# VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

## PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

**SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS**

**JOANA RITA DE SOUSA COVELO DE ABREU**

**MARCO FILIPE CARVALHO GONÇALVES**

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente –** Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

**Conselho Fiscal:**
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

**Secretarias:**
**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P962

Processo, jurisdição e efetividade da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Joana Rita de Sousa Covelo de Abreu; Marco Filipe Carvalho Gonçalves; Sérgio Henriques Zandona Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-505-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Efetividade. 3. Direitos sociais. 4. Interpretação. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34

---

Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia

CONPEDI

# VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

## PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA I

---

## Apresentação

O VII Encontro Internacional do CONPEDI foi realizado em Braga – Portugal, em parceria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) com a Universidade do Minho, Escola de Direito e Centro de Estudos em Direito da União Europeia, no período de 07 a 08 de setembro de 2017, sob a temática INTERCONSTITUCIONALIDADE: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial – Atualização e Perspectivas.

O Grupo de Trabalho PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA 1 desenvolveu suas atividades na data de 08 de setembro de 2017, no Complexo Pedagógico 2, no Campus da Universidade do Minho, de 09h00min às 13h00min, e contou com a apresentação de sete artigos científicos que, por suas diferentes abordagens e aprofundamentos científico-teórico-práticos, possibilitaram discussões críticas na busca de aprimoramento do renovado sistema comparado Brasil-Portugal de Direito Processual.

Os textos foram organizados em três blocos temáticos, coerentes com a sistemática do respectivo Grupo de Trabalho, podendo-se destacar nas pesquisas:

1 – No texto intitulado “SISTEMATIZAÇÃO, ESTRUTURA E PRINCIPIOLOGIA DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO”, a autora Helena Patrícia Freitas aborda o Código de Processo Civil de 2015, sistematizado para sua integração com as normas fundamentais processuais trazidas pela Constituição do Brasil de 1988. Examina incongruências entre o CPC/2015 e a CR/88 e a crise da efetividade processual, pela não conformação de alguns dispositivos da nova codificação civil com o devido processo constitucional.

2 – Para Ana Lucia Pretto Pereira, em trabalho apresentado sob o título “INTERCONSTITUCIONALIDADE: CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE E CORREÇÃO LEGISLATIVA DE ATOS JUDICIAIS”, analisadas as possibilidades jurídicas de controle judicial de constitucionalidade e também de correção legislativa de atos judiciais, como resposta técnico-jurídica para o problema da correção legislativa de decisões judiciais. Ao final, conclui pela juridicidade da correção legislativa, com as ressalvas jurídicas apresentadas no texto.

3 – O trabalho intitulado “JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E PROCESSO COLETIVO DEMOCRÁTICO-PARTICIPATIVO: UM ESTUDO CRÍTICO-ANALÍTICO DO AMICUS CURIAE”, Fabrício Veiga Costa desenvolve o modelo de processo coletivo representativo apontando limitações a participação dos interessados na construção do mérito nas ações coletivas, pois o legislador define os legitimados à propositura da ação. Aborda que a atual sistemática do amicus curiae não legitima democraticamente a participação dos interessados no debate do mérito processual, reproduzindo o modelo autocrático de processo coletivo centrado na representatividade, pelo que necessária a busca de solução para o problema.

4 - Renata Bolzan Jauris e Luiz Fernando Bellinetti, em trabalho intitulado como “MEDIDAS ESTRUTURANTES DA DECISÃO E CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS”, investigam a possibilidade de utilização das decisões estruturais como técnica de implementação dos direitos complexos e fluidos especialmente na implantação de políticas públicas, e se o direito processual civil brasileiro possibilita a utilização da referida técnica. Finalmente, o texto busca estabelecer as linhas gerais quanto ao controle judicial das políticas públicas, conceituar as medidas estruturantes e avaliar a possibilidade de sua utilização como forma de otimizar a efetivação judicial dos direitos sociais.

5 – Com a temática “NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: UM ESTUDO SOBRE A VIABILIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO NA EVOLUÇÃO DA CIÊNCIA PROCESSUAL E NO MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO NO BRASIL”, Rosalina Moitta Pinto da Costa desenvolve a ciência processual ao longo da história, e a viabilidade de aplicação de instituto no Brasil, diante da sua previsão no CPC/15. Estuda o processo cooperativo, quando analisa a possibilidade de realização de convenções processuais com respaldo nos direitos fundamentais e garantias constitucionais no atual processo civil brasileiro.

6 - Manoela Bitencourt desenvolve seu estudo “O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PROCESSO DO TRABALHO FACE AO REGRAMENTO PREVISTO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA” com a analise das correntes interpretativas existentes na atualidade acerca da aplicação do instituto previsto no CPC/15 ao Direito Processual do Trabalho, observado o contraditório e da ampla defesa. Questiona a aplicabilidade ao processo do trabalho deste instituto, pelo princípio da simplicidade das formas dos atos processuais trabalhistas e o principio da proteção, mas a conclusão é pela aplicabilidade, assegurando às partes o devido processo legal.

7 – Em trabalho intitulado “QUERELA NULLITATIS INSANABILIS COMO INSTRUMENTO DE DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS”, Poliana Cristina Gonçalves e Liliana Maria Gomes visam demonstrar que a Querela Nullitatis Insanabilis subsiste no Direito Processual brasileiro como meio de desconstituição da coisa julgada inconstitucional no âmbito dos juizados especiais cíveis, não se mostrando possível propor ação rescisória para rever uma decisão que se modelou em lei ou ato inconstitucional, embasando seu fundamento no próprio controle de constitucionalidade. O texto ainda aborda o princípio da segurança jurídica, a certeza e estabilidade das relações sociais, e o principio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Como se viu, aos leitores mais qualificados, professores, pesquisadores, discentes da Pós-graduação, bem como aos cidadãos interessados nas referidas temáticas, a pluralidade de relevantes questões e os respectivos desdobramentos suscitam o olhar sobre os avanços e retrocessos do Direito Processual no eixo Brasil-Portugal e a necessidade de se evoluir na discussão sobre a atualização e perspectivas da Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial.

Finalmente, os coordenadores do Grupo de Trabalho – PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA 1, agradecem a colaboração dos autores dos artigos científicos e suas instituições multiregionalizadas, pela valorosa contribuição ao conhecimento científico e ideias para o aprimoramento democrático-constitucionalizado do Direito Comparado Brasil-Portugal.

Braga-Portugal, setembro de 2017.

Professora Doutora Joana Rita de Sousa Covelo de Abreu (UMINHO)

Professor Doutor Marco Filipe Carvalho Gonçalves (UMINHO)

Professor Doutor Sérgio Henriques Zandona Freitas (FUMEC/IMDP)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

# NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: UM ESTUDO SOBRE A VIABILIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO NA EVOLUÇÃO DA CIÊNCIA PROCESSUAL E NO MODELO COOPERATIVO DE PROCESSO NO BRASIL

# LEGAL NEGOTIATION PROCEDURAL: A STUDY ON THE VIABILITY OF THE LEGAL BUSINESS IN THE EVOLUTION OF PROCEDURAL SCIENCE AND IN THE COOPERATIVE PROCESS MODEL IN BRAZIL

**Rosalina Moitta Pinto da Costa** [1]

**Resumo**

O trabalho analisa a possibilidade da existência do negócio jurídico processual em face da evolução da ciência processual ao longo da história, e a viabilidade de sua implementação no Brasil diante da sua previsão no Código de Processo de Civil Brasileiro de 2015. Estuda a eficácia da negociação processual em face do contexto histórico da evolução do direito processual civil, em suas fases metodológicas, desde seus primórdios até o cenário atual do Brasil onde surge o processo cooperativo, quando analisa a possibilidade de realização de convenções processuais com respaldo nos direitos fundamentais e garantias constitucionais no atual processo civil brasileiro

**Palavras-chave:** Negócio jurídico processual, Processo cooperativo, Evolução da ciência processual, Autonomia processual, Juicialização da política

**Abstract/Resumen/Résumé**

The paper analyzes the existence of negotiation procedural in face of the evolution of procedural science throughout history and the feasibility of its implementation in Brazil in view of its prediction in the Brazilian Civil Procedure Code of 2015. It studies the effectiveness of negotiation Procedural, in historical context of the evolution of the civil procedural law, in its methodological stages, from its beginnings to the current scenario of Brazil where comes up cooperative process, analyzing the possibility of realizing procedural agreements with support in the fundamental rights and constitutional process guarantees inherent constitutional process

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Judicial negotiation procedural, Cooperative process, Evolution of procedural science, Procedural autonomy, Judicialization of policy

[1] Doutora em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP, Mestre em Direito Agrário pela UFPA., Especialista em Direito Ambiental pelo NUMA, Especialista em Direito Civil pela ESM-PA

## 1 Introdução

O trabalho visa analisar a possibilidade da existência do negócio jurídico processual em face da evolução da ciência processual ao longo da história e a viabilidade de sua implementação no Brasil em face da sua previsão no Código de Processo de Civil Brasileiro de 2015.

Sendo o processo um ramo do direito público, a influência da autonomia privada das partes processuais no conteúdo e regramento do mesmo, conforme preconiza o negócio jurídico processual, sempre foi afastada pela doutrina, uma vez que, no processo, só há normas cogentes, incompatíveis com a consensualidade ou convencionalidade de uma negociação processual.

Para entender a possibilidade dos negócios jurídicos processuais no sistema brasileiro é preciso compreender como se chegou à fase atual, a evolução por que passou a ciência processual até o advento do processo cooperativo, o qual impõe ao juiz os deveres de diálogo com as partes, a fim de se alcançar a solução adequada e justa ao caso concreto.

A possibilidade de negociação processual passa pela releitura do sistema processual para que se possa ter a percepção da importância da participação que permita o exercício pelo cidadão de sua autonomia pública e privada no processo.

O processo nas grandes ondulações dos acontecimentos culturais foi forçado a formas rígidas, a libertar-se das cadeias e, por vezes, controlado novamente[1]. A autonomia processual levou à necessidade do protagonismo do juiz, este, por sua vez, gerou um hiperprotagonismo, acarretando a judicialização da política, a qual redundou, novamente, na necessidade de criação de um novo paradigma, levando ao surgimento de um novo modelo de processo que visa promover o franco diálogo.

Assim, somente através de uma análise da evolução da ciência processual ao longo da história e repercussões no Brasil é que se poderá ter a correta leitura do negócio jurídico processual e compreender a possibilidade da efetiva participação dos sujeitos no processo nesse momento da história.

## 2 O estudo sobre a possibilidade de negócio jurídico na evolução da ciência processual

[1] "Enquanto durante o curso da história os institutos jurídicos civis (propriedade, posse, fiança, empréstimo etc.) foram no essencial pouco modificados, o processo nas grandes ondulações dos acontecimentos culturais foi forçado a formas rígidas, a libertar-se das cadeias, e por vezes controlado novamente".(TROLLER, 2009, p. 31)

## 2.1 Os primórdios do direito processual

Na fase remota do direito processual romano, o Estado não havia alcançado ainda um estágio de evolução capaz de permitir-lhe impor a sua vontade sobre a das partes litigante. Não havia naquela época uma sentença a ser imposta coercitivamente sobre os contendores, por isso era por meio da *litiscontestatio* que as pessoas convencionavam aceitar a decisão que viesse a ser proferida pelo *index* ou *arbiter* (ALVIM, 1999, p. 147).

A *litiscontestatio* se desenvolvia em duas fases: *in iure* e *apud iudicem.* Na primeira (*in iure*), as partes compareciam em juízo e firmavam um acordo pelo qual se comprometiam a aceitar uma decisão futura; e, na segunda (*apu iudicem*), ocorria o julgamento do litígio nela definido (na *litiscontentatio*).

O processo era visto como um contrato, pois se apresentava como um pacto em que os litigantes voluntariamente se submetiam à autoridade do árbitro, por eles escolhido (COLUCCI; ALMEIDA, 1999, p.123).

Não se tratava nesse momento de uma convenção processual, mas de um contrato de direito privado porque as partes não eram obrigadas a comparecer em juízo, se fossem, porém, estariam elas subordinadas a qualquer decisão tomada pelo árbitro. "Instaurava-se o processo pela *litiscontestatio* (convenção das partes perante o juiz para acatar a decisão proferida), e o juiz era o árbitro judicial e facultativo e não o órgão jurisdicional monopolizador da jurisdição" (LEAL, 2008, p.77 – 78).

Mesmo na fase sucessiva, doutrinariamente denominada como quase-contrato, defendida pelo Savigny e Guényva, o que havia era um verdadeiro negócio jurídico contratual (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1996, p.281), pois o processo continuava a ser enquadrado na esfera do direito privado[2].

Observa-se que inicialmente os conhecimentos eram meramente empíricos, pois não havia um método, nem princípios ou conceitos próprios no processo civil, razão pela qual se nomina esse período de *sincretismo* ou *praxismo*, quando o processo era visto na sua realidade física como uma sucessão de atos, confundido com o procedimento (DINAMARCO, 2009, p. 254).

Nessa fase, o *processo* era um mero exercício de direitos, a *ação* o exercício do próprio direito, porque a defesa do direito era elemento constitutivo dele próprio, e a

[2] "a parte que ingressava em juízo já consentia que a decisão lhe fosse favorável ou desfavorável, ocorrendo um nexo entre o autor e o juiz, ainda que o réu não aderisse espontaneamente ao debate da lide" (LEAL, 2008, p.78)

*jurisdição* era considerada apenas um modo de tutelar os interesses particulares (MITIDIERO, 2009, p. 31). Obviamente não se questionava a participação das partes no processo porque sequer se entendia que havia uma relação jurídica entre os sujeitos.

Enfim, até meados do século XIX, o processo civil não era um ramo autônomo do direito, sendo considerado um apêndice do direito material. E, como mero capítulo do direito material, não possuía regras próprias; portanto, não se poderia falar em negócio processual, mas tão somente em contrato de direito privado, submetido às regras do direito material.

## 2.2 O liberalismo individualista e o protagonismo das partes

Com a Revolução Francesa de 1789 instaurou-se o liberalismo individualista, contrastando com o direito e com a organização político-jurídica-econômica da antiguidade e Idade Média.

O Estado Liberal, insurgindo-se contra os privilégios decorrentes da estruturação em castas da sociedade política que se consolidara até então, visou limitar a atuação absolutista que dominara a Idade Média, buscando a *afirmação da supremacia do indivíduo e a limitação do poder dos governantes* (DALLARI, 1995, p. 169).

As legislações e sistemas processuais passaram a serem lastreados em princípios técnicos, agora liberais como a igualdade formal dos cidadãos e o princípio dispositivo[3], os poderes do órgão judicial foram significativamente restringidos e, em contrapartida, atribuiu-se às partes amplos poderes para o início e fim do processo, cabendo à exclusiva vontade destas o seu andamento e desenvolvimento.

O distanciamento do Estado na controvérsia levou ao domínio das partes sobre a relação em litígio, tanto pelo seu começo quanto pelo seu conteúdo, onde a tramitação do processo, os prazos e o término das fases procedimentais dependiam do alvedrio dessas (NUNES, 2012, p. 77), gerando o *protagonismo processual das partes*.

O processo então passou a ser uma *coisa de partes*, sendo vedado ao juiz se manifestar de *ofício*, cabendo a elas até mesmo o impulso processual (NUNES, 2012, p. 75-76).

Naquele momento se entendia que o processo permanentemente dominado pelas partes era considerado a melhor garantia contra os abusos do *ofíci* jurisdicional (TROLLER, 2009, p. 51).

[3] Embora o liberalismo preconizasse a igualdade de todos perante a lei, apenas conseguiu uma liberdade meramente formal, pois a concepção de igualdade nesse período pressupunha a inexistência de disparidade entre os indivíduos (NUNES, 2012, p. 74)

Assim, no século XIX, onde preconizada o modelo liberal, o processo era uma instituição voltada à realização de direitos privados e, na ausência de intervenção direta do juiz, cabia à exclusiva vontade destas o seu andamento e desenvolvimento.

Contudo, a limitação da ingerência do Estado foi compensada com rígidas previsões legislativas, redundando em um processo extremamente rigoroso sob o ponto de vista formal[4], chegando Troller a afirmar que "o processo era tão complicado e formalizado que inúmeros litígios foram resolvidos com base em questões formais" (TROLLER, 2009, p. 109).

Esse rigor formal deveria ser estritamente controlado para evitar qualquer ingerência do Estado na esfera privada, uma vez que, "por intermédio da obediência ao procedimento previsto em lei, seria possibilitada às partes a manutenção do protagonismo no processo e, igualmente, o controle da arbitrariedade e da imparcialidade do julgador" (FARIA, 2016, p. 130).

Mas as rígidas previsões legislativas associadas ao domínio do processo pelas partes, sem qualquer intervenção estatal, acabaram por redundar em um sistema degenerado, transformando o processo em um verdadeiro campo de guerra que facilitava a esperteza do mais hábil, pois como a função do Estado ficava limitada à defesa e à manutenção da ordem e da segurança pública, o que havia era um livre jogo de interesses, conforme explica Alvaro de Oliveira:

> "Todo o processo prosseguia circunscrito apenas às exigências de defesa dos direitos dos litigantes, a que paralelamente deveriam corresponder a passividade e a neutralidade do juiz, dando lugar à lentidão e ao abuso. Na ausência de uma intervenção direta e portanto de controle do juiz sobre o desenvolvimento do processo, as partes e seus defensores tornam-se árbitros praticamente absolutos" (ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 66).

Desse modo, embora o processo fosse dominado pelas partes, isso não significava que houvesse possibilidade de uma negociação procedimental porque não havia espaço teórico-pragmático para a defesa de uma possibilidade de derrogação das normas procedimentais por intermédio da negociação processual, pois prevalecia no modelo liberal a "rígida previsão dos atos processuais em vista da exigência de certeza

[4] A técnica de separação dos poderes idealizada por Montesquieu elevou o poder legislativo ao papel de supremo poder, cabendo-lhe a elaboração das leis – fontes supremas do direito - e ao judiciário a subsunção do caso concreto às hipóteses legais, sendo a *boca da lei*.

jurídica e o acolhimento do princípio da abstrata igualdade das partes" (ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 41-43).

Com efeito, a obediência a um processo extremamente rigoroso, para limitar o arbítrio estatal, inviabilizava qualquer a realização de alterações do procedimento previsto em lei pelas partes, ou até mesmo destas em conjunto com o juiz, "revelando-se os ideais do paradigma do modelo liberal de processo totalmente inadequados para a devida compreensão do alcance e da limitação dos negócios processuais em uma perspectiva comparticipativa e dialógica de processo" (FARIA, 2016, p. 130).

Em suma, para conciliar o *protagonismo das partes* no processo e o controle da arbitrariedade e imparcialidade do julgador gerou-se um processo extremamente rigoroso, sob o ponto de vista formal, que impedia qualquer flexibilização no procedimento pelas mesmas; não havendo espaço, portanto, para a negociação processual nessa concepção.

## 2.3 A autonomia processual e o protagonismo judicial

À medida que surgiram novas necessidades sociais, modificaram-se os costumes e começaram a chegar os reflexos nos estudos de direito processual.

A experiência do liberalismo estatal desmentiu a crença na eficiência do trabalho desenvolvido somente pelos participantes no processo, pois relativizava a função do juiz que se contentava passivamente com a versão trazida pelas partes (ALVARO DE OLIVEIRA, 2003, p. 58), o que acabou acarretando uma significativa crise no paradigma jurídico do Estado Liberal com a geração de dificuldades que se mostravam incontornáveis caso não ocorresse uma intervenção estatal.

O crescimento da insatisfação dos cidadãos com o desenvolvimento da sociedade industrial do século XIX provocou uma intervenção do Estado nas relações dos seus jurisdicionados, com o advento de legislações sociais, surgindo uma nova linha doutrinária que colocou o direito como o instrumento de transformação social.

Assim, na passagem do século XIX para XX, com a ênfase emprestada aos fins sociais, alterou-se de modo decisivo o foco de atenção para a importância pública do fenômeno processual que acabou se refletindo nos novos estudos, propugnando-se a renovação do método científico e um enfoque mais afim com a concepção de soberania estatal (ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 73).

O Estado social trouxe uma nova perspectiva teórica que tendeu a enfraquecer o papel das partes e reforçar o poder dos magistrados, passando o juiz a desempenhar

função estatal de importância capital, deixando de ser mero árbitro, e o processo passou a ter uma natureza pública de finalidade institucional porque realizava o direito objetivo por meio da tutela jurisdicional das partes.

É interessante observar que o conceito de acordo ou contrato processual foi tratado aprofundadamente pela primeira vez por Josef kohler (CABRAL, 2016, p. 97), o qual sustentava que a vontade das partes poderia ser orientada negocialmente para produzir efeitos no processo, determinando a conformação de situações jurídicas processuais. Contudo, apesar do prestígio de Kohler, o tema contrato não teve destaque na jurisprudência alemã do século XIX[5] em razão do movimento de socialização processual e da teoria do Oskar Von Bulow**,** que estruturou a autonomia do estudo de direito processual.

Com Oskan Von Bulow o direito processual civil adquiriu autonomia científica. Foi com sua famosa obra sobre as exceções e os pressupostos processuais (BÜLOW, 2003), proclamando a existência de uma relação jurídica entre os sujeitos principais no processo, a qual se diferia da relação de direito material porque apresentava sujeitos, objeto e pressupostos próprios, que o direito processual começou a existir como verdadeira ciência (DINAMARCO, 2009, p. 255).

A concepção de que a relação jurídica processual era pública gerou consequências em todos os institutos de direito processual que passaram a ser interpretados à luz de premissas publicistas, com ênfase na função jurisdicional e nos atos do juiz (CABRAL, 2016, p.105).

O direito de ação que antes era ligado à esfera privada passou a ser exercido como um direito público - o direito público subjetivo autônomo de ir a juízo para obter a tutela jurisdicional, a jurisdição visava a realização do direito estatal (MITIDIERO, 2009, p. 35).

É interessante ressaltar que a busca pela autonomia e a perspectiva puramente técnica do processo fez com o mesmo ficasse destituído de qualquer conotação ética ou deontológica ou de objetivos a serem cumpridos no campo social. Quanto mais

[5] Quando já começara historicamente o declínio do liberalismo foi promulgada a Ordenança Processual Civil alemã de 1877, que se apresenta como emblemática representante da ideologia liberal pós-napoleônica, inspirada nitidamente no *Code de Procédure Civile* francês, introduzindo a oralidade e o princípio da livre convicção do juiz no processo. Não obstante, o processo continuou a ser uma *coisa de partes* em face da posição passiva e neutra do órgão judicial bem como porque a atividade oral somente era aceita quando resultante da ata do processo. (ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 65-68)

precisos ficavam seus conceitos[6], mais o processo se distanciava de suas finalidades essenciais (BEDAQUE, 1995, p. 17). Nesse sentido, diz Mitidiero:

> "O processualismo impôs à ciência processual uma atitude neutra com relação à cultura. Ao fazê-lo, acabou perenizando determinado contexto cultural. Ao isolar o direito da realidade social, congelou a história no momento da realização do seu intento. O direito processual civil, ao seguir o programa pandectísta, encampado logo em seguida pelo método italiano, veio se reproduzir ao longo de boa parte do século XX a realidade social do século XIX" (MITIDIERO, 2010, p. 182).

A escola publicista do processo lastreou-se na premissa de que a relação jurídica processual era pública porque composta pelas partes e o juiz, o que não ocorria com a relação jurídica de direito material subjacente a ela, por isso, também nessa concepção, seria vedado às partes convencionarem porque não poderiam negociar sobre os poderes do Estado-juiz.

Com efeito, Bulow situou as partes como meras colaboradoras, pois o processo era uma relação jurídica lastreada na figura do juiz. E, diante do protagonismo judicial e da publicidade da relação jurídica processual, não havia como as mesmas negociarem porque não poderiam mudar a eficácias das normas cogentes. Como afirma Cabral, a relação jurídica não poderia ter na essência nenhum elemento convencional porque todos os efeitos produzidos no processo o deveriam sê-lo por força da lei e nunca em razão da vontade das partes (CABRAL, 2016, p. 101).

Em suma, a crise no paradigma jurídico do Estado Liberal exigiu uma intervenção estatal, surgindo o Estado social, que trouxe uma nova perspectiva teórica e tendeu a enfraquecer o papel das partes e reforçar o poder dos magistrados. A autonomia processual, preconizando o caráter público do processo gerou o protagonismo judicial; e, sendo o processo uma relação jurídica de direito público, não havia como as partes convencionarem porque não poderiam mudar a eficácia das normas cogentes. Assim, impedidas de negociarem com o Estado-juiz, não havia espaço para acordos processuais, sendo todos os atos processuais eventualmente celebrados entre as partes tidos por inválidos ou ineficazes.

---

[6] Essa fase processualista também conhecida como *autonomista* ou *conceitual* ficou preocupada com a construção de conceitos no direito processual civil porque, nesse momento, era necessária a criação de instrumentos conceituais para o direito processual fosse reconhecido como uma nova ciência.

Mas esse cenário estava prestes a mudar novamente, exigindo novos paradigmas.

## 2.4 O constitucionalismo e o hiperprotagonismo judicial

Foi com o fim da segunda Grande Guerra que se passou a refletir, no Ocidente, sobre a necessidade de se implementar meios mais eficazes de proteção do ser humano contra o Estado. A tragédia de duas grandes guerras mundiais fez com que os povos democráticos passassem a questionar o arbítrio da vontade dos governantes. O homem, então, começou a abandonar o positivismo legalista e a crença na onipotência do legislador estatal, e os direitos humanos passaram à condição de direitos naturais das pessoas, independentemente de positivação expressa, decorrente da soberania popular[7].

Essa mudança de paradigma, alterando o Estado de Direito para o Estado Democrático de Direito, causou a construção de uma nova realidade constitucional onde a tutela dos direitos fundamentais passou a ser vista como a base de qualquer Estado. Os horrores do regime nazifascista provocaram a necessidade de se consagrar direitos inerentes à dignidade humana de maneira firma e duradoura, e os direitos das pessoas foram entendidos acima do Estado, passando a serem vistos como instrumento da democracia. A tutela dos direitos fundamentais deixou de ser objeto de simples declaração e passou a constituir objeto de efetiva implantação por parte do Estado democrático de direito.

De um modo geral afirma-se que a partir da década de 70, o modelo de socialização começou a entrar em crise, surgindo um movimento de acesso à justiça (NUNES, 2012, p. 134).

Assim, desde o pós-segunda guerra, o mundo começou a passar pelo fenômeno da constitucionalização do direito[8], iniciando um novo marco teórico chamado *neoconstitucionalismo*[9], com a mudança de paradigmas como o reconhecimento da força normativa da constituição (HESSE, 1991, p. 54), a expansão da jurisdição

[7] Segundo Acosta Sanchez os direitos fundamentais se converteram em base de legitimidade e validade, junto à soberania popular, dos poderes públicos e do direito, produzindo efeitos irradiantes em todos os terrenos do ordenamento jurídico (SANCHEZ, 1998, p. 177-178)

[8] Sobre neoconstitucionalismo, cf: CARBONELL, 2009, p. 49-58; MITIDIERO, 2009, p. 32-62; BUENO, acesso 2017.

[9] Atribui-se o termo à Susanna Pozzolo (POSSOLO, acesso 2017)

constitucional e o giro linguístico rumo à teoria discursiva do direito (BARROSO, 2009, p. 358).

Mas esse fenômeno evidentemente não aconteceu simultaneamente em todos os países. A Itália e a Alemanha, por exemplo, passaram por essa fase desde o período de pós-segunda guerra, mas o nosso país, tal qual Espanha e Portugal, somente iriam passar por tal fenômeno mais tardiamente **(**BARROSO, 2009, p. 362).

A evolução do constitucionalismo foi decisiva para as mudanças estruturais do estudo e do dimensionamento da ciência processual. Começou-se a perceber que o processo não é algo destituído de conotações éticas e deontológicas, mas tem objetivos metajurídicos, escopos sociais e políticos que transcendem a mera técnica processual.

No Brasil, a evolução do direito processual seguiu rumos para a construção de novos escopos da jurisdição *ratificando e potencializando o publicismo* que foi se espalhando em todos os institutos processuais reforçando suas premissas, o que impossibilitou ainda mais a concepção de acordos processuais.

Na segunda metade da década de oitenta e na década de noventa, após a promulgação da Constituição de 1988, como ressonância do movimento de acesso à justiça começaram a ser delineadas reformas no processo civil para a introdução de novos institutos como a antecipação da tutela e modelos procedimentais diferenciados (juizados especiais), entre outras alterações que buscavam a celeridade processual e o cumprimento do princípio da eficiência mediante o reforço de poderes judiciais (NUNES, 2012, p. 140).

No plano doutrinário, essa nova onda se iniciou com Cândido Dinamarco, em obra clássica intitulada "A Instrumentalidade do Processo", publicada em 1987, pela qual o autor propôs uma perspectiva *instrumentalista* do processo, superando a visão meramente técnica do direito processual civil, que não poderia mais ser estudado apenas pelo seu ângulo interno.

Com efeito, esse foi seu grande mérito: a superação da perspectiva meramente técnica do direito processual civil. Segundo o referido autor, a instrumentalidade não poderia ser um fim em si mesma e sim um meio para alcançar objetivos metajurídicos. que seriam de três ordens: social (pacificação com justiça); político (liberdade, participação, afirmação da autoridade do Estado e do seu ordenamento); e, jurídico (atuação da vontade concreta do direito).

A fase instrumentalista ou teleológica do processo teve por indispensável definir os objetivos com os quais o estado exercia a jurisdição, como premissa

necessária ao estabelecimento de técnicas adequadas e convenientes (DINAMARCO, 2009, p.256).

Segundo Cândido Dinamarco, quando o Estado evita condutas desagregadoras, estimulando as agregadoras e distribuindo os bens entre as pessoas cria um clima favorável de paz entre os homens. É o escopo *social* do processo (DINAMARCO, 1994, p. 160). O exercício eficiente da jurisdição também tem a função de *educação*, conscientizando os membros desta para os direitos e obrigações. Além disso, o sistema processual tem um grande comprometimento com a *política*, pois afirma sua autoridade, e concretiza o culto ao valor da *liberdade*, fazendo observar os contornos do poder e assim assegurar a participação dos cidadãos nos destinos da sociedade política (DINAMARCO, 1994, p. 168). Somente abaixo dos objetivos sociais e políticos vem o escopo jurídico, a tutela do direito objetivo, restaurando lesões ou ameaças de violações aos direitos garantidos pela ordem jurídica.

Adotando a teoria dualista do ordenamento jurídico (DINAMARCO, 1994, p. 189), afirma que a atividade declaratória é exercício de sua função reveladora, pois o juiz declara a existência de direitos imunizando futuros questionamentos, pois "é ilusória a tese de que os direito só são efetivos ou afirmados por via do processo" (DINAMARCO, 1994, p. 194). Para o exercício dessa atividade o juiz deve se sujeitar a lei, sendo que essa sujeição é impeditiva da livre invenção jurídica, pois o governo das leis é inerente dos sistemas jurídicos em que vivemos e "imperativo axiológico de segurança jurídica" (DINAMARCO, 1994, p. 199).

A jurisdição visa a realização objetivos almejados pelo próprio Estado, situando-se no centro do sistema processual e, sendo o processo um meio para alcançar a paz social, o juiz é o responsável pela condução processual, visando, sempre, atingir o interesse coletivo tutelado pelo processo.

Há de se considerar que o Brasil vivia um contexto de redemocratização pós-ditatura militar, sendo o processo um instrumento político de participação dos cidadãos. A teoria instrumentalista serviu para o fortalecimento do judiciário nesse contexto histórico, pois a tutela de direitos somente poderia ser prestada pelo exercício do poder jurisdicional que o Estado reservou exclusivamente para si. Para Cândido Dinamarco, o sistema processual funcionava como mero instrumento do Estado para a consecução dos escopos metajurídicos (sociais, políticos e econômicos) mediante a intervenção do juiz, pois o processo serviria para legitimar seus entendimentos (DINAMARCO, 1994, p. 138-139).

O publicismo colocou o juiz como a figura central do processo, o que provocou o aumento dos poderes do juiz, levando a um *hiperprotagonismo judicial*, pois, como o magistrado deveria perseguir os interesses do Estado, poderia fazê-lo independentemente da vontade das partes, cuja interferência no processo seria mínima.

A concepção publicista de processo se resume na participação e prevalência do papel do juiz no processo, o que impede a real democratização do mesmo, que pressupõe uma interdependência entre os sujeitos processuais, uma corresponsabilidade entre eles e especialmente um policentrismo processual[10].

Enfim, com o fim da segunda Grande Guerra o mundo passa a refletir sobre a necessidade de implementar meios mais eficazes de proteção do ser humano contra o Estado, o que faz com que os povos democráticos passem a questionar o arbítrio da vontade dos governantes, provocando uma mudança de paradigma e iniciando-se um novo marco teórico chamado *neoconstitucionalismo*, o qual é decisivo para as mudanças estruturais do estudo e do dimensionamento da ciência processual.

No Brasil, a evolução do direito processual *ratifica e potencializa o publicismo*, tendo como base doutrinária a obra de Cândido Dinamarco que propõe uma perspectiva *instrumentalista* do processo, segundo a qual o sistema processual funciona como instrumento do Estado para a consecução dos escopos por ele traçados, com a predominância do papel dos juízes. No contexto de redemocratização pós-ditatura militar, que passávamos na época, a teoria instrumentalista fortalece o judiciário e enfatiza o hiperprotagonismo judicial, inviabilizando, ainda mais, as convenções processuais.

## 2.5 A judicialização da política e o processo cooperativo

O incremento do protagonismo judicial, em meio à derrocada dos ideais dos Estados sociais e a deficiência dos mesmos em realizar suas atividades essenciais, levou a um novo delineamento no papel do Judiciário, implementando a chamada *judicialização da política*, expressão cunhada por Neal Tate e T. Vallinder (TATE,

[10] "ocorre que o modelo reformista brasileiro foi sendo acometido com o passar dos anos, de uma patologia ainda mais grave do que a decorrente do esfacelamento do papel das partes, advogados e demais partícipes do sistema processual: foi sendo esvaziado o papel do processo como instituição garantidora de implementação de direitos fundamentais" (NUNES, 2012, p. 152)

VALLINDER, 1995, p. 13), que constitui a tendência de transferir o poder decisório do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário[11].

A importância do judiciário em nosso tempo é uma constatação inegável que surge pela incapacidade das instituições estatais darem provimento às demandas sociais associadas à busca dessas perante o Estado-juiz.

Quando o Estado não é capaz de suprir o *déficit* social as esperanças se voltam para a justiça, buscando-se nela a consagração daquela ação política que ficou esquecida, e quanto maior o descrédito nas instituições políticas, mais aumenta o apelo ao Judiciário. Por isso, com razão, afirma Garapon, "é na evolução do imaginário democrático que se devem buscar as raízes profundas da ascensão do juiz" (GARAPON, 2001, p. 47-48).

No Brasil, o ativismo judicial é uma realidade. Diante de um legislativo e um executivo enfraquecidos o juiz é chamado a socorrer, atribuindo-se ao Judiciário o papel de um superpoder quase constituinte que se apresenta como a única forma de garantir a democracia. É "o último recurso", o "refúgio dos cidadãos" em face do enfraquecimento do Estado.

A atuação dos juízes ganha enorme importância, que passam a ser chamados para a resolução de questões dos mais variados setores da sociedade. Mas esse protagonismo acabou gerando desvios. Quando se deu ao juiz a capacidade de proferir decisões que repute a mais justa de acordo com sua convicção ou preferência segundo seus valores, desprezando possíveis contribuições das partes e advogados, gerou-se atitudes solipsistas, segundo a vontade única do intérprete, com decisões algumas vezes arbitrárias[12].

Para tentar combater os desvios do excesso de protagonismo judicial houve a necessidade de se buscar novos paradigmas.

O juiz é autoridade, e essa sua função não pode ser desconsiderada. A prevalência do juiz no processo deve ser valorizada, mas sua autoridade não legitima em um Estado democrático de direito a imposição de seus pensamentos e convicções subjetivas, mas, "mediante balizas processuais constitucionais (princípios

---

[11] Sobre a teoria da *Judicialização da política*, pela qual o Judiciário passaria a exercer um poder de veto frente aos poderes executivo e legislativo, participando das decisões políticas tomadas, seja de modo criterioso ou arbitário, conferir: CASTRO, 1996 e COMPARATO, 1986, p. 22.

[12] "É preciso ter presente que a formação do caráter hermenêutico do direito e a centralidade que assume a jurisdição nesta quadra da história, na medida em que o legislativo (a lei) não pode antever todas as hipóteses de aplicação, não significa uma queda na irracionalidade e nem uma delegação em favor de decisionismos" (STRECK, 2006);

constitucionais), uma participação constante e efetiva dos sujeitos de direito, que a estes permite uma colaboração na formação dos provimentos (lei, decisões judiciais, atos administrativos) dos quais sofrerão os efeitos" (NUNES, 2012, p. 197).

No plano processual surge um novo modelo de processo ciente de que somente em um espaço discursivo de formação de decisões é que se pode estar de acordo com os direitos fundamentais e com o princípio da soberania do povo. Diz Dirley Nunes:

> "A implementação dinâmica dos princípios fundamentais do processo mediante a estruturação técnica adequada permitirá uma democratização do processo sem preocupações com o esvaziamento do papel direto do juiz e do papel contributivo das partes na formação das decisões" (NUNES, 2012, p. 197).

Com efeito, uma postura argumentativa das partes no processo judicial não esvazia o papel do juiz, mas permite que o mesmo seja um espaço discursivo comparticipativo de formação de decisões.

O *processo cooperativo*, que então surge, é expresso na máxima da cooperação e importa na necessária *visão cooperativa de processo* que deve ser seguida pelos três participantes: autor, juiz e réu (ALVARO DE OLIVEIRA, 2003, p. 62).

Na perspectiva democrática, o novo modelo normativo é uma estrutura de legitimação e formação dos provimentos, balizada por princípios processuais constitucionais dinâmicos, que permitem um controle formal e material das decisões mediante o fluxo discursivo de todos os participantes.

A democracia participativa, exigindo uma participação mais ativa dos cidadãos revela-se no processo pelo *princípio do contraditório*, como expressão de processo justo que permite o diálogo judicial e a cooperação, fazendo com que a sentença seja o produto do trabalho conjunto de todos os sujeitos do processo.

A ideia de cooperação, que traz o novo processo, implica no restabelecimento do caráter isonômico do processo, com o fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, e um juiz ativo, colocado no centro da controvérsia, com uma visão não autoritária e mais contemporânea quanto à divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes (ALVARO DE OLIVEIRA, 2003, p. 62).

Agora, o exercício da jurisdição se dá, não pela autoridade ou imposição da decisão pelo juiz, mas pela comunicação entre o órgão judicial com os demais atores do processo e pelo equilíbrio dos poderes do juiz em relação aos poderes das partes e seus representantes (ALVARO DE OLIVEIRA, 2003, p. 62).

A colaboração entre os sujeitos processuais deve ser vivificada por permanente diálogo entre os sujeitos processuais, com a comunicação de ideias subministradas por cada um deles: juízo históricos e valorizações jurídicas capazes de ser empregados convenientemente na decisão (ALVARO DE OLIVEIRA, 2003, p. 66).

O método dialético do processo cooperativo amplia a análise permitindo a formação de um juízo mais aberto e ponderado e assim, o tratamento das partes como simples objeto de pronunciamento judicial, garantindo o direito de atuar de modo crítico e construtivo sobre o andamento do processo e *seu resultado vai ao encontro da negociação processual.* A faculdade concedida aos litigantes de pronunciar-se e intervir ativamente no processo é *ambiente propício à convenção entre as partes*.

No novo modelo normativo, o princípio *iura novit curia* não só impõe ao juiz conhecer o direito e investiga-lo de ofício, caso não o conheça, mas, principalmente, informa que o magistrado não está vinculado ao pedido ou às alegações das partes a respeito. As partes não podem impor ao juiz a existência de determinada norma jurídica, a investigação de seu conteúdo nem a subsunção dos fatos introduzidos no processo, porque o juiz deve se ater à realidade da ordem jurídica, ele deve extrair do material fático constante do processo as conclusões jurídicas. Mas essa liberdade desfrutada pelo órgão julgador não impede que as partes cooperem para que o juiz exerça seu *mister*, porque nesse modelo de processo a investigação não é atividade exclusiva do órgão judicial. O brocardo *iura novit* curia não dispensa a prévia ouvida das partes sobre os novos rumos a serem imprimidos ao litígio.

Os litigantes não podem ser surpreendidos por decisão que se apoie em uma visão jurídica não percebida por eles. O tribunal deve dar conhecimento prévio de qual direção o direito subjetivo corre perigo, aproveitando apenas os fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição. As partes defendem o seu direito e influenciam na decisão judicial.

No novo modelo de processo, a colaboração das partes com o juízo não se cinge a investigar a norma aplicável ao caso concreto, mas visa fundamentalmente estabelecer o seu conteúdo e alcance, pois sua atuação não se dá apenas para a defesa de seus direitos mas sobretudo para a influência na decisão judicial. Logo, o negócio jurídico processual, nesse cenário, é um dos institutos que irá permitir a concretude desse novo processo processual.

Em suma, o incremento do protagonismo judicial levou à *judicialização da política*, que acabou gerando desvios, com atitudes solipsistas e decisões algumas vezes arbitrárias, provocando a necessidade de nova mudança de paradigma.

No plano processual, surge o processo cooperativo que, ciente da prevalência do juiz no processo, entende que somente em um espaço discursivo de formação de decisões é que se pode estar de acordo com os direitos fundamentais e com o princípio da soberania do povo, permitindo que o processo seja um espaço discursivo comparticipativo de formação de decisões.

No que tange à negociação processual, essa mudança de perspectiva oportuniza uma reanálise do papel dos sujeitos processuais, permitindo uma ampla problematização das partes e juiz do processo e, dessa forma, abrindo espaço para as convenções processais em perspectiva democrática, com respaldo teórico suficiente para sua implementação com fulcro no policentrismo processual.

## 3 O negócio jurídico processual e o processo cooperativo

O negócio jurídico processual é o ato jurídico voluntário pelo qual as partes, no processo ou fora dele, mas sempre nele visando produzir efeitos, podem determinar o conteúdo e o efeito de situações jurídicas processuais, ou mesmo alterar o seu procedimento.

A realização da convenção negocial visa individualizar o procedimento em razão do objeto do litígio e otimizar o processo, eliminando etapas despiciendas do andamento processual e, assim, obtendo uma decisão em tempo razoável para um procedimento adaptado para o caso concreto.

Várias são as definições doutrinárias nesse sentido.

Didier e Nogueira afirmam que negócio processual é o ato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher na categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações processuais (DIDIER, NOGUEIRA, 2013, p. 59).

Leonardo Greco, por sua vez, define as convenções processuais como atos de disposição das partes que subtraem questões processuais da apreciação judicial ou que condicionam o conteúdo de decisões posteriores, podendo, tais atos, serem praticados no processo ou fora dele, mas para nele produzir efeitos (GRECO, 2007, p. 08).

Para Paula Sarno Braga, serão negócios processuais quando existir um poder de determinação e regramento da categoria jurídica e de seus resultados (com limites variados) (BRAGA, 2007, p. 312).

Antônio Cabral entende que convenção (ou acordo) processual é o negócio jurídico plurilateral pelo qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento (BRAGA, 2007, p. 217, 255).

Com se vê, o *que determina o negócio jurídico processual é a influência da autonomia privada dos sujeitos processuais no conteúdo e regramento do processo*.

Contudo, sendo o processo um ramo de direito público, tradicionalmente a doutrina brasileira não entende possível a existência de negócios jurídicos processuais, uma vez que as normas cogentes, inerentes a esse ramo do direito, são incompatíveis com a consensualidade ou convencionalidade de uma negociação processual.

Cândido Dinamarco afirma que não é possível a existência dos negócios jurídicos processuais porque os efeitos dos atos processuais resultam sempre da lei, e não da vontade. Logo, nem as partes têm o poder de autorregulação, uma vez que estes são impostos pela lei; nem mesmo o juiz, porque este não pratica atos no processo com fundamento na autonomia da vontade, mas no poder estatal que é investido (DINAMARCO, 2009, p. 484).

Calmon de Passos admite a existência de negócios jurídicos processuais apenas se houver intermediação judicial, porque as declarações negociais das partes, para produzirem efeitos no processo, precisam da intermediação do juiz: a desistência do recurso ou o acordo para a suspensão do processo seriam, por exemplo, negócios jurídicos apenas pela relevância que, em tais circunstâncias, seria dada à vontade das partes em produzir o resultado; contudo, sem o pronunciamento integrativo do juiz, não produzem efeitos (PASSOS, 2002, p. 69-70).

Os argumentos utilizados pela doutrina para afirmar a inexistência de negócios jurídicos processuais são: ou porque os *atos de vontade* praticados pela parte produzem no processo apenas os *efeitos ditados pela lei* (CÂMARA, 2014, p. 276) , ou pelo fato de que todos os efeitos possíveis da ocorrência dos praticados pelos sujeitos do processo *já estão normados pela legislação* (MITIDIERO, 2005, p. 13).

De um modo geral, pode-se dizer que as opiniões contrárias à existência dos negócios jurídicos partem do pressuposto de que os efeitos dos negócios jurídicos

decorrem exclusivamente da vontade das partes, o que é incompatível com o processo judicial em que os efeitos decorrem da lei.

Como vimos, tal posicionamento se deve ao modelo publicista que foi adotado em nosso país, o qual, repelindo a importância da atividade das partes, levou à conclusão da impossibilidade de negócios jurídicos processuais. É que referido modelo, fulcrado no *protagonismo do juiz*, negava expressamente a possibilidade de convenções pelos sujeitos do processo.

Contudo, com a constitucionalização do direito e o fortalecimento da imagem do Estado Democrático de Direito, exigindo a participação dos sujeitos nas decisões a que estão submetidos, surge um novo paradigma que passa a defender a comparticipação das partes na construção da decisão que deva solucionar os casos submetidos à tutela jurisidicional.

O emprego de princípios, conceitos jurídicos indeterminados e juízos de equidade, em detrimento de uma visão puramente formalista do direito, acabou refletindo no processo, que recuperou o diálogo judicial na formação do juízo, frutificando na cooperação das partes com o órgão judicial. "O colóquio assim estimulado substitui com vantagem a oposição e o confronto, dando azo ao concurso das atividades dos sujeitos processuais, com ampla colaboração tanto da pesquisa dos fatos quanto na valorização da causa" (ALVARO DE OLIVEIRA, 2003, p. 58-60).

A efetiva participação dos sujeitos em todos os atos que lhe digam respeito provocou a reconstrução do princípio do contraditório, exigindo-se que o processo seja estruturado de forma dialética. Desenvolve-se o *princípio da cooperação*, que impõe ao juiz o dever de diálogo com as partes, surgindo o processo como "comunidade de trabalho", que visa promover o franco diálogo, a fim de se alcançar a solução adequada e justa ao caso concreto (MITIDIERO, 2009, p. 101-103).

Fala-se não apenas de princípio cooperativo, mas em um modelo cooperativo de processo, onde o juiz mantém os seus poderes, contudo é preciso atender aos deveres de cooperação, esclarecendo, prevenindo, auxiliando e consultando as partes (CUNHA, 2015, p .46).

Conforme afirma Alvaro de Oliveira, o processo cooperativo:

> "vincula-se ao próprio respeito à dignidade humana e aos valores intrínsecos da democracia, adquirindo sua melhor expressão e referencial, no âmbito processual, no princípio do contraditório, compreendido de maneira renovada, e cuja efetividade não significa apenas debate das questões entre as partes, mas

> concreto exercício do direito de defesa para fins de formação do convencimento do juiz, atuando, assim como anteparo à lacunosidade ou insuficiência da sua cognição" (ALVARO DE OLIVEIRA, 2003, p. 75).

Evidencia-se, desse modo, a existência de respaldo jurídico para a implementação do negócios jurídicos processuais no paradigma do estado democrático de direito. A ideia de cooperação e recíprocas influências entre as partes e o juiz viabilizam a flexibilização do procedimento.

A maior participação das partes  e um maior diálogo entre eles e o juiz são o cenário propício  à negociação processual. Há no Código de Processo Civil de 2015 uma valorização do consenso e uma preocupação com a resolução de conflitos, justificando o princípio do autorregramento da vontade da vontade no processo (DIDIER, 2015, P. 19-22), sendo estruturado para que resolução do conflito seja adequada a cada caso, admitindo acordos no processo (art. 190 do CPC).

Portanto, a consagração do princípio da cooperação (art. 6º), valorizando a autonomia da vontade no processo e a previsão de uma cláusula geral de negociação, processual legitimam o negócio jurídico processual.

Há de se ressaltar, conforme lembra Faria (FARIA, 2016, p. 218), que tal flexibilização procedimental oriunda da negociação processual encontra limitação no modelo constitucional de processo, resguardando em cada ato processual da nova estrutura procedimental criada pelos sujeitos processuais o conteúdo dos princípios e garantias fundamentais insculpidos na Constituição, sem os quais não há legitimidade democrática do exercício da função jurisdicional, e, por conseguinte, validade do processo.

Em suma, o negócio jurídico processual encontra respaldo no novo modelo de processo que, viabilizando o diálogo e a condução do processo entre os sujeitos que nela integram, permite uma flexibilização procedimental. O modelo admite que as partes celebrem negócio processual para adequar a estrutura do procedimento ao caso concreto, desde que, por óbvio, sejam resguardados o conteúdo eficacial dos direitos fundamentais e as garantias constitucionais inerentes ao modelo constitucional de processo.

## 4 Conclusão

Sendo o processo um ramo do direito público, o negócio jurídico processual sempre foi afastado pela doutrina, pois a autonomia privada das partes é incompatível com as normas cogentes inerentes ao processo.

Para entender a possibilidade dos negócios jurídicos processuais no sistema processual brasileiro é preciso compreender a evolução da ciência processual até o advento do processo cooperativo em nosso país.

Nos primórdios, o processo civil era um mero apêndice do direito material, por isso, não se poderia falar em negócio processual, pois o que havia era um mero contrato de direito privado, submetido às regras do direito material.

Na evolução histórica, o protagonismo das partes, advindo com o liberalismo, tampouco significou a possibilidade de convenção processual, uma vez que foi gerado um processo extremamente rigoroso sob o ponto de vista formal, que impedia qualquer flexibilização no procedimento pelas partes.

O momento histórico a seguir que redundou na autonomia processual, igualmente, impediu qualquer elemento convencional, eis que o processo nesse período passou a ser uma relação jurídica lastreada na figura do juiz, levando ao protagonismo judicial que acabou gerando no Brasil um hiperprotagonismo do juiz, em face de um contexto de redemocratização pós-ditadura militar, o que inviabilizou, mais uma vez, qualquer negociação das partes com o magistrado.

O referido hiperprotagonismo, por seu turno, ocasionou a *judicialização da política* que acarretou desvios, provocando a necessidade de nova mudança de paradigma, fazendo surgir no Brasil, o processo cooperativo, o qual, ciente da prevalência do juiz, consolidou o entendimento de que somente em um espaço discursivo de formação de decisões é que se pode estar de acordo com os direitos fundamentais e com o princípio da soberania do povo.

Nesse cenário, a nova perspectiva oportuniza uma reanálise do papel dos sujeitos processuais, viabilizando o diálogo e a condução do processo entre os sujeitos que nela integram e, dessa forma, abrindo espaço para as convenções processais em perspectiva democrática, com respaldo teórico suficiente para sua implementação com fulcro no policentrismo processual.

Portanto, o negócio jurídico processual, rechaçado pela doutrina até o momento atual, finalmente encontra respaldo no processo cooperativo, o qual, entendendo o processo como uma comunidade de trabalho, admite que as partes celebrem negócio processual para adequarem a estrutura do procedimento ao caso concreto, desde que,

por óbvio, sejam resguardados o conteúdo eficacial dos direitos fundamentais e as garantias constitucionais inerentes ao modelo constitucional de processo.

**5 Bibiografia**


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

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. In: **Revista da Ajuris.** Porto Alegre, ano 30, junho 2003, n. 90, pp. 55-84;

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Elementos de teoria geral do processo**. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999;

BARROSO, Luis Alberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009;

BARROSO, Luis Alberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 9 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009;

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo – influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 1995;

BRAGA, Paula Sarno. Primeiras reflexões sobre uma teoria do fato jurídico processual: plano de existência. In: **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, junho 2007, n. 148;

BUENO, Cassio Scarpinela. **O modelo constitucional do direito processual civil": um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações**. Disponível em http//www.scarpinlellabueno.com.br/, acesso 18 de abril de 2017;

BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN Editora, 2003;

CABRAL, Antônio do Passo. A Resolução n. 118 do Conselho Nacional do Ministério Pública e as Convenções Processuais. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015;

CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016;

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, **v. 1**. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2014;

CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucinalismo**. Madrid: Editorial Trotta, 2009;

CASTRO, Marcos Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais - v. 12**. São Paulo, n. 34, junho de 1996;

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 12º ed., São Paulo: Malheiros, 1996;

COLUCCI Maria da Glória Lins da Silva; ALMEIDA, José Maurício Pinto**. Lições de Teoria Geral do Processo**. 4º ed, Curitiba: Juruá, 1999;

COMPARATO, Fábio Konder. Novas funções judiciais do Estado moderno. In: **Revista dos Tribunais**. São Paulo: RT, p. 22, 1986, n. 614,;

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015;

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1995;

DIDIER, Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2 ed. Salvador: JusPodvim, 2013;

DIDIER, JR. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coords.). **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 19-22.

DINAMARCO, Cândido. **Instituições de direito processual civil - v. 2.** 6 ed, São Paulo: Malheiros, 2009;

DINAMARCO, Cândido. Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 4 ed., São Paulo: Malheiros, 1994;

FARIA, Guilherme Hemrique Faria. **Negócios processuais no modelo constitucional de processo**. Salvador: JusPodivm, 2016;

GARAPON, Antonie. **O juiz e a democracia**. Rio de Jnaeiro: Revan, 2001;

GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões In: **Revista Eletrônica de direito processual,** outubro/dezembro de 2007;

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Safe, 1991;

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo**. 6 ed., São Paulo: Thomson Iob, 2005;

MIDIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. In: **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, maio de 2010, v. 183;

MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de processo civil**. São Paulo: memória jurídica, 2005;

NUNES, Dirle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise das reformas processuais**. Curutiba: Juruá, 2012;[1] (NUNES, 2012, p. 74)

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

POSSOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo y especificidade de la interpretación constitucional**. Disponível em : http;//bib.cervantesvirtual.com/servlet/sirveObras/caderno21/vol.II. Acesso 10 de abril de 2017;

SANCHEZ, José Acosta, **Formación de La Constitución y Jurisdición Constitucional: Fundamentos de La Democracia Constitucional**. Espanha: Tecnos, 1998;

STRECK, Lenio Luiz. **Crise de paradigmas: devemos importar, sim, com o que a doutrina diz**. 05 jan. 2006. Disponível em:. http://www.conjur.com.br/2006-jan-05/devemos_importar_sim_doutrina**.** Acesso em 17 de abril de 2011;

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. **The global expansion of judicial power: the Judicialization of politics**. New York: New York University Press, 1995;

TROLLER, Alois. **Dos fundamentos do formalismo processual civil**. Tradução Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2009;