccaccia Versiani), Rio de Janeiro, Elsevier, 2000.

BRASIL. **Código de Processo Civil (1973)**. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o código de processo civil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm. Acesso em: 12 de jun. 2018.

BRASIL. **Código de Processo Civil (2015)**. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 de mar. 2018.

BRASIL. **Código de Processo Civil de 1939**. DECRETO-LEI Nº 1.608, DE 18 DE SETEMBRO DE 1939. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm. Acesso em: 12 de jun. 2018.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. **Anteprojeto Do Novo Código De Processo Civil**. Senado Federal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>. Acesso em: 12 de jun. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 de jun. 2018.

BRASIL. **Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939**. DECRETO-LEI Nº 1.608, DE 18 DE SETEMBRO DE 1939. Disponível em:

BRASIL. **Lei Federal n. 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 12 de mar. 2018.

BÜLOW, Oskar Von. **La Teoria de Las Excepciones Procesales y Los Presupuestos Procesales**. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1964.

BÜLOW, Oskar Von. **Statutory Law and The Judicial Function**. Philadelphí: American Journal of Legal History, 1995.

CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções Processuais: Entre o Publicismo e Privatismo**. Tese de Livre-Docência. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015. p.94.

CAMARA, Maria Helena; BASTOS, Eduardo Arriada. **Democracia na América, de Alexis de Tocqueville**: Uma leitura para a história da educação. Educação Unisinos. volume 11, número 1, janeiro - abril 2007. Disponível em: revistas.unisinos.br/index.php/educacao/article/view/5680/2885. Acesso em 4 de jun. 2019.

CARVALHO, Samantha de Araújo. **Análise Jurídica Acercado Negócio Processual para a Renúncia de Determinadas Provas: uma**

(des)necessidade da participação do juízo? Revista CRJ, Ano XXI, n.71, p.78-92 Brasília, 2017. Disponível em: www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/download/2223/2119. Acesso em: 3 de dez. 2018.

CASTILLO, Niceto Alcalá-Zamora y. **Historia, Pensamiento y Terminologia Procesales**. Argentina: Revista de Derecho Procesal, 1947.

CHAGAS, Barbara Seccato Ruis e MAZZEI, Rodrigo. **Breve diálogo entre os negócios jurídicos processuais e a arbitragem**. In: Revista de Processo, ano 39, vol. 237, nov. 2014. p. 226.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

COSTA, Alexandre Araújo; COSTA, Henrique Araújo. Instrumentalismo x Neoinstitucionalismo: uma avaliação das críticas neoinstitucionalistas à teoria da instrumentalidade do processo. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**, Belo Horizonte, v. 18, n. 72, p. 01 – 16, out./dez. 2010.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral. **A Razoável Duração do Processo: o fenômeno temporal e o modelo constitucional processual**. Curitiba: Juruá, 2015.

COUTINHO, Carlos Marden Cabral; MORAIS, Jose Luis Bolzan. Objetivos do milênio e democracia construtiva: os direitos fundamentais como elementos constitutivos do Estado Democrático de Direito. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 14, n. 18, p.119-143, jan./jun. 2016. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/230>. Acesso em: 3 de jun. 2019.

COUTINHO, Carlos Marden. Processo (Constitucional): reconstrução do conceito à luz do paradigma do estado democrático de direito. **Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 10, n. 14, p. 24 – 40, jan./dez. 2012.

COUTINHO, Carlos. **A Razoável Duração do Processo: o fenômeno temporal e o modelo constitucional processual**. Curitiba: Juruá, 2015.

CRUZ e TUCCI, José Rogério. Natureza e objeto das convenções processuais. Academia. In: CABRAL, A. P.; NOGUEIRA, P. H. (coord.). **Negócios processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. Academia. In: CABRAL, A. P.; NOGUEIRA, P. H. (coord.). **Negócios processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 39-74.

DAGNINO, Evelina “**¿Sociedade civil, participação e cidadania: de que estamos falando?**” En Daniel Mato (coord.), Políticas de ciudadanía y sociedad civil en tiempos de globalización. Caracas: FACES, Universidad Central de Venezuela, 2004, pp. 95-110. Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000198&pid=S0034-7612201300020000100012&lng=pt. Acesso em: 3 jun. 2019.

DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos**. Tradução de Patrícia de Freitas. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 29 e 32.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. **Processo Constitucional e Estado Democrático de Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 14. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

DIDIER, Fredie. **Negócios Processuais**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1.

DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão precedentes, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 2.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

FARIA, Guilherme Henrique Lage. **Negócios processuais no modelo constitucional de processo**. Salvador: Juspodivm, 2016.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

GARCIA, Nilsa Areán. **Aspectos sincrônicos e diacrônicos do sufixo -ístico(a) no português e no galego**. Tese (Doutorado em Letras) – Universidade De São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8142/tde-29082012-103453/publico/2011_NilsaAreanGarcia_V1.pdf. Acesso em: 5 de jun. 2019.

GONÇALVES, Flávio José Moreira. **Formação e avaliação de magistrados estaduais de carreira no Brasil**: estudo com base na experiência da escola superior da magistratura do estado do Ceará nos anos de 2006 a 2014. 2014. 332f. - Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Ceará, Programa de Pós-graduação em Educação, Fortaleza(CE), 2014, p. 214.

GUTIEREZ, Daniel Mota; CUNHA, Jânio Pereira de Moraes. **Jurisdição Processual e Democracia: advento da audiência de conciliação dos meios equivalentes e acesso à justiça**. Revista Opinião Jurídica, Fortaleza, ano 13, n. 17, p.108-131, jan./dez. 2015. Disponível em:

<https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/495>. Acesso em: 3 de jun. 2019.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. v. 1 e 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KANT, Immanuel. Zum ewigen Frieden. (ZeF) Trad. Artur Morão. In: **A Paz Perpétua e Outros Opúsculos**, Edições 70, Lisboa, 2009.

KHALED JÚNIOR. Oskar Von Bülow e a Difusão das Idéias de Relação Jurídica e Pressupostos Processuais. **Panóptica**. ano 4, n. 20, p. 19 – 41, nov./mar. 2011.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino; MIRANDA, Gabriela Expósito Tenório. Da Tutela Provisória: um esboço de conceituação e classificação da antecipação dos efeitos da tutela, da tutela cautelar e da tutela de evidência. In: COSTA, Eduardo José da Fonseca; PEREIRA, Mateus Costa; GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos. (coords.) **Grandes Temas do Novo CPC**: tutelas provisórias. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 6.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt**. Estudos Avançados. Vol.11 no.30 São Paulo May/Aug.1997. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000200005. Acesso em 12 de jul. 2019.

LEAL, André Cordeiro. **O Contraditório e a Fundamentação das Decisões no Direito Processual Democrático**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

LEAL, Rosemiro Pereira, TGP, **Teoria Geral do Processo**, Primeiros Estudos, 7ª Edição Revista e Atualizada, Editora Forense, Rio de Janeiro. 2008.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Traduzido Por Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

LOCKE, John. **Dois Tratados Sobre o Governo**. 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Coleção Os pensadores).

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Por que dogmática jurídica?** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Prova e Verdade em Questões Tributárias**. *RIDB*, Lisboa, ano 3, n. 2, p. 1245 – 1280, 2014.

MADUREIRA, Cláudio Penedo. **Formalismo, Instrumentalismo e formalismo-Valorativo**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação do PPGDir/UFRS. Volume 10, Número 3, Porto Alegre, 2015, págs.253-283.

Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/58879/36261>. Acesso em: 6 de jun. 2019.

MANCUSO, Sandra Regina. **O Processo Como Relação Jurídica**. Disponível em: http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1277313459.pdf. [s.d]. Acesso em: 21 de fev. 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. Da Teoria da Relação Jurídica Processual ao Processo Civil do Estado Constitucional. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil**, Curitiba, jan./dez. 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 143.

MARTINS, Rui Cunha. **O Ponto Cego do Direito - The Brazilian Lessons**. Atlas, ed. 3, São Paulo, 2013.

MARX, Kal. **O capital**: crítica da economia política. Livro 1: O processo de produção capitalista. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1971.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano de existência, 17 ed., ver. São Paulo. Saraiva, São Paulo, 2011.

MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. Disponível em: <<https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/agente/>>. Acesso em: 2 jul. 2019.

MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 1999, Tomo I.

MORAES, Ricardo Quartim. **A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente**. Ano 51 Número 204 out./dez. 2014. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/509938>. Acesso em: 7 de jun. 2019.

MOTTA, Francisco José Borges; HOMMERDING, Adalberto Narciso. O Que é um Modelo Democrático de Processo?. **Revista do Ministério Público do RS**, Porto Alegre, n. 73, p. 183 – 206, jan./abr. 2013.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NICOLLITI, André Luiz. **A Duração Razoável do Processo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Sobre os Acordos de Procedimento no Processo Civil Brasileiro. processuais. Academia. In: CABRAL, A. P.; NOGUEIRA, P. H. (coord.). **Negócios processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 93-104.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Juruá, Curitiba, 2008.

NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. **Processo, Jurisdição e Processualismo Constitucional Democrático na América Latina**: alguns apontamentos. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, v. 101, p. 61 – 95, jul./dez. 2010.

NUSSBAUM, Martha C., **Fronteiras da justiça**: deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie, tradução de Susana de Castro, revisão da tradução Malu Rangel. WMF Martins Fontes; São Paulo, 2013.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**. Saraiva, São Paulo, 1997.

REGO, Walquiria Leão; PINZANI, Alessandro. **Vozes do Bolsa Família**: autonomia, dinheiro e cidadania. 2. Ed. São Paulo: Ed. Unesp, 2014.

REIS, Jorge Renato e ZIEMANN, Aneline dos Santo. **A teoria da Argumentação Jurídica de Robert Alexy e a sua aplicação prática Constitucionalização do Direito e Ponderação**. Academia. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=58661be7f4d35e53> >. Acesso em: 23 nov. 2017.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudo sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros, 1995.

RODRIGUES, Francisco Luciano Lima. **O fenômeno da constitucionalização do direito: seus efeitos sobre o direito civil**. In: RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski; SOUZA, Eduardo Nunes de; MENEZES, Joyceane Bezerra de; Ehrhardt JÚNIOR, Marcos. Direito Civil Constitucional: a ressignificação da função dos institutos fundamentais do direito civil contemporâneo e suas consequências. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social: princípios do direito político**. (Tradução de Antônio de Paula Danesi; revisão da tradução de Edson Darci Heldt). 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SANTOS, Amanda Siqueira Beltrão. **A gestão processual realizada pelas das partes**. Dissertação elaborada para a obtenção de grau de Mestre em Direito – Especialidade de Ciências Jurídicas. Lisboa, 2017. Disponível em: https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/33988/1/ulfd135258_tese.pdf. Acesso em: 12 jun. de 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para Uma Revolução Democrática da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Eduardo Rodrigues dos. **Princípios Processuais Constitucionais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1986.

SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Mota. Companhia das Letras São Paulo: 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, M. O. S. e. **Origem e Desenvolvimento do Welfare State**. Revista de Políticas Públicas, São Luís, MA, v. 1, n. 1, p. 77-104, 1995. Disponível em: www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/rppublica/article/download/.../1731. Acesso em: 7 jul. de 2018.

SILVEIRA JÚNIOR, João Porto. O Processo Constitucional Como Metodologia de Garantia dos Direitos Fundamentais. **Diritto & Diritto**, Milão, maio, 2011.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4. Ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **O Que é Isto – decido conforme a minha consciência?** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo, Método. 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Justo e Contraditório Dinâmico. In: JOBIM, Marco Félix et al. **Processo Coletivo e Outros Temas de Direito Processual**: Homenagem: 50 anos de docência do professor José Maria Rosa Tesheiner. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2011.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **Da democracia da América**. São João do Estoril: Principia, 2007.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956, p. 16, v. 1, t. 1º.

VENTURINI, Elton. **Tutela Diferenciada**. Revista de Processo. Vol. 251 (JANEIRO 2016). Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.251.16.PDF. Acesso em: 7 jul. de 2018.

WALTON, Douglas N. **Lógica Informal**: manual de argumentação crítica. Traduzido Por Ana Lúcia R. Franco. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues et al. **Temas Essenciais do Novo CPC**: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

WAMBIERT, Teresa Arruda Alvim et. al. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 62.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? Academia. In: CABRAL, A. P.; NOGUEIRA, P. H. (coord.). **Negócios processuais**. 2. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 75 - 92.