

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

EVANDRO IBANEZ DICATI

NEGÓCIOS PROCESSUAIS E A CONSTITUIÇÃO

MARÍLIA
2017

EVANDRO IBANEZ DICATI

NEGÓCIOS PROCESSUAIS E A CONSTITUIÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Prof. Dr. Artur César de Souza.

MARÍLIA
2017

Dicati, Evandro Ibanez

Negócios processuais e a constituição / Evandro Ibanez Dicati
- Marília: UNIMAR, 2017.
112f.

Dissertação (Mestrado em Direito - Empreendimentos
Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social) – Universidade
de Marília, Marília, 2017.

Orientação: Prof. Dr. Artur César de Souza

1. Contrato 2. Jurisdição 3. Liberdade 4. Processo I. Dicati,
Evandro Ibanez

CDD – 342.144

EVANDRO IBANEZ DICATI

NEGÓCIOS PROCESSUAIS E A CONSTITUIÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, sob a orientação do Prof. Dr. Artur César de Souza.

Aprovado pela Banca Examinadora em ____/____/____.

Prof. Dr. Artur César de Souza
Orientador

Prof.(a) Dr.(a) Walkiria Martinez Heinrich Ferrer

Prof.(a) Dr.(a) Tiago Cappi Janini

Dedico este trabalho à minha esposa e aos meus pais pela força e confiança que me deram para enfrentar esta jornada. Dedico especialmente ao bebê Enzo, tão amado e esperado, um anjinho no céu protegendo e abençoando a mamãe e o papai.

NEGÓCIOS PROCESSUAIS E A CONSTITUIÇÃO

RESUMO: O estudo verifica uma nova sistemática implementada no Código de Processo Civil pátrio em vigor estabelecendo a possibilidade de que o procedimento da tutela jurisdicional possa ser objeto de negociação. Discorre, neste aspecto, os métodos de solução de conflitos em sua concepção histórica, bem como, na atualidade, através do sistema disponibilizado pelo Poder Judiciário e órgãos fora do Estado com competência legal para promover esta solução de conflitos. Faz referência ao marco histórico de surgimento dos contratos como principal mecanismo de transferência de riquezas, fortalecimento e consolidação do sistema capitalista. Enfatiza que a plena liberdade contratual sem intervenção Estatal acarretou uma verdadeira crise no sistema contratual, sendo que, somente com a constitucionalização da teoria geral dos contratos, com aplicação dos direitos fundamentais, pode-se permear a reconstrução do modelo. Destaca-se o estabelecimento no sistema processual atual de uma nova ideia de atuação do Poder Judiciário na prestação da tutela jurisdicional, onde, a princípio, a liberdade das partes prepondera sobre a atuação e protagonismo do juiz. Constata-se, por isso, a existência de dois modelos de prestação de tutela que devem ser delineados, sendo eles, a preponderância da vontade das partes (autorregramento da vontade) baseada estritamente na liberdade, ou, a preponderância de um interesse público que permite ao juiz conduzir o processo como lhe convir, baseado numa prestação de tutela jurisdicional justa com normas procedimentais cogentes que independe da plena efetivação da vontade das partes. Com base em tais premissas objetiva-se analisar se o autorregramento da vontade tem possibilidade efetiva e irrestrita de aplicação no processo civil em vigor, portanto, os negócios processuais são ilimitados, ou se persiste algum tipo de limitação normativa. Para tanto, parte-se da premissa de que o Código de Processo Civil estabelece uma norma geral autorizando qualquer tipo de acordo a respeito dos atos processuais a serem realizados no processo, permitindo, todavia, ao juiz efetuar controles específicos. Tratando-se de controle judicial e não legal, o estudo apura se existem limites para esta autonomia da vontade (plena liberdade). Verifica-se ainda a questão relativa à vontade das partes em contraponto ao protagonismo do juiz no trâmite do processo na busca da prestação da tutela jurisdicional justa. Cabe ponderação da jurisdição e sua concepção moderna constitucional; o histórico da autonomia da vontade no direito privado e os casos de intervenção estatal; indicação dos limites legalmente previstos de negociação das partes a respeito do procedimento judicial. O estudo é baseado em análise doutrinária e fundamentada essencialmente no sistema constitucional e outras normas legislativas, concluindo que os limites para construção desta cláusula geral de negociação processual devem ser estabelecidos de acordo com as bases da Constituição Federal, seja em sua aplicação na teoria geral dos contratos ou na prestação da tutela jurisdicional.

Palavras-chave: Contrato. Liberdade. Processo.

PROCEDURAL CONTRACTS AND THE CONSTITUTION

ABSTRACT: The study analyzes a new system implemented in the Code of Civil Procedure in force establishing the possibility that the procedure of judicial protection can be subject to negotiation. It analyzes, in this regard, the methods of conflict resolution, in its historical conception, as well as, at present, through the system made available by the Judiciary and organs outside the State with legal competence to promote this conflict resolution. It refers to the historical framework of the emergence of contracts as the main mechanism for transferring wealth, strengthening and consolidating the capitalist system. Emphasizes that full contractual freedom without State intervention has brought about a real crisis in the contractual system, and it is only through the constitutionalization of the general contractual theory, with the application of fundamental rights, that the reconstruction of the model can be permeated. It is worth noting the establishment in the current procedural system of a new idea of the Judiciary's role in providing judicial protection, where, at first, the parties' freedom prevails over the judge's role. Therefore, there are two models of guardianship that must be delineated, being the preponderance of the will of the parties (self-will of the will) based strictly on freedom, or, the preponderance of a public interest that allows To the court to conduct the proceedings as it sees fit, based on a provision of fair judicial protection with mandatory procedural rules that is independent of the full realization of the will of the parties. Based on such premises the objective is to analyze whether the self-will of the will has an effective and unrestricted possibility of application in the civil process in force. Therefore, it is based on the premise that the Code of Civil Procedure establishes a general rule authorizing any type of agreement regarding the procedural acts to be carried out in the process, allowing, however, the judge to carry out specific controls. In the case of judicial and non-legal control, the study checks whether there are limits to this autonomy of the will (full freedom). There is also the question of the will of the parties against the role of the judge in the process of seeking the provision of fair judicial protection. It analyzes the jurisdiction and its modern constitutional conception; the history of the autonomy of the will in the private law and the cases of state intervention; Indication of the legally established limits of negotiation of the parties regarding the judicial procedure. The study is based on doctrinal analysis and is based essentially on the constitutional system and other legislative norms, concluding that the limits for the construction of this general clause of procedural negotiation must be established according to the bases of the Federal Constitution, whether in its application in the general theory of Contracts or in the provision of judicial protection.

Keywords: Agreement. Freedom. Process.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 INSATISFAÇÃO JURÍDICA E ATIVIDADE JURISDICIONAL	12
1.1 MECANISMOS DE SOLUÇÃO DA INSATISFAÇÃO JURÍDICA	15
1.2. JURISDIÇÃO E TUTELA JURISDICIONAL	20
1.3. EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO	23
1.4 INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO E A TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA	27
1.5 PROCESSO E SUA NATUREZA JURÍDICA.....	30
1.6. GARANTIAS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS	36
1.6.1 Devido processo legal	37
1.6.2 Contraditório e ampla defesa	40
1.6.3 Igualdade processual	42
1.6.4 Publicidade dos julgamentos e fundamentação das decisões	45
1.6.5 Juiz Natural	49
2 NEGÓCIOS JURÍDICOS E CONTRATO	50
2.1 CONTRATO NO ESTADO LIBERAL	51
2.2 INTERVENÇÃO ESTATAL NOS CONTRATOS	55
2.3 CONTRATOS <i>STANDARDS</i> /ADESÃO E MASSIFICAÇÃO.....	57
2.4 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO CONTRATO	60
2.5 CLÁUSULA GERAL NORMATIVA	61
2.6 BOA-FÉ E FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO	64
2.7 EQUILÍBRIO CONTRATUAL	66
3 NEGÓCIOS PROCESSUAIS	69
3.1 DEFINIÇÃO DE NEGÓCIOS PROCESSUAIS	70
3.2 AUTORREGRAMENTO DA VONTADE NO PROCESSO.....	72
3.3 PUBLICISMO DO PROCESSO E PROTAGONISMO DO JUIZ	73
3.4 ACORDO DE PROCEDIMENTO - ANÁLISE DO CPC/1973 E O ATUAL.....	75
3.5 CABIMENTO DO NEGÓCIO PROCESSUAL	76
3.6 ATOS PROCESSUAIS	78
3.6.1 Atos das partes	79
3.6.2 Atos dos órgãos jurisdicionais.....	80
3.7 DECISÃO JUDICIAL QUE REJEITA O NEGÓCIO PROCESSUAL	80
4 APLICAÇÃO DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS	82
4.1 LIMITES DE APLICAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS.....	82
4.1.1 Capacidade das partes	83
4.1.2 Direitos que admitam autocomposição	85
4.1.3 Segundo os atos das partes	87
4.1.4 Nulidade do acordado	89
4.1.5 Abusividade em contrato de adesão	90
4.1.6 Vulnerabilidade de um contratantes	92
4.2. DIREITO DE AÇÃO E TUTELAS PROVISÓRIAS	94
4.3 NEGÓCIOS PROCESSUAIS E INSTRUÇÃO PROBATÓRIA	97
4.4 NEGÓCIOS PROCESSUAIS E RECURSOS	100
4.5 NEGÓCIOS PROCESSUAIS E FAZENDA PÚBLICA	102

4.6 ANÁLISE DE SITUAÇÕES ESPECIAIS	103
CONCLUSÃO	107
REFERÊNCIAS	109

INTRODUÇÃO

O contrato se constitui como elemento indispensável para o desenvolvimento social e econômico. Fonte e base do capitalismo teve seu apogeu nas ideias de igualdade e liberdade. A partir de determinado momento nos Estados liberais o contrato representava a plena possibilidade das partes acertarem a transferência de riquezas.

O corolário da igualdade na contratação torna-se mínimo no século XX, obrigando o poder estatal a efetuar o controle do contrato através de normas materiais estruturantes. Pelo marco histórico de desenvolvimento econômico e evolução da sociedade é possível verificar na Revolução Industrial a supremacia da plena liberdade contratual, porém, o crescimento das empresas e conseqüentemente das relações mercantis eliminam a viabilidade desta liberdade.

Possível constatar, portanto, no direito contratual uma plena liberdade que vai sendo mitigada ao longo do tempo em razão do desenvolvimento econômico e social.

Por seu turno, o poder jurisdicional do Estado também teve uma origem bastante voltada para a liberdade, até porque sua maior estruturação ocorre exatamente na mesma época dos movimentos da Revolução Francesa e Industrial que marcam o contrato.

De toda sorte, ao longo do tempo o pensamento de atuação estatal impositiva e sem maiores atos de liberdade às partes ganha força e o juiz se torna protagonista do processo.

Contudo, em mais um viés de desenvolvimento, o processo passa a incorporar novamente ideias de liberdade e livre disposição de direitos pelas partes. O processo constitucional ampara tais preceitos ao mesmo tempo em que exige uma atuação justa e efetiva do Poder Judiciário.

O processo se torna uma relação de relevância para as partes que gozam novamente dos ônus e obrigações de atuarem no sentido de que ele se resolva da melhor forma possível e no menor espaço de tempo (duração razoável do processo).

Permite-se, portanto, no atual sistema processual, obedecendo este desenvolvimento econômico e social, que os contratos sejam feitos para dispor de direitos e obrigações materiais e também sobre garantias e deveres processuais.

Ocorre que os contratos passam por uma verdadeira crise de igualdade e liberdade. Indispensável garantir que os preceitos constitucionais do processo sejam respeitados e que não haja a subjugação de forças do maior sobre o mais fraco. Se no ambiente atual o Estado pratica corriqueiramente intervenção nos contratos, por seu turno, negociações processuais podem estar fadadas ao mesmo problema.

Utilizando-se da premissa da cláusula geral, onde os limites e conteúdo definitivo devem ser definidos pelo julgador e não pelo legislador, instituiu-se no Código de Processo Civil em vigor a possibilidade de as partes negociarem de forma geral qualquer tipo de atuação dentro do processo.

Como dito, este controle não foi expressamente efetuado pelo legislador, mas compete ao próprio juiz estabelecer se as disposições apresentadas são válidas ou inválidas.

A pesquisa efetuada neste trabalho tem por objetivo estudar a existência ou não de mecanismos legais que podem ser construídos e utilizados pelo juiz para estabelecimento de limites. Para tanto, utiliza-se do método hipotético-dedutivo no sentido de que a premissa básica para obtenção dos limites de negociação está presente na Constituição Federal, baseada ainda em referencial teórico bibliográfico, enfrentou-se o problema de analisar os negócios processuais diante do texto constitucional para delinear, ainda que de forma não exaustiva, alguns patamares de atuação e aplicação.

Partindo do pressuposto de que o contrato constitui supedâneo da transferência de riquezas e elemento primordial do capitalismo, por conseguinte de toda a estrutura empresarial, a legislação trouxe relevante instrumento de estabelecimento da vontade das partes em detrimento de uma, em tese, burocratização estatal. Ocorre que o desenvolvimento social ao longo do tempo demonstra em vários pontos o abuso de poder econômico, e portanto, a necessidade de se estabelecer limites a esta liberdade ampla conferida legalmente.

Neste sentido persiste total correlação do estudo com a linha de pesquisa vocacionada à empresa e suas relações jurídicas interempresariais ou de consumo, especificamente no aspecto contratual, bem como, aspectos processuais para solução de insatisfações jurídicas atinentes a tais relações jurídicas.

Para isto, o primeiro capítulo destina-se exatamente a analisar o processo judicial dentro das suas premissas e fundamentos constitucionais, para construção das bases de sua existência e direitos ali consagrados e albergados. A jurisdição plena, justa e efetiva é amparada pelos parâmetros constitucionais exigindo uma atuação esmerada de todos os envolvidos, especialmente do Poder Estatal.

Da mesma forma que o processo, os contratos também ganharam influência e proteção constitucional, o que acarreta uma nova forma de analisar o seu conteúdo e sua aplicação na transferência de riquezas. O segundo capítulo destina-se exatamente a traçar o panorama histórico e atual dos contratos. Em que pese a todo momento existir transferência de riquezas por intermédio do contrato, os fundamentos elementares de sua existência e validade mostram-se desconstituídos, exigindo uma nova construção de suas bases.

No terceiro capítulo são indicados os negócios processuais, através de sua construção pelo ordenamento jurídico. Duas vertentes atuais são absolutamente relevantes e precisam ser apuradas para se construir a correta análise dos negócios processuais. A liberdade e o autorregramento da vontade no processo enfrenta o publicismo e protagonismo do juiz, numa verdadeira concepção ideológica do que coaduna como mais eficaz e válido para a prestação da tutela jurisdicional tal como prelecionado no primeiro capítulo.

Por fim, no quarto capítulo efetua-se uma análise conjunta das bases contratuais e processuais em consonância com o processo constitucional para apuração dos limites efetivos dos negócios processuais.

Adverte-se desde já ser impossível confrontar e analisar todas as situações existentes num processo de forma aprofundada. De toda sorte, importantes meios para buscar uma delimitação constitucional genérica são apresentados, o que permite uma análise mais específica dos principais pontos processuais, ou aqueles que demandariam maior e melhor análise, possibilitando ainda a construção da norma para outras situações do processo a partir dos preceitos estabelecidos.

1 INSATISFAÇÃO JURÍDICA E ATIVIDADE JURISDICIONAL

No momento em que o homem passa a viver em coletividade tem de abrir mão de sua plena e irrestrita liberdade, sendo obrigado a agir em conformidade com os interesses dos demais membros de seu grupo. Cada indivíduo cede um pouco de liberdade para garantir o convívio social.

Em 1762 Jean-Jacques Rousseau publicava a obra “O Contrato Social” que questionava o fato de o ser humano nascer livre, porém, imediatamente ter de se submeter às regras e normas da sociedade, ao invés de manter o que ele chamava de “estado da natureza” que garantiria a liberdade e igualdade no ser humano.

Na visão dele o homem poderia de certa forma viver em sociedade cumprindo as normas estatais, mas, garantindo a liberdade inerente àqueles povos antigos que não possuíam soberanos. A lei deveria unicamente corresponder à vontade dos próprios cidadãos e a invocação da propriedade privada foi o marco da destruição da liberdade, já que criou barreiras ao direito pleno de ir e vir do homem primitivo.

É certo dizer que na constituição das sociedades contemporâneas houve um momento em que as relações interpessoais precisaram passar por normas de regulação, ocasião em que surge o direito. Mesmo nesta concepção de que a norma deve corresponder à vontade popular, impossível admitir-se uma sociedade que não tenha normas reguladoras de condutas.

O direito à propriedade ao mesmo tempo que efetivamente restringe o direito pleno de ir e vir, garante o desenvolvimento econômico da sociedade, culminando com o modelo capitalista vigente. O contrato possui absoluta relevância neste desenvolvimento como mecanismo de transferência de riquezas construídas a partir do capitalismo.

Quanto às leis, pode-se estabelecer que num estágio primitivo de sociedade as normas passaram a ser impostas pelo mais forte em detrimento dos mais fracos. Surgem os poderes soberanos exercidos por reis e imperadores que impunham as regras através do poder e da força.

Num momento mais avançado o povo visualiza seu poder e importância, os Estados ganham maior estruturação e as normas passam a respeitar também a vontade de sua população, culminando com o estabelecimento da democracia na maior parte do mundo.

É neste sentido que o direito se estabelece como mecanismo de proteção contra o “poder arbitrário, exercido à margem de toda regulamentação, salva-nos da maioria caótica e do tirano ditatorial, dá a todos oportunidades iguais e, ao mesmo tempo, ampara os desfavorecidos”.¹

O direito surgiu com a premissa efetiva de assegurar o equilíbrio, a harmonia e a paz social. Nas lições de Sérgio Bermudes as normas jurídicas conferem às pessoas “um poder de fazer ou não fazer alguma coisa; um poder de prática, ou abstenção, impondo a outras pessoas o dever de respeitar a conduta que se assume em consonância com a norma”.²

Portanto, a manutenção da ordem social exige a criação de regras de convivência. O povo possui o direito de criação das normas jurídicas, através de seus representantes no Poder Legislativo, todavia, aquela premissa de Rosseau mostra-se cada vez mais difícil de ser buscada, até por conta da própria essência do ser humano que não permite esta plena liberdade do cidadão num estágio de evolução tão complexo de Estado como se apura atualmente.

Percebe-se que estas normas de conduta sempre foram estabelecidas pelo ente governante. Com o fortalecimento do Estado passou a ser deste a incumbência de estabelecer as regras de conduta e convivência. Portanto, o direito em si é estabelecido efetivamente pelo poder estatal.

Ao passo em que existem normas reguladoras, há quem as descumpra, momento em que surge o conflito de interesses ou a insatisfação jurídica.

Segundo a visão clássica, especialmente defendida por Carnelutti, o chamado conflito de interesses (lide) persiste quando houver uma pretensão resistida. Neste sentido, sempre há duas partes, sendo que uma delas almeja a obtenção do chamado bem da vida que lhe é impedido por outrem. Trata-se, portanto, de um fenômeno fático de conflito e que deve ser solucionado.³

Quando existe uma pretensão de uma pessoa contra outra, hipoteticamente fundada em determinada norma, porém, esta pretensão é rejeitada, tem-se a chamada resistência que qualifica o conflito de interesses e produz a lide. O conflito de interesses decorre de duas premissas: a pretensão de uma parte e a resistência da outra parte.

¹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 31/32.

² BERMUDES, Sergio. *Introdução ao Processo Civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Forense, 2010, p. 12.

³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito Processual Civil*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013, p. 13.

Instaurada a lide, através da manifestação da pretensão e indicação da resistência, abre-se a necessidade de solução deste conflito.

Cumprido registrar que a lide tal qual a visão clássica acima demonstrada mostra-se presente constantemente nas situações a serem solucionadas, todavia, outras relações de direito material podem suscitar a necessidade de uma solução sem que exista efetivamente uma pretensão resistida ou um conflito. É o que ocorre, por exemplo, àquele que pretenda exigir que outrem não venha sequer a praticar qualquer conduta que possa constituir-se como ato ilícito. Numa situação como esta a pessoa sequer praticou a conduta, todavia, o interessado pretende de forma preventiva que se determine esta proibição de prática de conduta contra a outra pessoa (processualmente esta medida é chamada de Tutela Inibitória). Não houve pretensão resistida nos moldes da lide, mas existe uma pretensão de evitar a ocorrência de uma situação ilícita futura.

O mesmo ocorre com as chamadas ações de jurisdição voluntária ou constitutivas obrigatórias.

Portanto, a insatisfação jurídica pode ter sua origem na concepção original de lide, defendida por Carnelutti, como também em situações onde nasce uma pretensão⁴, não necessariamente conflituosa, que precisa ser analisada e resolvida. Pode-se estabelecer que sempre que houver uma pretensão, seja ela resistida ou não, caberá o reconhecimento de uma insatisfação jurídica que deve ser solucionada.

A este respeito Daniel Amorim Assumpção Neves:

Mesmo que as partes tenham vontades convergentes será indispensável a procura da jurisdição para obtenção do bem da vida desejado por ambas. Embora nesse caso não exista um conflito de interesse entre as partes, existe uma resistência à pretensão de obtenção de bem da vida, criada pela própria lei ao exigir a intervenção jurisdicional para obtenção do bem da vida. Parece claro que um sujeito que tem sua pretensão resistida por outro sujeito está tão insatisfeito juridicamente como aquele que sofre tal resistência pela obrigatoriedade legal de buscar a atuação jurisdicional.⁵

Esta questão será melhor analisada nos tópicos posteriores, contudo, com vistas a adequar a atividade do Estado-juiz não apenas ao conflito, mas à pretensão, utiliza-se neste trabalho o termo insatisfação jurídica que revela a necessidade de se buscar a solução para uma pretensão, seja ela conflituosa (litigiosa) ou não.

⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012, v. 1, p. 81.

⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito Processual Civil*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013, p. 13.

Assim, este primeiro capítulo objetiva analisar exatamente os mecanismos legalmente estruturados para solução desta insatisfação jurídica que nasce com a pretensão, desde uma contextualização histórica até os mais recentes estudos a respeito da atuação do Estado-juiz.

1.1 MECANISMOS DE SOLUÇÃO DA INSATISFAÇÃO JURÍDICA

Na estrutura atual de poder soberano exercido pelo Estado (o chamado Estado de Direito), a este incumbe a estipulação das regras de convivência humana com imposição das normas de conduta que regem todas as relações jurídicas (leis de direito material). De toda sorte, considerando eventual descumprimento destas normas materiais, incumbe ao próprio Estado estabelecer uma estrutura específica para resolver litígios ou conflitos.

O Estado utiliza-se de sua função legislativa para estabelecer a ordem jurídica. Para tanto, estabelece normas gerais que deverão incidir sobre as relações sociais que possam ocorrer dali em diante. Trata-se de se estabelecer o chamado comando dos direitos e deveres. Contudo, nem sempre estas normas estabelecidas são cumpridas, motivo pelo qual também se faz necessário prever medidas de coação para que as leis de direito material sejam efetivamente cumpridas.⁶

Em geral, conforme sobredito, quando alguém pretende obter um hipotético direito e necessita de uma solução, tem-se a pretensão que materializa uma insatisfação jurídica.

Ao longo do tempo esta insatisfação jurídica passou por vários mecanismos de solução. Inicialmente a solução se dava entre os próprios particulares, pelo uso da força (a lei do mais forte), até porque sequer havia um poder soberano capaz de efetivamente impor seus interesses.⁷ Numa sequência posterior existia a chamada arbitragem facultativa, onde ambas as partes deveriam concordar com a decisão a ser proferida por aquele que analisava o litígio.⁸ Com o passar do tempo esta arbitragem passou a ser obrigatória e o julgador era escolhido dentre um terceiro sem interesse no conflito.⁹ Com a estruturação definitiva dos Estados, este chamou para si a responsabilidade de solução das insatisfações jurídicas. Posteriormente, com o aumento do número de demandas e a sua incapacidade para solução célere das lides, passa-se em verdade a prestigiar as soluções alternativas de conflito.

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 57. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. I, p. 101.

⁷ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Introdução o Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 15. ed. rev. e atual. Bahia: Jus Podivm, 2013. p.115.

⁸ CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 28.

⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 11. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2010, p 86.

Contextualizando o tema:

Com o desenvolvimento e consolidação da noção de Estado e, conseqüentemente, com o nascimento das primeiras ideias a respeito daquilo que seria, bem mais tarde, o Estado de Direito, é que a tarefa de solucionar os conflitos (por conflito entenda-se aquela “parcela” deste levada ao Judiciário, ou seja, a lide) entre as pessoas foi admitida como função do Estado, primeiramente atribuída ao soberano, de quem emanava todo o Direito e, mais tarde, numa fase mais desenvolvida, mediante o concurso dos organismos do Poder Judiciário, dotados de independência estrutural diante dos demais órgãos de gestão das atividades estatais.¹⁰

Assim sendo, através da jurisdição, de exercício exclusivo do Estado (a questão de exclusividade pelo Estado será melhor analisada no decorrer deste capítulo), e no Brasil de incumbência do Poder Judiciário, procede-se a solução das insatisfações jurídicas, mediante método próprio e legalmente estruturado denominado processo.¹¹

Cabe consignar que o poder soberano do Estado é uno e indivisível atuando sob três funções: legislativa, administrativa e jurisdicional.¹² Quando se estabelece que a função jurisdicional é monopólio do Poder Judiciário na verdade deve-se sopesar que esta é a atividade típica constitucionalmente estabelecida, baseada na tripartição dos poderes proposta por Montesquieu, que inspirado por Locke, desenvolveu a teoria da separação dos poderes independentes e harmônicos entre si com vistas ao sistema de pesos e contrapesos.¹³

Tal assertiva resta ainda caracterizada no art. 2º da Constituição Federal (CF): “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.¹⁴

A respeito da separação dos poderes e sua relevância à estruturação da nação, ensinamento de Paulo Bonavides:

Nenhum princípio de nosso constitucionalismo excede em ancianidade e solidez o princípio da separação de poderes. Inarredável de todas as Constituições e projetos de Constituição já formulados neste País, desde 1823, data de elaboração do célebre Projeto de Antonio Carlos oferecido à Constituição Imperial, ele atravessou o Império e a República, rodeado sempre do respeito e do prestígio que gozam as garantias constitucionais da liberdade. A única exceção veio a ser a Carta de 1937, mas esta em rigor nem foi uma Constituição e sim um ato de força de natureza institucional,

¹⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 11. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2010, p. 87.

¹¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 57. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. I, p. 3.

¹² CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012, v. 1, p. 75.

¹³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008, p. 66.

¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 30 dez. 2016.

tanto que afastou, por inteiro, o País de toda a sua tradição de liberalismo e representatividade do poder. Veja-se que depois do desastre de 1937, nem as Constituições outorgadas pela ditadura de 1964, sem embargo da violência do seu autoritarismo, ousaram tocar naquele princípio.¹⁵

Com base nisto, é certo que o Poder Judiciário também pode exercer funções atípicas ou secundárias de cunho administrativo ou legislativo.

Verifica-se, por exemplo, que o art. 92, I, “a” da CF estabelece que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é parte integrante do Poder Judiciário, todavia, conforme entendimento apresentando no Supremo Tribunal Federal em julgamento pelo seu pleno do Mandado de Segurança nº27.621, a atuação do CNJ restringe-se à atividade administrativa (expedir atos regulamentares) e correicionais.¹⁶ Portanto, não exerce jurisdição em que pese seja parte do Poder Judiciário.

Pode-se discutir ainda que tanto o Poder Executivo (processos administrativos) quanto o Poder Legislativo (como no caso do impedimento de Presidente da República) por vezes exercem a função atípica jurisdicional.

Neste contexto, cada uma dos poderes possui sua chamada função típica, todavia, o próprio texto constitucional garante a cada um deles funções atípicas que inicialmente seriam de responsabilidade dos outros poderes.

Tal assertiva, porém, não é aceita por toda a doutrina, podendo-se citar o escólio de Artur César de Souza, no sentido de que julgamentos proferidos pelo Executivo e Legislativo em processos administrativo não caracteriza atividade jurisdicional ante a possibilidade de reapreciação pelo poder judiciário que efetivamente exerce a atividade jurisdicional.¹⁷

Retornando ao ponto da insatisfação jurídica e jurisdição, conforme estabelecido no tópico anterior, grande parte das insatisfações jurídicas estão consubstanciadas na lide/conflito de interesses. Há, porém, outras situações onde o Estado exerce a jurisdição sem que exista efetivamente a lide, mas, apenas uma pretensão que merece e deve ser analisada. Citou-se anteriormente a tutela inibitória que consiste em forçar uma parte a não praticar determinada conduta ato evitando a ocorrência de um ato ilícito.

Pode-se estabelecer ainda outras situações onde obrigatoriamente o exercício de um direito depende da jurisdição, mesmo sem existência de conflito, como ocorre nas chamadas

¹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 554.

¹⁶ SOUZA, Artur Cesar de. *Das Normas Fundamentais do Processo Civil: Uma Análise Luso-brasileira Contemporânea*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 278.

¹⁷ *Idem.*

ações constitutivas necessárias¹⁸ (como a negativa de paternidade), no caso de ação meramente declaratória ou em ações de jurisdição voluntária, onde o juiz executa a gestão pública de interesses privados¹⁹.

A este respeito, conforme lições de Alexandre Freitas Câmara, a teoria revisionista ou jurisdicionalista observa que nos casos de jurisdição voluntária existe o exercício da função jurisdicional e ratifica a ideia de que para efetivo exercício da jurisdição, a lide “*não é essencial - mas meramente acidental*”²⁰, consignando, mais uma vez, que mesmo no caso da chamada jurisdição contenciosa existem situações onde não se constata a existência da lide, mas apenas da pretensão.

Em síntese, o exercício da jurisdição pelo Poder Estatal caracteriza-se como evolução ao atualmente quase que totalmente proibido sistema de autotutela que vigorava antigamente, mas deixou de existir por ser comprometedora da paz jurídica, reconhecendo-se que nenhum outro ente se encontra em melhores condições de dirimir os litígios do que o Estado. Isto se deve a duas premissas bem definidas: primeiramente a força que o Estado possui sobre sua população, mas também, em razão do seu presumido interesse de manutenção da ordem jurídica.²¹

A jurisdição além de ser um poder decorrente da soberania do Estado deve ser tratada efetivamente como um dever. Isto porque ao Poder Estatal compete promover a paz social. A ele, portanto, compete usar da sua força para fazer justiça.²²

Cumpra consignar que:

Ao direito subjetivo de ação, pelo qual alguém pede ao Estado que lhe faça justiça, corresponde a atividade estatal da jurisdição, pela qual o Estado cumpre o dever de, mediante um devido processo legal, administrar justiça aos que a solicitaram. A jurisdição é, com a administração e a legislação, forma de exercício da soberania estatal.²³

Trata-se de atividade iniciada por provocação de um dos interessados em determinada insatisfação jurídica. A este é assistido o direito de invocar o socorro jurisdicional do Estado, a quem incumbirá o “direito e o dever de verificar e declarar [...] se aquela pretensão é

¹⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito Processual Civil*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013, p. 13.

¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 57. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. I, p. 117.

²⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012, v. 1, p.89/90.

²¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p. 91.

²² BERMUDEZ, Sergio. *Introdução ao Processo Civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Forense, 2010, p. 21.

²³ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*, 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 25.

protegida pelo direito objetivo, bem como, no caso afirmativo, realizar as atividades necessárias à sua efetivação prática”.²⁴

Neste mesmo sentido:

Vedada em princípio a autodefesa e limitadas a autocomposição e a arbitragem, o Estado moderno reservou para si o exercício da função jurisdicional, como uma de suas tarefas fundamentais. Cabe-lhe, pois, solucionar os conflitos e controvérsias surgidos na sociedade, de acordo com a norma jurídica reguladora do convívio entre os membros desta. Mas a jurisdição é inerte e não pode ativar-se sem provocação, de modo que cabe ao titular da pretensão resistida invocar a função jurisdicional, a fim de que esta atue diante de um caso concreto. Assim fazendo, o sujeito do interesse estará exercendo um direito (ou, segundo parte da doutrina, um poder), que é a ação, para cuja satisfação o Estado deve dar a prestação jurisdicional.²⁵

O Estado detém este poder jurisdicional de solução das insatisfações jurídicas, sendo que de citando os ensinamentos de Chiovenda, a jurisdição revela-se como atividade exclusiva do Estado, pois em sua concepção não é admissível pessoas diversas do Estado para a atuação da lei.²⁶

Mais uma vez expressando o ensinamento de Chiovenda através de Artur César de Souza:

Pode- definir-se a jurisdição como a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.²⁷

Todavia, outros mecanismos podem ser usados pelas partes para solução da insatisfação jurídica, desde que, em geral, tratem-se direitos disponíveis e não seja obrigatória a intervenção Estatal. São chamados de equivalentes jurisdicionais ou meios alternativos de solução de conflitos, que, como foi dito acima, vêm sendo bastante estimulados para fins de diminuir o número de demandas judiciais.

Podem ser citados como meios alternativos de solução dos conflitos a autotutela (aceita em casos limitados e específicos), a autocomposição ou transação (consistente na solução entre os próprios conflitantes), a mediação que consiste na atuação de um terceiro na busca de um consenso entre as partes e foi recentemente regulada pela Lei 13.140 de 26 de

²⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p. 91.

²⁵ CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 267.

²⁶ SOUZA, Artur Cesar de. *Das Normas Fundamentais do Processo Civil: Uma Análise Luso-brasileira Contemporânea*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 280.

²⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. II, p. 3.

junho de 2015. Por fim, a arbitragem (Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996), onde existe um julgador efetivo que impõe sua decisão às partes.

A respeito da exclusividade da jurisdição cumpre trazer ensinamento de Artur César de Souza que ao tratar do assunto apregoa que “jurisdição não apresenta uma definição unívoca e absoluta, válida para todos os tempos e para todos os povos”²⁸. Desta forma, os estudiosos de processo sempre prescreveram esta exclusividade do Estado, porém, considerando que o tempo muda a definição, permitem-se alguns entendimentos doutrinários no sentido de que a arbitragem de direito privado consubstancia-se como exercício da jurisdição, eliminando, pois, esta exclusividade do Poder Estatal.

Em verdade, a maior parte da doutrina não coaduna com a ideia de que a arbitragem exerce jurisdição, prevalecendo ainda a ideia de que esta é exclusiva do Poder Estatal, conforme fundamentos acima indicados.

1.2 JURISDIÇÃO E TUTELA JURISDICIONAL

A função jurisdicional do Estado consubstancia-se como mecanismo de aplicação da lei aos conflitos de interesses, resguardando, pois, a ordem jurídica. Tem por finalidade estabelecer a paz jurídica, afirmando se a parte demandante efetivamente possui razão em relação à vontade da lei.²⁹

O termo jurisdição possui distintos significados nos mais variados países. Podem-se citar como acepções comumente usadas para o termo jurisdição na América Latina a distribuição de uma atividade territorial, sinônimo de competência, conjunto de poderes de uma autoridade ou um órgão público, e, por fim, o exato e correto conceito de que se trata de função pública para realização de justiça.³⁰

É com a jurisdição que o Estado soluciona as pretensões jurídicas, podendo-se apregoar que “a palavra jurisdição, que vem do latim *jurisdictio*, quer dizer, etimologicamente, ‘ação de dizer o direito’, mais simplesmente, dizer o direito.”³¹

Conforme Sérgio Bermudes:

²⁸ SOUZA, Artur Cesar de. *Das Normas Fundamentais do Processo Civil: Uma Análise Luso-brasileira Contemporânea*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 280.

²⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p. 94.

³⁰ SOUZA, *op. cit.*, p. 280.

³¹ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 7.

Todas as pessoas estão sujeitas à jurisdição do Estado, inclusive ele próprio e cada uma das pessoas jurídicas que o integram, ou pessoas físicas que exercem funções estatais. A finalidade da jurisdição, já se descobre, é atuar o direito e extinguir o conflito, em cuja cessação estão interessadas as partes litigantes, terceiros, suscetíveis às consequências do litígio, e, além e acima deles, a própria sociedade.³²

Nas lições de Leonardo Greco a jurisdição é “exercida por um órgão independente e imparcial, que atua a vontade concreta da lei na justa composição da lide ou na proteção de interesses particulares”³³.

Na mesma linha:

A jurisdição, portanto, é uma das funções da soberania do Estado. Função de poder, do Poder Judiciário. Consiste no poder e atuar o direito objetivo, que o próprio Estado elaborou, compondo conflito de interesses e dessa forma resguardando a ordem jurídica e a autoridade da Lei. A função jurisdicional é, assim, como que um prolongamento da função legislativa, e a pressupõe. No exercício desta, o Estado formula as leis, que são regras gerais abstratas reguladoras da conduta dos indivíduos, tutelares de seu interesse e que regem a composição dos respectivos conflitos; no daquela, especializa as leis, atuando-as em casos ocorrentes.³⁴

Numa análise recente de jurisdição, Luiz Guilherme Marinoni identifica toda uma gama de métodos de atuação do Poder Judiciário com vistas à proteção efetiva de um direito.

O Estado constitucional inverteu os papéis da lei e da Constituição, deixando claro que a legislação deve ser compreendida a partir dos princípios constitucionais de justiça e dos direitos fundamentais. Expressão concreta disso são os deveres de o juiz interpretar a lei de acordo com a Constituição, de controlar a constitucionalidade da lei, especialmente atribuindo-lhe adequado sentido para evitar a declaração de inconstitucionalidade, e de suprir omissão legal que impede a proteção de um direito fundamental. Isso para não falar do dever, também atribuído à jurisdição pelo constitucionalismo contemporâneo, de tutelar os direitos fundamentais que se chocam ao caso concreto.³⁵

Portanto, no exercício da jurisdição cabe ao detentor do poder estatal de dizer o direito analisar a lei de acordo com a Constituição Federal bem como diante das premissas dos direitos fundamentais. Neste sentido, demonstra-se que toda e qualquer pretensão jurídica deve ser analisada em confronto com o sistema constitucional, sendo que o escopo da

³² BERMUDES, Sergio. *Introdução ao Processo Civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Forense, 2010, p. 21.

³³ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil - Introdução ao Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Forense, 2015, v. 1, p. 35.

³⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p. 67.

³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008, p. 136.

jurisdição é agir para tutelar lesão ou ameaça de lesão a direitos, conforme estabelecido na Magna Carta.³⁶

Registre-se, porém, que neste poder constitucional de jurisdição não cabe ao julgador criar o direito, mas sim, adequar a norma constitucional com as demais leis infraconstitucionais para solução dos problemas postos em juízo.³⁷

Isto vale também para as normas processuais. No sistema do processo constitucional a atuação do poder estatal não está jungida apenas à legislação processual específica, devendo ocorrer sua interpretação de acordo com os preceitos constitucionais.³⁸

Neste sentido:

Realça-se a necessidade de que o moderno processo civil, além da devida importância que deve dispensar às normas propriamente ditas processuais, deve igualmente ser ordenado, disciplinado e suas normas construídas de acordo com os valores fundamentais previstos na Constituição, e nada mais.³⁹

Prosseguindo o estudo, tem-se que a atuação da jurisdição ocorre pela chamada tutela jurisdicional que pode ser definida como a “proteção prestada pelo Estado quando provocado por meio de um processo, gerado em razão da lesão ou ameaça de lesão a um direito material”⁴⁰.

Neste mesmo sentido assevera Flávio Luiz Yarshell:

Não há identidade entre jurisdição e tutela jurisdicional: enquanto a primeira designa a atividade – também função e poder – estatal, a segunda designa a proteção (tutela) que se proporciona por meio dessa atividade; proteção que reside não apenas no resultado final (“produto”) da atividade, mas bem ainda no meio (processo) empregado para seu exercício.⁴¹

A tutela jurisdicional não consiste unicamente em aceitar uma demanda e processá-la, mas sim, fazer com que o titular do direito tenha sua prerrogativa efetivamente garantida em juízo. Para tanto, o Estado-juiz tem de utilizar todos os mecanismos legítimos cumprimento desta obrigação.

Assim, a jurisdição deve ser analisada sob o fundamento da obrigação do Estado-juiz prestar a efetiva solução ao conflito e não apenas uma simples prestação jurisdicional sem

³⁶ SOUZA, Artur Cesar de. *Das Normas Fundamentais do Processo Civil: Uma Análise Luso-brasileira Contemporânea*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 281.

³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008, p. 136.

³⁸ SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. *Direito Processual Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.63.

³⁹ SOUZA, *op. cit.*, p. 49.

⁴⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito Processual Civil*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013, p. 36.

⁴¹ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 127.

vislumbrar o resultado final, ou seja, deve-se primar pela tutela que alcança o resultado prático, conveniente e necessário.

A tutela jurisdicional se manifesta de acordo com Moacyr Amaral Santos pela decisão, pela execução e medidas preventivas ou cautelares.⁴²

Na concepção do vigente Código de Processo Civil (CPC), pode-se estabelecer a atuação da tutela jurisdicional através da tutela cognitiva, da tutela provisória de urgência (cautelar e antecipação de tutela) e os mecanismos de execução/cumprimento de título judicial ou extrajudicial (tutela executiva).

Em arremate, a atividade jurisdicional deve ser prestada de acordo com o sistema constitucional. A lei processual deve obedecer aos ditames da Constituição da República, em especial, os direitos fundamentais.

1.3 EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO

A jurisdição deve ser exercida sempre por órgãos independentes e imparciais. Por aqui o exercício da tutela jurisdicional (Estatal) é conferido ao juiz, membro do Poder Judiciário e pessoa responsável por representar a jurisdição e responder pelos interesses daqueles que suscitam a atuação do chamado Estado-juiz.

Persiste alguma discussão na doutrina a respeito do exercício da jurisdição na arbitragem. Como cediço, a arbitragem nos moldes da Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996 é exercida por particulares sem qualquer vinculação com o Poder Estatal.

Alguns entendem que há o exercício da jurisdição enquanto outros apregoam que se trata de mero equivalente jurisdicional. Há os que advogam pela existência de uma jurisdição estatal e de uma jurisdição privada.⁴³ Eros Roberto Grau expressa que a arbitragem previne a jurisdição e possui origem contratual.⁴⁴

Para aqueles que defendem a existência de jurisdição na arbitragem revela-se pertinente a argumentação de que a decisão proferida pelo árbitro não pode ser revista pelo Poder Judiciário em seu mérito, somente sendo cabível eventual discussão de nulidade ou vícios formais, bem como, a execução judicial da decisão caso não seja cumprida espontaneamente.

⁴² SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p. 94.

⁴³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito Processual Civil*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013, p. 36.

⁴⁴ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 298.

A este respeito o legislador infraconstitucional optou por estabelecer a sentença arbitral como título executivo judicial (art. 31 da Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996 c/c art. 475-N do CPC/1973, mantido pelo art. 515, VII do CPC vigente). Eros Grau rebate este argumento aduzindo que isto é irrelevante para consignar a arbitragem como jurisdição, justificando que de acordo com o art. 1.030 do Código Civil de 1916 a transação celebrada para prevenir um litígio fazia coisa julgada e era título executivo, todavia, não havia qualquer argumentação de que se tratava de exercício da jurisdição.

Consigne-se ainda que a legislação especial estabelece que o árbitro é considerado funcionário público para efeitos penais; persiste a necessidade de obedecer os princípios do devido processo legal; a substitutividade; a natureza instrumental e a pacificação dos conflitos.⁴⁵ Defende-se ainda que na arbitragem estão presentes os escopos: jurídico de atuação segundo a vontade da lei; social de pacificação pela superação do conflito; e político no sentido de participação na administração da justiça.⁴⁶

Luiz Guilherme Marinoni, contudo, é um dos grandes defensores de que a arbitragem não exerce jurisdição, já que trata-se de uma prerrogativa do poder-dever estatal não podendo ser exercida por qualquer outro ente.⁴⁷

Numa análise de prerrogativas internacionais, contudo, não se reconhece como indispensável o exercício da jurisdição por juízes. Neste sentido o ensinamento de Leonardo Greco:

A jurisdição é exercida por órgãos independentes e imparciais, o que não significa, necessariamente, que ela deva ser exercida por juízes. A Convenção Americana de Direitos Humanos alude à jurisdição como uma função exercida por um “tribunal imparcial” (art. 8º). Um órgão imparcial, em sentido amplo, é aquele dotado de dois atributos, que são notas essenciais da jurisdição, quais sejam: independência e imparcialidade em sentido estrito.

A primeira é a isenção do órgão que exerce a jurisdição e dos sujeitos que o compõem em relação a qualquer pressão ou coação que possa intimidá-los no exercício da função jurisdicional. Essa isenção significa que a jurisdição tem de ser exercida por um órgão e por pessoas que não possam estar sujeitas a qualquer risco de sofrerem um mal, um prejuízo, na sua esfera de interesses ou na daqueles que os cercam, por ato de qualquer autoridade ou de qualquer força econômica ou social, que possam ter interesse, direta ou indiretamente, no resultado do exercício da jurisdição.⁴⁸

⁴⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008, p. 79.

⁴⁶ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 129.

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008, p. 150/151.

⁴⁸ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil - Introdução ao Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Forense, 2015, v. 1, p. 35.

O STF no ano de 2001 em julgamento de processo de Homologação de Sentença Estrangeira nº 5206⁴⁹ reconheceu que a cláusula arbitral prevista em contrato retirando o direito de ação do Poder Judiciário e obrigando as partes a discutirem a avença perante o árbitro não fere as disposições constitucionais, isto porque, na concepção dos julgadores tratar-se-ia de exercício do direito de disponibilidade de socorro ao Poder Judiciário.

Inobstante a discussão acerca da natureza jurídica da arbitragem, é certo que a jurisdição do Poder Judiciário está obrigada ao cumprimento de certos princípios e prerrogativas de direito público que a difere da arbitragem, eminentemente de direito privado.

De toda sorte, no sistema pátrio o Estado conferiu ao juiz o exercício da jurisdição, que recebe este poder através dos mecanismos de investidura que variam de acordo com o grau de jurisdição.

Cabe estabelecer algumas características da jurisdição como relevantes para sua análise.

Primeiramente pode-se aduzir que a jurisdição é instrumento ao direito material, o que significa dizer que com a jurisdição pode-se buscar o mesmo direito ou interesse previsto na norma. Assim, a jurisdição é o instrumento para se buscar efetivamente a pretensão descrita no direito material.⁵⁰

Tem-se ainda a natureza substitutiva onde a atividade jurisdicional substitui as partes que não praticaram a norma de direito material no momento oportuno (via primária), forçado o seu cumprimento pelo julgador (via secundária). Persistem, porém, críticas a esta característica já que nem todas as atuações processuais decorrem do descumprimento das partes no direito posto no momento oportuno. Isto ocorre, por exemplo, na maior parte das sentenças inerentes a estado civil ou de jurisdição voluntária onde a busca do Poder Judiciário é obrigatória.⁵¹

Em verdade esta concepção da natureza substitutiva esbarra na já tratada concepção de que a jurisdição não se presta unicamente à solução da lide, mas sim, resolução da pretensão que pode ocorrer com resistência ou não, conforme explanado anteriormente.

Tem-se ainda que a jurisdição exige a total imparcialidade do julgador, nos exatos termos de que o julgador não pode ter qualquer situação específica que de alguma forma

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Homologação de Sentença Estrangeira nº 5206, Brasília, DF, 12 dez. 2001. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000013625&base=baseAcordaos>> Acesso em 10 jan. 2017.

⁵⁰ SOUZA, Artur Cesar de. *Das Normas Fundamentais do Processo Civil: Uma Análise Luso-brasileira Contemporânea*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 284.

⁵¹ *Idem*.

possa interferir no julgamento. Há efetivamente um terceiro na análise do caso, não sendo admissível qualquer tipo de interesse no deslinde do feito.

No contexto moderno, exige-se ainda que o julgador seja imparcial em relação a pressões externas ou discussões a respeito do caso em julgamento. Para tanto, ainda será observado complementado este assunto quando se tratar de publicidade do processo, mas cumpre registrar que o juízo imparcial não pode sofrer influência de julgamento por pressão popular, da opinião pública ou da mídia. Sua atuação deve ser intimamente livre e dentro das concepções e conjunturas legais (imparcialidade, isenção, inexistência de suspeição).

Continuando, para alguns doutrinadores a coisa julgada (condição de imutabilidade ou reapreciação da decisão proferida) seria uma das essências da jurisdição, todavia, modernamente não se pode aceitar tal perspectiva no sentido de que existem sentenças que não geram efeito da coisa julgada material (ação de alimentos que permite revisão pelo mesmo juízo). Bem como, a possibilidade de execução e cumprimento de decisões não transitadas em julgado (como no caso das tutelas de urgência).⁵²

A jurisdição possui graus hierárquicos, sendo que, comumente as demandas devem ser apresentadas em juízo de primeiro grau (monocrático). Todavia, existem outras demandas com previsão específica em lei que são de competência dos tribunais superiores, ou seja, devem ser ajuizadas diretamente nestes tribunais (em geral colegiados). Em ambos os casos trata-se de exercício efetivo da jurisdição.

Além disso, relevante o princípio do juiz-natural, onde não se admite a criação de um juízo específico para analisar um determinado processo, devendo-se garantir sempre que uma ação judicial tramite perante o órgão cuja legislação considere efetivamente competente. Neste sentido o “poder jurisdicional só pode emanar da Constituição, de modo que não é dado ao legislador ordinário criar juízes ou tribunais de exceção [...], nem tampouco dar [...] estruturação diversa daquela prevista na lei Magna”⁵³.

Inclusive neste aspecto, a legislação impede que o autor possa ao seu alvitre escolher o juízo que analisará o feito, estabelecendo regras de competência absoluta e outras de competência relativa, donde poderá o réu rejeitar um local eventualmente escolhido pelo autor.

Outrossim, não se pode olvidar que o direito recursal consubstancia-se também como tutela jurisdicional, na medida em que a jurisdição pode ser inferior ou superior.

⁵² SOUZA, Artur Cesar de. *Das Normas Fundamentais do Processo Civil: Uma Análise Luso-brasileira Contemporânea*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 284.

⁵³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 57. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. I, p. 115.

Neste sentido pode-se observar que:

A doutrina recomenda, e a lei estabelece, para a boa administração da justiça, um duplo grau de jurisdição, possibilitando a interposição de recursos das decisões dos juízes de categoria inferior para os juízes de categoria superior, isto é, dos juízes de primeiro grau para juízes de segundo grau. A jurisdição de primeiro grau, ou inferior, conhece e decide das causas, com recurso para a jurisdição superior, que pode reformar as decisões daquela. Na jurisdição civil, no sentido estrito, a inferior é exercida pelos juízes de direito e pelos juízes federais. Num patamar imediatamente acima é exercida pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e, ainda, pelos Tribunais Regionais Federais.

Acrescente-se que, no sistema brasileiro, além dos Tribunais de segundo grau, existe um outro, de terceiro grau, o Superior Tribunal de Justiça.

Na cúpula do Poder Judiciário está o Supremo Tribunal Federal, como órgão de último grau.⁵⁴

Compreende-se pelas regras de divisão de jurisdição e de competência que sempre haverá apenas um juízo legalmente estabelecido para conhecer a demanda. Para este juízo sempre persiste um juiz ou um colegiado de juízes (no caso de tribunais) responsável pela análise da pretensão apresentada.

Permeia-se ainda a ideia de imparcialidade do julgador, na medida em que lhe compete manter-se equidistante dos interessados, agindo de forma isonômica, mantendo-se subordinado exclusivamente à lei.⁵⁵

1.4 INAFASTABILIDADE DE JURISDIÇÃO E A TUTELA JURISDICIONAL ADEQUADA

A inafastabilidade de jurisdição é considerada um princípio e encontra-se devidamente descrita no art. 5º XXXV da Constituição Federal (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito) e no art. 3º do CPC, caracterizando-se ainda sob dois aspectos: o primeiro no que concerne a jurisdição e a desnecessidade de solução administrativa prévia de conflitos; num segundo ponto, o acesso à ordem jurídica justa. Este segundo fundamento encontra respaldo na necessidade de se oferecer um processo judicial que preste tutela efetiva àquele que busca e necessita da intervenção judicial.⁵⁶

Nos ensinamentos de Artur César de Souza, o art. 5º, XXXV da CF apregoa a faculdade conferida a qualquer pessoa de buscar a tutela jurisdicional e dela obter uma

⁵⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1, p. 99.

⁵⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 57. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. I, p. 111.

⁵⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito Processual Civil*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013, p. 21.

resposta à sua pretensão. Cabe ao julgador, no exercício da jurisdição, verificar a ocorrência da lesão ou perigo de lesão e proferir a decisão adequada ao caso, que pode ser absolutória, declaratória negativa, ou de procedência do pedido. Pode-se estabelecer ainda uma diferenciação de conceitos entre atividade jurisdicional e tutela jurisdicional. A atividade jurisdicional sempre existe, porém, ao julgar improcedente o pedido ou indeferir liminarmente a petição inicial não houve tutela jurisdicional em favor do autor.⁵⁷

Neste contexto, ensina Marinoni que o “direito fundamental à tutela jurisdicional, além de ter como corolário o direito ao meio executivo adequado, exige que os procedimentos e a técnica processual sejam estruturados [...] de acordo com direito material”, o que significa dizer que a forma de atuação do poder estatal não pode ser igual para todas as matérias postas em juízo. Em verdade, deve-se adequar o procedimento ao tipo de discussão posta em juízo. Complementa o doutrinador que o procedimento e a técnica processual devem ser compreendidos pelo “juiz de acordo como essas necessidades se revelam no caso concreto”⁵⁸.

A construção doutrinária foi absolutamente relevante para que o novo Código de Processo Civil dispusesse exatamente neste sentido, possibilitando que o juiz adeque o procedimento de acordo com as especificidades do caso concreto, conforme art. 139, VI, do CPC vigente, que consigna expressamente incumbir ao juiz “dilatatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”⁵⁹.

Portanto, a efetividade processual está intimamente ligada à tutela jurisdicional adequada. Isto porque somente com um processo que garanta efetivamente o direito daquele que foi prejudicado verificar-se-á o exercício pleno da jurisdição.

Pode-se estabelecer que segundo o princípio da efetividade “todos têm o direito de ser assegurado, no processo, o bem jurídico que reivindicam. Àquele que tem razão, o processo deve garantir e conferir, na medida do possível, justamente o bem da vida a que ele teria direito se não precisasse se valer do processo”.⁶⁰

Para Kazuo Watanabe:

Uma das vertentes mais significativas das preocupações dos processualistas contemporâneos é a da efetividade do processo como instrumento da tutela de direitos.

⁵⁷ SOUZA, Artur Cesar de. *Das Normas Fundamentais do Processo Civil: Uma Análise Luso-brasileira Contemporânea*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 292.

⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008, p. 136.

⁵⁹ BRASIL. *Lei 13.105 de 17 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 30 dez. 2016.

⁶⁰ DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 85.

Do conceptualismo e das abstrações dogmáticas que caracterizam a ciência processual e que lhe deram foros de ciência autônoma, partem hoje os processualistas para a busca de um instrumentalismo mais efetivo do processo, dentro de uma ótica mais abrangente e mais penetrante de toda a problemática sócio jurídica. Não se trata de negar os resultados alcançados pela ciência processual até esta data. O que se pretende é fazer dessas conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais ampla da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos processuais – prestigiando ou adaptando ou reformulando os institutos tradicionais, ou concebendo institutos novos -, sempre com a preocupação de fazer com que o processo tenha plena e total aderência à realidade sócio jurídica a que se destina, cumprindo sua primordial vocação que é a de servir de instrumento à efetiva realização dos direitos.⁶¹

Para se garantir a efetividade inegavelmente deve-se primar pela aplicação irrestrita de todos os princípios constitucionais, em especial, pode-se citar o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, incluindo-se a produção irrestrita de provas.

Igualmente, efetividade processual está intimamente ligada à decisão com justiça, que pode ser tratada como prerrogativa de proferir decisões judiciais utilizando-se da interpretação mais justa de acordo com as normas e princípios constitucionais, bem como direitos fundamentais.⁶²

Os valores fundamentais que estruturam a República brasileira devem servir de pilar de sustentação do sistema processual moderno. Dentro desses pilares pode-se estabelecer a dignidade da pessoa humana, estatuída no art. 1º, III da CF, bem como aqueles estabelecidos no art. 3º da Magna Carta, donde se observa que objetivo fundamental do país é construir uma sociedade livre, justa e solidária, buscando a erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais, para promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outra forma de discriminação.⁶³

Portanto, “a tutela jurisdicional, que só é disponibilizada a quem realmente se encontre na titularidade de um direito subjetivo lesado ou ameaçado, tem de ser efetiva e justa, dentro das perspectivas traçadas pela ordem constitucional”.⁶⁴

Importante ensinamento de Candido Rangel Dinamarco:

O inc. XXXV do art. 5º da Constituição, antes interpretado como portador somente da garantia da ação, tem o significado político de pôr sob controle dos órgãos da jurisdição todas as crises jurídicas capazes de gerar estados de

⁶¹ WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 21/22.

⁶² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito Processual Civil*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013, p. 24.

⁶³ SOUZA, Artur Cesar de. *Das Normas Fundamentais do Processo Civil: Uma Análise Luso-brasileira Contemporânea*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 53.

⁶⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 57. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. I, p. 114.

insatisfação às pessoas e, portanto, o sentimento de infelicidade por pretenderem e não terem outro meio de obter determinado bem da vida. Esse dispositivo não se traduz em garantia do mero ingresso em juízo ou somente do julgamento das pretensões trazidas, mas da própria tutela jurisdicional a quem tiver razão. A garantia da ação, como tal, contenta-se em abrir caminho para que as pretensões sejam deduzidas em juízo e a seu respeito seja depois emitido um pronunciamento judicial, mas em si mesma nada diz quanto à efetividade da tutela jurisdicional. O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional manda que as pretensões sejam aceitas em juízo, sejam processadas e julgadas, que a tutela seja oferecida por ato do juiz àquele que tiver direito a ela - e, sobretudo, que ela seja efetiva como resultado prático do processo.⁶⁵

Além disso, a efetividade exige que a solicitação posta em juízo se torne efetiva em favor do solicitante, em outras palavras, “o famoso ‘ganhou mas não levou’ é inadmissível dentro de ideal de acesso à ordem jurídica justa”.⁶⁶

Considerando as premissas estabelecidas tem-se que a legislação estabelece regras processuais abertas possibilitando àquele que busca a tutela jurisdicional construir o modelo processual adequado e ao julgador o poder de estabelecer a técnica processual adequada para o correto exercício do poder jurisdicional.⁶⁷

Por outro lado, uma vez quebrada a inércia de jurisdição compete ao Estado-juiz prestar a tutela jurisdicional eficaz e efetiva, respeitando a isonomia processual da partes, de forma imparcial, com base ainda no contraditório efetivo e na ampla defesa, de forma a conceder a tutela jurisdicional nos preceitos constitucionais.

1.5 PROCESSO E SUA NATUREZA JURÍDICA

Três análises são relevantes nesta primeira parte do trabalho. A primeira delas foi a respeito da jurisdição. O segundo ponto relevante é a definição de ação, que pode ser estabelecida como o direito subjetivo garantido a qualquer pessoa de buscar a tutela jurisdicional.

Considerando que a jurisdição somente se inicia se for provocada, o direito de ação se consubstancia como este direito subjetivo daquele que teve sua pretensão resistida de buscar a

⁶⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processo Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros. 2013, v.1, p. 94.

⁶⁶ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito Processual Civil*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013, p. 24.

⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008, p. 120.

tutela jurisdicional. Com o exercício do direito de ação o interessado exige que o Estado-juiz aprecie sua irresignação.⁶⁸

Cabe registrar:

A parte, frente ao Estado-juiz, dispõe de um poder jurídico, que consiste na faculdade de obter a tutela para os próprios direitos ou interesses, quando lesados ou ameaçados, ou para obter a definição das situações jurídicas controvertidas. É o direito de ação, de natureza pública, por referir-se a uma atividade pública, oficial, do Estado.⁶⁹

Cumprido consignar que o sistema pátrio consigna a teoria eclética da ação, portanto, a busca da tutela jurisdicional é independente da efetiva existência do direito material.

A simples indicação da existência de eventual insatisfação jurídica é suficiente para a quebra da inércia judicial e busca de uma tutela jurisdicional. O cabimento ou não da pretensão será matéria atinente ao julgamento. Portanto, em linhas gerais o direito de buscar a tutela estatal não necessita da efetiva existência do direito material.

Tanto assim que ao quebrar a inércia de jurisdição o demandante apresenta dois pedidos: um imediato, também chamado de pretensão processual, que é o de atuação do Estado-juiz na prestação de uma tutela jurisdicional plena e efetiva; um mediato ou seja decorrente do primeiro, chamado de pretensão material, que consiste em buscar perante o Poder Judiciário o bem da vida descrito numa norma de conduta (direito material). Este segundo somente será concedido (se efetivamente existir) em razão do primeiro pedido.

Este direito subjetivo de buscar a jurisdição e de obter um pronunciamento estatal se completa com o terceiro conceito relevante neste capítulo que é o de processo.

Para exercício de sua função jurisdicional o Estado cria todos os órgãos especializados (fóruns e tribunais) com os juízes devidamente investidos na função, sendo que claramente eles não podem agir de forma discricionária. Todos estão subordinados a um sistema de atuação que se denomina processo. Portanto, processo é o instrumento pelo qual se instrumentaliza a jurisdição.

Por sua vez, pode-se expressar que procedimento diz respeito às técnicas que serão adotadas no processo para solução do conflito posto em discussão em juízo.

A respeito da natureza jurídica do processo é praticamente consenso afirmar-se que o mesmo possui atualmente característica eminentemente publicista, em contraponto ao sistema privatista do direito processual civil romano. Naquele tempo, o processo decorria de um contrato estabelecido entre as partes (*litiscontestatio*), donde surgia um acordo das partes

⁶⁸ BERMUDES, Sergio. *Introdução ao Processo Civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Forense, 2010, p. 33.

⁶⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 57. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. I, p. 150.

aceitarem a decisão proferida. Na atualidade o processo revela a função soberana do Estado que detém total poder para impor sua decisão.⁷⁰

A visão do processo como contrato mostra-se descabida, já que primeiramente tem-se que inexistente vontade das partes em estarem ou não em juízo. Tem-se a força soberana do Estado e o processo existe independentemente e da vontade do demandado. Da mesma forma, a decisão proferida deve ser respeitada pelas partes independentemente de sua anuência aos termos dela. Em suma, falta um elemento claro do contrato que é a liberalidade, seja na aceitação ou na formulação.

Por conta disto, formulou-se nos séculos XVIII e XIX a teoria do quase-contrato, já que, o processo não se encaixaria como contrato e tampouco como ato ilícito ou quase-delito, razão pela qual, a única fonte de obrigações possível de sustentar seria esta. De toda sorte, nos ensinamento de Artur César de Souza esta forma de pensar possuía um erro metodológico claro que era o de enquadrar o processo dentro do direito privado.⁷¹ Neste aspecto, a teoria efetivamente nunca se sustentou.

Tem-se ainda a teoria de James Goldshimidt de que o processo seria uma situação jurídica, onde o vínculo existente entre as partes se caracterizam como uma situação de espera ou expectativa da conduta judicial quanto ao desenrolar do caso apresentado em juízo até uma efetiva decisão final.⁷²

A este respeito, pela teoria da situação jurídica o juiz não se relaciona com as partes, mas apenas age em favor de uma obrigação legal. As partes estão totalmente sujeitas à ordem jurídica e não possuem poder de se inter-relacionamento.⁷³

Várias outras acepções foram apresentadas, sendo que nenhuma delas era capaz de apontar exatamente o objetivo de atuação Estatal em razão da jurisdição. Efetivamente, somente com a construção da tese do processo como relação jurídica, foi possível iniciar um caminho seguro na construção de sua natureza jurídica.

Nesta concepção sistematizada por Oskar Von Bülow, o processo possui dois planos de ação, um primeiro onde se vislumbra o direito material em discussão no caso e um segundo de direito processual que abrange a discussão de direito material.⁷⁴

Neste sentido ensina Marinoni:

⁷⁰ CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 296.

⁷¹ SOUZA, Artur Cesar de. *Contraditório de Revelia*. São Paulo: RT, 2003, p. 113/114.

⁷² *Ibidem*, p. 114.

⁷³ *Ibidem*. p. 115.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 118.

A relação jurídica processual teria sujeitos (juiz, autor e réu), objeto (prestação jurisdicional) e pressupostos próprios (propositura da ação, capacidade para ser parte e investidura na jurisdição daquele a quem é dirigida). [...] A partir da propositura da ação se formam vínculos jurídicos entre as partes e o Estado-juiz, os quais passam a ter poderes, direitos, faculdades e os correlatos deveres, obrigações, sujeições e ônus. Isso caracterizaria a relação jurídica processual.⁷⁵

Ainda neste contexto, pode-se estabelecer que:

As partes e o juiz se encontram recíproca e simultaneamente vinculados por direitos e deveres: a relação jurídica confere ao autor e ao réu direito à jurisdição, que invocam, aquele através da ação, e este por meio da exceção. O Estado é o devedor desse direito e, por seu turno, tem o direito de impor sua vontade aos litigantes, que só podem acatá-la, como ato da autoridade do Estado. As partes têm o direito de exigir uma da outra o acatamento às decisões judiciais e uma conduta compatível com a dignidade do processo e o dever correspondente. Essa reciprocidade de direitos e deveres, que compõem a relação jurídica processual, estende-se aos demais sujeitos do processo, de modo que cada um é credor de todos e todos são devedores de cada um.⁷⁶

Absolutamente relevante este tipo de análise para separar completamente as bases e definições de processo e procedimento. Os fundamentos, bases e escopos do processo não se confundem com os atos que devem ser praticados em seu interior. A análise do processo deve se dar intimamente com o sistema constitucional em vigor, a partir disto é possível estabelecer-se a respeito dos atos procedimentais praticados.

Além disso, Marinoni pontuava que esta base de relação jurídica processual não representava efetivamente os interesses do processo no sistema contemporâneo. Para tanto, ele defendia o aprofundamento do contraditório dentro do processo.⁷⁷

No mesmo sentido:

Em tempos mais recentes, na Itália surgiu o novo pensamento de Elio Fazzalari, repudiando a inserção da relação jurídica processual no conceito de processo. Fala do 'módulo processual' representando pelo procedimento realizado em contraditório e propõe que, no lugar daquela, se passe a considerar como elemento do processo essa abertura à participação, que é constitucionalmente garantida.⁷⁸

Em verdade percebe-se não existir qualquer incompatibilidade entre os sistemas, tanto assim que o novo sistema processual adotou a regra do contraditório efetivo e da cooperação entre as partes, da mesma forma que manteve uma perspectiva publicista do processo. A partir

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008, p. 392.

⁷⁶ BERMUDEZ, Sergio. *Introdução ao Processo Civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Forense, 2010, p. 80.

⁷⁷ MARINONI, *op. cit.*, p. 409.

⁷⁸ CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 303.

da análise da Constituição Federal possível se constatar que o contraditório efetivo nada mais é o do que o exercício do devido processo legal.

O processo se revela como um instrumento do Estado prestar sua tutela jurisdicional. Não se pode retirar esta força garantida ao Estado de fazer e impor sua vontade e decisão. Todavia, neste sistema moderno deve-se garantir democraticamente a participação de todos os envolvidos para uma solução justa e viável da lide.

Em suma, a atuação do processo pelo procedimento deve garantir que todos participem do trâmite da ação, de forma efetiva e participativa, para que se tenha uma decisão legítima.

Portanto, o processo se constitui como uma relação jurídica em contraditório, onde todas as partes possuem direitos e deveres e as argumentações das partes devem ser objeto de análise do juiz que continua sendo o gestor desta relação, já que, uma vez quebrada a inércia processual com o exercício do direito de ação compete ao juiz determinar o andamento do trâmite processual para que se obtenha uma solução de mérito justa, tempestiva, efetiva e satisfativa.

Relevante ensinamento de Sérgio Bermudes aponta que num mesmo processo é possível vislumbrar duas realidades, a do microprocesso e a do macroprocesso. No primeiro caso a análise é feita de acordo com as partes litigantes, onde, elas possuem unicamente o interesse de solucionar aquele litígio. Por sua vez, no macroprocesso deve-se observar a autoridade do Estado com vistas a cessar o conflito, criar a pacificação social e tutelar um interesse socialmente relevante.⁷⁹

O processo não é apenas solução dos conflitos individuais, mas sim, ultrapassa os limites da lide, inclusive sob o ponto de vista pedagógico para ensinar a todos os jurisdicionados como cumprir o comando legal.

Nesta premissa compete ao Estado prestar a tutela jurisdicional, razão pela qual, a ele compete impor todas as técnicas procedimentais viáveis para que o processo cumpra a efetivação da jurisdição. Ademais, como visto, o processo não se constitui unicamente para resolver problemas individuais, mas sim, possui um fim social e como tal deve ser tratado.

Pode-se estabelecer claramente que:

O processo está voltado à tutela de uma ordem superior de princípios e de valores que estão acima dos interesses controvertidos das partes (ordem pública) e que, em seu conjunto, estão voltados à realização do bem comum. A preponderância da ordem pública sobre os interesses privados em conflito manifesta-se em vários pontos da dogmática processual, tais como, por

⁷⁹ BERMUDES, Sergio. *Introdução ao Processo Civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Forense, 2010, p. 80.

exemplo, na garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição, na garantia do juiz natural, no impulso oficial, no conhecimento de ofício (objeções) e na autoridade do juiz, na liberdade de valoração das provas, no dever de fundamentação das decisões judiciais, nas nulidades absolutas, nas indisponibilidades, no contraditório efetivo e equilibrado, na ampla defesa, no dever de veracidade e de lealdade, na repulsa à litigância de má-fé etc.⁸⁰

Portanto, os fins públicos buscados pelo processo preponderam sobre os interesses meramente individualistas. A atuação do Estado-juiz deve primar pelos direitos e garantias constitucionais, mesmo que para tanto tenha que se eliminar fins individualistas almejados no processo.

Neste sentido:

Diante da nova estrutura de processo contemporâneo, não há mais como se aceitar que o processo é uma coisa ou negócio das partes, como se fosse um jogo.

Ao contrário, o processo, ou seja, o instrumento do poder tem seu desenvolvimento por meio de uma relação jurídica em contraditório, não pertence às partes, pois é um instituto abstrato de consolidação da democracia constitucional.⁸¹

Esta linha publicista caracteriza-se ainda pela ampliação dos poderes do juiz, especialmente com instituição de cláusulas abertas no sistema e aumento da força jurisprudencial.⁸²

Por sua vez, exsurge no direito comparado um modelo de atuação jurisdicional denominado garantista, que numa ideia de controle das arbitrariedades dos juízes, privilegia o princípio da autonomia da vontade, donde, segundo seus defensores, busca-se prestigiar as garantias do processo e direitos fundamentais.⁸³

O Código de Processo Civil em vigor se estrutura exatamente nas duas vertentes, sendo que, em alguns momentos concede maiores poderes ao julgador para exercício da jurisdição, ao passo que em outros momentos tenta estabelecer esta prevalência da autonomia da vontade das partes.

Todavia, a partir dos estudos efetuados e do processo constitucional, mostra-se patente que a análise do sistema processual deve levar em conta os pressupostos e fundamentos

⁸⁰ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória-ES: ano 1, n. 6, fev/2007, p. 1-44. Disponível em <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_2.2_2007_1-44/64>. Acesso em 28 nov. 2016.

⁸¹ SOUZA, Artur Cesar de. *Das Normas Fundamentais do Processo Civil: Uma Análise Luso-brasileira Contemporânea*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 68.

⁸² ALMEIDA, Marcelo Pereira. A Jurisdição na perspectiva publicista e privatista em países que adotam o modelo civil law no contexto da solução de demandas individuais de massa. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro-RJ: v. 14, n. 53, 2011, p. 265-290. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista53/Revista53_265.pdf>. Acesso em 30 nov. 2016.

⁸³ *Idem*.

constitucionais. A partir disto é possível construir a adequada norma jurídica para aplicação ao caso concreto.

Neste sentido nas lições de Artur Cesar de Souza “através da tutela constitucional do processo, evita-se que o legislador ordinário institua leis processuais irrazoáveis que virtualmente possam impedir as partes de realizar a defesa de seus direitos ou de os juízes reconhecer suas razões”. Em arremate o doutrinador expressa que criar lei neste sentido “desconfigura o processo jurisdicional no regime democrático do Estado de Direito”.⁸⁴

Considerando que cabe ao julgador dizer o direito de acordo com a Constituição Federal, pode-se estabelecer também que a interpretação das normas processuais devem ser feitas levando em consideração as premissas constitucionais, inclusive reconhecendo eventual inconstitucionalidade da lei.

O processo judicial no sistema constitucional em vigor se mostra como relação jurídica em contraditório, onde, as partes possuem o direito efetivo de apresentar suas manifestações e das mesmas fundamentarem as decisões prestadas. Ao juiz compete garantir a efetividade destes direitos e atuar no processo de acordo com os ditames constitucionais.

1.6 GARANTIAS PROCESSUAIS CONSTITUCIONAIS

O pressuposto deste trabalho consiste na sustentação de que todo o processo judicial deve ser interpretado e aplicado de acordo com os ditames da Constituição. Nesta premissa, cabe reconhecer a supremacia da Magna Carta em relação às normas processuais.

Cabe analisar, portanto, princípios e normas gerais específicos do texto constitucional que serão determinantes para posterior confrontação neste trabalho com a almejada autonomia da vontade no processo em confronto com o dirigismo do processo pelo juiz.

Neste sentido:

O processo, ou seja, o instrumento do poder desenvolvimento por meio de uma relação jurídica em contraditório, não pertence às partes, pois é um instituto abstrato de consolidação da democracia constitucional.

Em que pese as partes tenham, de certa forma, disponibilidade em relação ao objeto de direito material, tal disponibilidade não alcança a relação jurídica processual, a qual deverá ser conduzida de acordo com os ditames e princípios constitucionais.⁸⁵

⁸⁴ SOUZA, Artur Cesar de. *Das Normas Fundamentais do Processo Civil: Uma Análise Luso-brasileira Contemporânea*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 29.

⁸⁵ *Idem*.

Cumpra analisar alguns direitos e garantias processuais constitucionais em consonância com os regramentos já expostos da dignidade da pessoa humana e demais objetivos da República Federativa do Brasil expostos no art. 3º da Magna Carta.

1.6.1 Devido processo legal

Previsto no art. 5º, LIV da CF o devido processo legal constitui-se como a estrutura mestra de todos os demais princípios, ou seja, funciona como princípio-base norteador de todos os demais. Importante análise deve ser feita no sentido de que o devido processo legal exige um processo justo.

Aliás, pode-se citar críticos à nomenclatura desta garantia processual, devendo ser efetivamente analisada sob a ótica do direito fundamental ao processo justo.⁸⁶

Dentro desta premissa de processo justo, cabe ao julgador observar todos os princípios de ordem processual e parâmetros estabelecidos pela Constituição Federal na condução do processo e tutela dos direitos materiais.⁸⁷ Qualquer atitude processual que incorra na retirada do direito fundamental a um processo justo está fadada à flagrante inconstitucionalidade.

O termo processo justo revela-se como uma cláusula geral sem descrição precisa de sua forma de aplicação. De toda sorte, é possível estabelecer um perfil mínimo do que ele seria. Assim, processo justo é aquele “pautado pela colaboração do juiz para com as partes. O juiz é paritário no diálogo e assimétrico apenas no momento da imposição de suas decisões”. Exige-se ainda que as partes estejam em igualdade e com paridade de armas, no exercício do contraditório efetivo, com ampla defesa e direito à produção de prova, perante juiz natural. Os pronunciados devem ser previsíveis, confiáveis e motivados, com duração razoável, públicos, prestando tutela jurisdicional adequada e efetiva.⁸⁸

Cumpra argumentar que o Estado Democrático de Direito baseia-se em direitos fundamentais que devem ser reconhecidos e aplicados pelo processo, fazendo com este seja um instrumento de efetivação da ordem constitucional.⁸⁹

Tem-se ainda uma moderna concepção de que o devido processo legal exige uma atuação justa, neste sentido:

⁸⁶ SCARLET, Ingo, MARINONI, Luis Guilherme, MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 730.

⁸⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito Processual Civil*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013, p. 63.

⁸⁸ SCARLET; MARINONI; MITIDIERO. *op. cit.* p. 733.

⁸⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 57. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. I, p. 49.

Nessa moderna concepção de processo justo, entram preocupações que não se restringem aos aspectos formais ou procedimentais ligados à garantia de contraditório e ampla defesa. Integram-se também escopos de ordem substancial, quando se exige do juiz que não seja apenas a ‘boca da lei’ a repetir na sentença a literalidade dos enunciados das normas ditadas pelo legislador. Na interpretação e aplicação do direito positivo, ao julgar a causa, cabe-lhe, sem dúvida, uma tarefa integrativa, consistente em atualizar e adequar a norma aos fatos e valores em jogo no caso concreto. O juiz tem, pois, de complementar a obra do legislador, servindo-se de critérios éticos e consuetudinários, para que o resultado final do processo seja realmente justo no plano substancial. É assim que o processo será, efetivamente, um instrumento de justiça.⁹⁰

Exige-se, pois, pelo devido processo legal uma atuação do juiz no processo de forma com que o resultado final da lide seja justo, para tanto, deve se utilizar de todas as técnicas possíveis para apurar a melhor interpretação normativa.

Um dos princípios defendidos no processo consiste na busca da verdade real. Isto porque, no plano da análise fático-probatória comumente as partes faltam com a verdade na busca da tutela jurisdicional. O CPC vigente apresenta a partir de seu art. 77 os deveres das partes na atuação processual, donde se obtém no inciso I do referido artigo a obrigação de expor os fatos no processo conforme a verdade.

O resultado justo do processo objeto do devido processo legal respalda essa busca da verdade real, inclusive com a aplicação de punições àqueles que de qualquer forma altera a realidade dos fatos (arts. 79 e 80 do CPC).

Ainda como mecanismo de equilibrar o formalismo do processo, encontra-se a necessidade de que as partes e o juiz atuem de forma colaborativa (art. 6º do CPC), dividindo entre todos os trabalhos da relação processual.⁹¹

Este modelo cooperativo pode ser estruturado a partir de pressupostos culturais em três enfoques: social, lógico e ético.

No aspecto social tem-se que o Estado-juiz não pode ser visto como inimigo das partes, sendo que, assim como na sociedade todas as pessoas devem ser colaborativas no sentido de buscar o crescimento e desenvolvimento para obtenção de proveitos mútuos, no processo o poder estatal não pode manter-se em total abstenção, cabendo-lhe cumprir seus deveres constitucionais em conjunto com as partes. No aspecto lógico se torna definitivo a

⁹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 57. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. I. p. 28.

⁹¹ SCARLET, Ingo, MARINONI, Luis Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 737.

dialética e a argumentação jurídica. No campo ético, o processo é pautado o máximo possível na busca da verdade, atuando todos os envolvidos com boa-fé objetiva e subjetiva.⁹²

Visando dar efetividade ao princípio da colaboração, compete ao juiz esclarecer as partes quando existirem dúvidas; prevenir as partes quanto à utilização errônea do processo; consultar as partes antes de tomar qualquer tipo de decisão; auxiliar dificuldades das partes no exercício de direitos, faculdades ou ônus processuais.⁹³

Noutro ponto, para se obter o resultado justo do processo deve o juiz garantir às partes respeito irrestrito a todos os meios e mecanismos de demonstração de seu direito. Possível apreciar ao menos sob três perspectivas a garantia à tutela jurisdicional, sendo elas acesso à justiça; adequação da tutela; efetividade da tutela.

Quanto ao acesso à justiça admite-se de forma ampla a tutela de direitos individuais e difusos/coletivos de forma preventiva e repressiva. Admite-se ainda a gratuidade de justiça aos necessitados, o que permite concluir a possibilidade de cobrança de taxas para atuação estatal, havendo gratuidade apenas aos efetivamente pobres.

Essas foram as duas primeiras vertentes analisadas ao longo do tema no Ocidente como forma de garantir o pleno acesso à justiça.⁹⁴

Argumenta-se ainda que a tutela jurisdicional deve ser plena no sentido de garantir a correta cognição em razão do direito posto em juízo; distribuição correta do ônus da prova; técnicas de antecipação de provimentos face a urgência ou evidência do pedido; mecanismos de execução idôneos.⁹⁵

Tais mecanismos são indispensáveis para garantia da efetividade da tutela jurisdicional. Em suma, o Estado deve proporcionar a transferência da pretensão do plano jurídico para o plano fático, fazendo com que aquilo que foi pleiteado se torne prático.

Diante disto, o devido processo legal garante acesso à ordem jurídica justa, o que corrobora com o caráter publicista do processo e a imposição de vontades do juiz na consecução deste objeto, até porque a relação processual não se revela apenas no intuito das partes envolvidas, mas para toda coletividade.

⁹² SCARLET, Ingo, MARINONI, Luis Guilherme, MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 738/739.

⁹³ *Ibidem*, p. 741.

⁹⁴ CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris. 1998, p. 12.

⁹⁵ SCARLET; MARINONI; MITIDIERO. *op. cit.* p. 747.

1.6.2 Contraditório e ampla defesa

O contraditório efetivo encontra-se expresso nos art. 7º, 9º e 10º do vigente Código de Processo Civil (além do art. 5º, LV da CF), visando garantir o processo justo e igualitário.

Neste aspecto, no moderno sistema processual, desde o sustentáculo constitucional (devido processo legal) e com fincas nas disposições da nova legislação processual ora analisadas, o contraditório não consiste apenas em oportunizar que a parte contrária se manifeste nos autos, mas sim, permitir que ela possa influenciar no andamento processual e no julgamento de mérito.

O contraditório, outrora visto como dever de audiência bilateral dos litigantes, antes do pronunciamento judicial sobre as questões deduzidas separadamente pelas partes contrapostas, evoluiu, dentro da concepção democrática do processo justo idealizado pelo constitucionalismo configurador do Estado Democrático de Direito. Para que o acesso à justiça (CF, art. 5º, XXXV) seja pleno e efetivo, indispensável é que o litigante não só tenha assegurado o direito de ser ouvido em juízo; mas há de lhe ser reconhecido e garantido também o direito de participar, ativa e concretamente, da formação do provimento com que seu pedido de tutela jurisdicional será solucionado.

Quer isto dizer que nenhuma decisão judicial poderá, em princípio, ser pronunciada sem que antes as partes tenham tido oportunidade de manifestar sobre a questão a ser solucionada pelo juiz. O contraditório, nessa conjuntura, tem de ser prévio, de modo que ao julgador incumbe o dever de primeiro consultar as partes para depois formar seu convencimento e, finalmente, decidir sobre qualquer ponto controvertido importante para a solução da causa, ou para o encaminhamento adequado do processo a seu fim.

O que prevalece, portanto, é que o contraditório do *processo justo* vai além da bilateralidade e da igualdade de oportunidades proporcionadas aos litigantes, para instaurar um *diálogo entre o juiz e as partes*, garantindo ao processo `uma atividade verdadeiramente dialética`, em proporções que possam redundar não só em um *procedimento justo*, mas também em uma *decisão justa*, quanto possível.⁹⁶

A parte tem o direito de se pronunciar no processo e de ver suas argumentações sendo levadas em consideração na formulação das decisões. Em outras palavras, suas alegações, caso não aceitas, devem ser rebatidas demonstrando claramente o fundamento de não aceitação da alegação apresentada. É a concretização da dialeticidade e argumentação jurídica como mecanismo de um processo justo, nos termos apresentados no tópico anterior.

⁹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 57. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. I, p. 86.

Esta situação deve ocorrer em todo o momento do processo, garantindo-se sempre que a parte tenha direito de replicar contra nova alegação ou pedido do adversário, bem como em razão de iniciativas do juiz que possa causar-lhe qualquer prejuízo.⁹⁷

Juntamente com o contraditório encontra-se expressamente consignado no texto constitucional o direito à ampla defesa, que se constitui num primeiro momento como a garantia máxima de que o demandado pode usar todos os meios legalmente e moralmente aceitáveis para promover sua defesa, mas que também, numa análise conjunta com o devido processo legal, se consubstancia com o direito que ambas as partes possuem de produção irrestrita de todos os meios de prova para demonstração de seus direitos, salvo se efetivamente impertinentes, cabendo ao juiz o seu controle.

Dentro dessas premissas de atuação do processo tem-se os chamados princípios inquisitivo e dispositivo. No primeiro (inquisitivo) tem-se que a toda a atuação do processo transcorre por iniciativa do próprio juiz. Ao passo que no segundo o processo transcorre sempre por vontade das partes.

Conforme adverte Humberto Theodoro Junior modernamente não se verifica nenhum dos dois princípios de forma isolada na legislação, sendo que, o sistema processual adota um sistema misto com preceitos tanto de um quanto de outro.⁹⁸

De toda sorte, quando se busca a tutela jurisdicional passa a vigorar outro preceito de natureza pública que é a preocupação da justa solução do conflito. Neste fundamento de efetividade, justiça e caráter publicista do processo, entra em pauta a busca da verdade real como consequência.

Caracteriza-se como injusta uma decisão baseada em falsa verificação dos fatos aduzidos no processo, concluindo-se que a verdade é pressuposto de um processo justo. A única restrição específica diz respeito à inadmissibilidade de prova obtida por meio ilícito (art. 5º, LVI da CF), ou seja, aquela obtida de forma contrária ao direito material ou processual. Muito embora em situações especiais admite-se no processo civil a utilização de prova obtida ilicitamente, desde que criteriosa fundamentação para tal utilização.⁹⁹

A respeito da possibilidade de que o juiz atue na obtenção de provas, pode-se estabelecer que:

⁹⁷ SOUZA, Artur Cesar de. *Das Normas Fundamentais do Processo Civil: Uma Análise Luso-brasileira Contemporânea*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 185.

⁹⁸ THEODORO JÚNIOR, *Curso de Direito Processual Civil*. 57. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. I, p. 70.

⁹⁹ SCARLET, Ingo, MARINONI, Luis Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 769/772.

O princípio da livre investigação permite ao juiz determinar provas, por sua própria conta, porque não apenas o processo penal, como também o civil, de conteúdo publicístico, se empenha na descoberta da verdade para a justa composição da lide. O princípio da livre apreciação das provas (art. 131) dá liberdade ao juiz para lhes atribuir o valor que elas merecerem, sem estabelecer uma hierarquia dos meios probatórios, na qual uma prova valesse mais que a outra.¹⁰⁰

Pode-se concluir que as partes possuem direito irrestrito à produção de provas, não cabendo ao juiz proibir a sua realização (salvo se efetivamente inúteis ou protelatórias – art. 370, parágrafo único do CPC). Por seu turno, a possibilidade de o juiz produzir provas de ofício possui dois entendimentos plausíveis, conforme analisado no quarto capítulo deste trabalho. Por fim, o julgador possui total liberdade no momento de apuração e valoração das provas produzidas.

1.6.3 Igualdade processual

O princípio da isonomia processual determina o tratamento paritário dos sujeitos do processo durante todos os atos praticados, conforme preconiza, inclusive, o art. 5º, I da CF:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.¹⁰¹

Importante entendimento acerca do assunto:

As partes deverão merecer tratamento *paritário*, devendo o juiz zelar pelo “efetivo contraditório” (art. 7º): a igualdade de tratamento não pode se dar apenas formalmente. Se os litigantes se acham em condições econômicas e técnicas desniveladas, o tratamento igualitário dependerá de assistência judicial para, primeiro, colocar ambas as partes em situação paritária de armas e meios processuais de defesa. Somente a partir desse equilíbrio processual é que se poderá pensar em tratamento paritário no exercício dos poderes e faculdades pertinentes ao processo em curso. E, afinal, somente em função dessas medidas de *assistência* judicial ao litigante hipossuficiente, ou carente de adequada tutela técnica, é que o contraditório terá condições de se apresentar como *efetivo*, como garante o art. 7º do NCPC.¹⁰²

¹⁰⁰ BERMUDES, Sergio. *Introdução ao Processo Civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Forense, 2010, p. 80.

¹⁰¹ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm> Acesso em 30 dez. 2016.

¹⁰² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 57. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. I, p. 86.

Trata-se da obrigação do juiz de tratar todas as partes do processo de forma igual, sem privilégios ou benefícios em todos os patamares procedimentais, porém, havendo diferença entre as partes, cabe ao juiz estabelecer situações de eliminação destas diferenças e colocar todos numa mesma competência processual.

É o que se chama de aplicação da isonomia ou paridade substancial e não formal. O que significa dizer que no processo incumbe ao juiz fazer com que as partes estejam sempre em iguais condições ou em paridade de armas.

Em verdade, como adverte Artur Cesar de Souza, a legislação dificulta essa equalização das partes, mormente quando se trata de pessoas mais pobres litigando. Estas em geral são atendidas por defensores públicos, que em regra estão abarrotados de serviço e grandes dificuldades possuem para atender o cidadão com qualidade. Por conta disto, o autor defende a possibilidade da parcialidade positiva do juiz, onde lhe incumbirá conhecer profundamente todas as desigualdades existentes naquele processo específico, usando, pois, dos mecanismos legais para sua eliminação ou diminuição.¹⁰³

Ainda neste assunto, o Código de Defesa do Consumidor (CDC) foi um dos primeiros instrumentos infraconstitucionais a obrigar os juízes a atuarem de forma a facilitar o consumidor na defesa de seus direitos, pregando inclusive pela inversão do ônus da prova que competiria ao consumidor, conforme art. 6º, inc. VIII do CDC: “a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências”.¹⁰⁴

No novo sistema processual um importante sistema processual criado foi o da possibilidade da distribuição dinâmica do ônus da prova, nos termos do art. 373, § 1º do CPC.

Inicialmente, tem-se como regra geral a distribuição estática do ônus probatório, previsto no *caput* do art. 373 do CPC, donde, observa-se que deve provar o fato aquele que o alegou.

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.¹⁰⁵

¹⁰³ SOUZA, Artur Cesar de. *Das Normas Fundamentais do Processo Civil: Uma Análise Luso-brasileira Contemporânea*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 198/206.

¹⁰⁴ BRASIL. *Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 05 jan. 2017.

¹⁰⁵ BRASIL. *Lei 13.105 de 17 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 30 dez. 2016.

No que diz respeito à distribuição estática do ônus da prova:

Diante da regra de distribuição estática do *onus probandi*, traduzida no art. 373 do novo CPC, estabelecem-se as premissas de que (i) as partes, uma vez completada a fase postulatória do procedimento de cognição, sabem que fatos haverão de ser provados, e (ii) o que cada uma delas deverá se encarregar de provar.

A regra geral da lei é que, em princípio, quem alega um fato atrai para si o ônus de prová-lo.

Dentro desse sistema legal, a partilha do ônus de provar é muito simples: (i) ao autor cabe a prova do fato constitutivo do seu direito; e (ii) ao réu, incumbe provar a existência de fato que impeça, modifique ou extinga o direito do autor.

A aplicação da partilha estática do ônus da prova se vale da premissa de que as partes litigam em condições equânimes de acesso à prova, de maneira que os encargos em questão seriam objeto de repartição legal equilibrada.¹⁰⁶

Todavia, observa-se que esta aplicação da distribuição estática limita-se ao caso onde as partes estão em situação equivalente. Ao passo que, não havendo esta equivalência surge a necessidade do juiz aplicar uma forma o modelo diferenciado, qual seja, a distribuição dinâmica do ônus da prova.

Fala-se em *distribuição dinâmica do ônus probatório*, por meio da qual, no caso concreto, conforme a evolução do processo, seria atribuído pelo juiz o encargo de prova à parte que detivesse conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos discutidos na causa, ou, simplesmente, tivesse maior facilidade na sua demonstração. Com isso, a parte encarregada de esclarecer os fatos controvertidos poderia não ser aquela que, de regra, teria de fazê-lo.

Na primeira hipótese, duas situações podem recomendar a atribuição do ônus da prova de modo diverso do legalmente estabelecido de maneira estática:

(a) a parte que ordinariamente tinha o encargo da prova acha-se diante da *impossibilidade* ou de *excessiva dificuldade* de cumpri-lo, no caso dos autos;

(b) a parte que ordinariamente não tinha o encargo da prova se acha, no caso dos autos, em condição de “maior facilidade de obtenção da prova do *fato contrário*”.

Além dessas hipóteses expressamente arroladas pelo art. 373, § 1º, do NCPC, é admissível a alteração dinâmica do ônus da prova, com base no comportamento processual, quando ele se mostrar ofensivo ao princípio da boa-fé.

É necessário, todavia, que os elementos já disponíveis no processo tornem verossímil a versão afirmada por um dos contendores e que o juiz, na fase de saneamento, ao determinar as provas necessárias, defina também a nova responsabilidade pela respectiva produção (art. 357, III).¹⁰⁷

¹⁰⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 57. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. I, p. 900.

¹⁰⁷ *Idem*.

Compete, pois, ao juiz adequar o ônus da prova de acordo com as possibilidades das partes no processo, nos termos da igualdade consignada no texto constitucional.

Além desta igualdade no processo, é necessário estabelecer que haja também a igualdade pelo processo. Neste sentido, deve-se garantir que a atuação estatal seja igualitária para todos aqueles que buscarem a tutela jurisdicional, garantindo uma segurança jurídica e prévia forma de planejamento dos atos praticados. Exige-se, para tanto, a utilização dos precedentes obrigatórios, a fim de que os julgadores apliquem sempre o entendimento consolidado acerca do assunto, tal qual determina o art. 927 do vigente Código de Processo Civil.

1.6.4 Publicidade dos julgamentos e fundamentação das decisões

A Constituição Federal prescreve em seu art. 93, inciso IX que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário devem ser públicos, o que foi repetido no artigo 11 do CPC vigente. Registre-se, ainda, que a administração pública deve respeitar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, como estabelece o art. 37, caput da CF, acrescentando-se a proporcionalidade e a razoabilidade (art. 8º do CPC).

O princípio da publicidade consiste em divulgação oficial de todos os atos praticados, e também possibilitar que qualquer pessoa tenha acesso e conhecimento acerca da forma de desenvolvimento da atuação do Poder Público.

No âmbito do Poder Judiciário trata-se de medida que visa evitar decisões imorais ou ilegais na medida em que a publicidade garante a todos o conhecimento da maneira como o Poder Judiciário exerce sua atividade e administra a justiça. Há situações, porém, que a ordem pública, a moralidade ou os direitos de personalidade inerentes à dignidade da pessoa humana justificam o segredo de justiça.

Considerando o macroprocesso tal qual descrito acima, a publicidade de atuação deve ser absolutamente a regra para se garantir a atuação do judiciário na busca da paz social. Segredo de justiça, neste aspecto, somente nos casos especificados em lei, nunca como forma de esconder a atuação jurisdicional ou de preservar condutas praticadas por poderosos ou detentores de poder e dinheiro.

Como bem leciona Artur César de Souza deve-se tomar em conta a chamada publicidade mediata efetuada pelos veículos de comunicação que dão publicidade ao processo para toda a opinião pública e por vezes pode mudar os rumos do processo.¹⁰⁸

Neste sentido, processo justo é aquele onde não existe influência externa que possa macular a imparcialidade do julgamento, ou o efetivo direito ao contraditório e ampla defesa.

Por outro lado, tem-se neste mesmo art. 93, inciso IX da CF a obrigação de que todas as decisões proferidas sejam devidamente fundamentadas, o que significa dizer que o juiz deve embasar sua decisão no aspecto fático probatório e no direito material garantidor ou não do pleito.

A necessidade de fundamentação da decisão e motivação das decisões judiciais, que se consubstanciam efetivamente como análise do contraditório moderno, já que, ordenam ao julgador a obrigação de analisar todos os argumentos apresentados pelas partes (dialeiticidade argumentativa). Em suma, o contraditório não se trata apenas do direito de falar nos autos, mas sim, de argumentar e ver suas argumentações analisadas e aceitas ou fundamentadamente rejeitadas.

Muito embora não se possa exigir que o juiz chegue a uma verdade plena acerca dos fatos levados ao seu conhecimento, lhe incumbe indicar de forma precisa e suficiente as razões determinantes para aquela decisão.

Ao motivar, o juiz deve “fazê-lo de forma expressa, clara e coerente, de maneira a que as partes e terceiros possam compreender a decisão e, se for o caso, impugná-la, exercendo o controle sobre a correção do pronunciamento”.¹⁰⁹

Quanto à necessidade de motivação das decisões judiciais, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery esclarecem que:

[...] como extensão do poder estatal, e como entidade imparcial no processo, o juiz deve expor os motivos que lhe formaram o convencimento [...], como mostra de que o dever do Estado de distribuir justiça foi cumprido, e também como expressão do princípio do contraditório e ampla defesa (CF 5.º LV). A falta ou deficiência na fundamentação acarreta *nulidade*, conforme previsão expressa da CF, art. 93, IX.¹¹⁰

Acrescenta-se:

A motivação da sentença tem por escopo imediato demonstrar ao próprio juiz, antes mesmo que às partes, a *ratio scripta* que legitima o decisório, cujo teor se encontrava em sua intuição; mostra à parte sucumbente que a decisão

¹⁰⁸ SOUZA, Artur Cesar de. *Das Normas Fundamentais do Processo Civil: Uma Análise Luso-brasileira Contemporânea*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 230.

¹⁰⁹ CRUZ e TUCCI, José Rogério (Org.). *Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: AASP, 2015. p. 788.

¹¹⁰ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 1153.

não é fruto da sorte ou acaso, mas da atuação da lei; permite o controle crítico da sentença, possibilitando o dimensionamento da vontade do juiz e a verificação dos limites objetivos do julgado.¹¹¹

Ademais, a decisão judicial deve ser racional e controlável. A racionalidade se verifica quanto a decisão aponte uma fundamentação condizente com os ditames da razão e do raciocínio jurídico. Caso a racionalidade seja observada haverá lugar para o controle da decisão já que será possível a interposição do recurso cabível. Por fim, a decisão deve ter fundamentação clara e compreensível, sem linguagem excessivamente rebuscada e hermética, possibilitando o controle externo da decisão pelas vias democráticas existentes.¹¹²

Numa análise jurídico-política pode-se estabelecer que a fundamentação das decisões proporciona o controle das decisões e evita abusos de poder, permitindo a transparência e o controle externo da atividade jurisdicional.¹¹³

Ratificando, só há fundamentação adequada “quando o juiz indica, para sustentar o próprio convencimento, razões que são objetivamente adequadas, sob o plano lógico e das máximas de experiência, a justificar a decisão”¹¹⁴.

Com efeito, muitas vezes a fundamentação das decisões não levava em consideração todo o alegado pelas partes, desta feita, relevante inserção do novo Código de Processo Civil é o fato de que também a decisão com motivação deficiente será considerada nula.¹¹⁵

Para tanto, apresentou-se no CPC um rol exemplificativo de situações que a lei já caracteriza como condutas que não podem ser adotadas para fundamentação da sentença.

Art. 489 - São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

¹¹¹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 1153.

¹¹² DIDIER JUNIOR, Fredie, *Curso de Direito Processual Civil*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, v.2, p.317/318.

¹¹³ SOUZA, Artur Cesar de. *Das Normas Fundamentais do Processo Civil: Uma Análise Luso-brasileira Contemporânea*. São Paulo: Almedina, 2015, p. 246.

¹¹⁴ NERY JÚNIOR; NERY. *op. cit.*, p. 1154.

¹¹⁵ DIDIER JUNIOR, *op. cit.*, p. 326.

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.¹¹⁶

A respeito disso, argumentou-se que “o novo Código foi severo e minucioso na repulsa à tolerância com que os tribunais vinham compactuando com verdadeiros simulacros de fundamentação, em largo uso na praxe dos juízos de primeiro grau e nos tribunais superiores”.¹¹⁷

Deve-se dizer que a lista de situações previstas no do §1º do art. 489 do CPC vigente é meramente exemplificativa, conforme entendimento que vem sendo adotado na doutrina especializada, que, neste sentido editou o Enunciado 303 do Fórum Permanente dos Processualistas Civis, segundo o qual “as hipóteses descritas nos incisos do §1º do art. 489 são exemplificativas.”¹¹⁸

A decisão judicial deve ser adequadamente fundamentada, mas não necessariamente extensa. A concisão deve ser um valor a ser buscado pelo julgador ao decidir. Exige-se, contudo, que a motivação cumpra sua finalidade e justifique racionalmente o entendimento a ser exarado.¹¹⁹

A fundamentação da decisão respalda um direito das partes envolvidas e corresponde à análise de todos os fatos e fundamentos jurídicos indicados pelos envolvidos. Estas argumentações devem ser apreciadas e justificadas. Resolve-se ainda como relevante meio externo de controle jurisdicional. Ampara o citado acesso à ordem jurídica justa.

¹¹⁶ BRASIL. *Lei 13.105 de 17 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 30 dez. 2016.

¹¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 57. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. I, p. 1062.

¹¹⁸ FÓRUM PERMANENTE DOS PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis, São Paulo, SP, 18, 19, 20 mar. 2016. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-São-Paulo.pdf>> Acesso em 14 dez. 2016.

¹¹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito Processual Civil*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013, p. 808.

1.6.5 Juiz natural

O princípio do juiz natural encontra-se consagrado no art. 5º, inciso LIII da CF que prescreve a regra de que ninguém será processado ou sentenciado senão pela autoridade competente.

Esta garantia constitucional pode ser vista sob alguns aspectos. O primeiro deles estabelece a impossibilidade do promovente escolher o juiz (pessoa natural) ou juízo (vara específica) responsável pela análise do caso.

Isto porque, primeiramente tem-se as regras de competência absoluta, que não precluem e se constituem como norma de ordem pública que obrigam o trâmite processual perante o órgão com competência expressamente determinada na Constituição Federal ou em legislação infraconstitucional, sendo que, inclusive, o desrespeito ao preceito da competência absoluta possibilita a rescisão da coisa julgada material (CPC – art. 966, II).

Além disso, no que pertine à competência relativa existem regras específicas de distribuição e sorteio quando existentes na mesma cidade mais de uma vara com mesma competência, conforme capítulo I do Título III do CPC.

Portanto, as regras de competência absoluta e distribuição para competência relativa são garantias do juízo natural, fazendo com que a escolha do juízo sempre seja aleatória, aplicando-se as regras gerais, abstratas e impessoais de competência.¹²⁰

O segundo aspecto deste princípio reza que não se admitirá o estabelecimento de um órgão específico para o julgamento de uma causa, o que alguns chamam de juízo natural constitucional.¹²¹

As regras de competência para julgamento das causas encontram-se previstas no texto constitucional não sendo permitida qualquer alteração com intuito de julgamento de casos específicos.

Por fim, uma terceira análise permeia a imparcialidade do juiz, condição esta imprescindível para obtenção de um processo justo¹²². Para tanto a lei infraconstitucional trata do impedimento e da suspeição do juiz.

¹²⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito Processual Civil*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013, p. 25.

¹²¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012, v. 1. p. 52.

¹²² *Idem*.

2 NEGÓCIOS JURÍDICOS E CONTRATO

No primeiro capítulo foi efetuada uma análise do sistema adotado pelo Poder Estatal para solução de insatisfações jurídicas, donde se pôde observar tratar-se de atividade eminentemente de direito público exercida pelas normas do processo.

Continuando o estudo, neste capítulo objetiva-se apurar a estruturação normativa dos negócios jurídicos, para posterior confrontação dos institutos no sistema processual.

Os negócios jurídicos possuem fundamentação no direito privado e especialmente no Código Civil. Seu contexto histórico demonstra tratar-se de instituto fundamental para o desenvolvimento econômico e social dos Estados e do próprio capitalismo. Assim, importante acompanhar sua evolução.

Contextualizando o assunto, pode-se dizer que o sistema jurídico faz uma importante separação entre negócio jurídico, fato jurídico e ato jurídico. Relevante, pois, inicialmente especificar os conceitos de cada um deles.

Pode-se dizer que a todo momento ocorrem situações no mundo real que são chamadas de fatos. Estes fatos podem ser causados por conduta dos seres humanos ou circunstâncias da natureza.

Muitas vezes estes fatos ocorrem sem qualquer tipo de importância ou relevância, todavia, por vezes estes atos e circunstâncias podem gerar direitos ou deveres, ocasião em que o fato possui relevância para o sistema legal, gerando o denominado fato jurídico.

O fato jurídico, portanto, é o fato humano ou das coisas que produz consequências jurídicas.¹²³

Os fatos jurídicos são divididos em fatos da natureza (fatos jurídicos em sentido estrito) e os atos jurídicos que são aqueles praticados pelo homem com o propósito de obter efeitos jurídicos.

Estes atos jurídicos se subdividem em atos lícitos e ilícitos (contrários à lei). Os atos ilícitos entram na categoria da responsabilidade civil, já que, uma vez praticados poderão obrigar o praticante a ressarcir prejuízos causados (art. 927 do CC).

Os atos jurídicos lícitos se subdividem ainda em atos jurídicos *strictu sensu*, que é a conduta praticada efetivamente lícita (que também poderá ser objeto de eventual responsabilidade civil), e os negócios jurídicos.¹²⁴

¹²³ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 3.

¹²⁴ MELLO, Marcos de. *Teoria do fato jurídico - plano de validade*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 39/40.

Pode-se definir negócio jurídico como:

Uma espécie entre os atos jurídicos. Equivale a uma declaração de vontade de uma ou mais pessoas capazes, com um sentido ou objetivo determinado, visando a produção de efeitos jurídicos relativamente a terceiros, desde que lícitos e não ofendam a vontade declarada e o ordenamento jurídico.¹²⁵

Um das modalidades de execução dos negócios jurídicos é o contrato, que se configura notadamente como a mais comum forma de execução de um negócio jurídico, em que pese possam ocorrer a partir de outras formas, tais como por manifestações unilaterais (testamento e doações).

O contrato qualifica-se sempre como uma relação bilateral que gera obrigações recíprocas para ambos os contraentes.¹²⁶

O Código Civil pátrio considera como fatos humanos geradores de obrigação os contratos, as declarações unilaterais de vontade e os atos ilícitos dolosos ou culposos.

Corroborando:

Com efeito, distinguem-se, na teoria dos negócios jurídicos, os unilaterais, que se aperfeiçoam pela manifestação de vontade de apenas uma das partes, e os bilaterais, que resultam de uma composição de interesses. Os últimos, ou seja, os negócios bilaterais, que decorrem de mútuo consenso, constituem os contratos. Contrato é, portanto, como dito, uma espécie do gênero negócio jurídico.¹²⁷

O relevante neste trabalho são os contratos, tendo em vista a disposição da legislação processual civil no sentido de que acordos de vontade passam a ser capazes de alterar o procedimento. Neste sentido, as declarações unilaterais de vontade em geral sempre foram capazes de gerarem efeitos no sistema processual independentemente de anuência da parte contrária, não tendo, pois, maior relevância ao estudo ora efetuado.

Portanto, o corte metodológico deste trabalho é baseado nas disposições bilaterais de vontade (contratos).

2.1 CONTRATO NO ESTADO LIBERAL

O contrato reflete sempre a vontade de duas partes, via de regra, trata-se, portanto de um negócio bilateral. Em geral, para que exista um contrato é necessário cada uma das partes

¹²⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 3.

¹²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro 3 - Contratos e atos unilaterais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 91.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 22.

exprima a vontade de sujeitar-se ao regulamento das recíprocas relações patrimoniais, chamadas de cláusulas contratuais.¹²⁸

Neste sentido:

O contrato é um ato jurídico bilateral, dependente de pelo menos duas declarações de vontade, cujo objetivo é a criação, a alteração ou até mesmo a extinção de direitos e deveres de conteúdo patrimonial. Os contratos são, em suma, todos os tipos de convenções ou estipulações que possam ser criadas pelo acordo de vontades e por outros fatores acessórios.¹²⁹

As bases efetivas de formação do contrato no Estado liberal decorrem de diversas correntes de pensamento, em especial, os canonistas e os jusnaturalistas ou escola do Direito Natural.¹³⁰

No contexto histórico pode-se dizer que as relações contratuais existem desde o aparecimento do homem, mais especificamente quando este se agrupa em tribos, verificando-se assim a concordância com regras de comportamento.¹³¹

Na era civilizatória possível estabelecer que os hebreus conheceram do contrato antes dos romanos, observando-se que a forma da palavra empenhada era mais forte e cumprimento do que foi acertado era mais efetivo do que qualquer lei escrita.¹³²

Há ainda informação de relações contratuais no Egito e na Grécia, todavia notadamente é no Império Romano que o contrato alcança força estrutural relevante.

Neste sistema Romano havia uma divisão entre o contrato e o pacto, onde, no primeiro caso existia uma estipulação consensual dos contratantes de acordo com a lei escrita, gerando o direito de se buscar o cumprimento desta obrigação perante o sistema processual existente à época. O mesmo não existia com o pacto que gerava apenas eventual obrigação moral não exigível pela força processual.

Pode-se estabelecer que:

Primitivamente, eram as categorias de contratos *verbis*, *re* ou *litteris*, conforme o elemento formal se ostentasse por palavras sacramentais, ou pela efetiva entrega do objeto, ou pela inscrição no códex. Somente mais tarde, com a atribuição de ação a quatro pactos de utilização frequente (venda, locação, mandato e sociedade), surgiu a categoria dos contratos que se celebravam *solo consensus*, isto é, pelo acordo das vontades. Uma vez celebrado, com observância estrita ao ritual, o contrato gerava obrigações, vinculava as partes e provia o credor da *actio*, fator da mais lúdima essencialidade, sem o qual não haveria direito, já que este era nada, se não fosse munido da faculdade de reclamação em juízo. A expressão genérica

¹²⁸ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 73.

¹²⁹ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil - Teoria Geral dos Contratos em Espécie*. 11. ed. São Paulo: Forense, 2015, v.3, p. 1.

¹³⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 6.

¹³¹ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 6.

¹³² *Idem*.

conventio abrangia os contratos e os pactos. Ou seja, ao lado do *contractum*, estruturou o direito romano outra figura, que foi o *pactum*. Este, porém, não conferia às partes uma ação, mas gerava tão somente *exceptiones* e, portanto, não era dotado de força cogente.¹³³

Com o direito canônico surge efetivamente o estabelecimento da vontade humana na constituição do contrato e a regra do *pacta sunt servanda*, no sentido de que o pactuado deveria ser efetivamente cumprido pelas partes, sendo que, o seu descumprimento teria equivalência à mentira e sujeitaria o infrator às penas eternas.¹³⁴

O término da idade Média trouxe a libertação dos contratos em relação ao formalismo e passou a vigorar a regra da vontade contratual.¹³⁵ Através dos jusnaturalistas o contrato ganha as bases estruturantes: a liberdade contratual e autonomia da vontade.

Com o surgimento da teoria da autonomia da vontade humana o contrato passa a fazer força de lei em relação aos contratantes.

Pode-se definir a autonomia da vontade:

A liberdade de contratar consubstancia o poder de autorregência dos interesses privados pelas partes contratantes, que lhes permite seguir a própria vontade e escolher quando, o que e com quem contratar. Confere-se ao indivíduo, nesse passo, a prerrogativa de criar relações jurídico-contratuais, desde que submetidas às normas ou com estas não conflitantes, prevalecendo a autonomia da vontade. Dessa maneira, cada pessoa capaz pode, pelo veículo da manifestação de sua vontade, criar relações às quais a lei confere validade, desde que lícito o seu objeto.¹³⁶

Portanto, o que foi pactuado e acertado entre as partes não pode ser revisto ou descumprido. A legislação serve apenas para estabelecer as técnicas proibitivas de conduta. Além disso, os contratos atípicos, não expressamente previstos em lei, também possuíam total validade jurídica.

Enzo Roppo tratando o contrato no século XIX apregoava que:

A conclusão dos contratos, de qualquer contrato, devia ser uma operação absolutamente livre para os contraentes interessados; deviam ser estes, na sua soberania individual de juízo e de escolha, a decidir se estipular ou não estipular um certo contrato, a estabelecer e concluí-lo com esta ou com aquela contraparte, a determinar com plena autonomia o seu conteúdo, inserindo-lhe estas ou aquelas cláusulas, convencionando este ou aquele preço. Os limites a uma tal liberdade eram concebidos como exclusivamente negativos, como puras e simples proibições.¹³⁷

¹³³ FARIAS, Cristiano de, ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 4, p. 26.

¹³⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 8.

¹³⁵ XAVIER, José Tadeu Neves. *A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade*. Disponível em <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13169/000598458.pdf?sequence=1>> Acesso em 29 jan. 2017.

¹³⁶ NASSER, Paulo Magalhães. *Onerosidade excessiva no Contrato Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 40.

¹³⁷ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 32.

O apogeu da teoria da autonomia da vontade ocorre a partir da Revolução Francesa e da Revolução Industrial nos séculos XVIII e XIX, donde se observa que a liberdade de contratar está em consonância com os ideais libertários dos próprios Estados da época. Neste momento o contrato é consagrado como símbolo do movimento capitalista e da economia na transferência de riquezas. O contrato possui a acepção constituída de liberdade de contratar, com quem contratar e o que contratar.

Pode-se estabelecer que diante consolidação dos Estados liberais estruturados fortemente na ideologia individualista da Revolução Francesa em conjunto com o regime capitalista decorrente da Revolução Industrial os contratos se revelaram como imprescindível para o desenvolvimento da vida econômica da época.¹³⁸

Este momento de consolidação do Estado Liberal é marcado pela modernização dos meios de produção e industrialização da economia. Surge assim como classe dominante a burguesia, em geral detentora dos meios de produção, que ao assumir o poder passou a implementar de forma efetiva os ideais de liberdade e segurança jurídica, em especial a intangibilidade da propriedade. Neste caso, exclui-se qualquer possibilidade de intervenção estatal, com isso, garante-se a estabilidade jurídica das relações.¹³⁹

Importante registrar que em muitos aspectos os juízes eram adeptos de escolas antigas de estudo e eventualmente poderiam intervir nestas relações jurídicas. Por conta disto, inicialmente a burguesia serviu-se da lei para expressar que ela não poderia ser sequer interpretada pelo seu aplicador. Posteriormente, admitiu-se apenas a sua interpretação literal.¹⁴⁰

Utilizando-se desta premissa a burguesia utilizou-se da propriedade privada e do contrato como elementos deste momento histórico de desenvolvimento capitalista e transferência de riquezas.

Entendia-se nesta época que as partes contratantes estavam todas em igualdade e equilíbrio. Assim, a vontade livremente externada pelas partes conferia validade e eficácia ao contrato.¹⁴¹ Apenas a incapacidade do agente, objeto ilícito, forma proibida por lei e vício de consentimento poderiam ensejar eventual nulidade do contrato.

Neste sentido:

¹³⁸ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e Regras de Integração dos Contratos no Novo Código Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 45.

¹³⁹ NASSER, Paulo Magalhães. *Onerosidade excessiva no Contrato Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 37.

¹⁴⁰ *Ibidem*. p. 38.

¹⁴¹ *Ibidem*. p. 42.

A teoria contratual clássica, assentou-se, entretanto, em um sistema de liberdade de forma, mostrando uma postura de indiferença em relação à existência de uma real disponibilidade por ambas as partes, de meios e condições para o efetivo exercício da liberdade no contexto da negociação contratual.¹⁴²

Estes ideais passaram a ser normatizados inicialmente no Código Civil da França de 1804, sendo largamente usado no Código Civil Italiano de 1865, posteriormente na legislação alemã de 1896, espalhando-se pelo continente Europeu.¹⁴³ Por fim, este sistema foi adotado pelo Código Civil pátrio de 1916.

Para este período é possível estabelecer a existência da plena liberdade contratual e impossibilidade de intervenção estatal, salvo em caso de situações irregulares no momento de sua constituição (especialmente vícios de consentimento), bem como a regra de que o contrato gera lei entre as partes (*pacta sunt servanda*) e deviam estas cumprirem especificamente o acordado.

Na redação original do art. 82 do CC/1916, com mudança apenas de redação em relação ao sistema vigente (art. 104 do Código Civil/2002), o negócio jurídico exige que os agentes sejam capazes, que o objeto lícito, possível, determinado ou determinável e a forma seja prevista em lei (típico), ou não proibida por lei (atípico).

2.2 INTERVENÇÃO ESTATAL NOS CONTRATOS

Conforme exposto anteriormente, o contrato estava consubstanciado no valor essencial da liberdade de contratar (baseada na soberania da vontade individual dos contratantes), que engloba: o que, como, quando, onde e com quem contratar.

Mas as diversas e agudas transformações sociais e econômicas verificadas especialmente no século XX mudaram essa perspectiva do instituto do contrato, que adquiriu outros contornos.

Duas situações são relevantes para o fim do total liberalismo contratual. A primeira é a intervenção estatal no contrato com a edição de normas cogentes a serem cumpridas pelos contratantes. A segunda é o fato de as grandes empresas estabelecerem um dirigismo privado com o estabelecimento de contratos padrão ou de adesão.¹⁴⁴

¹⁴² XAVIER, José Tadeu Neves. *A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade*. Disponível em <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13169/000598458.pdf?sequence=1>> Acesso em 29 jan. 2017.

¹⁴³ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 40/41.

¹⁴⁴ XAVIER, *op. cit.*

Na Europa este intervencionismo estatal ocorreu principalmente em razão do estabelecimento do chamado *Welfare State*, que objetivava diminuir as crescentes desigualdades sociais e dar atendimento básico às populações mais pobres.

A este respeito, na legislação pátria pode-se estabelecer que:

Expandiram-se as normas de ordem pública, destinadas a proteger os elementos economicamente fracos da sociedade, favorecendo o empregado pela criação do direito do trabalho; o inquilino, com uma legislação mais benévola a seu favor sobre as locações; e, de modo geral, as classes mais humildes, os adquirentes de bens e serviços, através de inúmeras medidas de caráter assistencial e previdenciário, e de uma legislação de franca consideração em favor de tais pessoas, como o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 1990).¹⁴⁵

A partir de tais premissas, o contratado deve respeitar as disposições previstas em lei, ao passo, havendo conflito entre o contrato e a lei, deve prevalecer o previsto na legislação. Aplica-se neste caso o princípio da supremacia da ordem pública sobre o contratado.

Conforme pôde ser analisado anteriormente, o Estado Liberal era especialmente um anseio específico da classe burguesa que almejava segurança jurídica em suas relações, sem qualquer risco de intervenção estatal, conseqüentemente, menor risco de perdas financeiras. Ocorre que estas situações nem sempre mostravam-se as melhores para o conjunto da sociedade que por vezes precisavam desta atuação impositiva nas relações contratuais.

Houve, pois, a necessidade de melhor estruturar esta liberdade contratual existente, ocasião em que o Estado passa a ter ingerência sobre os contratos. Surgem as chamadas normas de ordem pública e de interesse social que predominam sobre a autonomia da vontade.

Sintetizado o assunto:

O Estado Social passa a ditar normas imperativas nas mais variadas espécies contratuais, num claro balizamento à autonomia privada, de forma que, na colisão entre o preceito da vontade e a norma legal imperativa, o ordenamento jurídico prefere esta, de forma que a autonomia da vontade vai adquirindo um papel residual, a favor da busca do verdadeiro equilíbrio contratual.¹⁴⁶

Aquela igualdade formal do Estado liberal mostrou-se efetivamente inaplicável. Desta feita, à legislação coube o papel de propiciar a igualdade entre os contratantes. No sistema brasileiro pode-se citar a Consolidação das Leis Trabalhistas (1943) para proteção do trabalhador hipossuficiente; a lei do inquilinato (1991) para proteção dos locatários; e o Código de Defesa do Consumidor (1990).

¹⁴⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 10.

¹⁴⁶ XAVIER, José Tadeu Neves. *A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade*. Disponível em <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13169/000598458.pdf?sequence=1>> Acesso em 29 jan. 2017.

Neste sentido:

Existe, hoje, com essa intervenção do Estado, que edita normas de ordem pública, uma verdadeira orientação no campo dos contratos, no sentido de encaminhar as partes para princípios equitativos, com preocupação estreita de proteger a parte economicamente fraca na relação jurídica contratual. É o dirigismo contratual, que se impõe à vontade egoísta, individual, na salvaguarda do interesse coletivo.¹⁴⁷

Com a constitucionalização do Direito Civil, estabelecido a partir da Constituição Federal de 1998, os institutos jurídicos posteriores receberam uma nova forma de produção legislativa, contudo, em verdade, mesmo as normas em vigor sofreram uma nova reinterpretação. Isto ocorreu com a inclusão dos direitos sociais na Constituição, baseados nos princípios da solidariedade, que estabelece uma igualdade valorizada por mecanismos que reduzam a disparidade, bem como, concretização da justiça social com atos positivos do Estado para equilíbrio das relações jurídicas.¹⁴⁸

A ordem econômica baseia-se na livre iniciativa e na justiça social (art. 170 da CF). O contrato como mecanismo de efetivação da ordem econômica está inserido neste contexto. Em razão dos preceitos constitucionais aplicáveis à espécie, o contrato deve respeitar a função social contrato, boa-fé objetiva e eficácia horizontal dos direitos fundamentais (aplicação dos direitos fundamentais aos particulares).

Tratam-se de cláusulas gerais normativas e princípios de ordem social. Neste caso, incumbe ao Poder Judiciário efetuar análise de cumprimento dos preceitos constitucionais do contrato entabulado.

2.3 CONTRATOS *STANDARDS*/ADESÃO E MASSIFICAÇÃO

O segundo ponto de eliminação da vontade na relação contratual foi a popularização do contrato de consumo, também chamado de contrato *standard* ou de adesão. Neste tipo de contrato persiste a figura dos formulários predispostos, sem que o contraente consumidor possa negociar ou interferir nas cláusulas ali já previamente pactuadas pelo fornecedor, que exerce assim seu poder econômico de ditar o regulamento contratual.

As cláusulas são pré-determinadas, em bloco, sem possibilidade de maior participação do contratante na sua seleção ou aceitação.

¹⁴⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.13.

¹⁴⁸ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e Regras de Integração dos Contratos no Novo Código Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 45.

Houve uma verdadeira massificação das relações contratuais. São muitas relações jurídicas ocorrendo a cada momento, onde, em geral o consumidor apenas aceita as imposições do fornecedor.

Nas palavras de Enzo Roppo:

É actualmente quase um lugar comum ver nos contratos standard o fenómeno através do qual se consubstanciam, hoje, algumas das mais significativas e graves formas de restrição da liberdade contratual. O fenómeno consiste no seguinte: quem, pela sua posição e pelas suas actividades económicas, se encontra na necessidade de estabelecer uma série indefinida de relações negociais, homogéneas no seu conteúdo, com uma série, por sua vez indefinida, de contrapartes, predispõe, antecipadamente, um esquema contratual, um complexo uniforme de cláusulas aplicáveis indistintamente a todas as relações da série, que são, assim, sujeitas a uma mesma regulamentação; aqueles que, por seu lado, desejam entrar em relações negociais com o predisponente para adquirir os bens ou os serviços oferecidos por este, não discutem nem negociam singularmente os termos e as condições de cada operação e, portanto, as cláusulas do contrato respectivo, mas limitam-se a aceitar em bloco (muitas vezes sem sequer as conhecer completamente) as cláusulas, unilateral e uniformemente, predispostas pela contraparte, assumindo, deste modo, um papel de simples aderentes.¹⁴⁹

Com base nisto o contrato deixou de ser um negócio efetivamente acordado entre duas partes. Atualmente ainda persiste padronização de certos contratos (como no caso de contratos bancários), porém, a informática gerou os contratos por simples aceitação, como ocorre na hipótese de aquisição de aplicativos, onde o consumidor simplesmente aceita com um toque no celular o contrato de compra e venda ou licenciamento, sem qualquer possibilidade efetiva de conhecer a outra parte, quanto mais negociar os termos do contrato.

A este respeito:

Assim a massificação das relações contratuais gerou, e ainda gera, um fenómeno que ficou conhecido como a ‘desumanização dos contratos’ que pode ser notada nas aquisições realizadas em centros comerciais, em máquinas automatizadas, por contratos padronizados ou formulários, via meios televisivos ou telemarketing ou em ambientes virtuais. Nessas situações, questiona-se da manutenção da própria natureza contratual da relação de troca, face à ausência de uma verdadeira operação que potencialize o elemento acordo.¹⁵⁰

Tais situações permitiram que também o Poder Judiciário chamasse para si o controle dos contratos. Se não há liberdade, as cláusulas contratuais devem ser analisadas à luz dos preceitos legais, em especial, das disposições constitucionais e do CDC.

¹⁴⁹ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 311/312.

¹⁵⁰ XAVIER, José Tadeu Neves. *A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade*. Disponível em <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13169/000598458.pdf?sequence=1>> Acesso em 29 jan. 2017.

As bases do contrato do Estado liberal foram destroçadas. Não existe mais a plena liberdade de contratação, já que, persiste cada vez mais legislação normatizando e tipificando os contratos.

A massificação eliminou por sua vez a autonomia da vontade, assim, quem recebe o contrato fica praticamente impossibilitado de exercer qualquer ingerência sobre as cláusulas contratuais impostas por aquele que apresenta o contrato. Acolhe-se o contrato na íntegra ou não existe contratação, esta é a única liberdade existente que não se mostra plausível diante do Estado capitalista fundado na transferência de riquezas como condição de desenvolvimento e ampliação de suas bases.

Se não existe autonomia da vontade, também não se pode exigir o cumprimento irrestrito do contrato. Chega ao fim a ideia absoluta da *pacta sunt servanda*.

A partir daí fica nítida a crise do contrato com a necessária imposição de limites à autonomia privada, voltando-se a atenção aos interesses coletivos, com a possibilidade de intervenção estatal para revisão daquilo que fora pactuado.

Importante escólio acerca sobre o tema:

Compreender o instituto do negócio jurídico na pós-modernidade, considerando a crise do contrato, a ruptura paradigmática do modelo liberal-individualista-normativista em relação à teoria crítica do direito, é significativo de descobrir o significado do contrato na dimensão espaço-temporal do instituto de conformidade com a metodologia constitucional. [...] O movimento de superação da crise do contrato impõe limites à autonomia privada em busca da igualdade material das partes, pluralidade de interesses coletivos e a possibilidade da intervenção do Estado e do Estado-juiz na revisão do contrato.¹⁵¹

No mesmo sentido:

A economia de massa exige contratos impessoais e padronizados (contratos-tipo ou de massa), que não mais se coadunam com o princípio da autonomia da vontade. O Estado intervém, constantemente, na relação contratual privada, para assegurar a supremacia da ordem pública, relegando o individualismo a um plano secundário. Essa situação tem sugerido a existência de um dirigismo contratual, em certos setores que interessam a toda a coletividade. Pode-se afirmar que a força obrigatória dos contratos não se afere mais sob a ótica do dever moral de manutenção da palavra empenhada, mas da realização do bem comum.¹⁵²

¹⁵¹ FERREIRA, Jussara Suzi Borges Nasser. *Teoria Crítica do Negócio Jurídico*. Revista do Direito Privado da UEL, Londrina-PR, v. 2, n. 1, Disponível em <http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Jussara_Ferreira_Teoria_Critica_Negócio_Jurídico.pdf> Acesso em 20 jan. 2017.

¹⁵² GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro 3 - Contratos e atos unilaterais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 24.

Em razão da força dos contratos de adesão/massificados, a legislação trouxe limitação quanto à sua aplicação, cabendo ao Judiciário zelar pela sua correta interpretação, extirpando abusividades.

2.4 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO CONTRATO

Com o advento da Constituição Federal de 1988 o negócio jurídico deve ser analisado sob duas perspectivas: segundo previsões trazidas pelas codificações e em conformidade com o disposto constitucionalmente.

O atual Estado Social opta pela defesa da igualdade, assegurando a dignidade dos envolvidos. Para tanto, autoriza a interferência na economia e nas instituições jurídicas, cedendo espaço à proteção dos interesses sociais.

O contrato, nos moldes atuais, deve observar a função social, tendo em vista que a análise jurídica precisa partir primeiramente da sociedade, para somente depois alcançar os negociantes. A liberdade, portanto, é admitida apenas enquanto exercida no interesse da justiça social, compreendendo o alcance dos bens e serviços a todos.

Dessa forma, a teoria negocial é reconstruída com base na Constituição, que traz a previsão do Estado Democrático de Direito, e seus princípios, como solidariedade social, dignidade da pessoa humana, função social da propriedade, preservação ao meio ambiente, representando fenômeno pós-moderno para o direito brasileiro ao socializar as partes.¹⁵³

O paradigma liberal-individualista-normativista é substituído pelo modelo democrático-plurindividual-principiológico.¹⁵⁴

A sociedade passa a exigir acesso aos produtos e serviços que são produzidos pela economia, autorizando a intervenção do Estado para que tal situação seja efetivamente concretizada, inibindo abusos e garantindo a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, sob pena de grave risco ao bem comum e à paz social.

Segundo ensinamento de Cláudia Lima Marques “a concepção pós-moderna do direito contratual é eminentemente social, não importando agora só o momento da manifestação da

¹⁵³ FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. *Teoria Crítica do Negócio Jurídico*. Revista do Direito Privado da UEL, Londrina-PR, v. 2, n. 1, Disponível em <http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Jussara_Ferreira_Teoria_Critica_Negócio_Jurídico.pdf> Acesso em 20 jan. 2017.

¹⁵⁴ *Idem*.

vontade, mas principalmente, os efeitos do contrato, e a condição econômica e social das partes envolvidas na relação negocial”.¹⁵⁵

O modelo contratual liberal encontra-se, portanto, superado em relação ao novo padrão. Impera-se, atualmente, a supremacia da ordem pública, que dá prioridade à proteção do interesse social em detrimento do individual, sem abster-se dos bons costumes, pautados na ética dos negócios.

Resgata-se, no negócio jurídico contemporâneo a efetividade e legitimidade das cláusulas gerais e da função social do contrato, em razão da abertura do sistema jurídico, com prevalência da interpretação constitucional. Nesse sentido, a propriedade, a empresa e os contratos devem respeitar a função social, diante do Estado Democrático de Direito.¹⁵⁶

A função social do contrato necessita ser elevada à condição de requisito do negócio jurídico, sob pena de ofensa direta à Constituição. Toda vez que a atividade econômica, revestida pelo contrato, ofender a valores como a dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a equidade e a solidariedade, certamente, a função social do contrato não terá sido obedecida.¹⁵⁷

2.5 CLÁUSULA GERAL NORMATIVA

Conforme fundamentos supra mencionados, na concepção atual ou pós-moderna de contrato deve-se prescrever a viabilidade da intervenção judicial nos contratos como mecanismo de manutenção da igualdade substancial. Para tanto necessário também que a legislação estruture de forma efetiva essa viabilidade de intervenção judicial. Um destes mecanismos é o estabelecimento de cláusulas gerais normativas.

Pode-se definir cláusula geral como o:

Meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento positivo.¹⁵⁸

¹⁵⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 101.

¹⁵⁶ FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. *Teoria Crítica do Negócio Jurídico*. Revista do Direito Privado da UEL, Londrina-PR, v. 2, n. 1, Disponível em <http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Jussara_Ferreira_Teoria_Critica_Negócio_Jurídico.pdf> Acesso em 20 jan. 2017.

¹⁵⁷ *Idem*.

¹⁵⁸ MARTINS, Judith Costa. *A Boa Fé no Direito Privado*. São Paulo: RT, 2000, p. 274.

O marco inicial da aplicação cláusula geral vem do Código Civil Alemão onde este estabeleceu inicialmente a obrigação de que o devedor cumpra a prestação com boa-fé, conforme costumes do sistema jurídico. O sistema alemão partiu da premissa de que a lei é o limite e não o ponto de partida, assim sendo, as cláusulas gerais autorizaram os juízes a usarem de ideias éticas – boa-fé e bons costumes – para análise do fato perante a norma jurídica.¹⁵⁹

No ordenamento pátrio passou a adotar-se tal mecanismo com a promulgação da Constituição da República de 1988, todavia, estruturou-se verdadeiramente com o Código Civil de 2002 que passou a adotar esta técnica de forma específica.

Segundo Paulo Magalhães Nasser¹⁶⁰:

No que toca à técnica jurídica, um dos traços especiais e dignos de nota do atual Código Civil é a adoção do sistema de cláusulas gerais ou normas genéricas, desprovidas de excessivo rigorismo conceitual. Nesse diapasão, as cláusulas gerais são passíveis de adaptação às diversas realidades econômico-sociais brasileiras, bem como às peculiaridades de um sem-número de casos concretos que desafiam solução perante o Judiciário.

No mesmo contexto:

O direito privado contemporâneo resgata a legitimidade e efetividade das cláusulas gerais, consideradas no passado como princípios de pouco ou nenhuma eficácia para recolocar em função dos costumes do tráfego jurídico e prática social a boa-fé e a função social do contrato no vértice negocial com função trina: de interpretação, integração e controle.

As cláusulas gerais, como sustentadas pela doutrina e recepcionadas pela jurisprudência no decurso dos vinte anos da Constituição Federal, são consolidados como consequência da abertura do sistema jurídico. No caso do ordenamento pátrio a força normativa das cláusulas gerais amplia a possibilidade de valorização da atuação do sujeito contratante, amparado pela boa-fé objetiva. A exemplo da legislação consumerista propicia o equilíbrio das partes na relação negocial, como critério objetivo, limitando vontades, exercendo controle de interesses, impondo limites aos contratantes e assegurando a possibilidade da concretização da igualdade substancial. Os princípios da solidariedade e dignidade da pessoa contratante integram a composição axiológica das cláusulas gerais.¹⁶¹

O sistema antigo se estruturava num modelo fechado, onde todas as análises contratuais eram feitas a partir das regras devidamente consignadas. A partir das cláusulas gerais é possível buscar a melhor interpretação e aplicação contratual de acordo com a realidade vivenciada à época.

¹⁵⁹ MARTINS, Judith Costa. *A Boa Fé no Direito Privado*. São Paulo: RT, 2000, p. 289/293

¹⁶⁰ NASSER, Paulo Magalhães. *Onerosidade excessiva no Contrato Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 50.

¹⁶¹ FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. *Teoria Crítica do Negócio Jurídico*. Revista do Direito Privado da UEL, Londrina-PR, v. 2, n. 1, Disponível em <http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Jussara_Ferreira_Teoria_Critica_Negócio_Jurídico.pdf> Acesso em 20 jan. 2017.

Pode-se dizer que cláusulas gerais não possuem “qualquer estrutura própria” do ponto de vista metodológico, sendo sentido, as cláusulas gerais não existem em sentido próprio “generalidade”. A previsão normativa não descreve apenas um único caso, ou um grupo de casos, mas possibilita a tutela de uma vasta gama de casos definidos mediante determinada categoria indicada através da referência a um padrão objetivo de conduta (conforme os usos do tráfego jurídico) ou a um valor juridicamente aceito (boa-fé, bons costumes).¹⁶²

Por fim, as cláusulas gerais são normas (parcialmente) em branco, as quais são completadas através da referência às regras extrajurídicas. Exige que o juiz seja reenviado a modelos de comportamentos e a pautas de valoração que não estão descritos nem na própria cláusula geral nem por vezes no próprio ordenamento jurídico, podendo ser direcionado pela cláusula geral a formar normas de decisão, vinculado à concretização de um valor, de uma diretiva ou de um padrão social, assim reconhecido como arquétipo exemplar de experiência social concreta.¹⁶³

A aplicação das cláusulas gerais faz com que a aplicação legislativa seja mais flexível, sem a obrigatória subsunção do fato à norma, como apregoava os códigos antigos e que se mostram totalmente envelhecidos perante o sistema atual. Importante registrar que cláusulas gerais não se confundem com princípios, isto porque, cláusulas gerais permitem que o juiz estabeleça uma norma jurídica não advinda por Poder Legislativo, mediante aplicação nesta norma da interpretação dos princípios.

As cláusulas gerais permitem a concretização dos princípios, sendo que as cláusulas gerais não permitem discricionariedade do julgador, mas sim, aplicação de técnica interpretativa para aplicação da norma ao caso concreto. Baseando-se nesta nova premissa, o Código Civil de 2002 rompeu com as estruturas anteriores, trazendo em seu bojo todo um conjunto de cláusulas gerais aplicáveis às relações negociais. A liberdade contratual não é plena e absoluta, persistindo cláusulas gerais aplicáveis às relações negociais que devem ser observadas na formulação do contrato ou depois em sua interpretação, sendo certo que dizer que tais normas gerais contratuais encontram embasamento nas previsões constitucionais vigentes.

Cumprir diferenciar as cláusulas gerais dos conceitos jurídicos indeterminados, estes são palavras ou expressões contidas numa norma de forma vaga ou imprecisa, de modo que a dúvida encontra-se no significado das mesmas e não nas consequências legais de seu descumprimento. Noutra feita, nas cláusulas gerais, ao julgador cabe avaliar o significado do

¹⁶² MARTINS, Judith Costa. *A Boa Fé no Direito Privado*. São Paulo: RT, 2000, p. 330.

¹⁶³ *Idem*.

termo (pressuposto), e as consequências jurídicas da norma (consequente). Cabe estabelecer uma pauta de valores a ser preenchida de acordo com as contingências históricas.

Exemplificando:

A “boa-fé” (art. 422) e a “função social” (art. 421), assim como a “desproporção manifesta” (art. 317), os “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis” (art. 478) e a “modificação equitativa” (art. 479) são alguns conceitos indeterminados constantes das normas que formam o sistema de revisão e resolução dos contratos no direito civil e carecem de valoração diante das circunstâncias do caso concreto. O preenchimento desses conceitos deverá seguir padrões objetivos, mais bem delineados quando da apreciação dos requisitos para revisão e resolução dos pactos eivados de onerosidade excessiva.¹⁶⁴

Possível ainda distinguir cláusula geral de princípio em duas vertentes: a) não existe cláusula geral inexpressa em lei (enquanto princípios podem não estar previstos na legislação); b) a cláusula geral sempre necessitará da utilização de outros fundamentos para obter sua precisa aplicação, situação esta não necessária nos princípios.¹⁶⁵

No código civil em vigor, pode-se citar como cláusulas gerais aplicáveis ao direito contratual a função social do contrato, proibidade e boa-fé objetiva. Através das citadas cláusulas gerais permite-se a inserção de princípios na estruturação dos contratos.

2.6 BOA-FÉ E FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Pode-se estabelecer que a boa-fé contratual possuía alguns elementos de viabilidade no Código Civil de 1916, já que alguns dispositivos faziam menção ao instituto nos contratos. O Código Comercial de 1850 (art. 131, I) fazia menção também ao instituto prescrevendo que o verdadeiro espírito do contratado, de acordo com a boa-fé, prevaleceria sobre o significado das palavras.

A partir do Código de Defesa do Consumidor (art. 4º, III e 51, IV) a boa-fé foi consagrada como mecanismo de proteção dos consumidores.

Posteriormente, o Código Civil vigente estabeleceu em seu art. 113 que “*os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração*”, bem como, no art. 422 que “*os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*”.¹⁶⁶

¹⁶⁴ NASSER, Paulo Magalhães. *Onerosidade excessiva no Contrato Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61.

¹⁶⁵ MARTINS, Judith Costa. *A Boa Fé no Direito Privado*. São Paulo: RT, 2000, p. 315/317.

¹⁶⁶ BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 20 jan. 2017.

Trata-se em verdade de uma cláusula geral que exprime um conceito ético, exigindo a atuação correta dos contratantes, sem desonestidade ou trapanças. Neste sentido, revela também um interesse social de segurança das relações jurídicas. Incumbe, neste caso, ao juiz verificar se as partes agiram de acordo com tal regra.

Pode-se subdividir a boa-fé em objetiva e subjetiva.

No primeiro caso, boa-fé objetiva, parte-se da análise do contratante a partir de um padrão de conduta do homem médio. Trata-se de uma forma de conduta concretamente imposta a todo e qualquer cidadão, pelo padrão socialmente aceitável, com vistas a atuar com lealdade, honestidade e probidade.

Difere-se da boa-fé subjetiva que deve ser aferida a partir da efetiva vontade do agente na formulação do contrato.

Importante registrar:

Desse modo, moralizaram-se as relações contratuais, em que as partes devem comportar-se com probidade e boa-fé objetiva, sob a marca, também, do princípio da colaboração recíproca.

O atual Código Civil fez nascer a grande fase do Direito Civil, com o princípio da boa-fé objetiva, tornando obrigatório o comportamento contratual digno, em prol de um direito dos contratos mais justo e humano.¹⁶⁷

Portanto, seja no aspecto fático ou psicológico, exige-se que os contratantes estejam exercendo suas atuações de forma honesta e visando a prática de uma conduta escorreita. Esta deve ser a interpretação do contrato e a boa-fé.

No que pertine à função social do contrato, conforme dito acima a propriedade privada se tornou um dos pilares de sustentação do liberalismo empregado nas legislações dos séculos XIX e início do século XX. Porém, a exploração da propriedade de forma incondicional com intuito desmedido do lucro acarretou a concentração de recursos nas mãos de poucos. Estes passaram a estabelecer unilateralmente as condições do contrato.¹⁶⁸

Nesse contexto, surgem os chamados direitos fundamentais de segunda geração, onde a função social renasce e o conceito de propriedade é reformulado e passa a ser tratado como um bem de produção a serviço do bem-estar e da justiça social.¹⁶⁹

Inicialmente a função social da propriedade passou a ser um fundamento consagrado no inc. XXIII do art. 5º e art. 170, III (que trata da ordem econômica nacional), ambos da Constituição Federal e, ao prescrever que a propriedade atenderá a sua função social.

¹⁶⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 13.

¹⁶⁸ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e Regras de Integração dos Contratos no Novo Código Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 59/60.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 60.

Posteriormente, este princípio passa a ser um dos pilares do sistema contratual, a partir de sua inclusão no art. 421 do Código Civil/2002, também como cláusula geral. Estabelece referido art. que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Nesse sentido, a função social terminou por impregnar também o direito das obrigações, especialmente os contratos, através de uma reformulação limitadora da autonomia da vontade – o dirigismo contratual –, consistente na proibição ou imposição de determinados conteúdos aos contratos, tendentes à proteção da parte economicamente mais fraca, ou, ainda, condicionando sua eficácia à autorização do poder público.¹⁷⁰

Neste aspecto o contrato deve estar em consonância com os interesses sociais. Assim, o contrato deve representar uma distribuição de riquezas de forma justa, conforme interesse da coletividade.¹⁷¹

2.7 EQUILÍBRIO CONTRATUAL

No contexto atual não se admite o enriquecimento sem causa ou abusiva de uma parte em relação à outra.

Deve-se primar pela igualdade substancial, portanto, as peculiaridades do contrato devem ser levadas em consideração para aferição da existência de isonomia. Não é apenas a vontade viciada, caso fortuito, força maior e inadimplemento que resolvem o contrato, mas também, a inexistência deste equilíbrio entre os contratantes.¹⁷²

Pode-se estabelecer:

O princípio da equivalência material tem por escopo principal preservar o justo equilíbrio do contrato e buscar a justiça contratual, evitando que uma das partes, seja do ponto de vista econômico, ou não, vale dizer, da prestação em si, ainda que sem sentido pecuniário direto, tire proveito da contraprestação, em detrimento do outro.¹⁷³

Neste momento contratual, contudo, a aplicação do equilíbrio contratual deve ocorrer em qualquer tipo de negociação, independentemente da sua natureza, das partes envolvidas,

¹⁷⁰ BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e Regras de Integração dos Contratos no Novo Código Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.60.

¹⁷¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro 3 - Contratos e atos unilaterais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 24, p. 26.

¹⁷² NASSER, Paulo Magalhães. *Onerosidade excessiva no Contrato Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 77/78.

¹⁷³ BRITO, Rodrigo de. *Equivalência Material de Contratos - civis, empresariais e de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 40.

bem como, de tratar-se de contrato de adesão ou não. Trata-se de efetivo princípio geral do direito contratual.¹⁷⁴

O equilíbrio contratual no momento de sua formulação guarda relevante ligação com os chamados vícios de vontade estabelecidos na codificação civil, até porque, em geral nenhum contratante assume prestação ou obrigação desequilibrada de forma absolutamente consciente.

No art. 171, inc. II do Código Civil estão as situações que caracterizam o chamado vício de vontade, ou seja, situações ilícitas que levam o contratante a se equivocar quanto aos termos efetivos do contrato. Restam ali consignados o erro, o dolo, a coação, lesão e o estado de perigo.

Registre-se de antemão que a fraude contra credores, também expressa no mesmo inciso não se qualifica como vício de consentimento, mas sim, vício social, já que acarreta prejuízos a terceiros que não fazem parte do contrato.

Quando a concordância é prestada em desavença com a realidade, porque o contratante desconhece a situação real ou porque a conhece com incorreções, tem-se a ignorância (no primeiro caso - desconhecimento) e o erro (incorreções). Se estas incorreções decorrem de influência externa de alguém que busca obter vantagem, restará caracterizado o dolo. Na coação existe uma ameaça ou violência injusta contra um dos contraentes, que o faz agir de forma diferente daquela que praticaria regulamente. Já na lesão o contratante por necessidade ou por inexperiência obriga-se a uma adimplir uma obrigação absolutamente desproporcional à prestação oposta. Por fim, no estado de necessidade existe a hipótese de que o contratante precisa salvar-se, ou alguém de sua família, de grave dano conhecimento pela outra parte, motivo pelo qual assume uma obrigação excessivamente onerosa.¹⁷⁵

Nesse passo, o erro, o dolo, a coação, a lesão e o estado de perigo, que se apresentam como defeitos do negócio jurídico atrelados à vontade, podem ser classificados como uma afronta ao princípio da equivalência material do contrato, corolário da vedação ao enriquecimento sem causa. Isso porque os defeitos do negócio jurídico permanecem como situações caracterizadoras de desequilíbrio entre as partes, capazes de evidenciar o enriquecimento de um dos contratantes em detrimento do outro, sem que haja uma razão suficiente a justificar o acréscimo patrimonial.¹⁷⁶

Além dessas situações que demonstram o vício de vontade do agente em aceitar determinada obrigação contratual, pode-se estabelecer ainda o princípio da vedação ao

¹⁷⁴ BRITO, Rodrigo de. *Equivalência Material de Contratos - civis, empresariais e de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 42.

¹⁷⁵ NASSER, Paulo Magalhães. *Onerosidade excessiva no Contrato Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 80/81.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 80.

enriquecimento sem causa, que se constitui como uma cláusula geral estabelecida nos arts. 884 a 886 do Código Civil. A aplicação do princípio exige o enriquecimento do credor, o empobrecimento do devedor, nexos causal entre elas e ausência de causa que legitime este acréscimo patrimonial.¹⁷⁷

O enriquecimento sem causa constitui-se também como elemento capaz de demonstrar a ausência de equilíbrio contratual e de inexistência de igualdade substancial na constituição do contrato.

A ética contratual estabelecida como supedâneo na pós-modernidade de acordo com os preceitos constitucionais exige que as obrigações pactuadas sejam proporcionais.

¹⁷⁷ NASSER, Paulo Magalhães. *Onerosidade excessiva no Contrato Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 83.

3 NEGÓCIOS PROCESSUAIS

O Código de Processo Civil em vigor estabelece que as partes possuem o direito a uma prestação jurisdicional justa e integral de mérito num prazo razoável (cf. arts. 4º c/c 6º do CPC), bem como, ao contraditório efetivo (como já tratado).

Nesta mesma esteira, conforme já delineado neste estudo, a natureza jurídica do processo preleciona tratar-se este de uma efetiva relação jurídica processual, o que permite estabelecer que as partes estão em plenas condições de fazer valer as suas vontades no processo, o que caracteriza a existência do processo cooperativo (art. 6º do CPC) e fundamenta a existência dos chamados negócios processuais.

Para tanto, consta do art. 190 do CPC a chamada cláusula geral de negócios processuais estabelecendo que:

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

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.¹⁷⁸

Possível estabelecer que os negócios jurídicos processuais são fatos jurídicos voluntários, onde o sujeito escolhe sua categoria jurídica ou estabelece as situações jurídicas processuais.¹⁷⁹ Neste sentido, as partes, obedecendo certos limites (nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade), podem convencionar disposições processuais.¹⁸⁰

Por cláusula geral deve-se entender a norma jurídica que estabelece uma diretriz indeterminada, sendo que a lei não delimita totalmente ou expressamente sua aplicação, incumbindo ao juiz efetuar o controle usando do arcabouço jurídico para análise específica dentro de sua interpretação normativa.

Portanto, indubitavelmente, esta cláusula geral de negócios processuais estabelecida no art. 190 do CPC deve ser objeto de controle judicial, quando necessário, com amparo nas

¹⁷⁸ BRASIL. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em 20 jan. 2017

¹⁷⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, v.1, p. 20.

¹⁸⁰ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 123.

diretrizes normativas capazes de estruturar este controle. Para tanto, além das disposições do parágrafo único do art. 190 do CPC, objetiva-se alinhar outras fontes normativas integrativas para se estabelecer os limites de aplicação dos negócios processuais.

Trata-se de uma visão moderna de processo que vem sendo adotada em vários países objetivando uma maior paridade entre as partes no processo e a garantia de uma otimização da atividade jurisdicional.

Em que pese a novidade no processo judicial, a regra de que os litigantes podem estabelecer o procedimento é realidade na arbitragem. Como se sabe a arbitragem consagra-se como um verdadeiro mecanismo de respeito ao direito privado e à autonomia da vontade, todavia, sempre houve quem tivesse desconfiança deste sistema em razão da inexistência de controle judicial da decisão de mérito, falta de mecanismos coercitivos pelo árbitro e custo elevado para acesso.

Pode-se estabelecer, contudo, não restar dúvida de que o CPC tentou de certa forma aproximar o processo judicial ao da arbitragem.

Reza o art. 21 da lei de arbitragem:

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

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.¹⁸¹

Nesta esteira, claramente existe uma aproximação entre os institutos. De toda sorte, não se pode olvidar que enquanto a arbitragem é nitidamente uma lei de discussão e envolvimento de direito privado, o processo judicial constitui-se através de normas de direito público.

3.1 DEFINIÇÃO DE NEGÓCIOS PROCESSUAIS

Negócios jurídicos, conforme analisado no capítulo anterior, são situações atos praticados que geram efeitos jurídicos. Estes atos podem ser unilaterais ou bilaterais (contrato). Para este trabalho a relevância encontra-se nos negócios jurídicos processuais

¹⁸¹ BRASIL. *Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm> Acesso em 21 fev. 2017.

bilaterais, motivo pelo qual, deixa-se de tecer maior análise a respeito de declarações unilaterais de vontade que produzam efeitos jurídicos.

No sistema processual em vigor qualquer interesse de uma das partes pode produzir efeitos em relação exclusivamente a ela. Noutra ponto, o juiz dispõe de alguns poderes conferidos em lei para regular o procedimento ao direito material em discussão. Todavia, nesta acepção compete-lhe prestigiar todos os princípios constitucionais e normas fundamentais dispostas no CPC (art. 1º a 12).

O objetivo neste caso é o acordo entabulado entre as partes demandante e demandada. Levando-se em consideração ainda que na hipótese de litisconsórcio ativo ou passivo todos os litisconsortes devem participar da negociação.

Pode-se dizer, assim, que pelo negócio processual as partes acordam e negociam a forma como a atuação estatal é prestada, estabelecendo, pois, como aquele processo específico será decidido pelo Poder Estatal.

Existe um acordo estabelecido entre as partes (negócio jurídico) antes do processo ou na vigência dele normatizando de forma distinta àquela prevista na lei um aspecto processual ou procedimental para solução de eventual litígio que venha a ocorrer ou que já está em curso.¹⁸²

Conforme analisado a seguir, o sistema processual pátrio sempre privilegiou a atuação do juiz no desenvolvimento do processo, portanto, a este incumbia estabelecer os melhores mecanismos de sua atuação. Pelo novo regramento, a princípio, a vontade das partes prevalece sobre a forma de atuação do juiz e também sobre as regras de procedimento previstas na legislação processual.

Contextualizando o tema, pode-se estabelecer que o CPC/1973 possibilitava alguns negócios processuais típicos, ou seja, algumas situações expressamente previstas em lei poderiam ser acordadas entre as partes. No sistema ora vigente, houve uma evolução neste sentido e os negócios processuais ganham uma total atipicidade, ou seja, qualquer matéria pode ser negociada. Eis o autorregramento da vontade, cuja análise é feita na sequência.

Foi indicado no capítulo anterior que em determinada época eram admissíveis apenas os contratos previstos em lei. Posteriormente, com a consagração da liberdade contratual toda e qualquer forma de contratação passou a ser admitida. Fazendo uma comparação do contrato com o sistema processual, pode-se dizer que a possibilidade de negócios processuais estava

¹⁸² ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no Novo CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, v.1, p. 257.

limitada a certos casos expressos em lei, ao passo que com a nova legislação garante-se, pelo menos a princípio, o direito de negociação irrestrita sobre o trâmite processual.

O processo judicial se aproxima do contrato.

3.2 AUTORREGRAMENTO DA VONTADE NO PROCESSO

No Estado Democrático de Direito a liberdade constitui-se como um direito fundamental, não sendo diferente no sistema pátrio, conforme *caput* do art. 5º da CF.

Dentro deste direito de liberdade destaca Fredie Didier Junior a existência do direito ao autorregramento que consiste na premissa de que todo sujeito possui a garantia de regular juridicamente os seus interesses, ou seja, de fazer suas próprias escolhas.¹⁸³

Este autorregramento consiste na ideia de liberdade apontada no capítulo anterior, que garante a liberdade de negociação, criação, estipulação e vinculação (celebrar ou não o contrato).

Dentro do sistema processual civil Fredie Didier Junior consigna que o princípio da liberdade produz um subprincípio denominado respeito ao autorregramento da vontade no processo.¹⁸⁴ Neste mesmo sentido Bruno Garcia Redondo estabelece que da análise do art. 190 c/c art. 200 do CPC é possível apurar a existência de uma cláusula geral e também de um princípio que é o do autorregramento da vontade das partes no processo.¹⁸⁵

Num sistema processual moderno e que preza pela efetiva liberdade, entende-se que a aplicação do referido princípio na atuação do Estado-juiz é indispensável.

Neste sentido:

O princípio do devido processo legal deve garantir, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, o exercício do poder de autorregramento ao longo do processo. Um processo que limite injustificadamente o exercício da liberdade não pode ser considerado um processo devido. Um processo jurisdicional hostil ao exercício da liberdade não é um processo devido, nos termos da Constituição brasileira.¹⁸⁶

¹⁸³ DIDIER JUNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, v.1, p. 20.

¹⁸⁴ *Idem*.

¹⁸⁵ REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, v.1, p. 274.

¹⁸⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, v.1, p. 21.

Essa defesa da vontade das partes no processo ganhou força em legislações estrangeiras e foi trazida para o sistema processual pátrio pelo vigente Código de Processo Civil. Isto se deve ao fato de que a tutela jurisdicional em si tornou-se demasiadamente demorada, causando a insatisfação da população com o modelo anterior, assim, “com base na boa-fé, na cooperação, na autonomia da vontade, na liberdade e no respeito ao devido processo legal”¹⁸⁷ possível estabelecer meios para encurtar a atividade jurisdicional sem eliminar o método estatal de trabalho.

Além disso, pode-se dizer que a autocomposição das partes também é retratada como fim almejado pelo processo, conforme art. 139, inc. V c/c art. 3º, §§ 2º e 3º do CPC. Deve-se entender que esta premissa não se aplica apenas para o direito material em discussão, mas também, para o processo em si.¹⁸⁸

Portanto, a busca da autocomposição também justifica o autorregramento da vontade das partes no processo. Absorve-se assim a ideia de que os negócios processuais devem produzir efetivamente efeitos no processo.

Esta moderna concepção de plena liberdade processual é totalmente destoante do publicismo e do protagonismo do juiz, conforme analisado a seguir e que ainda prepondera na atuação estatal.

3.3 PUBLICISMO DO PROCESSO E PROTAGONISMO DO JUIZ

Ratificando o que já foi exposto neste estudo, a legislação teve seu início nos ideais liberais, todavia, o sistema processual passou a sofrer a influência da prevalência do interesse público, culminando com o publicismo do processo, poderes instrutórios do juiz, busca da verdade e igualdade das partes no processo. Com isso o juiz se torna o protagonista do processo, cabendo à parte dar início ao procedimento, quebrando a chamada inércia de jurisdição, conseqüentemente, ao juiz compete dar impulso ao procedimento.¹⁸⁹

Essa visão processual repeliu por muito tempo a possibilidade de negócios processuais, podendo-se dizer que no CPC de 1973 eram admissíveis em geral poucas situações negociáveis. Apenas as chamadas convenções típicas eram aceitas pela doutrina, como por exemplo: o foro de eleição; compromisso de suspensão do processo; convenção de

¹⁸⁷ ABELHA, Marcelo. *Manual de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Forense, 2016, p. 331.

¹⁸⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de processo civil: baseado no novo código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 190.

¹⁸⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, v.1, p. 36.

adiamento da audiência por uma única vez; convenção a respeito do ônus da prova. Existia ainda a possibilidade de diminuir ou aumentar prazos dilatatórios, desde que existisse justo motivo e solicitado antes de seu vencimento, cabendo ao juiz fixar a data de vencimento do prazo.

Como se observa o sistema processual sempre limitou consideravelmente a participação efetiva das partes no trâmite do processo. Seu deslinde era incumbência do juiz. Em verdade, prevaleceu no plano doutrinário da época que o CPC/1973 havia silenciado sobre a possibilidade de convenções atípicas, portanto, eram inadmissíveis.¹⁹⁰

Em verdade, efetuando uma análise crítica do art. 158 do CPC de 1973 é possível vislumbrar a existência de uma atipicidade dos negócios processuais, já que, segundo a previsão legal “os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais”¹⁹¹. Portanto, possível estabelecer a possibilidade de qualquer tipo de negócio entre as partes ou entre elas e o juiz.¹⁹²

Porém, não havia uma previsão específica e a interpretação do antigo art. 158 do CPC/1973 nunca foi no sentido de se permitir os negócios processuais atípicos.

O termo negócio jurídico era visto como questão atinente ao direito privado, não sendo possível sua coexistência com os poderes conferidos ao juiz e seu protagonismo.¹⁹³

Robson Renault Godinho, em artigo anterior ao CPC em vigência, expressava que “a autonomia privada – não é exagerado afirmar – vem recebendo no processo civil estatal uma intolerância automática, uma resistência irrefletida ou uma indiferença constante, como se, ao iniciar o processo, as partes renunciassessem à liberdade jurídica”¹⁹⁴.

Portanto, a visão processual vem de longo tempo estruturada pela ideia de que ao juiz compete praticar todos os atos processuais. A ele efetivamente competia o protagonismo do trâmite processual. As partes possuem pouca ou nenhuma possibilidade de tomar decisões no processo.

¹⁹⁰ REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, v.1, p. 271.

¹⁹¹ BRASIL. *Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm> Acesso em 20 jan. 2017.

¹⁹² CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, v.1, p. 56.

¹⁹³ *Ibidem*. p. 37.

¹⁹⁴ GODINHO, Robson Renault. *A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro*. Civil Procedure Review, v.4, n.1: p. 36-86, jan-abr., 2013. <Disponível em http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=67&embedded=true>. Acesso em 14 fev. 2017.

3.4 ACORDO DE PROCEDIMENTO - ANÁLISE DO CPC/1973 E O ATUAL

A partir da análise conjunta dos arts. 190 e 200 do CPC/2015 pode-se apurar a existência de três novidades significativas. a) princípio da adequação procedimental; b) cláusula geral de atipicidade de negócios processuais; c) princípio do autorregramento da vontade das partes.

Tratam-se de premissas totalmente distintas daquelas estabelecidas no sistema anterior do CPC conforme análise efetuada a respeito do protagonismo do juiz e publicismo do processo.

A este respeito:

Ditas novidades romperam com o sistema do Código de 1973, ao se basearem em mudança de paradigma que deve gerar, obrigatoriamente, consequências e conclusões diversas daquelas com as quais o operador do Direito estava acostumado até então. É absolutamente essencial que o intérprete altere, inteiramente, suas premissas, sob pena de esvaziar o potencial e o alcance dessa nova sistemática, o que resultaria em interpretação claramente contra *legem*.¹⁹⁵

O rompimento com esta premissa do código processual revogado para um novo fundamento de processo encontra respaldo na Constituição Federal que consagra este ideal de liberdade. Trata-se de verdadeira quebra de paradigma, eliminando o excessivo protagonismo judicial e publicista, prestigiando a autonomia das partes.

Analisando cada um deles, no que pertine à adequação procedimental, conforme já estabelecido neste trabalho, o procedimento deve ser estabelecido da forma que garanta a maior satisfatividade, efetividade e razoável duração do processo de acordo com o direito material em discussão.

O legislador cumpre esta premissa ao criar os chamados procedimentos especiais. Por sua vez, essa também é uma atribuição do juiz conforme preleciona o art. 139, VI do CPC. A partir da leitura do art. 190 do CPC as partes também têm este poder de adequação procedimental.

Diferentemente do sistema anterior, o texto do art. 190 do CPC revela de forma transparente a possibilidade de negociação procedimental de forma aberta. Portanto, deixa de existir um rol de situações passíveis de acordo e as partes possuem possibilidade de negociação sobre todos os termos do processo/procedimento.

¹⁹⁵ REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, v.1, p. 275.

Tratando-se de cláusula geral, como estudado neste trabalho, compete ao juiz, de toda sorte, limitar os seus contornos estabelecendo mecanismos de controle. Considerando o sistema constitucional processual, este deve ser o limite de atuação das negociações processuais. Deve-se respeitar ainda as próprias premissas do contrato.

3.5 CABIMENTO DO NEGÓCIO PROCESSUAL

Nesta nova premissa adotada no CPC/2015, a convenção das partes a respeito do procedimento possui amparo nas situações típicas e atípicas, ou seja, restam mantidas as situações legais de convenção das partes, todavia, pelo novo sistema qualquer relação procedimental a respeito de ônus, poderes, faculdades e deveres processuais podem ser acordados.

Esta convenção pode ser efetuada no processo judicial em trâmite ou previamente, através de cláusula contratual ou instrumento em separado, anexo a um contrato principal.

A este respeito:

Seja dentro ou fora do processo, qualquer negócio jurídico deve obedecer a requisitos na ordem civil e, por serem realizados ou trazidos para dentro do processo, também se submetem aos requisitos de ordem processual. Assim, certamente que *nenhuma cláusula de convenção sobre o ônus probatório* poderá ser feita em desrespeito à boa-fé (artigo 113 do CCB) ou que represente uma violação do devido processo legal sob a perspectiva da isonomia real.¹⁹⁶

Seja dentro do processo ou em contrato prévio, exige-se que esta negociação de procedimento tenha a forma escrita, podendo, eventualmente, existir a manifestação em audiência com redução a termo do que fora acertado, ou registrada em mecanismo que permita oportuna reprodução, caso seja necessário. Ainda, não pode resultar do silêncio da parte, devendo ser uma manifestação expressa a respeito do assunto.¹⁹⁷

O objeto é bastante amplo, permitindo todo e qualquer tipo de ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

¹⁹⁶ ABELHA, Marcelo. *Manual de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Forense, 2016, p.331.

¹⁹⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, v.1, p. 36.

Flávio Luiz Yarshell argumenta que a negociação pode ocorrer também em procedimentos extrajudiciais, inclusive com o estabelecimento de instrução preliminar a um processo judicial, à semelhança do que ocorre no sistema *common law*.¹⁹⁸

Neste mesmo sentido a doutrina argumenta a possibilidade do estabelecimento das chamadas cláusulas de paz que visam retirar do Poder Judiciário a solução do conflito. Assim, num primeiro plano caberia às partes solucionar o conflito através de mecanismos de conciliação ou mediação. Não havendo solução por tais mecanismos (já que não são impositivos/coercitivos) a solução seria buscar a tutela jurisdicional.¹⁹⁹

Pode-se estabelecer ainda as convenções de cooperação judiciária, onde um ou mais contratantes ficam obrigados a participar/ingressar nas ações em que outro(s) contratante(s) litiga(m) contra terceiros àquela relação contratual, mas que tenha relação com o negócio jurídico celebrado, visando prestar colaboração financeira ou técnica.²⁰⁰

Dentro do próprio andamento processual várias possibilidades são apresentadas, sendo que, no quarto capítulo será proposta uma análise destas limitações ao direito de negociar o procedimento.

Exige-se ainda que os sujeitos sejam capazes e o direito em discussão admita autocomposição, que reflète um conceito mais amplo do que o de direitos patrimoniais disponíveis, no sentido de que há alguns direitos indisponíveis que admitem formalização de acordo²⁰¹, como ocorre no caso de alimentos²⁰².

A matéria também será objeto de análise no próximo capítulo.

Urge ressaltar que neste caso, sujeitos são apenas as partes contratantes ou as partes já litigantes, sendo certo que a presença do juiz na negociação neste caso é dispensável, pois não lhe cabe homologar o ato da parte. Notadamente a participação do juiz é importante para que o ato negocial não gere dúvidas a qualquer dos envolvidos, porém, não há ilicitude caso ele não participe, bem como, caberá ao julgador apenas efetuar o controle do negócio jurídico dentro das premissas legais.

¹⁹⁸ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, v.1. p. 66.

¹⁹⁹ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no Novo CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, v.1, p. 259.

²⁰⁰ *Idem*.

²⁰¹ BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de processo civil: baseado no novo código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 190.

²⁰² CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 124.

A presença do juiz é indispensável apenas quando tratar-se de fixação de calendário (art. 191 do CPC) ou qualquer outro ato que possa influenciar a gestão do processo pelo juiz.

3.6 ATOS PROCESSUAIS

Conforme exposto no segundo capítulo deste trabalho os fatos jurídicos são acontecimentos que geram efeitos no sistema jurídico. Se estes acontecimentos ocorrem no plano processual são chamados de fatos jurídicos processuais. Subdividem-se em fatos jurídicos em sentido estrito (fatos da natureza) e atos jurídicos.

Pode-se dizer que fatos jurídicos em sentido estrito influenciam e existem no processo, como no caso de morte de uma das partes ou de seu procurador judicial, que acaba suspendendo o curso processual.

No sistema processual ainda, tem-se os atos humanos praticados no processo. Estes são chamados de atos do processo. Alexandre Freitas Câmara efetua uma importante separação entre os atos jurídicos do processo (atos do processo) e os atos processuais. Neste último caso os atos são praticados pelas partes ou pelo órgão jurisdicional, conquanto no caso de atos do processo a conduta é tomada por pessoas externas, como ocorre no depoimento de testemunhas ou informações prestadas por repartições públicas em resposta a ofícios.²⁰³

Portanto, o trâmite de um processo judicial ocorre pela realização de atos pelas partes envolvidas destinando-se a produzir efeitos naquela relação jurídica processual.

Não existe unanimidade a respeito da divisão dos atos processuais, sendo possível estabelecer duas possíveis classificações.

Uma das formas é a classificação objetiva e que separa os atos processuais segundo três momentos específicos da relação jurídica processual: nascimento, desenvolvimento e conclusão. Tem-se então o ato de iniciativa, que dá origem ao processo; os atos de desenvolvimento ou de ordenação que movimentam o processo e os de conclusão que são aqueles onde o juiz decide uma pretensão de mérito ou de requerimento, ou aqueles dispositivos das partes.²⁰⁴

Uma segunda classificação, defendida por Chiovenda é feita de forma subjetiva²⁰⁵. Neste caso, os atos são separados de acordo com os sujeitos do processo, sendo possível

²⁰³ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012, v. 1, p.273.

²⁰⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 57. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. I, p. 477.

²⁰⁵ *Idem*.

dividi-los em atos do órgão jurisdicional (atos do juiz e dos auxiliares da justiça) e atos das partes.²⁰⁶

Cabível análise mais aprofundada desta classificação subjetiva, especialmente pela subdivisão usada pelo próprio Código de Processo Civil.

3.6.1 Atos das partes

Pode-se estabelecer que “consideram-se atos da parte os praticados pelo autor ou réu, pelos terceiros intervenientes ou pelo Ministério Público, no exercício de direitos ou poderes processuais, ou para cumprimento de ônus, obrigações ou deveres decorrentes da relação processual”.²⁰⁷

Dentro das várias classificações possíveis é possível separar os atos das partes em atos a) postulatórios ou de petição; b) atos de prova ou instrutórios; c) dispositivos, que podem ser subdivididos em atos de submissão, desistência e transação; e d) atos reais ou de afirmação;

Nos atos postulatórios as partes apresentam suas manifestações em juízo, seja através do pedido que é apresentado na petição inicial e indica a postulação principal de mérito, ou através dos requerimentos efetuados durante o trâmite processual que se qualificam como qualquer tipo de pleito diferente do pedido.

Atos instrutórios das partes são aqueles destinados a influenciar o resultado do julgamento. Em primeiro lugar tem-se as alegações que são os atos onde as partes fazem valer efetivamente seus direitos ao contraditório. Tanto assim que como já tratado neste estudo o contraditório efetivo consubstancia-se como o direito da parte expor sua visão no processo e de seu argumento ser levado em consideração no momento da decisão, seja para aceitá-lo ou para demonstrar o fundamento de ser rejeitado. Constata-se ainda a subdivisão em atos probatórios destinados a produzir provas para efetiva comprovação da ocorrência ou inoocorrência de determinado fato.

Atos dispositivos são aqueles onde as partes livremente regulam suas posições jurídicas no processo, através de condutas unilaterais ou bilaterais.

Pela submissão uma parte se submete de forma implícita ou expressa à orientação da parte contrária, como no caso de reconhecimento da procedência do pedido. Os atos de

²⁰⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 123

²⁰⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 57. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. I, p. 493.

desistência podem ser do próprio direito material ou de uma garantia processual e os de transação são atos bilaterais de negociação praticados entre as partes.²⁰⁸

Por fim verificam-se os atos reais onde as partes praticam uma conduta processual por outros meios que não o uso da palavra.

3.6.2 Atos dos órgãos jurisdicionais

Os atos dos órgãos jurisdicionais são praticados pelo juiz e pelos auxiliares da justiça.

Quanto ao juiz, a quem incumbe dirigir o processo (art. 139, *caput* do CPC), os atos podem ser de: a) pronunciamento (provimentos/decisórios); e b) materiais, que podem ser instrução ou de documentação onde predomina a função administrativa.

Nos atos de pronunciamento (art. 203 do CPC), o juiz manifesta a autoridade jurisdicional através das sentenças/acórdãos, decisões interlocutórias e despachos. Os atos de instrução são aqueles destinados a obter subsídios para o resultado final do processo, efetuando condutas para apuração dos fatos. Os atos de documentação se destinam a registrar ou autenticar a efetiva realização de outros atos processuais.²⁰⁹

Os atos dos auxiliares da justiça podem ser de movimentação, documentação e execução ou diligências.

3.7 DECISÃO JUDICIAL QUE REJEITA O NEGÓCIO PROCESSUAL

Conforme já exposto, os negócios processuais acordados antes do processo ou sem trâmite, em que pese não necessitem de participação do juiz para sua realização, passam por um controle de validade das convenções por requerimento de uma das partes ou ofício pelo juiz.

Para tanto, o Código indicou que esta revisão somente é possível no caso de nulidade; abusividade em contrato de adesão; vulnerabilidade de uma das partes.

Para o primeiro caso de nulidade pode-se estabelecer tratar-se da chamada ordem pública processual, que são normas cogentes e estão fora do alcance negocial das partes. No último capítulo deste trabalho é efetuada análise de situações específicas do processo exatamente dentro desta perspectiva de norma cogente de proteção da tutela jurisdicional justa

²⁰⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 57. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. I, p. 495.

²⁰⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 123

e efetiva, afim de vislumbrar eventual possibilidade de negociação daquele tipo procedimental específico.

A segunda situação reside na inserção de cláusula de negociação processual em contrato de adesão, que, conforme já verificado neste trabalho se constitui como documento previamente estabelecido onde o aderente não possui condições de negociar as cláusulas estabelecidas e acaba sendo obrigado a aceitá-las integralmente, sob pena de não efetivar a contratação. Neste caso, a única liberdade é a de contratar ou não, portanto, não se trata de contratos ou cláusulas livremente aceitas, desta feita, se prejudiciais ao aderente devem ser consideradas abusivas e declaradas nulas de pleno direito.

Conforme também delineado no segundo e quarto capítulo deste trabalho o contrato exige a existência de igualdade substancial entre as partes para que as cláusulas ali estabelecidas sejam validadas. A existência de vulnerabilidade do contratante indica inexistência de liberdade de contratação, portanto, as disposições acertadas não são livres, tratando-se de contrato viciado.

Da mesma forma, só que neste caso a requerimento da parte interessada e constando da petição inicial ou da contestação, o controle judicial do negócio jurídico efetuado em contrato também deve levar em consideração os princípios constitucionais do contrato e aqueles estabelecidos na legislação civil, conforme estudado acima, em especial a eticidade, a boa-fé contratual, a função social do contrato e o equilíbrio do contrato.

Outra situação a ser enfrentada reside na recorribilidade da decisão interlocutória que rejeita ou aceita os negócios processuais. Isto porque o CPC estabeleceu a taxatividade das decisões passíveis de recurso imediato via Agravo de Instrumento (art. 1.015 do CPC), sendo que as demais somente serão passíveis de recurso juntamente com a decisão de mérito (art. 1.009, §1º do CPC).

Numa análise do rol taxativo do art. 1.015 do CPC apura-se a inexistência de recurso contra a decisão interlocutória que aceite ou rejeite esta alteração de procedimento. Portanto, a menos que se aceite aplicar por analogia a regra do art. 1.015, III do CPC (rejeição da alegação de convenção de arbitragem) a decisão judicial de primeira instância que analise o negócio processual somente poderá ser objeto de recurso após julgamento de mérito (como preliminar em Apelação ou Contrarrazões de Apelação), o que muitas vezes poderá tornar eventual recurso absolutamente inócuo.

4 APLICAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Conforme premissas estabelecidas neste trabalho, o art. 190 do CPC dispõe acerca da cláusula geral que possibilita às partes estabelecer mudanças típicas ou atípicas de procedimento. O texto normativo estabelece algumas restrições, todavia, tratando-se de cláusula geral é absolutamente necessário tentar construir um modelo de aplicação deste instituto, especialmente quais direitos e garantias processuais são efetivamente disponíveis pelas partes.

O objetivo deste capítulo específico é o de traçar pontos de limitação de negociação das partes em relação aos negócios, pautando-se em premissas legais e constitucionais.

4.1 LIMITES DE APLICAÇÃO DOS NEGÓCIOS PROCESSUAIS DE ACORDO COM O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Pode-se dizer que parte da doutrina se mostra contrária ao negócio processual sob argumento de que afronta os princípios da segurança jurídica e do devido processo legal.²¹⁰

De toda sorte, a possibilidade de negociação processual se coaduna com o princípio da cooperação, expressamente previsto no CPC vigente e que estabelece o dever das partes e do juiz atuarem em conjunto para a solução justa do litígio.

Admite-se neste caso que as partes envolvidas no processo judicial e que serão destinatárias da tutela jurisdicional tem interesse e direito de participar de todo o mecanismo implementado pelo Estado para solução da controvérsia. Trata-se de reconhecimento da autonomia da vontade no processo.

É possível numa primeira análise subdividir os procedimentos negociáveis em três situações: a) aquelas onde o negócio entabulado entre as partes gera efeito por força da convenção entre as partes; b) aquelas onde o acordado não depende de autorização ou aprovação judicial, mas, dependem de decisão homologatória do juiz para ratificar sua aplicação no processo; c) aquelas onde o acordado depende de participação e anuência do juiz.

A primeira hipótese gera efeito imediato. No caso da letra “b” após ratificação pelo juízo. A terceira hipótese, considerando que gera efeito na atuação do juiz, depende de um

²¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 57. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. I, p. 481.

controle de legalidade por ele praticado, além do juízo de conveniência e oportunidade, aceitando ou não a tratativa.²¹¹

A partir da leitura do *caput* do art. 190 do CPC e de seu parágrafo único é possível estabelecer algumas limitações específicas ao direito de negociação processual. Para tanto cabe análise pormenorizada de cada uma destas limitações.

4.1.1 Capacidade das partes

A primeira limitação prevista na lei diz respeito à necessidade de que as partes envolvidas na negociação sejam todas capazes, conforme regras estabelecidas pelos arts. 1º a 5º do Código Civil.

Quanto à capacidade deve-se observar que diante da proibição legal o acordo de procedimento não obriga o incapaz, mesmo que firmado pelo seu representante legal no caso de incapacidade absoluta, ou se devidamente assistido na hipótese do relativamente incapaz.

Cumprir registrar que a incapacidade absoluta do agente acarreta a nulidade do negócio jurídico, conforme art. 166, I do Código Civil. Por sua vez quanto ao relativamente incapaz opera-se a anulabilidade do negócio jurídico, conforme art. 171, I do mesmo diploma legal.

No caso da nulidade a alegação pode ocorrer a qualquer tempo, inclusive cabendo ao juiz reconhecer de ofício, não sendo suscetível de confirmação e nem convalida pelo decurso de tempo.

Por outro lado, os casos de anulabilidade não podem ser reconhecidos de ofício, devem ser suscitados pelos interessados e dependem de reconhecimento efetivo por sentença judicial conforme art. 177 do Código Civil. Admite-se, contudo, neste caso que sejam confirmados pelas partes (art. 172 do CC).

Conclui-se que numa análise conjunta do negócio processual com o direito civil na parte regulatória dos contratos, não cabe ao juiz reconhecer de ofício a invalidade de acordo de procedimento efetuado pelo relativamente incapaz devidamente assistido. Somente se poderia ocorrer caso houvesse alegação da parte, sendo que, inclusive, eventualmente o acordado poderia ser ratificado em juízo.

Não se pode olvidar que a atuação das partes em juízo exige a boa-fé (art. 5º do CPC) e a cooperação entre as partes (art. 6º do CPC), cabendo ainda ao juiz atender aos fins sociais, a dignidade da pessoa humana, legalidade, a publicidade e a eficiência (art. 8º). Com base em

²¹¹ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil - Introdução ao Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Forense, 2015, v. 1, p. 482.

tais premissas, mesmo que não caiba ao juiz reconhecer a matéria de ofício (inclusive pelo estabelecido no art. 141 do CPC), compete-lhe advertir as partes para que não haja eventuais prejuízos e ofensa à ordem pública.

Por seu turno, numa leitura específica apenas do art. 190 do CPC é possível estabelecer um segundo entendimento no sentido de que cabe ao juiz reconhecer de ofício tal matéria, por se tratar de nulidade, conforme premissas do art. 166, VII do Código Civil. Isto porque ao constar do texto normativo a expressão “partes plenamente capazes” optou-se por excluir totalmente a possibilidade de negociação pelos absolutamente incapazes e também pelos relativamente incapazes, considerando toda negociação neste sentido nula de pleno direito.

Caso não se adote esta concepção e se vislumbre tal situação de acordo com a regra de anulação da legislação civil, há entendimento no sentido de que a anulabilidade do negócio processual deve respeitar o art. 177 do Código Civil, o que demandaria ação própria a respeito da matéria²¹². Parece inadmissível que no atual contexto processual eventual discussão judicial seja restrita a unicamente à validade do negócio processual anulável para posterior discussão do mérito e demais matérias da lide. A melhor interpretação parece ser no sentido de que o juiz poderá reconhecer a anulação do acordado pela melhor técnica processual possível, seja através de decisão interlocutória ou julgamento parcial de mérito.

Outra situação relevante diz respeito aos entes despersonalizados, mas com capacidade de estar em juízo, como o espólio ou a massa falida. Parece acertado dizer que considerando a aptidão jurídica para estar presente em um processo judicial, plenamente possível que tais entes estipulem negócios processuais.²¹³

Por fim, cabe vislumbrar se os acordos efetuados no processo judicial necessitam de participação do advogado em razão da capacidade postulatória. Nos termos do art. 103 do CPC a parte é representada em juízo por advogado regularmente inscrito. Observa-se que a representação da parte por advogado é indispensável para a prática de atos processuais, o que indica numa primeira análise a obrigatoriedade de que os advogados das partes subscrevam o acordo para que se constitua efetivamente como um ato processual das partes.

Neste sentido:

A presença de advogado somente será requisito de validade para os negócios jurídicos pós-processuais, isto é, aqueles firmados no curso do processo, no qual a realização de atos postulatórios depende sempre da presença de

²¹² YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, v.1, p. 77.

²¹³ *Ibidem*. p. 75.

advogado, ou do Ministério Público ou de outro indivíduo que na ocasião tenha condições de exercer a chamada capacidade postulatória.²¹⁴

Num outro sentido, se as partes possuem disponibilidade de efetuar este acordo em contrato, sem obrigatoriedade de participação ou assistência de advogado, possível vislumbrar que um acordo efetuado exclusivamente entre as partes possa ser levado e reconhecido no processo em trâmite. Pouco importa efetivamente se o acordo foi efetuado antes ou depois da quebra da jurisdição pela petição inicial. Esta negociação não refletiria exatamente um ato processual, o que permitiria o acerto sem a participação de advogado²¹⁵.

A questão é bastante controversa já que envolve a atuação profissional do advogado na defesa dos interesses de seus constituídos. Qualquer negociação efetuada pela parte deveria efetivamente ser objeto de anuência do procurador jurídico que detém o conhecimento técnico para prestar a melhor assistência aos interesses da parte.

Não se pode negar, porém, que a parte possui uma liberdade em determinados atos do processo que independem do seu advogado. Cite-se o fato de que as partes podem transacionar no processo sem anuência do procurador. A única ressalva neste caso é que o negociado não atinge honorários sucumbenciais que pertencem ao advogado por expressa disposição legal.

Havendo tal permissão legal é difícil condicionar que negócios processuais efetuados dentro do processo exijam participação do advogado. Melhor seria que a lei tivesse estabelecido tal situação. Não havendo previsão normativa, parece que a desnecessidade se impõe.

Esta omissão talvez acarrete uma nova discussão em razão da vulnerabilidade da parte em razão da incompetência técnica. Tratando-se de pessoa sem conhecimento técnico e sem assistência de advogado, pode ocorrer a celebração de acordo potencialmente causador de dano, podendo ser objeto de controle judicial, conforme exposto ainda neste capítulo quando se tratar de vulnerabilidade das partes.

4.1.2 Direitos que admitam autocomposição

A legislação estabelece em determinados segmentos a chamada indisponibilidade de direitos, que consiste numa impossibilidade de renúncia a um direito legalmente reconhecido.

²¹⁴ CRUZ e TUCCI, José Rogério (Org.). *Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: AASP, 2015, p. 337.

²¹⁵ YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, v.1, p. 76.

Pode-se estabelecer como direitos indisponíveis aqueles decorrentes da relação de emprego ou os alimentos (CC – art. 1.694).

A conceituação de direitos que admitem autocomposição é mais ampla do que a de direitos indisponíveis. Isto porque, alguns direitos efetivamente indisponíveis são passíveis de autocomposição (transação, renúncia ou submissão), o que comporta a negociação judicial do procedimento quando em discussão tais matérias. É o que se verifica em ações judiciais de inventário onde todos os herdeiros sejam maiores e capazes ou em caso de cessão de direito de imagem que se revela como um direito material indisponível.

Portanto, a indisponibilidade ocorre dentro do campo do direito material, mas nada impede que em juízo ou fora dele (dependendo da matéria) haja algum tipo de transação.

No caso de verbas trabalhistas é relevante estabelecer que persiste a regra de sua indisponibilidade, todavia, em ação judicial pode o trabalhador renunciar a direitos, inclusive gerando a coisa julgada material que lhe impossibilita ajuizamento de outra ação para discussão da mesma matéria.

Neste aspecto, não haveria proibição para negócio processual quando em discussão o processo de emprego. Neste sentido o Enunciado nº 131 do FPPC: “aplica-se ao processo do trabalho o disposto no art. 190 no que se refere à flexibilidade do procedimento por proposta das partes, inclusive quanto aos prazos”²¹⁶

Contudo, tal aplicação resta por ora inaplicável na Justiça do Trabalho por conta da Instrução Normativa nº 39/2016, aprovada pela Resolução 203/2016 estabelecida pelo Tribunal Superior do Trabalho, que veda expressamente a aplicação do art. 190 e parágrafo único do CPC no processo do trabalho.²¹⁷

Cabe ressaltar ainda importante análise a respeito dos chamados direitos indisponíveis que eventualmente podem ser objeto de negociação visando adequar o procedimento às necessidades da causa:

Há casos em que os bens da vida em disputa são absolutamente indisponíveis, como a saúde, o meio ambiente e o estado das pessoas, no entanto, nos quais a técnica processual relativamente rígida do procedimento comum ou mesmo de procedimento especial como da ação civil pública não permite que o processo atinja os melhores resultados. Nessa perspectiva, os negócios jurídicos processuais não podem apenas ser concebidos como repercussão da autonomia privada, mas também a partir do acesso à justiça e do princípio da adaptabilidade e da economia processual, permitindo que o

²¹⁶ FÓRUM PERMANENTE DOS PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis, São Paulo, SP, 18, 19, 20 mar. 2016. Disponível em: < <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-São-Paulo.pdf>> Acesso em 21 fev. 2017.

²¹⁷ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução nº 203, Brasília, DF, 05 mar. 2016. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>> Acesso em 21 fev. 2017.

processo se adéque às circunstâncias específicas da relação conflituosa e produza melhores resultados e com economia de esforços, de tempo e de recursos. A própria redação do art. 190 nos direciona nesse sentido, ao prescrever que a finalidade dos negócios processuais é exatamente ajustar o processo “às especificidades da causa”. Pensemos em demanda que vise a tratar de questões relativas ao estado das pessoas, ou mesmo a impedir a ocorrência de dano ambiental ou destruição do patrimônio público. São bens à luz do Direito Material que *in natura* se mostram indisponíveis, mas ante à complexidade do caso concreto, especialmente do ponto de vista probatório, a realização de negócios jurídicos processuais, firmado em Termo de Ajustamento de Conduta ou mesmo no curso do processo, pode propiciar maior efetividade e maior adequação do procedimento às necessidades das relações de Direito Material.²¹⁸

No campo do direito civil, portanto, parece acertado estabelecer que se tratando de direito patrimonial passível de autocomposição em juízo ou fora, mesmo que reflita um direito indisponível, absolutamente viável a negociação processual. Considerando que alguns assuntos públicos podem ser negociados em Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), plausível entendimento de que o negócio processual também pode ser efetuado em direito público.

A respeito da Fazenda Pública remete-se a uma análise em separado neste capítulo.

4.1.3 Segundo os atos das partes

Nos termos indicados anteriormente, o processo se desenvolve através de atos praticados pelas partes, juízes, auxiliares da justiça e terceiros.

O Código de Processo Civil neste contexto é bastante específico ao restringir à negociação das partes aos seus próprios atos, permitindo neste caso a negociação acerca de ônus, poderes, faculdades e deveres processuais.

Explica Alexandre Freitas Câmara:

Estabelece a lei que os negócios processuais celebrados pelas partes podem versar sobre “seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais”. Têm as partes, então, autorização da lei para dispor sobre suas próprias posições processuais, não podendo o negócio alcançar as posições processuais do juiz. Assim, por exemplo, é lícito celebrar negócio processual que retire das partes a faculdade de recorrer (*pacto de não recorrer*), mas não é lícito às partes proibir o juiz de controlar de ofício o valor dado à causa nos casos em que este seja estabelecido por um critério prefixado em lei (art. 292).²¹⁹

²¹⁸ CRUZ e TUCCI, José Rogério (Org.). *Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: AASP, 2015, p. 338

²¹⁹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 123.

Portanto, notadamente as partes não possuem direito de negociação acerca de condutas a serem tomadas pelo juiz durante o trâmite processual. Assim, impossível às partes negociarem como o juiz tomará suas decisões no processo, bem como, eliminar a necessidade de fundamentação da decisão.

Também não se mostra possível a negociação de como os agentes do Poder Judiciário atuarão no processo, já que se referem a atos praticados por terceiros. Possível exemplificar o descabimento de se constar que honorários periciais serão pagos apenas após a realização da perícia, já que se trata de ato a ser praticado por terceiro, não havendo como as partes negociarem tal conduta.

A respeito da fundamentação das decisões, este preceito encontra determinação expressa no texto constitucional (art. 93, IX c/c art. 37, caput da CF), em razão dos motivos já expostos neste trabalho. Desta feita, tratando-se de ato do juiz que assevera um controle público, parece certo que as partes não podem negociar sobre a existência ou não de fundamentação das decisões proferidas. A fundamentação é obrigatória, inclusive de acordo com os preceitos do art. 489 do CPC.

Cabe argumentação acerca do chamado juízo de equidade, que no sistema processual em vigor encontra normatização no parágrafo único do art. 140 do CPC que aduz somente ser cabível sua aplicação nos casos dispostos em lei. Considerando o princípio do autorregramento da vontade, em consonância com o art. 2º da Lei de Arbitragem que permite naquele órgão o juízo de equidade, bem como, o próprio parágrafo único do art. 140 do CPC, já que o contrato tem força de lei entre as partes e decorre de previsão legal do art. 190 do Códex, parece certo estabelecer a possibilidade do juízo de equidade na solução de litígios perante o Poder Judiciário.

Em que pese a consignação de que as partes podem negociar acerca de deveres processuais, é certo que algumas regras são tratadas como normas de ordem pública e não admitem qualquer tipo de convenção por ferir regras constitucionais específicas da jurisdição. É o que se pode estabelecer a partir da obrigação da litigância proba e leal.

Os arts. 77 e 78 do CPC estabelecem regras de conduta qualificadas como deveres processuais, a saber:

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;

III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;

IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;

V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;

VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

Art. 78. É vedado às partes, a seus procuradores, aos juízes, aos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública e a qualquer pessoa que participe do processo empregar expressões ofensivas nos escritos apresentados.

§ 1º Quando expressões ou condutas ofensivas forem manifestadas oral ou presencialmente, o juiz advertirá o ofensor de que não as deve usar ou repetir, sob pena de lhe ser cassada a palavra.

§ 2º De ofício ou a requerimento do ofendido, o juiz determinará que as expressões ofensivas sejam riscadas e, a requerimento do ofendido, determinará a expedição de certidão com inteiro teor das expressões ofensivas e a colocará à disposição da parte interessada.²²⁰

Notadamente as disposições destes dois artigos não admitem negociação em sentido contrário por caracterizarem a consagração dos princípios da probidade e lealdade, indispensáveis para a prestação de uma tutela jurisdicional justa e célere.

4.1.4 Nulidade do acordado

De acordo com o parágrafo único do art. 190 do CPC incumbe ao juiz verificar de ofício ou a requerimento das partes a validade do negócio jurídico estabelecido entre as partes no que pertine à sua nulidade.

Significa que compete ao juiz invalidar qualquer tipo de negócio processual que ofenda normas de ordem pública. O objeto negociado é passível de verificação e pode ser rejeitado no caso de nulidade.

É uma situação bastante ampla que permite ao julgador efetuar total controle a respeito dos negócios processuais. Pode-se estabelecer que o negócio processual deve respeitar as garantias constitucionais processuais e as normas cogentes de processo estabelecidas na Constituição Federal, no Código de Processo Civil e outras leis extravagantes.

Em suma, neste caso o julgador pode efetuar controle de todo e qualquer alteração de procedimento acordado entre as partes.

²²⁰ BRASIL. *Lei 13.105 de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm> Acesso em 21 fev. 2017.

Exige-se ainda do negócio processual o cumprimento das regras legais atinentes ao contrato.

Neste sentido o Enunciado 403 do FPPC: “A validade do negócio jurídico processual requer agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei”, nos exatos termos do art. 104 do Código Civil.²²¹

Por sua vez também compete ao juiz verificar as situações de anulabilidade estabelecidas pela lei civil. Conforme exposto no segundo capítulo deste trabalho observam-se os vícios de vontade e os vícios sociais.

Corroborando o Enunciado 132 do FPPC: “Além dos defeitos processuais, os vícios da vontade e os vícios sociais podem dar ensejo à invalidação dos negócios processuais”.²²²

Justificou-se ainda no segundo capítulo deste trabalho a inserção do direito civil nas prerrogativas da Constituição Federal, o que exige uma adequação dos contratos às suas normas e a intervenção estatal para adequação. Para tanto, o Código Civil de 2002 amparado nestas premissas estabeleceu princípios sociais do contrato (através das cláusulas gerais), como a boa-fé contratual, a função social do contrato e o equilíbrio contratual.

Tais fundamentos de análise contratual estão consonância com a necessidade de viabilidade de intervenção estatal nos contratos. Conforme restou demonstrando, os fundamentos de intervenção estiveram consubstanciados no fim da plena liberdade de contratação, ela deixou de existir no momento em que as partes não possuíam mais qualquer tipo de igualdade na contratação.

Ainda na questão da nulidade é certo que o juiz controlará os atos e condutas processuais passíveis de negociação, proibindo aqueles que forem considerados ilegítimos.

4.1.5 Abusividade em contrato de adesão

Os contratos de adesão ou *standards* são aqueles onde não há qualquer possibilidade de discussão a respeito das cláusulas estabelecidas. Trata-se da padronização da forma de contratação.

Observa-se que neste tipo negociável o aderente não possui qualquer tipo de discussão a respeito dos termos do contrato.

²²¹ FÓRUM PERMANENTE DOS PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Civis, São Paulo, SP, 18, 19, 20 mar. 2016. Disponível em: < <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-São-Paulo.pdf> > Acesso em 21 fev. 2017.

²²² *Idem*.

Quando se trata de relação de consumo existe normatização no art. 54 do CDC que permite a sua formalização, inclusive com limitação de eventuais direitos dos consumidores. Contudo, o art. 51 do mesmo instrumento normativo estabelece um rol de cláusulas limitadoras de direito que são consideradas abusivas e por conseguinte nulas de pleno direito. Há ainda o art. 4º, III do CDC que apregoa os princípios da boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidor e fornecedor.

Por fim, o art. 6º, e seus incisos VI e VII do CDC garantem acesso irrestrito ao Poder Judiciário e facilitação dos interesses do consumidor.

Conclui-se que qualquer cláusula potencialmente causadora de danos ao direito do consumidor pode ser considerada abusiva e nula de pleno direito.

Há contudo, algumas considerações a serem feitas.

A cláusula de paz que obriga a prévia conciliação ou mediação é um mecanismo relevante para solução de conflitos e evita ajuizamento de demandas judiciais, o que aparentemente reflete a possibilidade de sua aplicação em contratos de adesão, desde que, seja de fácil verificação e utilização pelo consumidor.

Algumas empresas preocupadas efetivamente com solução de conflitos com consumidores dispõem de serviços de negociação prévia ou concomitante ao Poder Judiciário com relevante aplicação, bastando acesso a sítios eletrônicos com indicação dos problemas enfrentados e solução célere da controvérsia.

Exige-se de toda sorte que não se trate de conduta abusiva descrita no contrato de adesão apenas com objetivo de dificultar que o consumidor busque a tutela de seus direitos, bem como, de sua inaplicabilidade na hipótese de situações de risco ao resultado útil do processo ou em situações de perigo de dano (situações que comportam tutelas provisórias).

Outras situações poderiam eventualmente constar dos contratos de adesão desde que destinadas efetivamente à solução do conflito de forma justa e célere.

Importante efetuar explanação acerca do chamado contrato-tipo que em são elaborados por partes em tese equilibradas entre si e que possuem capacidade plena de negociação acerca das cláusulas contratuais. Em síntese, neste caso há cláusulas pré-dispostas, todavia, as partes contratantes possuem condições de negociação a respeito das mesmas, inclusive com a adição de outras necessárias a este acordo de vontades.

O contrato-tipo se destina a pessoas identificáveis, enquanto o contrato de adesão não possui destinação específica e pode ser aceito por qualquer pessoa e em qualquer número.

O contrato-tipo não possui regulação específica, mas são protegidos pelas regras gerais do contrato e admitem a intervenção estatal conforme estabelecido no segundo capítulo deste trabalho. Pode-se aplicar ainda a regra de vulnerabilidade, conforme preceitos abaixo.

É certo, porém, que se não se aplica, pelo menos numa primeira análise, a regra do contrato de adesão ou *standard*.

4.1.6 Vulnerabilidade de um dos contratantes

Conforme delineado no primeiro capítulo deste trabalho o princípio da igualdade embelecido na Constituição Federal quando aplicado no processo exige que as partes tenham tratamento isonômico e paridade de armas.

Na mesma esteira, no segundo capítulo foi apresentada a questão atinente à crise do contrato baseada no fato de que os contratantes em geral não possuem plena liberdade de contratação, ou seja, não se encontram em situação de plena liberdade.

Corroborando com tais perspectivas incumbe ao juiz controlar a validade dos negócios processuais quando vislumbrar a vulnerabilidade de uma parte em relação à outra.

A primeira perspectiva é que esta vulnerabilidade não se revela unicamente no âmbito processual, mas também, no momento da elaboração do acordo processual, ou seja, no momento da elaboração do contrato ou no transcurso de tempo entre o acordo e eventual ação judicial.

Propõem-se análise de vulnerabilidade quanto ao acesso à justiça e em razão do desconhecimento técnico.

Uma primeira perspectiva de análise no âmbito da igualdade reside na imposição de custos desproporcionais do processo a uma das partes de tal forma que impeça ou dificulte o acesso à justiça. Isto pode ocorrer se a parte teve uma diminuição em sua capacidade financeira ou então tinha uma ideia abstrata de valor a ser arcado que se mostra errôneo em relação ao que efetivamente deve ser dispendido para resolução processual.²²³

Isso ocorre quando contratantes estabelecem como cada parte arcará com custos processuais para ingresso na justiça. Num primeiro momento o contratante pode acreditar que não haverá problemas com estes custos, todavia, no trâmite processual este valor pode se mostrar absolutamente inviável.

²²³ ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, v.1, p. 207.

Pode-se exemplificar uma situação como esta quando as partes estipulam o nome de uma ou duas pessoas que exclusivamente poderão ser nomeadas como perito em eventual ação judicial. Considerando que estes peritos são verdadeiras sumidades no assunto, deve-se reconhecer que seus honorários serão relativamente altos. Uma das partes assume a obrigação de pagar antecipadamente os honorários em caso de ação judicial, todavia, no transcurso do contrato sua capacidade econômica diminui consideravelmente e não há mais como pagar os honorários periciais para ingressar com a ação.

Noutra situação, a parte contratante que assumiu a obrigação não tinha conhecimento do custo decorrente da nomeação destes peritos específicos e não há como pagar a produção da prova.

A solução deste caso encontra respaldo na vulnerabilidade e igualdade substancial que deve ser aplicada pelo julgador, em consonância com as garantias constitucionais de acesso à justiça, inafastabilidade da jurisdição e tutela jurisdicional adequada.

Neste sentido a revisão do acordado é imprescindível, seja para adequar o ônus da prova de acordo com a distribuição dinâmica autorizada por lei (art. 373, §1º do CPC), ou ainda, reconhecer a absoluta nulidade da cláusula e possibilitar a escolha de perito do juízo que eventualmente possa atuar por honorários mais baixos.

Parece claro que acordo financeiro que acarrete empecilho ao acesso à justiça não pode preponderar contra a prestação da tutela jurisdicional justa e plena.

Ainda nesta seara de custo para acesso à justiça tem-se a figura de acordos que de alguma forma importem em dificuldade geográfica para busca da tutela jurisdicional. Trata-se na verdade na chamada cláusula de eleição de foro, que já existia no sistema anterior e foi mantida no processo vigente (art. 63 do CPC) e reflete um chamado negócio processual típico. Registre-se, porém a possibilidade de que o juiz reconheça a abusividade, nos termos do art. 63, §§ 3º e 4º do CPC, e declare a ineficácia deste acerto.

Notadamente, a vulnerabilidade da parte em razão da dificuldade de acesso à justiça, por alterações fáticas ocorridas no transcurso do contrato (mudança de sede ou domicílio ao longo do tempo), pode se constituir como limitador à regra do foro de eleição.²²⁴

Um segundo ponto é o estabelecimento de regras procedimentais em contrato por pessoas que não conheçam a estrutura processual e sem assistência adequada de advogado na sua elaboração. Eventualmente o acertado pode acarretar prejuízos processuais para uma das

²²⁴ ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, v.1, p. 208.

partes por absoluto desconhecimento, o que se enquadra claramente como vulnerabilidade técnica.²²⁵

Cabível neste caso o reconhecimento do erro ou do dolo, dependendo da forma como elaborado o contrato, capaz de acarretar a anulabilidade do negócio processual.

Em que pese a impossibilidade de se alegar desconhecimento da lei (art. 3º do Decreto-Lei 4.657 de 4 de setembro de 1942), em geral o contratante não possui conhecimento técnico específico para sozinho dispor da forma de atuação processual.

Dentro da prerrogativa da atuação jurisdicional plena e efetiva, a assunção de regras desproporcionais, especialmente por pessoa sem qualificação técnica para tanto, pode ser repelida pelo julgador.

Pode-se estabelecer ainda se no momento da assinatura do contrato as partes estavam efetivamente em situação de igualdade substancial ou se uma delas assumiu situação totalmente desproporcional em razão da necessidade de contratação.

É comum que empresas pequenas ou médias assumam contratos desproporcionais com grandes corporações, que remetem contratos-tipos sem qualquer tipo de possibilidade de negociação dos termos ali acertados. Estas empresas menores aceitam as disposições contratuais sem poder de negociação unicamente em razão da necessidade de efetuar as vendas e viabilizar a atividade econômica.

As disposições aplicáveis ao contrato e descritas no capítulo segundo deste trabalho amoldam-se perfeitamente a esta vulnerabilidade que o Código de Processo Civil estabelece. Neste sentido também cabe controle judicial de cláusulas desproporcionais que possam ferir o equilíbrio do contrato, a função social do contrato ou a boa-fé contratual.

4.2. DIREITO DE AÇÃO E TUTELAS PROVISÓRIAS

Foi estabelecida no primeiro capítulo uma diferenciação precisa entre os termos processo e procedimento. Neste contexto, numa primeira interpretação do *caput* do art. 190 do CPC, poder-se estabelecer que a legislação processual autoriza às partes negociarem apenas sobre os atos procedimentais, ou seja, as condutas tomadas no decorrer do processo. Assim, qualquer conduta, mesmo que negociada, que ofenda as garantias do processo são ilegais.

Portanto, as garantias processuais constitucionais devem ser limitadoras para a autonomia da vontade das partes.

²²⁵ ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, v.1, p. 208.

Foi apresentado neste trabalho que a inafastabilidade de jurisdição é considerada um princípio e encontra-se descrita no texto constitucional e infraconstitucional, garantindo o acesso à justiça sem qualquer tipo de limitação.

O argumentado a respeito da cláusula da paz também vale ser ratificado neste caso, onde, é viável que as partes estipulem em contrato a necessidade de uma tentativa prévia de solução do conflito, evitando ajuizamento de demanda judicial. Ratificam-se os argumentos de que a cláusula não se reflita numa tentativa de dificultar a busca de direitos em juízo, bem como, de inaplicabilidade na hipótese de situações de risco ao resultado útil do processo ou em situações de perigo de dano.

Quanto ao direito de ação, no contexto atual ficou estabelecido em julgamento proferido pelo STF (conforme capítulo 1º - Homologação de Sentença Estrangeira nº 5206) que o acesso à jurisdição estatal somente pode ser limitada caso se opte expressamente pelo acesso à arbitragem. Assim, pela interpretação consagrada, não há possibilidade de se impedir a prestação de uma tutela, seja pelo Poder Judiciário ou pelo árbitro.

Importante fazer uma breve análise da chamada cláusula de *non petendo*. Constitui-se esta como uma situação onde a parte renuncia ao direito de buscar a exigência da obrigação contratual em juízo.

A partir daí duas situações são identificáveis, na primeira a cláusula importaria apenas a renúncia ao direito de ação, o que inegavelmente se constituiria em situação nula de pleno direito por ferir o disposto no art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal.²²⁶

Numa segunda análise esta cláusula acarretaria renúncia à pretensão jurídico material. A partir daí possível observar que o contratante renunciou ao próprio direito material, portanto, nenhuma tutela jurisdicional poderia ser prestada.

No contexto processual em vigor renunciar ao direito de buscar uma tutela jurisdicional ou arbitral mostra-se inconcebível, já que, os demais meios de solução de controvérsias não dispõem de executividade forçada. A mediação ou autocomposição somente terão tal prerrogativa se as partes concordarem com os termos do acordado. Na arbitragem e no processo judicial existe julgamento e a decisão se impõe à vontade das partes.

Por seu turno, a renúncia ao próprio direito material deve ser analisada de acordo com a regra da remissão da dívida do Código Civil (arts. 385 a 388), não sendo viável no âmbito do direito material a renúncia a um direito que sequer se materializou.

²²⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Paradoxo da Corte. Novo CPC traz mudanças na arbitragem, conciliação e mediação*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-08/paradoxo-corte-cpc-traz-mudancas-arbitragem-conciliacao-mediacao>> Acesso em 01 de mar. 2017.

Desta forma, pode-se estabelecer que a renúncia ao direito de buscar a tutela estatal caracteriza-se como pacto nulo, salvo cláusula de compromisso arbitral.

A evolução da tutela jurisdicional por seu turno exige a efetividade e satisfatividade. Desta forma, visando garantir a quem busca a tutela jurisdicional tais preceitos, a longo tempo se possibilita a concessão de medidas emergências, visando garantir o resultado útil do pedido principal ou antecipadamente o próprio bem da vida pretendido em juízo.

Desta feita, no sistema processual em vigor foram criadas duas figuras de tutelas provisórias. Uma baseada na urgência que se subdivide em cautelar e antecipatória de mérito, e outra onde não se faz necessário comprovação da urgência, mas da existência do próprio direito que é a tutela provisória de evidência.

As tutelas provisórias podem ser antecedentes, apresentadas antes do pedido principal, ou incidentais, apresentadas de forma concomitante ou após o próprio pedido principal. Em geral são baseadas em cognição sumária, já que são concedidas via contraditório diferido (liminares *inaudita altera parte*) ou antes de se encerrar o contraditório pleno e efetivo, entendendo-se neste caso o direito à ampla produção de provas e ou recursos que impedem a preclusão das decisões de mérito.

Por seu turno, as tutelas de urgência cautelares são de cunho satisfatório e se destinam à garantia do resultado útil do processo como um todo, ao passo que a tutela antecipada, de cunho satisfativo, concede o bem da vida pretendido pelo autor em qualquer momento processual.

Vale registrar que a tutela de evidência também possui cunho satisfativo, todavia, não se baseia no risco de ocorrer um dano irreparável ou de difícil reparação, mas sim, por situações previstas na legislação que demonstram que o direito do autor resta praticamente líquido e certo, sendo pouco provável sua derrota ao final da ação (art. 311 do CPC), porém, por questões e garantias processuais o juiz está impedido de proferir sentença de mérito de forma antecipada.

Importante análise das tutelas provisórias:

Não se trata de simples faculdade ou de mero poder discricionário do juiz, mas de um direito subjetivo processual que, dentro dos pressupostos rigidamente traçados pela lei, a parte tem o poder de exigir da justiça como parcela da tutela jurisdicional a que o Estado se obrigou.²²⁷

Portanto, as tutelas provisórias, especialmente as de urgência, revelam-se absolutamente pertinentes para a garantia dos direitos das partes e supressão de qualquer

²²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil. Processo de Execução e Processo cautelar*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. II, p. 668.

conduta causadora de dano. A tutela de evidência aponta um direito que a lei já garante potencialmente ao autor.

Cabe consignar que o entendimento consagrado é o de que não cabe concessão de tutelas provisórias de ofício, cabendo, pois requerimento da parte interessada. Não se trata, portanto, de técnica de julgamento, já que dependeria de solicitação da parte.

Trata-se, contudo, de técnica de garantia de direito constitucionalmente estabelecido. Assim, inadmissível diante das garantias e prerrogativas constitucionais o estabelecimento de qualquer negócio processual prescrevendo a impossibilidade de o juiz conceder as tutelas provisórias. Notadamente trata-se de acordo nulo de pleno direito por desrespeitar garantia constitucional almejada pela própria técnica da jurisdição plena, efetiva e tempestiva.

Restringir as tutelas de urgência significa criar embaraços ao poder-dever estatal de prestar atividade jurisdicional.

Até mesmo no compromisso arbitral mostra-se descabida uma negociação neste sentido. Tanto assim que a lei 13.129/2015 alterou a lei de arbitragem e passou a contar que antes de instituída a arbitragem, as partes podem buscar a tutela estatal para concessão de tutelas cautelares e de urgência. Após a instituição da arbitragem o pleito deve ser feito diretamente ao árbitro que gozará desta prerrogativa de concessão de tutelas provisórias de urgência. Eventual execução da decisão será sempre exercida pelo poder estatal.

Numa linha próxima, o CPC em vigor eliminou a ideia da teoria unitária da ação e apregou a possibilidade do julgamento parcial de mérito quando qualquer dos pedidos estiver em condições de julgamento independentemente de produção de prova oral ou pericial (art. 356 do CPC). Considerando que neste caso se trata também de situação que visa a efetividade processual e prestação da tutela jurisdicional plena e efetiva, parece certo que as partes não podem renunciar a esta possibilidade, até porque, neste contexto é certo que o julgamento parcial de mérito não é uma faculdade, mas sim uma obrigação do julgador.

4.3 NEGÓCIOS PROCESSUAIS E INSTRUÇÃO PROBATÓRIA

Duas situações são relevantes ao tratar da instrução probatória. A primeira diz respeito ao fato de as partes negociarem acerca das provas a serem produzidas no processo. A segunda trata da verdade negociada em contrato, ou seja, se os fatos tidos como verdadeiros em um negócio jurídico devem ser obrigatoriamente aceitos pelo julgador.

Quanto à negociação das provas a serem produzidas, neste trabalho foram trazidas algumas premissas do mecanismo de atuação estatal que garante o publicismo, conferindo ao

juiz o protagonismo do processo e o direito de buscar por si a verdade real. Isto é amparado no fundamento de que o juiz é o destinatário da prova e possui o livre convencimento motivado. O texto constitucional ainda estabelece o princípio da ampla defesa que consagra o direito à ampla produção de provas.

Baseando-se em tais premissas o art. 370 do CPC apregoa que o juiz pode de ofício determinar as provas a serem produzidas para solução de mérito. Consagra-se o princípio de que persiste interesse estatal de aplicação da justiça e segundo os ditames legais.

Em sentido contrário Lenio Luiz Streck entende que a interpretação do atual art. 370 do CPC deve ser feita de forma diferente em relação à interpretação dada ao art. 130 do CPC/73. Em que pese a redação praticamente idêntica dos dois diplomas legais nos dois diplomas normativos (no vigente CPC houve apenas uma subdivisão entre *caput* e parágrafo único), a concepção do sistema processual atual restringe a atuação de ofício do julgador. A necessária imparcialidade do juiz obriga, de acordo com o doutrinador, a se respeitar o princípio dispositivo do processo, garantindo desta forma a igualdade entre os litigantes. Em arremate, somente no caso de direitos indisponíveis estaria o julgador permitido a determinar produção de provas de ofício.²²⁸

Assim, cabe analisar efetivamente num primeiro momento se o juiz possui condições de determinar a produção de provas de ofício em todos os casos que entenda viável, ou apenas quando se tratar de direitos indisponíveis.

Sopesando o interesse das partes na produção de provas, de nada adianta, por exemplo, o juiz determinar a produção de prova pericial se as partes não pretendem a produção de tal prova e não arquem com os seus custos. Também de nada adianta determinar a produção de prova testemunhal se as partes não indicarem testemunhas a serem ouvidas.

Neste norte, em que pese a possibilidade da fixação de provas a serem produzidas pelo juiz, se não houver interesse das partes, inexistente fundamento para sua produção e a aceitação do acordado tende a ser legítima.

Numa situação onde o juiz entenda que não existem provas suficientes dos fatos alegados, cabe-lhe aplicar a regra de julgamento consistente na aplicação do ônus da prova. Salvo o interesse do juiz no interrogatório das partes (art. 139, VIII do CPC) ou na oitiva de testemunhas do júízo.

²²⁸ STRECK, Lenio Luiz. Limites do juiz na produção de prova de ofício no artigo 370 do CPC. *Revista Consultor Jurídico*. 2016. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2016-set-15/senso-incomum-limites-juiz-producao-prova-oficio-artigo-370-cpc>> Acesso em 15 mar. 2017.

Por outro lado, vislumbra-se eventual situação onde a parte acordou de forma pré-processual a não realização de determinada prova, contudo, na ação judicial apura a necessidade da produção da respectiva prova para garantia de seu direito. Surge neste momento um conflito entre a autonomia da vontade e a tutela jurisdicional justa, plena, efetiva e que dever buscar a verdade real.

A solução parece consistir em sopesar a garantia constitucional à tutela jurisdicional justa e efetiva com a liberdade contratual e os fundamentos de necessidade de produção desta prova.

Neste sentido Michele Taruffo²²⁹ apregoa que uma decisão justa não é aquela que seguiu o procedimento de forma escorreta (justiça procedimental), mas sim, a justiça da decisão deve ser analisada segundo três condições “separadamente necessárias e conjuntamente suficientes [...]: a correção do procedimento, a justa interpretação e aplicação da lei substancial; a veracidade da verificação dos fatos”.

Neste caso, tratando-se de prova realmente pertinente, não se vislumbra qualquer impossibilidade legal que o juiz determine a produção da prova pretendida pela parte. Pode assim usar de seu poder legal de autoridade estatal para determinar a produção da prova necessária sem ofender o balizamento da imparcialidade e buscar a solução justa. Até porque não se pode aduzir a existência de nulidade quando se almeja a verdade e a justiça.

Argumenta-se ainda a situação onde as partes em contrato dispõe sobre a veracidade ou falsidade dos fatos. Neste sentido, cite-se novamente o ensinamento de Michele Taruffo ao aduzir que somente se alcança um processo justo no momento em que houve a busca da verdade efetiva dos fatos. Para ele, portanto, inobstante o que consta do contrato, o juiz pode se valer de outros elementos para alcançar a sua verdade a respeito dos fatos e proferir suas decisões²³⁰.

Afinal de contas, não existe verdade contratada, sendo que fatos efetivamente ocorridos não podem ser desmentidos por contrato, assim como situações inexistentes não podem ser criadas por vontade das partes. Assim, o juiz não está obrigado a aceitar os fatos tal como descrito em contrato e pode buscar sua visão acerca do tema.

Em sentido contrário, segundo Blecaute Oliveira Silva o estabelecimento da verdade na cláusula contratual não pode ser objeto de maiores discussões judiciais, já que, a autonomia da vontade garante que as partes indiquem ao juiz o que efetivamente ocorreu,

²²⁹ TARUFFO, Michele. Verdade Negociada? Trad. Pedro Gomes de Queiroz. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro-RJ: ano 8, vol. XIII., jan./jul de 2014, p. 640, Disponível em <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11928/9340>>. Acesso em 01 mar. 2017.

²³⁰ *Idem*.

realizando o chamado contraditório efetivo garantindo a efetiva participação das partes na solução do litígio.²³¹

Negociar a verdade parece uma situação impossível de ser aceita no sistema judiciário, diante de todos os preceitos jurisdicionais exaustivamente estampados neste trabalho.

4.4 NEGÓCIOS PROCESSUAIS E RECURSOS

O sistema processual garante às partes pleno direito de recurso contra as decisões proferidas. Para tanto, observam-se recursos que admitem qualquer tipo de discussão quanto à matéria (fatos/provas e normas jurídicas) e outros recursos que visam apenas análises normativas.

Há situações, porém, onde o legislador elimina os recursos absolutamente abertos e propicia apenas o direito ao Recurso Extraordinário para discussão de questões constitucionais (art. 101, III da CF). É o que ocorre nas execuções fiscais cujo valor não ultrapassa 50 OTNs (art. 34 da Lei nº 6.830/1980).

Efetivamente o chamado duplo grau de jurisdição não se constitui como uma garantia constitucional podendo haver sua supressão pela legislação infraconstitucional.

Neste sentido:

A ordem constitucional em vigor, de fato, não contém uma declaração expressa da obrigatoriedade do duplo grau. No entanto, da organização que a Carta Magna prevê para o Poder Judiciário consta a instituição obrigatória de juízos de primeiro grau e de tribunais de grau superior, cogitando de recursos ordinários e extraordinários entre uns e outros. É o suficiente para ter como implantado entre nós o princípio fundamental da dualidade de instâncias.

No entanto, a própria Constituição prevê processos de competência originária de tribunais, sem superpor-lhes uma instância revisora. E, mais ainda, prevê juizados especiais em que o recurso, acaso interposto, não sobe a um tribunal superior, mas é examinado por grupo de juízes de primeiro grau, integrados ao próprio juizado.

Isto quer dizer que o princípio do duplo grau está naturalmente implantado entre nós, mas não em termos absolutos, cabendo ao legislador ordinário dar-lhe os contornos práticos que se mostrarem convenientes.²³²

Da mesma forma, o direito a um recurso não se constitui como indispensável para que a prestação da tutela estatal seja plena e efetiva. Até porque os juízos de primeiro grau possuem plena aptidão para proferir decisão dentro dos parâmetros da legalidade e justiça.

²³¹ SILVA, Beclate Oliveira. Verdade como objeto de negócio jurídico processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, v.1, p. 403.

²³² THEODORO JUNIOR, *Curso de Direito Processual Civil*. 49. ed. São Paulo: Forense, 2016, v. III, p. 957.

Em verdade, persiste uma tendência e necessidade de se valorizar as decisões dos juízos de primeiro grau para que eles não sejam apenas juízos instrutórios responsáveis por proferir uma decisão que estará sempre apta a um recurso com ampla permissão de reavaliação, fazendo com que sempre o juízo de segundo grau seja aquele que efetivamente preste a tutela jurisdicional.

Como forma de controle da interpretação jurídica do juiz e consagração de certa segurança jurídica o CPC trouxe importante inovação no sentido de que os tribunais devem manter sua jurisprudência íntegra e uniformizada (art. 926 do CPC), bem como, juízes e tribunais estão sujeitos ao cumprimento de alguns precedentes constituídos como obrigatórios (art. 927).

A respeito da segurança jurídica pode-se citar Hans Kelsen:

A vantagem da segurança jurídica, que consiste no fato de a decisão dos tribunais ser até certo ponto previsível e calculável, em os indivíduos submetidos ao Direito se poderem orientar na sua conduta pelas previsíveis decisões dos tribunais. O princípio que se traduz em vincular a decisão dos casos concretos a normas gerais, que hão de ser criadas de antemão por um órgão legislativo central, também pode ser estendido, por modo conseqüente, à função dos órgãos administrativos. Ele traduz, neste seu aspecto geral, o princípio do Estado-de-Direito que, no essencial, é o princípio da segurança jurídica. Em completa oposição a este sistema encontra-se aquele segundo o qual não existe tampouco um órgão legislativo central, tendo os tribunais e os órgãos administrativos de decidir os casos concretos segundo a sua livre apreciação. A sua justificação está no suposto de que nenhum caso é perfeitamente igual a outro, de que, portanto, a aplicação de normas jurídicas gerais que predeterminam a decisão judicial ou o ato administrativo e, assim, impedem o órgão competente de tomar na devida conta as particularidades do caso concreto, pode conduzir a resultados insatisfatórios. É o sistema da livre descoberta do Direito, sistema que já Platão propôs para o seu Estado ideal. Em conseqüência da radical descentralização da criação do Direito que lhe vai ligada, este sistema caracteriza-se pela sua grande flexibilidade, mas, em contrapartida, renuncia totalmente à segurança jurídica. Com efeito, sob uma tal ordem jurídica, os indivíduos não podem prever as decisões dos casos concretos em que participam como demandantes ou demandados, acusadores ou acusados. Por isso, não podem de forma nenhuma saber de antemão o que é que lhes é juridicamente proibido ou permitido, para que é que têm ou não têm poder ou competência. Somente podem conhecer isso através da decisão em que lhes é aplicada uma pena ou em que são absolvidos da acusação, em que a sua ação é rejeitada ou recebe provimento.²³³

Em que pese esta delimitação de atuação do julgador e a tendência de privilegiar o decidido em primeiro grau de jurisdição, deixando as decisões colegiadas para questões

²³³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução, João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 175/176.

efetivamente relevantes e que demandam sua participação, tem-se que renunciar ao direito recursal consiste em abrir mão de um direito que sequer existe, consubstanciado ainda no risco de que o julgador de primeiro grau de alguma forma possa não analisar todo o processo da forma correta, ou ainda, possuir entendimentos não habituais a respeito de determinados temas.

Como cediço as partes possuem apenas eventual direito a interposição de recurso, todavia, sua disponibilidade pode ocorrer por omissão (não apresentação do recurso no prazo legal) ou por conduta ativa como a renúncia efetiva ao prazo recursal.

A respeito dos recursos nos negócios processuais, primeiramente tem-se como certa a impossibilidade das partes criarem recursos ou possibilitarem supressão de instâncias. Isto se deve ao princípio da taxatividade dos recursos e ao devido processual legal que não permite a supressão de julgamento.

Na mesma esteira, os requisitos de admissibilidade dos recursos também se constituem como norma de ordem pública, portanto, não sujeitos a qualquer tipo de negociação.

Quanto à renúncia antecipada ao recurso em si, a primeira análise a ser efetuada consiste no fato de que o recurso constitui-se claramente como um remédio voluntário. Trata-se de simples desdobramento do direito de ação e ônus processual, já que ninguém é obrigado a recorrer de uma decisão que o prejudica.

Notadamente, se o Poder Judiciário ao estruturar sua função jurisdicional reconhece aos juízos de primeiro grau plena e irrestrita competência para prestação da jurisdição, por certo que a decisão proferida possui elementos que a condicionam como correta.

Não haveria maiores empecilhos para renúncia prévia ao direito de recorrer em razão da economia processual e duração razoável do processo.

4.5 NEGÓCIOS PROCESSUAIS E FAZENDA PÚBLICA

Primeiro ponto para vislumbrar o cabimento de negócios processuais pela Fazenda Pública consiste em efetuar uma comparação com a arbitragem.

Neste sentido, Eros Grau (ex-ministro do STF) aduzia a longo tempo que não existia qualquer impedimento específico para que a Fazenda Pública utilizasse a arbitragem, em verdade, em julgamento proferido pelo STF no ano de 1973 conhecido como “Caso Lage” restou reconhecido o direito de utilização da arbitragem pela Fazenda Pública. Em que pese

reconhecer que nem sempre poderá a Fazenda Pública utilizar-se da arbitragem, apregoa que isto é possível nas situações onde a lei permite a formalização de contratos.²³⁴

Tanto assim que a Lei 13.129/2015 acrescentou os §§ 1º e 2º ao art. 1º da Lei de Arbitragem (lei 9.307/96) dispondo que a administração pública direta e indireta pode utilizar da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, obrigando, neste caso a aplicação do princípio da publicidade (art. 2º, §3º da Lei 9.307/96).

Cumprir registrar ainda que embora alguns direitos materiais da Fazenda Pública sejam indisponíveis, direitos processuais em si não podem ser considerados também indisponíveis. Neste aspecto, considerando as especificidades da causa e a necessidade da duração razoável do processo, parece plausível trazer a possibilidade dos negócios processuais para as situações onde a Fazenda Pública possui condições de contratar (direitos patrimoniais disponíveis).

Seguindo esta linha, o FPPC estabeleceu em seu Enunciado 256 que “a Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual”.²³⁵

Notadamente alguns limites deverão ser observados como a proibição de exclusão da remessa necessária e o cumprimento dos preceitos da Fazenda Pública relacionados a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

4.6 ANÁLISE DE SITUAÇÕES ESPECIAIS

Conforme já relatado não é possível tratar especificamente de todos os mecanismos de negociação processual. Nem mesmo a doutrina possui grande análise acerca do tema e a jurisprudência por certo terá longo tempo até a formulação de um entendimento consolidado.

De toda sorte, dentro das premissas estabelecidas neste trabalho, cumpre vislumbrar alguns casos específicos que denotam certa relevância.

Assim sendo, considerando os princípios do juiz natural e da eficiência, bem como regras de distribuição das ações judiciais, as partes não podem estabelecer um juízo ou um juiz (pessoa natural) específico para julgar o feito. As regras de competência absoluta fogem ao poder negociação, persistindo neste caso apenas a negociação típica do foro em razão do lugar. A escolha do juiz fere norma cogente de sorteio e distribuição.

²³⁴ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 299-308.

²³⁵ FÓRUM PERMANENTE DOS PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, São Paulo, SP, 18, 19, 20 mar. 2016. Disponível em: < <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-São-Paulo.pdf> > Acesso em 14 dez. 2016.

Alguns juristas têm apresentado que as partes poderiam estipular o segredo de justiça em negociação processual. Conforme foi apresentado neste trabalho a arbitragem possui a prerrogativa de ser privada e os processos tramitarem da forma como as partes desejarem, inclusive em segredo, sem acesso por qualquer pessoa. Neste norte, novamente num sistema comparativo, quando a lei admitiu ao Poder Público utilizar-se da arbitragem impôs a este a publicidade de seus atos (art. 2º, § 3º da Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996).

A publicidade é inerente aos atos praticados no direito público, aqui entendido o Poder Judiciário. Nestes termos, diante dos preceitos constitucionais da publicidade dos atos e do macroprocesso, parece acertado dizer que o segredo de justiça não pode ser objeto de acordo entre as partes. Depende unicamente dos interesses da causa, tal qual estipula o art. 189 do CPC.

Diante de preceitos de ordem pública, não cabe às partes excluírem ou restringirem intervenção do Ministério Público nos casos expressos em lei. Muito embora, conforme exposto acima e ratificado pelo Enunciado 253 do FPPC: “O Ministério Público pode celebrar negócio processual quando atua como parte”²³⁶.

Considerando a possibilidade de realização de TAC, que legitima direitos disponíveis e o interesse pela solução plena da lide, absolutamente cabível que o Ministério Público possa formular negócios processuais.

Já na tutela executiva, pode-se discutir sobre situações que influenciam na satisfatividade do pedido.

Neste sentido, impor contratualmente cláusula de impenhorabilidade de determinados bens mostra-se totalmente viável, já que consiste no credor desistindo da penhora daquele bem específico. Há respaldo no interesse do credor na execução.

Maior discussão prepondera, contudo, em eventuais cláusulas de penhorabilidade relacionadas a bens não sujeitos à execução como na hipótese do bem de família (Lei 8.009/90) e demais situações previstas no art. 833 do CPC.

O entendimento no STJ neste momento é no sentido de que a impenhorabilidade do bem de família com base na Lei 8.009/90 é irrenunciável por se tratar de benefício constitucional (REsp 1.200.112/RJ, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 21/8/2012; REsp 828.375/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 17/2/2009).

²³⁶ FÓRUM PERMANENTE DOS PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, São Paulo, SP, 18, 19, 20 mar. 2016. Disponível em: < <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-São-Paulo.pdf> > Acesso em 14 dez. 2016.

De acordo com a interpretação que vem sendo aplicada, as únicas situações que admitem a expropriação do bem de família são aquelas previstas na própria Lei 8.009/90, especificamente em seu art. 3º.

Sequer a indicação do bem à penhora pelo próprio credor acarretaria renúncia à impenhorabilidade, de acordo com o tribunal superior.

Por seu turno, em relação às regras do art. 649 do CPC de 1973 o STJ possuía entendimento no sentido de que é válida a penhora dos bens ali descritos desde que indicados pelo próprio devedor ou na hipótese de não ocorrer a manifestação de impenhorabilidade na primeira possibilidade de falar nos autos. Trata-se de aplicação da preclusão pela não argumentação imediata no processo (REsp. 470935/RS, Segunda Seção, Relatora Ministra Nancy Andrighi, DJ de 1º/3/2004 e REsp 351.932/SP, Terceira Turma, Rel. para Acórdão Min. Castro Filho, DJ de 9/12/2003).

As situações do referido art. 649 do CPC/1973 foram de certa forma repetidas no art. 833 do CPC vigente, o que permite concluir a aplicação do mesmo entendimento jurisprudencial. Com base nisto, o acordo processual de penhorabilidade dos bens descritos no art. 833 do CPC mostra-se plausível, seja ele antes do processo ou no seu curso. Neste sentido, lícita cláusula de penhora de salários independentemente do valor ou de depósitos em cadernetas de poupança.

Por fim, situação relevante é o estabelecimento dos prazos processuais. Alguns prazos são inerentes à atividade jurisdicional, neste caso, parece acertado estabelecer a impossibilidade de negociação, como ocorre na hipótese de prazos recursais.

Nada impede, porém, tratativas acerca de outros prazos processuais. Por outro lado, compete ao juiz verificar eventuais nulidades dos acordos. Neste sentido a respeito dos prazos processuais a nulidade capaz de fazer com que o juízo o rejeite reside na aplicação de prazos extremamente longos capazes de causar danos aos princípios da duração razoável do processo e economia processual.

Os prazos processuais podem ser alterados pelas partes desde que razoáveis e proporcionais aos princípios citados, até porque o CPC ainda preza que incumbe ao juiz o impulso oficial do processo (art. 2º do CPC).

O processo cooperativo ainda preleciona várias outras possibilidades efetivamente razoáveis e quem ferem direitos e garantias processuais, como a possibilidade de que o requerido apresente defesa por negativa geral, alteração de pedido e causa de pedir após a citação, dentre outros.

Urge ressaltar, por fim, o acordo típico de fixação de calendário processual onde as partes, em conjunto com o juiz, podem fixar todas as datas de todos os atos processuais a serem praticados, conforme art. 191 do CPC. Evitam-se, desta forma, intimações e manifestações desnecessárias, bem como, que o processo fique parado em cartório aguardando andamentos processuais. Neste caso, imprescindível que haja participação e anuência do juiz.

CONCLUSÃO

Por todo exposto constata-se que o processo na modernidade se caracteriza como relação-jurídica em contraditório, onde as partes possuem o direito de manter uma relação horizontal com o juiz da causa, eliminando o protagonismo exagerado do juiz. A ideia de que compete ao autor da ação unicamente quebrar a inércia de jurisdição e que o andamento processual é de incumbência unicamente do juiz mostra-se em descompasso com o princípio da cooperação de todos os envolvidos na relação processual na busca de uma tutela jurisdicional efetiva, satisfativa e em duração razoável de tempo.

Ademais, o contraditório efetivo garante o direito das partes apresentarem seus argumentos e fundamentos capazes de plenamente influenciar no julgamento da lide. Por conta disto, incumbe ao juiz fundamentar suas decisões de forma plena de acordo com todos os fundamentos apresentados. As bases processuais ganham contornos eminentemente constitucional.

Neste cunho constitucional a liberdade exsurge no processo rompendo totalmente com paradigmas anteriores de visão publicista. O autorregramento da vontade das partes no processo consagra a maior garantia constitucional existente.

Com a cláusula geral de negociação processual as partes podem dispor livremente (desde que respeitados alguns parâmetros normativos ali expressamente consignados) a respeito da forma de atuação do Poder Estatal.

A estrutura do processo sempre se baseou na premissa de que a lei impunha toda a correta forma de atuação estatal. Tal premissa deve ser revista diante desta aparente permissividade total prevista em lei.

Diga-se aparente porque tratando de cláusula geral os limites deverão ser estabelecidos pelo próprio juiz.

De toda sorte, pode-se vislumbrar que a liberdade procedimental ganha estrutura similar à arbitragem, onde, observa-se a natureza contratual e privatista de atuação. Não há qualquer regulação estatal e o árbitro somente atua naquilo que as partes foram omissas ou não são capazes de chegarem a um consenso.

Mas efetivamente não há como se comparar a arbitragem de natureza eminentemente privada com a jurisdição, de direito público e repleto de normas cogentes. Em que pese a arbitragem se aproximar de forma relevante à jurisdição, nunca haverá dentro dos escopos de um julgamento particular a preocupação efetiva de pacificação social e solução da controvérsia de acordo com os ditames e deveres das garantias individuais constitucionais.

Da mesma forma, o processo judicial em que pese refletir o interesse dos envolvidos, possui uma concepção macro voltada para o estabelecimento do Estado Democrático de Direito e concretização da sociedade de acordo com os parâmetros constitucionais.

Com base em tais premissas e diante das prerrogativas constitucionais, a atividade jurisdicional possui elementos que não permitem uma negociação de todo o seu conteúdo tal qual o procedimento quando instaurado em arbitragem. Parece límpido dizer que a arbitragem de natureza contratual está obrigada ao cumprimento de certas garantias processuais, de toda sorte, a falta de regulação normativa permite livremente a pactuação do procedimento pelas partes.

Por seu turno, o processo judicial possui uma regulação normativa cogente. Ali estão os mecanismos mínimos para satisfação do interesse público, pacificação social, garantia de construção da sociedade dentro dos parâmetros constitucionais. Compete aos envolvidos adequação do procedimento à realidade, sem que haja sonegação a direitos e garantias processuais expressamente previstos na Constituição Federal.

Foram apresentadas algumas propostas de direito e garantias processuais que impedem a incidência de negociação judicial. Impossível esgotar o assunto, mas, a partir das premissas é plausível aduzir situações processuais que poderiam ser objeto de negociação.

Além disso, possível constatar que o contrato atravessa momento de profunda mitigação quanto ao seu plano de validade e sofre constantemente intervenção do próprio Poder Judiciário com vistas à adequação ao plano constitucional, e por consequência, aos princípios estabelecidos no Código Civil a partir da lei maior.

O controle dos negócios processuais passa também pela análise do cumprimento destas disposições de igualdade e liberdade contratual. A suposta isonomia, especialmente dos negócios efetuados antes do processo precisam de absoluta análise para controlar a validade do acordo, sob pena de decisões que venham a ferir a jurisdição justa e a busca da verdade real. Além disso, não se pode admitir acertos que inviabilizem ou inutilizem o próprio acesso a justiça.

A tutela jurisdicional plena, efetiva e satisfativa é objeto de garantia processual constitucional, não sendo possível neste sentido a negociação de qualquer conduta que possa de alguma forma suprimir ou eliminar esta plenitude constitucional.

Conclui-se que a aproximação do processo judicial com o procedimento da arbitragem encontra limitação na prerrogativa público-privado. A aplicação plena da Constituição Federal deve ser observada pelo Poder Judiciário, ao passo que na arbitragem a vontade das partes possui maiores contornos de negociação.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. *Manual de Direito Processual Civil*. 6. ed. São Paulo: Forense, 2016.

ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, v.1.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. As convenções processuais na experiência francesa e no Novo CPC. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, v.1.

ALMEIDA, Marcelo Pereira. A Jurisdição na perspectiva publicista e privatista em países que adotam o modelo civil law no contexto da solução de demandas individuais de massa. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro-RJ: v. 14, n. 53, 2011, p. 265-290. Disponível em <http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista53/Revista53_265.pdf> Acesso em 30 nov. 2016.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

BERMUDES, Sergio. *Introdução ao Processo Civil*. 5. ed. rev. e atualiz. São Paulo: Forense, 2010.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. *Princípios e Regras de Integração dos Contratos no Novo Código Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Manual de processo civil: baseado no novo código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 30 dez. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Homologação de Sentença Estrangeira nº 5206, Brasília, DF, 12 dez. 2001. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000013625&base=baseAcordaos>> Acesso em 10 jan. 2017

BRASIL. *Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm> Acesso em 20 jan. 2017.

BRASIL. *Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em 05 jan. 2017.

BRASIL. *Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm> Acesso em 21 fev. 2017.

BRASIL. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 20 jan. 2017.

BRASIL. *Lei 13.105 de 17 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 30 dez. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Resolução nº 203, Brasília, DF, 05 mar. 2016. Disponível em <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fe>> Acesso em 21 fev. 2017.

BRITO, Rodrigo de. *Equivalência Material de Contratos - civis, empresariais e de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2007.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2012, v. 1.

. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. *Panóptica*, Vitória-ES: ano 1, n. 6, fev/2007, p. 1-44. Disponível em <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_2.2_2007_1-44/64>. Acesso em 28 nov. 2016.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris. 1998.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969, v. II.

CINTRA, Antonio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2009.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, v.1.

CRUZ e TUCCI, José Rogério (Org.). *Código de Processo Civil Anotado*. São Paulo: AASP, 2015.

. *Paradoxo da Corte. Novo CPC traz mudanças na arbitragem, conciliação e mediação*. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-dez-08/paradoxo-corte-cpc-traz-mudancas-arbitragem-conciliacao-mediacao>> Acesso em 01 de mar. 2017.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Introdução o Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 15. ed. rev. e atual. Salvador: Jus Podivm, 2013.

. *Curso de Direito Processual Civil*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm 2015, v.2.
. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, v.1.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processo Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros. 2013, v. 1.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FARIAS, Cristiano de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: Contratos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015, v. 4.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser. Teoria Crítica do Negócio Jurídico. *Revista do Direito Privado da UEL*, Londrina-PR, v. 2, n. 1, Disponível em <http://www.uel.br/revistas/direitoprivado/artigos/Jussara_Ferreira_Teoria_Critica_Negócio_Jurídico.pdf> Acesso em 20 jan. 2017.

FÓRUM PERMANENTE DOS PROCESSUALISTAS CIVIS. Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis, São Paulo, SP, 18, 19, 20 mar. 2016. <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2016/05/Carta-de-São-Paulo.pdf>> Acesso em 14 dez. 2016.

GODINHO, Robson Renault. A autonomia das partes e os poderes do juiz entre o privatismo e o publicismo do processo civil brasileiro. *Civil Procedure Review*, v.4, n.1: p. 36-86, jan-abr., 2013. <Disponível em <http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=67&embedded=true>. Acesso em 14 fev. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro 3 - Contratos e atos unilaterais*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil - Introdução ao Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Forense, 2015, v. 1.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução, João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Judith Costa. *A Boa Fé no Direito Privado*. São Paulo: RT, 2000.

MELLO, Marcos de. *Teoria do fato jurídico - plano de validade*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NASSER, Paulo Magalhães. *Onerosidade excessiva no Contrato Civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 42.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito Processual Civil*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, v.1.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2008.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*. 7. ed. rev. e atual. - São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v.1.

SCARLET, Ingo, MARINONI, Luis Guilherme, MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. *Direito Processual Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Beclate Oliveira. Verdade como objeto de negócio jurídico processual. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, v.1.

SOUZA, Artur Cesar de. *Contraditório de Revelia*. São Paulo: RT, 2003.

. *Das Normas Fundamentais do Processo Civil: Uma Análise Luso-brasileira Contemporânea*. São Paulo: Almeida, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. Limites do juiz na produção de prova de ofício no artigo 370 do CPC. *Revista Consultor Jurídico*. 2016. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2016-set->

15/senso-incomum-limites-juiz-producao-prova-oficio-artigo-370-cpc> Acesso em 15 mar. 2017.

TARUFFO, Michele. Verdade Negociada? Trad. Pedro Gomes de Queiroz. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro-RJ: ano 8, vol. XIII., jan./jul de 2014, p. 634-657, Disponível em < <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/11928/9340>>. Acesso em 01 mar. 2017.

TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e Vulnerabilidade no Processo Civil*. São Paulo: Forense, 2012.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil - Teoria Geral dos Contratos em Espécie*. 11. ed. São Paulo: Forense, 2015, v. 3.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 57. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. I.

. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo de Execução e Processo Cautelar. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. II.

. *Curso de Direito Processual Civil*. 49. ed. São Paulo: Forense, 2016, v. III.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso Avançado de Processo Civil*. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 11. ed. rev. atual. - São Paulo: RT, 2010.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.

YARSHELL, Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Processuais*. Salvador: JusPodivm, 2015, v.1. p. 66.

. *Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1998.

XAVIER, José Tadeu Neves. *A nova dimensão dos contratos no caminho da pós-modernidade*. Disponível em

<<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13169/000598458.pdf?sequence=1>>

Acesso em 29 jan. 2017.