

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

ACESSO À JUSTIÇA I

JOÃO PAULO KULCZYNSKI FORSTER

KARYNA BATISTA SPOSATO

SERGIO PEREIRA BRAGA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

A174

Acesso à justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: João Paulo Kulczynski Forster; Karyna Batista Sposato; Sergio Pereira Braga – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-578-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

ACESSO À JUSTIÇA I

Apresentação

Com enorme satisfação apresentamos o Grupo de Trabalho (GT) denominado “Acesso à Justiça I” do XXVII Encontro Nacional do CONPEDI Salvador /BA promovido pelo CONPEDI em parceria com a Universidade Federal da Bahia – UFBA, por meio do seu Programa de Pós-Graduação em Direito com o tema “DIREITO, CIDADE SUSTENTÁVEL E DIVERSIDADE CULTURAL” realizado entre os dias 13 a 15 de junho de 2018 na Faculdade de Direito da UFBA em Salvador.

A presente publicação reúne o conjunto de artigos apresentados e discutidos no referido Grupo de Trabalho, abordando temas diversos e atuais atinentes ao “Acesso à Justiça”. Para fins de apresentação e discussão dos trabalhos, foi proposta pelos coordenadores do GT, uma sub-divisão temática que correspondeu a artigos doutrinários, advindos de projetos de pesquisa e estudos distintos de vários programas de pós-graduação do país, nos seguintes enfoques: Mediação e mecanismos alternativos de resolução de conflitos; Acesso à Justiça de Grupos vulneráveis e minoritários; Questões ambientais e outros trabalhos diversos.

A mesma subdivisão foi adotada para a presente coletânea, oportunizando uma leitura crítica e contextualizada dos trabalhos, e mais que isso, a identificação de linhas comuns de pesquisa e investigação por parte dos pesquisadores e programas de pós-graduação em Direito que se fizeram presentes.

Assim, em matéria de Mediação e Mecanismos alternativos de resolução de conflitos, o trabalho intitulado “A Arbitragem e o precedente arbitral e judicial – uma análise comparativa entre Brasil e EUA” inaugura a temática trazendo ponderações acerca da presença das soluções alternativas de conflito no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 e da arbitragem como mecanismo capaz de escapar da lógica dos precedentes. Já o trabalho “A (in)efetividade do direito fundamental de acesso à justiça ao excesso de judicialização: a mediação como instrumento garantidor de acesso a direitos” problematizou a cultura do litígio presente na realidade brasileira e as dificuldades de realização da mediação extrajudicial por todos os cartórios, assim como as dificuldades de diferenciação entre conciliação e mediação, a partir de uma pesquisa empírica realizada no Rio de Janeiro. Outro trabalho, “Resolução de conflitos: do jeito à solução” também abordou a dimensão distorcida do constitucionalismo brasileiro tendente a uma cultura jurídica demandista e burocratizada que inibe a real solução dos conflitos e o acesso à Justiça.

De igual dimensão crítica, e adotando a perspectiva comparada, o trabalho “A mediação no contencioso administrativo espanhol” apontou o Estado como principal litigante e o hiato entre a previsão normativa e a prática das instituições, levando à descrença por parte da cidadania, sugerindo por fim, a via da mediação administrativa como importante via de promoção do acesso à justiça. Ainda no que concerne às dificuldades de acesso ao Sistema de justiça, o trabalho intitulado “Reforma do Sistema de Justiça numa perspectiva de direitos humanos: proposições a partir de estudo de casos” demonstra, utilizando-se de estudo empírico, que em se tratando de casos de direitos humanos, muitas vezes o Poder Judiciário e o Ministério Público apresentam atuações pessoalizadas ou indiferentes.

O trabalho “Acesso à Justiça por meio da atermção nos juizados especiais cíveis estaduais”, encerrou o primeiro bloco, indicando aspectos relativos ao funcionamento dos juizados especiais cíveis e a capacitação dos técnicos envolvidos na caracterização dos conflitos.

O segundo conjunto de trabalhos, versando sobre grupos vulneráveis e/ou minoritários foi iniciado pelo trabalho “Dificuldades enfrentadas pelo índios Xoleng Laklãnõ para o acesso à justiça na Comarca de Ibirama.” O estudo se baseou em dados coletados na comarca mencionada, examinando desde a dificuldade geográfica de acesso até questões de ordem técnica, como o acesso a advogados. Seguiu-se o trabalho intitulado “Direito de acesso à justiça dos refugiados: um estudo sob a perspectiva da nova lei migratória” ao abordar o problema de migrantes indocumentados e sem acesso à justiça, tema de enorme atualidade. Em seguida, o trabalho “A crise do Estado quase-moderno e desafios na efetivação do acesso à justiça para pessoas em condições de vulnerabilidade” evidenciou a vulnerabilidade dos réus, instalada por dentro do próprio processo penal.

Na seqüência, o trabalho “O acesso à justiça e adequação procedimental aplicadas aos direitos humanos – exame do Habeas Corpus coletivo nº143.641/SP”, tendo como premissa a adaptabilidade procedimental de um novo modelo de processo civil constitucionalizado, colocou em relevo a utilização de remédio constitucional como instrumento de salvaguarda da liberdade e portanto apto a realizar o direito material em detrimento de formalismos processuais em benefício de mulheres encarceradas grávidas ou lactantes.

O trabalho “Da crise de representação à crise de jurisdição e seus reflexos ao acesso à justiça” discutiu os limites do presidencialismo de coalisção e seu impacto na jurisdição e na efetivação do acesso à justiça. Outro trabalho, intitulado “Da Sesmaria ao entrave burocrático à concessão da propriedade plena”, utilizando-se de pesquisa empírica etnográfica aplicada ao Direito apontou criticamente os problemas existentes no registro imobiliário decorrentes e

sua interferência no reconhecimento do direito à propriedade. Encerrou o segundo bloco o trabalho intitulado “Cooperador da atividade judicial: os negócios jurídicos processuais”, examinando a possibilidade de realização da ‘contratualização’ do processo e quais seriam seus limites.

O terceiro subgrupo, relacionado aos temas ambientais, esteve representado por dois trabalhos. O primeiro, “Acesso à justiça pela via do processo coletivo ambiental: uma abordagem acerca do (des)compasso entre a estrutura normativa brasileira e o ideal democrático participativo” abordou a necessidade e importância de audiências públicas no âmbito das ações ambientais. E o segundo trabalho, “Acesso à justiça, ação civil pública e Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro: defesa do meio ambiente a partir da lei nº 11.448/2007” procurou discutir os resultados em matéria ambiental da lei que incluiu a Defensoria Pública no rol de legitimados da Ação civil, a partir de um projeto de pesquisa de doutorado.

O último trabalho, intitulado “Acesso à justiça e o direito humano à internet: convergências e possibilidades numa sociedade em rede” abordou tema inovador em torno da Emenda ao artigo 6º da CF/88 e a percepção do direito à internet como um direito humano.

Como se observa, os textos ora reunidos traduzem a riqueza das discussões oportunizadas pelo Encontro e oferecem um panorama de temas atuais sobre o Acesso à justiça e sua efetivação para todos os pesquisadores que desse tema se ocupam.

Agradecemos a todos que contribuíram para este resultado, em especial, a todos os autores que participaram da presente coletânea de publicação pelo comprometimento e seriedade demonstrados nas pesquisas realizadas e na elaboração dos textos de excelência.

Desejamos uma prazerosa leitura!

Salvador, junho de 2018.

Profa. Dra. Karyna Batista Sposato – Universidade Federal de Sergipe (UFS)

Prof. Dr. João Paulo Kulczynski Forster – UniRitter

Prof. Dr. Sergio Pereira Braga – UNINOVE

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento.
Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

COOPERADOR DA ATIVIDADE JUDICIAL: OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

COOPERATING INSTRUMENT OF JUDICIAL ACTIVITY: THE PROCEDURAL LEGAL BUSINESS

Cláudia Lúcia Soares da Silva Santos ¹
Clésia Domingos Brandão dos Santos ²

Resumo

O presente trabalho tem o objetivo de motivar o uso do instrumento cooperador dos negócios jurídicos processuais, no comportamento das partes no processo e até mesmo o conteúdo das normas processuais o diálogo e a cooperação entre os litigantes por parte dos agentes que instrumentam o processo. Desta forma, este instrumento como viabilizador da atividade judicial, a fim de, contribuir como a eficiência cada dia mais perseguida pelo judiciário. Assim, um conjunto de elementos teóricos próprios da teoria geral do processo, necessários à compreensão do fenômeno processual na contemporaneidade, sobretudo no âmbito do CPC /2015.

Palavras-chave: Negócio jurídico processual, Cooperação, Teoria e prática, Atividade judicial

Abstract/Resumen/Résumé

The present work aims to motivate the use of the cooperating instrument of the legal business processes, the behavior of the parties to the process and even the content of procedural rules the dialogue and cooperation between the litigants by the agents who implement the process. In this way, this instrument as feasible of the judicial activity, in order to contribute as efficiency increasingly persecuted by the judiciary. Thus, a set of theoretical elements specific to the general theory of the process, necessary to understand the procedural phenomenon in the contemporary world, especially in the scope of CPC / 2015.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Business legal process, Cooperation, Theory and practice, Judicial activity

¹ Mestranda em Direito, Uninove. Pós Graduada em Direito Resolución de Conflictos: Mediación, UCLM Toledo, Espanha. Graduada Direito UBMRJ, Pós em Processo Civil no novo CPC pela Uninove. Mediadora c. soaressantos,adv@gmail.com

² Mestranda em Direito pela Uninove. São Paulo/SP. Pós Graduada em Resolução de Conflitos pela UCLM. Toledo/Espanha. Advogada/Mediadora. brandaoclesia@gmail.com. <http://lattes.cnpq.br/4796407811872143>

INTRODUÇÃO

O presente artigo traz por objeto a vertente da possibilidade dos negócios jurídicos processuais após o surgimento do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), ou seja, atos negociais que se regulam o comportamento das partes no processo ou até mesmo o conteúdo das normas processuais – e não o cerne do direito material discutido no bojo de um processo judicial -, potencializando a cooperação entre os litigantes.

O tema que provavelmente atrairá os olhares de muitos no decorrer dos anos, por se tratar de mudanças dialéticas do Novo Código de Processo Civil, a apontar a nossa legislação, como uma referência no quesito processual.

O dia a dia é movimentado por sucessões de fatos, naturais ou vindos da atitude humana, que converge por influenciar o meio social, insurgindo, por vezes, no universo jurídico.

Os acontecimentos factuais são destacados de diversas formas pelo ordenamento, este os concederá o *status* jurídico através da positivação legislativa, para, então, insurgir nomeio jurídico das partes produzindo efeitos jurídicos. Contudo, a não positivação do fato na legislação não quer dizer que o mesmo é ausente aos ditames do direito, uma vez que “não há fato indiferente ao direito, pois é o próprio direito, através da norma positiva que, não regulando uma conduta ou uma circunstância, chancela tal conduta ou tal circunstância de irrelevante ou sem juridicidade.

Inicialmente, têm por objeto juntar os elementos teóricos da teoria geral do processo, necessários ao entendimento da dinâmica processual contemporânea, sobretudo, no que diz respeito, às suas fontes. Em seguida, buscar-se-á realizar um levantamento sobre a permissão de tais declarações de vontade, de uma forma geral, segundo as disposições elencadas pelo Código de Processo Civil, em no bojo do art. 190, mensurando sua importância bem como pressupostos, requisitos e sobretudo suas limitações.

Portanto, serão encontrado algumas adversidades à validade das convenções processuais, em decorrência da dimensão de seu objetivo. Assim, adentrando no viés socializador de Weber o pressuposto do Estado moderno tem seu caráter democrático, porque não haveria espaço, nos dias atuais, para um modelo totalitário, a serviço da vontade de uma minoria de tiranos ou déspotas.

Dentro dessa estrutura estatal, deve-se presumir que os detentores do poder sejam escolhidos por mecanismos formalmente democráticos e regulares, portanto portadores do mandato popular para a criação e aplicação do direito, que refletirá as concepções reinantes na sociedade. O que abarca de forma proba, efetiva e impactante o negócio jurídico processual.

1- ASPECTOS TEÓRICOS E AS FONTES NO NOVO CPC

A teoria do direito traz um apontamento da mudança de um sistema lógico-dedutivo, baseado no dogma da subsunção, para um patamar jurídico discursivo, que inseri a moral e percebe o processo como um local indispensável à efetivação do direito, por proporcionar a via democrática de argumentos. Neste viés, o Código de Processo Civil /2015, traz em seu bojo a reformulação do sistema processual.

A realização de negócios tendo por meio normas processuais ou ainda a questão comportamental das partes no processo, é de suscitar, de certa forma, espanto pela novação. A legislação processual civil nunca concebera a possibilidade de tão ampla de cooperação e socialização, até mesmo, de negócios atípicos, que põem a prova a versatilidade do homem.

A exemplo de desse dínamo atual, é possível passar pela imaginação uma negociação por meios de comunicação por meios atípicos como, a saber, sms, whatsapp e facebook possibilidade de depoimento feito de forma escrita, a possível renúncia a recursos, poder fazer a supressão de instâncias por convenção, partilhar repartição atípica de custas, permitir supressão da execução provisória, ser possível condicionamentos à execução etc.

Percebe-se, portanto, o surgimento de uma inovação no direito processual brasileiro, a enfrentar não apenas antigas construções teóricas, mas também gerar na sociedade mudança de mente e comportamento, o grande paternalismo estatal ainda com raízes profundas em nossa cultura.

Não deixando fora de forma oportuna, que, até mesmo na esfera penal, são concebidas negociações processuais, como pode ocorrer nos acordos de colaborações premiadas, tão marcantes e discutidas em nossa modernidade líquida, muito bem fundamentada na obra do ilustríssimo filósofo Zygmunt Bauman. (BAUMAN, 2010)

1.2 O LIAME ENTRE O CARÁTER PRIVATIVO AO PÚBLICO DO PROCESSO ADVINDO NO CPC 2015

Do aspecto da história do direito, desde a Idade Antiga, afirma que a autonomia do direito processual é um fenômeno relativamente recente e diretamente associado à “descoberta do caráter público do processo”, no século XIX. Autonomia e caráter público são ideias que caminham conjuntamente.

Ocorre que, até o século XIX, o direito processual não era considerado como ciência. A ação era percebida como algo inerente ao direito material. Assim, no período privatista, a natureza jurídica do processo era algo entendido na vertente do direito privado, numa visão nitidamente contratual. A figura processo e procedimento eram confundidos, como um rito de sequência de atos direcionados à aplicabilidade do direito material.

A pertinente admissibilidade dos negócios jurídicos processuais judiciais baseia-se num resgate responsável de alguns dos elementos esquecidos da era processual privatista, sem que isso signifique o seu retorno.

O processo judicial na Roma antiga, era marcado por sua natureza *per formulas*, e dependia da anuência das partes. De forma geral, as partes, em consenso, firmavam um compromisso (*litis contestatio*), firmando os limites do litígio, obrigando-se a aceitar a decisão a ser tomada por um árbitro por si escolhidos. Esse árbitro tinha a função de intermediador para solucionar a lide.

A *litis contestatio* romana deu ao processo uma natureza contratual, não sendo mensurada a sua autonomia, segundo o ilustre Luiz Guilherme Marinoni:

“Esse compromisso ou *litis contestatio* foi qualificado pela doutrina como um negócio jurídico privado ou como um *contrato*. O contrato era estabelecido pela *litis contestatio*. Por essa razão, atribuiu-se ao processo natureza contratual. Tratava-se de uma espécie de contrato judicial”.²

A autonomia processual está correlacionada com a autonomia do direito de ação ante ao direito material.

Essa autonomia consubstanciou na compreensão da ação como algo dirigido contra o Estado, estando inserida, portanto, no âmbito do direito público.

A mesma posição seguiu o processo, além de autônomo em relação ao direito material, também assumiu um caráter público. A justificativa se faz de forma que o Estado não poderia mais permanecer alheio quanto à forma com que o seu próprio poder estatal seria exercitado.

Com a sua forma publicística, o processo deixou de ser conhecido como um “negócio das partes”, passando a existir onde se determina a autoridade do Estado. Essa autoridade não alicercia apenas a tutela do interesse privado, mas também a administração da justiça e a efetiva aplicabilidade legal.

O renomado Oskar Von Bülow, coube ainda no século XIX, trazer a teoria do processo como uma relação jurídica, dando um toque sutilmente teleológico. Onde permeou a separação do processo e procedimento, este como apenas sequência de atos, se afastava de qualquer finalidade; aquele, como uma relação jurídica que tem por fim a força da lei.

²MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 396.

Dessa relação colaboram as partes e o Estado, a partir da instrumentação do processo. Por ser diversa da relação jurídica material latente à lide, a sentença de improcedência, em nada prejudicaria a existência da relação processual, autônoma.

O grande chamado cânone da relação jurídica processual – de natureza pública, entre o juiz e as partes, ainda tão elevado e aclamado, não passou isento ao crivo crítico. Deu-se orque a teoria de Bulöw se desenvolveu do o ponto de partida da noção de relação jurídica do direito privado, cuja fonte comum é a pandectística alemã.

Na pandectística alemã, o direito era resumido a um sistema de conceitos gerais arcaicos pela abstração. Por ela, houve uma tentativa de adaptar cientificamente e aplicar o *ius privatum* romano ou seja, as regras extraídas das noções gerais e abstratas dos textos do *Corpus Iuris Civilis* às concepções modernas (*usus modernus Pandectarum*), elevando-se o doutrinário jurídico.

Para a crítica, a abstração e a neutralidade da ideia da relação jurídica processual levavam à neutralização da imagem do Estado, desconsiderando seus fins e projetos, levantados sobre valores.

De igual forma, o rompimento da vida concreta resultaria na dissolução de qualquer preocupação valorativa em relação às partes.

James Goldschmidt, na Alemanha foi um dos principais responsáveis às críticas feitas à concepção do processo como relação jurídica segundo seu pensamento, as partes “não estão relacionadas entre si, existindo apenas um estado de sujeição das mesmas à ordem jurídica, no seu conjunto de possibilidades, expectativas e cargas”³

Decorre que, como compartilhado por Calmon de Passos, a substituição da ideia de relação jurídica pela situação jurídica, preconizada por Goldschmidt, é algo “antes sociológico que jurídico; ele estuda o processo não como teoricamente deve ser, mas como resulta de possíveis deformações que venha a sofrer na prática [...]”¹⁵¹⁶.

A veracidade é que o processo, como demais outros institutos jurídicos, pode ser interpretado em mais de uma percepção, destacando-se, ao menos, três: tipo complexo de formação sucessiva (ato jurídico complexo - ou simplesmente procedimento), relação jurídica e técnica de criação de normas jurídicas.⁴

Nesse ponto, “nenhuma teoria é mais fecunda, em suas consequências, nem mais adequada, politicamente, para um Estado de direito democrático que a da relação jurídica”.

3 PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 73.

4 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol I. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p.

Ao explicar o processo, tal teoria permite a sua análise quer do ponto de vista das partes, quer do ponto de vista do juiz, o que possibilita sua “compreensão sistemática, revestindo-o de racionalidade e evidenciando sua dimensão política”⁵.

Decorre porque, configurando-se o processo não apenas como uma, contudo como um conjunto de relações jurídicas constituídas entre os sujeitos processuais a saber, as partes, o juiz, o Ministério Público e auxiliares, facilitando todo o instrumental da teoria do fato jurídico fragmento da teoria geral do direito, nascendo uma genuína teoria do fatos jurídicos processuais.

Neste viés, o processo como “relação jurídica”, no singular equivale, factual, em uma metonímia que indica para o aglomerado de relações jurídicas processuais num todo.

Tudo isto consiste na instrumentalidade à compreensão sistemática das negociações processuais: a teoria dos fatos jurídicos processuais, a própria da teoria geral do processo, que se ocupa por reunir conceitos lógico-jurídicos, relativo a todo e qualquer processo.

Para uma discussão que já tem milhares de páginas na doutrina e obras a fins, alcançamos, nos tempos modernos, o conceito de processo como relação jurídica, banindo da estrutura estático-privatista de outrora, pode engendrar resultados satisfatórios, sobretudo se percebido a contar de uma noção plurissubjetiva, a circundar todos os sujeitos do processo, num âmbito democrático e deliberativo.

Destaco como referencial teórico Calmon de Passos e, mais recentemente, Antônio do Passo Cabral.

1.3 DAS FONTES E O PRINCÍPIO DO AUTORREGRAMENTO DAS PARTES

Nitidamente resultou-se da teoria publicista e que motiva o direito brasileiro é a negação da convencionalidade do processo, o que representaria um grande salto democrático, afastando-se a ideia do processo como “coisa das partes”.

Como conseqüência, a fonte do direito processual somente poderia ser a lei. Contudo, vale a distinção feita por Calmon de Passos sobre o direito material e o direito processual: “ao legislador de direito substancial é defeso predeterminar comportamentos para os homens, no tocante a tudo quanto diz respeito aos seus interesses. Se assim o fizesse, acarretaria uma paralisia social [...]”.

Por outro lado, no campo do direito processual, “ele não seleciona entre os comportamentos humanos aqueles os quais pretende emprestar relevância jurídica. Determina [...] uma

5 PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 73.

Determina [...] uma única forma de comportamento, interditando todas as demais”⁶.

Assim o processo como um tipo amplo de formação sucessiva, levantou-se a ideia de que deixá-lo desenvolver-se conforme melhor parecesse caso a caso às partes ou ao magistrado poderia configurar um risco à segurança jurídica.

Assim, “a legalidade da forma impôs-se [...] como solução universal em termos de ganho civilizatório”, cabendo ao legislador fixar na lei, “e somente nela, toda a ordenação da atividade que deve ser desenvolvida para que o Estado realize os seus fins de justiça [...]”.

Resumidamente, a sapiência processual brasileira ainda co-habita com a ideia inflexível de que norma processual advém de lei (somente lei em sentido estrito), sendo cogente e inderrogável, portanto, pela vontade das partes, em acatamento ao interesse público.

Igualmente já não acontece ocorre no estrangeiro, países como a Alemanha, França, Itália e nos Estados Unidos, em decorrência, das alterações vindas da jurisprudência. Nestes países, não somente concepção de “procedimento único” passou a ser aceita como uma lenda, como também posposto a os procedimentos especiais típicos.

Contudo, ainda no século pretérito, passaram a ser admitidas, pouco a pouco, negociações sobre determinadas etapas procedimentais.

Pergunta-se: e o que dizer quando a lei remete, de maneira genérica, o regramento do procedimento às partes do processo? É o que dispõe o *caput* do art. 190 do NCPC⁷.

O dispositivo em questão representa uma verdadeira revolução no direito processual brasileiro, ao prever uma cláusula geral de negociação sobre o processo, em oposição à ideia de tipicidade da relação processual, preconizada pelos adeptos do publicismo.

O impacto da mudança não reside na mera permissão de negociações sobre o processo uma vez que, CPC de 1973 já as observadas, de forma típica (clássico exemplo, a inversão negocial do ônus da prova, prevista no seu art. 333, parágrafo único), mas sim na perspectiva de negócios atípicos (genéricos) sobre o processo.

Lançado estão ao desafio da doutrina e da jurisprudência na dinâmica dos fóruns do dia a dia, a partir de um ambiente bem árido no que tange das negociações processuais, carimbado pelo paternalismo estatal e inflexibilidade procedimental, sujeitar, de maneira responsável, uma nova dinâmica concebida pela legislação, salientada pela autonomia e promoção de poder das partes.

6 PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005,

7 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.

2. OS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A FORÇA COOPERADORA NA ATIVIDADE JUDICIAL

Dentro da natureza de fatos lícitos, encontra-se tanto os fatos naturais, como fatos jurídicos *stricto sensu*, quanto os fatos humanos, aqui designados como atos jurídicos *lato*

sensu. Essa expressão é usada para direcionar os acontecimentos tipificados que possuem, em seu conteúdo, o elemento volitivo dos indivíduos.

Portanto, uma atitude do ser humano, uma manifestação de vontade com a intenção de causar resultados reconhecidos pelo direito, sabe-se que a mera vontade, ainda no campo do pensamento interiorizado, não produzirá qualquer resultado efeito.

Manifesta a vontade, o cidadão valida o que deseja obter no resultado juridicamente protegido, sendo capaz de manifestar por declaração. Com isto “então, ser lícito extrair alguns elementos caracterizadores do ato jurídico em sentido amplo: a) ato humano de vontade; b) exteriorização da vontade pretendida (até porque a vontade enquanto interior não vincula, nem produz efeitos..

Por isso, se alguém comparece a um leilão e não levanta o braço, estará impossibilitado de apresentar um lance para a aquisição do bem leiloado); c) consciência dessa exteriorização de vontade (se, nesse mesmo leilão, levanto o braço para chamar o garçom, sem ter consciência de que estarei oferecendo um lance, não posso estar praticando ato jurídico); d) que essa vontade exteriorizada dirija-se à obtenção de resultado permitido (não proibido) pela ordem jurídica”⁸.

Em sentido diverso ao ato jurídico em sentido amplo e ao ato jurídico em sentido estrito, o ato-fato jurídico é aquele em que a hipótese de incidência tem por base ato humano, não havendo preocupação, na análise dos seus efeitos, se houve vontade em praticar o ato, com efeitos decorrentes da própria normativa legal, posto que “a norma jurídica abstrai desse ato qualquer elemento volitivo como relevante. O ato é da substância do fato jurídico, mas não importa para a norma se houve ou não vontade de praticá-lo. Ressalta-se, na verdade, a consequência do ato, ou seja, o fato resultante, sem se dar maior significância à vontade de praticá-lo”⁹.

A ação ou omissão humana pode produzir efeitos independentes que foram almejados pelo sujeito em um primeiro plano. Este ato-fato divide-se nas seguintes categorias: a) atos reais, sendo exemplo a descoberta de um tesouro, oportunidade na qual o indivíduo adquire a propriedade do mesmo, independentemente da sua vontade;

8 Cf. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006 p. 389.

9LIMA, Taisa Maria Macena de. Os planos do mundo jurídico e as teorias das nulidades. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Reg.* 30 (60): 209-219, Belo Horizonte, jul.-dez. 1999.

b) atos indenizáveis, tais como os atos praticados em estado de necessidade que causam danos a terceiros; e c) atos caducificantes, como a perda da propriedade por usucapião, já que o proprietário se manteve inerte, independentemente de seu querer ou sua culpa.¹⁰

Logo, as seqüelas não dependem do elemento volitivo dos indivíduos. No entanto com os atos jurídicos *lato senso* e *stricto senso*, os atos-fatos jurídicos não dá atenção a vontade,

entretanto, da conduta ou omissão humana, advêm de resultados previstos na norma jurídica, que são absolutamente eficazes.

2.1 O INSTRUMENTO DA NEGOCIAÇÃO SOBRE O FUNDAMENTO DO ART. 190 DO NCPC

O ato jurídico em sentido estrito resulta da subdivisão do ato jurídico *lato sensu*. Tendo expressado sua vontade, o indivíduo adere ao que está prescrito no ordenamento jurídico. Não há, aqui, qualquer manifestação da autonomia da vontade privada na produção de efeitos, mas, unicamente, nos planos de existência e validade, pois os efeitos estão condicionados legalmente, daí se dizer que os atos jurídicos *stricto sensu* são *ex lege*.

Desse modo, “tem por elemento nuclear do suporte fático manifestação ou declaração unilateral de vontade cujos efeitos jurídicos são prefixados pelas normas jurídicas e invariáveis, não cabendo às pessoas qualquer poder de escolha da categoria jurídica ou de estruturação do conteúdo das relações jurídicas respectivas”¹¹.

Portanto, o ato jurídico em sentido estrito gera consequências jurídicas previstas em lei, desejadas, tipificadas anteriormente, como, por exemplo, o reconhecimento de paternidade, em que o indivíduo apenas adere aos efeitos preestabelecidos legalmente, não podendo criar efeitos distintos dos previstos, não podendo, o pai, assim, estipular impedimento aos alimentos para o filho¹².

2.2 DOS ASPECTOS GERAIS

Na realidade social, antes de qualquer intervenção jurídica, os particulares atuam por si mesmos em busca dos meios mais aptos para estabelecerem suas relações. Esses meios são, por excelência, os negócios jurídicos¹³.

É salutar destacar que os negócios jurídicos aproximam-se dos atos-jurídicos *stricto sensu*, vez que exigem a demonstração de vontade para fazer o suporte fático e entrar no âmbito

10 MELO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico (plano da existência)*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 112.

12 FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Ob. cit.*, p. 389.

13 BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003, t. II, p. 7.

jurídico ou seja, como requisito de existência e validade. O diferencial primordial entre esses tipos de fato jurídico está na autonomia da vontade privada que se evidencia de forma intensificada no fato jurídico está na autonomia da vontade privada que se evidencia de forma intensificada no poder de inovação; criação nos negócios jurídicos e de forma diminuta nos atos-jurídicos *stricto sensu*, já que estes têm seus efeitos vinculados à legislação.

Nesse modo, os atos-jurídicos *stricto sensu* são *ex lege*, isto é, a declaração de vontade

não admite escolha, apenas resultando efeitos importantes e já sujeitos aos fins preestabelecidos pelas normas jurídicas, de modo que a declaração volitiva tem por função apenas sua produção.

No que diz respeito aos negócios jurídicos, estes são *exvolutate*, pois a vontade inicial – de manifestação, somada à autonomia da vontade privada, local de funcionamento de atividade de liberdades positivas e negativas, é genitora de efeitos jurídicos, exceto os defesos em lei, posto que o negócio jurídico é um papel da vontade e da lei, que atua na sua criação, inteirando-se reciprocamente.

Então, em síntese, ter uma prenúncio jurídico (negócio jurídico) não é o mesmo que ter os efeitos antecipadamente determinado em lei (ato-jurídico *stricto sensu*).

A autonomia da vontade privada, nuclear para o negócio jurídico, é o mais relevante elemento do negócio jurídico, já que é por meio dela que as partes exteriorizam suas intenções subjetivas. Contudo, sem a incidência do suporte fático, a vontade não entrará no mundo jurídico e, destarte, não haverá negócio jurídico ou qualquer outro fato jurídico¹⁴. Ou seja, “o fato, no momento de seu acontecimento, atua conforme o que é previsto pela lei: o ordenamento lhe atribui uma qualificação e uma disciplina.

O fato concreto, quando se realiza, constitui o ponto de confluência entre a norma e a transformação da realidade: é o modo pelo qual o ordenamento se concretiza. A norma existe na sua realização, quando é individuada pelo intérprete em relação ao caso concreto: o momento fático atribui à norma a concretude e a historicidade que lhe são essenciais”¹⁵. Desse modo, quando as regras jurídicas demonstram a manifestação volitiva como um dos elementos do suporte fático, este poderá se compor ou não. E é justamente no espaço fático deixado às vontades que a autonomia da vontade privada atua, compondo o aludido suporte pelas regras jurídicas e, por conseguinte, criando o negócio jurídico, pois “a vontade só produz efeitos se a regra jurídica o estabeleceu, isto é, se deixou no figurante ou figurantes branco para autorregramento. O branco, que a lei deixa, é interior ao negócio jurídico, de modo que é a lei mesma que o estatui”¹⁶.

14 Cf. MELO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico (plano da existência)*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 147.

15 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 636.

16 MIRANDA, Pontes de. *Ob. cit.*, p. 43.

Considera-se autonomia da vontade privada o poder reconhecido aos particulares de regular todas as condições e modalidades de seus vínculos, podendo decidir por si só o conteúdo e a extensão de suas convenções¹⁷, permitindo aos indivíduos envolvidos um comportamento comum, determinando as regras mediante pacto consensual¹⁸, dando, então, a liberdade de negociar, de escolher o conteúdo e/ou a forma do ato¹⁹, para, em conformidade com a lei, criar direitos e contrair obrigações.

“O negócio jurídico se destina à realização de um fim, e o seu resultado implica a perseguição de uma faculdade humana, polarizada no sentido de um efeito econômico ou

social, a criar direito subjetivo e impor obrigações jurídicas.

Difere da lei em que esta é expressão volitiva do Estado, enquanto no negócio jurídico o supedâneo fático é a vontade do indivíduo²⁰. A autonomia da vontade privada é o início do negócio jurídico, que cria o liame entre ele e o direito.

Desse modo, o negócio jurídico devidamente proferido é a declaração volitiva que, concatenada com os preceitos e garantias fundamentais, é apto a motivar consequências jurídicas voluntariamente pretendida, criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas entre particulares.

Neste viés, “negócio jurídico é o fato jurídico cujo elemento nuclear do suporte fático consiste em manifestação ou declaração consciente de vontade, em relação à qual o sistema jurídico faculta às pessoas, dentro de limites predeterminados e de amplitude vária, o poder de escolha de categoria jurídica e de estruturação do conteúdo e eficácia das relações jurídicas respectivas, quanto ao seu surgimento, permanência e intensidade no mundo jurídico”²¹.

Conquanto, a ordenamento jurídico somente traz eficácia aos atos que correspondam a um modo já pré-ajustado, isto é, um conjunto de requisitos que compõe a estrutura interna e externa dos negócios jurídicos. Posto isto, existe insurgência do ordenamento ao exigir que os elementos constitutivos do negócio estejam em conformidade, sendo necessário, então, avaliar atos jurídicos da existência, validade e eficácia.

17 FAIRBANKS, Alexandre de Serpa Pinto; PINTO, Antonio Augusto Abreu de Serpa. Conflitos entre princípios contratuais clássicos e hodiernos sob a ótica da constitucionalização do direito civil. *Revista Jurídica Eletrônica: “Direito, Sociedade e Desenvolvimento” – UFRRJ. ITR.* v. 1, n. 3 (2014), p. 7. Disponível em: [www.ufrj.br/SEER/index.php?journal="RJEDSD&page=article&op=view&path%5B%5D=1862&path%5B%5D=1636]. Acesso em: 02.08.2015.

18 PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional...*, p. 335. PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil – Introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 17.

20 Cf. PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Ob. cit.*, p. 499.

21 MELO, Marcos Bernardes de. *Ob. cit.*, p. 165.

No escopo da existência são analisados os requisitos mínimos para que o negócio jurídico possa produzir efeitos no âmbito jurídico, assim, para preencher os quesitos essenciais é de suma importância que o agente demonstre sua vontade sobre um objeto e em determinada forma.

O plano da validade qualifica os elementos essenciais, é nesse plano que o negócio jurídico se justifica teoricamente, ou seja, a declaração de vontade deve partir de um agente capaz; o objeto deve ser lícito, possível, determinado ou determinável; com a forma prescrita ou não defesa em lei²². O controle desses requisitos de validade é de suma importância, já que subordina o negócio jurídico a um juízo de reprovação ou de merecimento de tutela por parte do

ordenamento jurídico.

De modo que, “se o ato possui tais requisitos é válido e dele decorre a aquisição, modificação ou extinção de direitos previstos pelo agente. Se, porém, faltar-lhes um desses requisitos, o ato é inválido, não produz o efeito jurídico em questão”²³.

De forma sucessiva, após conferido se o negócio jurídico existente é válido, vai-se ao plano da eficácia, que é o efeito material solicitado pelas partes, ou, é o plano dos efeitos jurídicos. Destarte, após passar-se pelos dois primeiros planos, o negócio jurídico tem, em regra, efeito imediato, exceto se as partes se insurgirem em sentido diverso, condicionando os efeitos por uma condição, termo ou encargo, espaço este reservado à autonomia da vontade privada.

Salienta-se, por fim, que os valores constitucionais do ordenamento pátrio incidem diretamente sobre a autonomia da vontade privada²⁴, início do negócio jurídico, limitando a liberdade das partes e fazendo com que o negócio jurídico transcenda o individualismo volitivo, tornando concreta a axiologia dos artigos 1º²⁵, III; 3º²⁶ e 5º da *Carta Magna* de 1988,

22 BRASIL. Código Civil (LGL\2002\400), Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm]. Acesso em: 10.10.2016. 23DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil: teoria geral*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979, v. I, p. 225.

23DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil: teoria geral*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979, v. I, p. 225.

24 BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin e TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado: conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, v. I, p.214.-

25 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana”. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm]. Acesso em: 10.10.2016.

26 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm].

uma vez que o negócio jurídico deve representar, além do interesse individual, um interesse prático que esteja em consonância com o interesse social.

3. DA VALIDADE DOS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS

Os negócios processuais podem ser firmado entre as partes até mesmo antes do surgimento do processo. Nada mais natural. Exemplificando é o que ocorre, com a cláusula de eleição de foro, prática muito comum. O impactante relevante parágrafo único do art. 190 permite, até mesmo, negociações processuais em contratos de adesão, dispositivo que deve ser

visto com muita cautela, em decorrência do impacto da desproporcionalidade. Como integrante do plano da Teoria Geral a teoria do fato jurídico deve ser entendida.

As noções de fato jurídico e negócio jurídico devem ser vistas como conceitos jurídicos fundamentais para, alcançarem os caminhos da Teoria Geral do Processo, direcionando ao ramo do Direito Processual Civil. Como tão bem elucidada Carnelutti, “(...) a exposição de conceitos aptos para definir o processo e o Direito que o regula não pertence, na realidade, à Ciência do Direito Processual, mas àquela região superior da ciência jurídica que tem o nome de *teoria geral do Direito*”.²⁷

Dessa forma, conceitos jurídicos fundamentais não seriam contingentes, tais como os conceitos de posse, domicílio e prescrição. Seriam absolutos, insusceptíveis de variação, universais e plenamente aplicáveis a todos os ramos do Direito²⁸.

Contudo, é desafiador, a saber, determinar uma relação entre o direito material e o processual e transpor o axioma da dicotomia entre Direito Público e Direito Privado, onde se demonstra que institutos deste último são aplicáveis ao Direito Processual Civil.

Acertivo por assim dizer, o direito é uno e indivisível, sendo que a separação possui um caráter basicamente didático²⁹.

Considerando a uniformidade e a coerência do ordenamento jurídico, conceitos estabelecidos originalmente para a esfera privada podem ser aplicados na esfera pública, sendo este o caso da teoria do fato jurídico. A começar disto, “é possível estender a noção do negócio jurídico aos diversos subdomínios do pensamento jurídico, inclusive, portanto, ao Direito Processual, sem preocupações ideológicas e sem necessitar ingressar no debate, que ganhou corpo na Europa nos últimos anos, entre *publicistas* ou ‘negacionistas’ e ‘garantistas’.

27 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Trad. Hiltomar Margins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, v. I, p. 47.

28 TERÁN, Juan Manuel. *Filosofia del derecho*. Mexico: Porrúa, 1998, p. 82-83.

29 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 137.

Aqueles, assinalando o protagonismo judicial e a subordinação das partes aos poderes do juiz; estes (na Itália, denominados ‘revisionistas’), fortificados na ideia de que o processo civil deve ser construído em torno do cidadão que pede a tutela jurídica, reprochando o aumento exagerado de poderes do juiz³⁰.

3.1 DO CONTROLE DA ATIVIDADE JUDICIAL E DA VALIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Segundo disposto no parágrafo único do art. 190, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, controlar a validade das convenções atípicas, recusando-lhes aplicação em três casos:

a) nulidade; b) inserção abusiva em contrato de adesão; c) ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

O ponto da vulnerabilidade é tema tratado, por alguns, como motivo de incapacidade processual negocial. A maestria “negocial”, doutrinariamente, consiste em esfera distinta da capacidade em sentido comum. Dessa forma, é cabível falar em capacidade material negocial e capacidade processual negocial.

Ao tratar dos negócios jurídicos, o art. 104, I, do CC-02, parece contentar-se apenas, no campo subjetivo, com o “agente capaz”. E, realmente, o fato de alguém ser vulnerável não lhe retira sua capacidade (seja material ou processual). Raciocinar diferente seria ver o consumidor legalmente classificado vulnerável no mercado consumerista (art. 4º, I, do CDC) como uma pessoa na esfera material, incapaz para acordos extraprocessuais e processualmente incapaz, para acordos processuais.

A capacidade, material ou processual, não trata de uma cláusula geral, estando muito bem definidas suas causas na legislação (arts. 3º e 4º do CC-02 e arts. 70 a 76 do CPC). Justamente por isso, a doutrina costuma atrelar a vulnerabilidade à capacidade “negocial”, que, para além da capacidade legal, demanda o consentimento livre e de boa-fé das partes.

Precisamente, a vulnerabilidade é uma classe relativa à manifestação de vontade (ao consentimento), que determina a nulidade de determinados negócios, ainda que as partes sejam legalmente capazes, por acreditar em uma abusividade do negócio que afeta (ou pode afetar) a isonomia e, logo, o consentimento livre e de boa-fé.

Acerca da vulnerabilidade, merecem destaque alguns pontos, a saber, na regra geral, a vulnerabilidade é fato a ser constatado de forma concreta, daí porque o parágrafo único do art. 190 relata à “manifesta situação de vulnerabilidade”. Dessa forma, a questão do trabalhador ou consumidor não presume, por si só a vulnerabilidade. Lembra-se que, pelo art. 4º, I, do CPC, o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo” consiste em um

30 NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Negócios Jurídicos processuais: análise dos provimentos judiciais como atos negociais. Salvador: Tese de Doutorado da UFBA, 2011, p. 13.

princípio, e não uma regra, a depender, contudo, das circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto. Essa questão pode ser verificada de ofício pelo juiz.

Há cabimento, no entanto, estabelecer paradigmas de presunções de vulnerabilidade, atividade a cargo, sobretudo, da jurisprudência. Nesse diapasão, um indício de vulnerabilidade decorre do acordo de procedimento celebrado por uma das partes sem assistência técnico-jurídica (Enunciado n. 18 do Fórum Permanente de Processualistas Civis).

O questionamento ser feito, consiste em saber se as causas de invalidade do parágrafo único do art. 190 seriam taxativas. A resposta do questionamento é não. Ainda que uma das hipóteses de invalidade do negócio seja a “nulidade” – regra evidentemente redundante, que

equivale a dizer que “o juiz entenderá nula a convenção se ela for nula”, o controle judicial dos negócios processuais é de ampla extensão, devendo ser sempre muito fundamentado.

Dessa forma, o ato influenciar em questões que digam respeito à intimidade do Poder Judiciário, será possível o controle, negando-se validade. Então, não parece acertiva a corrente no sentido de que os acordos de aumento de prazo devem ser automaticamente aceitos pelos juízes, eis que um mínimo aumento em questões de massa, pode comprometer seriamente os gastos públicos e a eficiência do órgão julgante.

Da mesma forma, o aumento do número de testemunhas pode causar dispêndios públicos desnecessários (diferentemente do que ocorre com a redução do número de testemunhas). É necessário compreender que a autogestão do Poder Judiciário é, também, uma forma de imprimir maior eficiência à prestação de justiça ao jurisdicionado e não pode ficar sujeita a interesses meramente particulares. Se a intervenção no Judiciário for intensa, ele também (o Judiciário) deve participar do negócio.

A análise econômica é fundamento que pode ser invocado para recusar validade às negociações processuais ou, ao menos, para exigir dos negociantes acréscimos nas custas processuais. A prévia necessidade de homologação do negócio processual é algo que depende de expressa previsão legal, como ocorre nos casos de desistência (art. 299, parágrafo único) e organização processual do processo (art. 357, §2º). Apesar disso, o controle judicial é constante em qualquer caso.

3.2 DO INADIMPLEMENTO DO NEGÓCIO PROCESSUAL

Precedentemente, antes de tratar do fato jurídico processual *lato sensu*, passa-se à discussão doutrinária acerca do conceito de ato processual. Dessa forma, Chiovenda enuncia que são atos jurídicos processuais aqueles “que têm importância jurídica em respeito à relação processual”³¹. São os atos capazes de constituir, conservar, desenvolver ou modificar a relação

31 CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução Paolo Capittanio. Campinas: Bookseller, 1998, v. III, p. 20.

processual. Nesse conceito estão presentes os atos das partes – notadamente o ato de demandar; e os atos dos órgãos jurisdicionais – atos decisórios.

Na síntese, para Chiovenda, só são atos processuais aqueles que obedecessem a dois critérios: o primeiro de ordem subjetiva, são atos praticados pelos sujeitos da relação processuais; enquanto o segundo, de ordem objetiva, são atos que constituíssem, conservassem, desenvolvessem, modificassem ou extinguissem uma dada relação jurídica processual.³²

Posteriormente alguns anos mais tarde, Liebman³³ restringiu a noção de Chiovenda ao enunciar que atos processuais são aqueles praticados pelos sujeitos da relação processual em sede processual. Não se enquadrariam, assim, como atos processuais a outorga de procuração judicial, a convenção de arbitragem, entre outros.³⁴

Agora segundo Calmon de Passos, os atos processuais são aqueles praticados apenas no processo, pelos sujeitos processuais, com eficácia unicamente neste âmbito³⁵. Conquanto, vale salientar que a expressão “sujeitos do processo” é mais abrangente que a expressão “sujeitos da relação processual”, empregada por Liebman. Essa concepção engloba toda atividade endoprocessual.

Para tanto Gaio Júnior afirmava que ato processual “é toda ação humana que produz efeito jurídico ao processo”³⁶, seja pelo juiz ou pelas partes. Ou seja, “sujeitos de uma relação processual são o juiz e as partes, sendo aquele, sujeito imparcial e estas, sujeitos parciais, daí que podemos conceituar partes como os sujeitos parciais do processo, ou seja, aquele que pede a tutela jurisdicional, dizendo-se titular de uma pretensão (autor) e em face de quem se pede dita tutela (réu)”³⁷.

Doravante os atos processuais, em análise moderna, ressalta-se a mudança de perspectiva, uma vez que os atos processuais são considerados independentemente de estarem

32 No mesmo sentido THEODORO JR., Humberto. *Curso de direito processual civil*, 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. I, p. 223.

33 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas Cândido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, v. I, p. 286.

34 São adeptos dessa teoria, Dinamarco e Vicente Greco. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. II, p. 481-483 e, também, GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6.

35 PASSOS, J. J. Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 43

36 GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 167.

37 GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 107.

ou não na esfera processual, podendo, assim, ser produzidos extraprocessualmente, tal como ocorre na convenção de arbitragem³⁸, que não necessita de processo autônomo para a resolução de controvérsias.

Sendo assim, total independência processual dos atos praticados pelos sujeitos do processo; mesmo que estes sejam praticados extraprocessualmente, são capazes de criar, modificar ou extinguir a lide.

Os efeitos que os atos praticados fora do processo exercem na esfera endoprocessual são inegáveis, logo, todo o complexo de atos que são relevantes para o processo deve ser considerado processual, ultrapassando-se, assim, a interpretação clássica explicitada por Chiovenda.

Agora no que concerne à atribuição de processualidade ao fato jurídico, não é preocupação da teoria identificar o “lugar” do ato, ou seja, se o mesmo foi praticado endo ou

exoprocessualmente. Deve-se investigar se houve incidência de normas processuais ou não no ato.

4-Conclusão

Ainda na prática a ideia de realização de negócios tendo por objeto normas processuais ou o comportamento das partes no processo, causa forte estranheza ao jurista brasileiro.

De fato, uma das claras consequências da teoria publicista, fonte maior da processualística brasileira, consiste na negação da convencionalidade do processo, o que representaria um grande salto democrático, afastando-se a ideia do processo como “coisa das partes”.

É preciso, contudo, a partir do novo Código de Processo Civil, repensar as bases da teoria geral do processo, para adequá-la a uma verdadeira revolução ora inaugurada.

Firmados os conceitos lógico-jurídicos necessários à adequada compreensão do instrumento e a sistematização do fenômeno, torna-se necessário o desenvolvimento de uma dogmática para a correta aplicação na nova legislação, de modo a conciliar, de maneira responsável, o direito de autorregramento das partes e a isonomia entre os litigantes.

Nessa linha, caberá à doutrina e à jurisprudência, de forma criativa, estabelecer os limites objetivos das convenções processuais, o que se espera que ocorra, paulatinamente, nos próximos anos. Mas acima de tudo, a disposição da atividade judicial este instrumento muito rico, mas ainda em fase de estréia. Fica ainda, a disposição do judiciário esse grande caminho a percorrer na seara diária do judicial.

5-REFERÊNCIAS

- BEDAQUE, José dos Santos. *Direito e Processo*. 6. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no processo moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- _____; DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (org.). *Coleção Grandes Temas do Novo CPC - v.1 - Negócios Processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol I. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, I. Campinas: Bookseller, 2000.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, II. São Paulo: RT, 1974.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- PUGLIATTI, Salvatore. *Introducción al EstudiodelDerecho Civil*. Cidade do México: PorrúaHermanos y Cía , 1943.

- RHEE, Robert J. *Toward Procedural Optionality: Private Ordering of Public Adjudication*. 84 N.Y.U. L. Rev. 514, 2009. Disponível em: <<http://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/488>>. Acesso em: 27 mai. 2015. 22
- DAVIS, Kevin E.; HERSHKOFF, Helen. *Contracting for Procedure*. 53 Wm. & Mary L. Rev., 2011, 507 (2011). Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol53/iss2/7>>. Acesso em: 27 mai. 2015
- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das convenções processuais no processo civil*. Tese de Doutorado em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014.
- BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin e TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. v. I.
- BRASIL. Código Civil (LGL\2002\400), Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm]. Acesso em: 10.10.2016.
- BRASIL. Código de Processo Civil, Lei 13.105 de 2016. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm]. Acesso em: 10.10.2016.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm]. Acesso em: 10.10.2016.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003. t. I.
- BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003. t. II.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Convenções em matéria processual*. *Revista de Processo – RePro*, v. 40, n. 241, p. 489-517. São Paulo: Revista dos Tribunais, mar. 2015.
- CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Negócios processuais sob a perspectiva do juiz*. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (coord.). *Processo em jornadas*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. v. I.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Trad. Hiltomar Margins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000. v. I.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. Paolo Capittanio. Campinas: Bookseller, 1998. v. III.
- CUNHA, Leonardo Carneiro. *Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro*. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (org.). *Negócios processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015.
- DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil: teoria geral*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979. v. I.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. II.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis. Coordenadores gerais: FredieDider Jr., Eduardo Talamini. Salvador: JusPodivm, 2016.
- FACHIN, Luiz Edson. *Novo conceito de ato e negócio jurídico consequências práticas*. Curitiba: Educa e Scientia et Labor, 1988.
- FAIRBANKS, Alexandre de Serpa Pinto; PINTO, Antonio Augusto Abreu de Serpa. Conflitos entre princípios contratuais clássicos e hodiernos sob a ótica da constitucionalização do direito civil. *Revista Jurídica Eletrônica Direito, Sociedade e Desenvolvimento – UFRRJ.ITR*. v. 1, n. 3 (2014). Disponível em:
[[www.ufrrj.br/SEER/index.php?journal="RJEDSD&page=article&op=view&path%5B%5D=1862&path%5B%5D=1636](http://www.ufrrj.br/SEER/index.php?journal=)]. Acesso em: 10.10.2016.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2006.
- FARIA, Marcela Kohlbach de. Negócios jurídicos processuais unilaterais e o parcelamento do débito: uma análise sob o ponto de vista da advocacia privada. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho; SILVA, João Paulo Hecker da; VASCONCELOS, Ronaldo; ORTHMANN, André (coord.). *Processo em jornadas*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FREITAS, José Lebre de. *Introdução do processo civil – Conceito e princípios gerais*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de direito processual civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.