

NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL: ANÁLISE DA AUTONOMIA PRIVADA NO PROCESSO CIVIL

PROCEDURAL LEGAL BUSINESS: ANALYSIS OF PRIVATE AUTONOMY IN CIVIL PROCESS

Ana Carolina Neves Amaral do Valle¹

Resumo: O objeto do artigo é prover a inserção da autonomia privada em normas de direito processual para justificar a existência do negócio jurídico processual tendo como finalidade a constituição, modificação e extinção de direitos. Para tanto, é necessário o engajamento do processo civil como ramo do direito público na finalidade de compatibilizar a autonomia privada às normas de ordem pública, sem que, para isso, regressemos ao privatismo. Ao tratar em específico da autonomia privada, conceito e formas de regulação comprovaremos a ampliação da jurisdição constitucional ao designar às partes a faculdade de negociação de procedimentos e a eleição por negócios jurídicos processuais típicos e atípicos. Tais inovações processuais estão previstas no Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) e rompem com o velho paradigma publicista, para adotar uma postura mais democrática de valorização do ser humano. Nesse contexto, a forma de gestão do processo é alterada para um modelo cooperativo de processo, no qual partes, juiz e terceiros interessados, trabalham juntos para alcançar uma tutela jurisdicional efetiva e satisfatória. Por último, a compreensão do processo civil democrático está dimensionada para os negócios jurídicos processuais, instrumento que certifica a autonomia privada como fonte de negociação entre as partes. Nesse prisma, será apontado o conceito, os pressupostos materiais e processuais, bem com as classificações que norteiam o negócio jurídico processual, estando certo, que este é o caminho para a sociedade evoluir.

Palavras-chave: Processo Civil; Autonomia privada; Princípio da Cooperação e Negócios Jurídicos Processuais.

Abstract: The purpose of the article is to provide for the insertion of private autonomy into procedural law norms to justify the existence of the legal process business with the purpose of constitution, modification and extinction of rights. Therefore, it is necessary to engage civil process as a branch of public law in order to reconcile private autonomy with public norms, without for that, we return to privatism. When dealing specifically with private autonomy, concept and forms of regulation, we will prove the extension of constitutional jurisdiction by designating the parties the ability to negotiate procedures and the election by typical and atypical procedural legal transactions. Such procedural innovations are provided for in the Code of Civil Procedure (Law No. 13,105, March 16, 2015) and break with the old publicist paradigm to adopt a more democratic position of valuing the human being. In this context, the form of process management is changed to a cooperative process model in which parties, the judge and other interested parties work together to achieve effective and satisfactory judicial protection. Finally, the understanding of the democratic civil process is dimensioned for the juridical

¹ Mestranda em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito FADISP em São Paulo, SP. Linha de pesquisa: Acesso à justiça. Professora Universitária do ILES/ULBRA de Itumbiara, GO. Advogada. advrh@hotmail.com

proceedings, an instrument that certifies the private autonomy as a source of negotiation between the parties. In this light, the concept, the material and procedural assumptions, and the classifications that guide the legal process will be pointed out, and this is the way for society to evolve.

Keywords: Civil lawsuit; Private autonomy; Principle of Cooperation and Legal Business Procedures.

INTRODUÇÃO

O objetivo do artigo é analisar o negócio jurídico processual instituído no Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) como desdobramento do princípio da autonomia privada, expressão do direito privado que fundamenta o negócio jurídico material e possibilita às partes constituir, modificar e extinguir direitos.

Para alcançar nosso intento, iniciaremos a abordagem com a identificação do processo civil como um ramo de direito público para afirmar que aplicação da autonomia privada em normas processuais não desnatura o caráter público da Jurisdição. Nesse primeiro tópico, resgatam-se fatores históricos legitimadores da autonomia científica do processo civil para demonstrar seu distanciamento do direito privado até progredirmos para o atual estágio democrático de processo, que, ao contrário de persistir na separação entre o público e privado, evolui no Estado Democrático de Direito para unir os dois ramos do direito.

Em seguida, as atenções voltam-se ao conceito de autonomia privada a fim de, posteriormente, identificar a opção pela nomenclatura autonomia privada em detrimento das outras: autonomia de vontade, liberdade negocial e autorregramento da vontade no processo. Para justificar a ingerência da autonomia privada no processo civil e sua relação com os negócios jurídicos processuais, apontaremos os fatores que corroboraram a mudança de paradigma e auxiliam na flexibilização de normas de ordem pública. A finalidade é mostrar como os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade fundem-se para legitimar a autonomia privada e facilitam o acesso dos atos dispositivos trazendo as partes para o processo. Ao ampliar a jurisdição constitucional assegurando ao cidadão direitos e deveres fundamentais, prepara-se a esfera pública para atuação ativa das partes, sendo o negócio jurídico processual uma das formas de concretização do Estado Democrático de Direito.

No terceiro tópico, munidos para compreender um novo modelo de processo, apresenta-se a cooperação como a concretização da comunhão de trabalhos desenvolvidos pelas

partes, juiz e terceiros interessados na demanda. Para tanto, importante assinalar os desdobramentos da cooperação e de que forma serão aplicáveis ao negócio jurídico processual. Com o princípio da cooperação previsto no artigo 6º CPC/2015, rompem-se as barreiras centralizadoras que têm no magistrado a figura principal da relação jurídica, para inserir a vontade das partes na tutela jurisdicional efetiva em prol de decisões satisfatórias.

Por último, teremos argumentos suficientes para comprovar a existência dos negócios jurídicos processuais, formados a partir da junção do direito privado com as regras de ordem pública, que somente é possível por vivermos em uma democracia fundamentada em um Estado Democrático de Direito com fundamentos delineados para assegurar ao cidadão direitos e garantias. Não é nosso intuito exaurir em poucas linhas o assunto, e sim analisar o conceito, os pressupostos para realização e as classificações do negócio jurídico processual evidenciando a influencia da autonomia privada em normas de ordem pública.

1. PROCESSO CIVIL RAMO DO DIREITO PÚBLICO

As primeiras manifestações do processo enquanto meio adequado para resolução de conflitos remonta ao direito privado em uma simbiose impossível de distinguir direito público (normas processuais) de direito privado (normas substanciais).

Em Roma, o processo primitivo dividia-se nas ações da lei e no processo formular, ambos têm, em comum, a eleição pelas partes do árbitro responsável pelo julgamento. Na Idade Média, com a acessão dos governantes, o interesse público fundia-se com os interesses do monarca, em contrapartida, os súditos opunham-se ao príncipe e as decisões eram tomadas sem intervenção dos governantes.² A justiça dessa época, parte de princípios derivados da ética e da retórica e era tida como não Estatal. Os poderes do monarca eram insuficientes para conter o interesse privado, fato que inviabilizou a supremacia do interesse público e, conseqüentemente, a dicotomia entre direito público e privado. “Em oposição aos direitos do príncipe só haveria os direitos dos súditos, ideia que persiste até o fim do século XVIII, em confusa ‘zona mista’ onde estariam os direitos senhoriais, tanto de caráter público – manutenção da ordem, poder de polícia, função judiciária – quanto privado, já que o senhor feudal era proprietário e beneficiário da área territorial que governava, muitas vezes em luta contra o rei.”³

²ALMEIDA, Diego Assumpção Rezende de. A contratualização do processo. Das convenções processuais no processo civil. São Paulo: LTr, 2015, p. 58-59.

³FERNANDES NERY, Carmen Lígia Barreto de Andrade. O negócio jurídico processual como fenômeno da experiência jurídica- uma proposta de leitura constitucional adequada da autonomia privada em processo civil. 2016. 5 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016.

Após a Revolução Francesa, final do século XVIII, o Estado apropria-se da função de fazer justiça e reivindica o monopólio da legislação processual. Já era possível, nesse momento, verificar o aumento dos encargos do Estado e a fragmentação da administração, traços iniciais da ideia de processo que se concretizou nos séculos XIX e XX de forma autônoma. O Estado de Direito, fruto da atuação estatal, remodelou o cenário jurídico ao adotar a lei, o individualismo, a generalidade e a abstração das regras jurídicas como medidas para garantir a completude do ordenamento jurídico. É nesse período que o direito público se emancipa do direito privado e passa por meio do império da lei a representar os interesses da coletividade. A atuação dos particulares foi restringida por normas de ordem pública e a liberdade de negociação condicionada à ausência de disposição legal em contrário.

Na segunda metade do século XIX, após as contribuições de Oskar Bullow, o direito processual passa a ser uma ciência autônoma de fins públicos representado por um Estado-Juiz que controla, por meio da lei, os interesses privados em nome da supremacia do interesse público. Tais ponderações ficam latentes no início do século XX, a partir do modelo austríaco de processo disseminado por Franz Klein. Para garantir os interesses da coletividade, segrega o direito público do direito privado como se o bem-estar social idealizado pelo poder público não pudesse conviver com a vontade das partes. Nesse sentido, o direito público distancia-se dos interesses privados, em um trauma epistemológico com reminiscências que dificultam nos dias atuais o ingresso das partes no processo civil democrático.

Remo Caponi, ao tratar da emancipação do processo civil, certifica que “[...] a nova ciência do Direito Processual não pode permanecer indecisa no meio entre os dois polos, como o sugeriria o modo de ser dos fenômenos estudados, mas deve violentar estes últimos, deve tomar partido resolutamente: abandonar o velho berço do Direito Privado e correr para os braços possantes da ciência do Direito Público.”⁴

No direito privado, vigora a liberdade e igualdade nas negociações entre as partes e, no direito público, a imperatividade da lei e a destinação social sobrepõem-se aos interesses privados. Assim, no processo social “[...] as situações jurídicas privadas pautam-se pela igualdade e pela liberdade, enquanto que as situações jurídicas públicas têm embasamento em princípios diferentes, dos quais os da autoridade e da competência são os mais marcantes”.⁵

⁴ CAPONI, Remo. A autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, vol. XIII, p. 746.

⁵ NERY JR, Nelson, NERY ANDRADE, Rosa Maria de. Instituições de direito civil, v.I, t.I, Teoria geral do direito privado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.42.

Com o avanço do publicismo calcado na imperatividade da lei, o dogma da autonomia de vontade foi fortemente reprimido por um modelo de Estado-juíz compromissado em aplicar a lei, por subsunção, ao caso concreto. Instalou-se “[...] o dogma da irrelevância da vontade no processo, pois não seria possível vincular o juiz à vontade de quem se encontrasse em posição de inferioridade. Logo, seria irrelevante a vontade das partes no processo.”⁶

Para justificar a importância do processo enquanto ramo do direito público, destacam-se as contribuições de idealização do Estado por meio do fortalecimento das instituições e da formação da Jurisdição com fins públicos, tendo como características a inderrogabilidade das normas de ordem pública e a rejeição do processo de índole privada para o desenvolvimento do processo que tem como protagonista o Estado-juíz.⁷ Tais características publicistas foram dimensionadas no Brasil nos Códigos de Processo Civil de 1939 e no Código de Processo Civil de 1973 e contribuíram ostensivamente por afastar as partes da demanda. Nessa perspectiva, o ordenamento jurídico era analisado de forma fechada e distante dos valores constitucionais.

“Naturalmente a inderrogabilidade denuncia muitas vezes a incidência de interesses sobrepostos aos interesses individuais, mas isso pode ocorrer dentro do âmbito daquele estabelecer de proporções entre interesses diversos e contraditórios que todos os institutos realizam, sem por isso sofrer uma modificação de natureza. Pode, assim, acontecer que a inderrogabilidade derive sim do caráter não individual do interesse que o legislador tinha em vista, mas que esse interesse se identifique, no plano do mecanismo normativo, com o interesse do indivíduo e se concretize, assim, na tutela deste último. A exigência supraindividual que se encontra decerto na base da norma de intervenção e a inderrogabilidade da mesma não justificam, porém, a conclusão de que se trata de disciplina publicista, e muito menos valem para caracterizar adequadamente o fenômeno”.⁸ Dessa forma, a aplicação da lei fica condicionada aos interesses dos indivíduos, pois são eles o principal beneficiário da pretensão e o maior interessado na resolução do litígio. A assertiva é realçada com a dimensão constitucional proporcionada pelo princípio da dignidade da pessoa humana ao nortear a atuação dos operadores do direito.

São inegáveis as contribuições do direito público na formação da autonomia científica do processo civil, sendo necessárias no pós-guerra para estruturar o país e restabelecer

⁶CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios Jurídicos processuais no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coods). Negócios processuais. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 38.

⁷CABRAL, Antônio do Passo. Convenções processuais. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 106.

⁸BARCELLONA, Pietro, 1969, apud Ana Prata, 2016, p. 49.

a ordem jurídica. As desigualdades e a insegurança jurídica precisavam ser contidas, a liberdade dos indivíduos desregrada comprometia o bem-estar social e levava a sociedade ao caos.

O publicismo exerceu um papel fundamental na pacificação de conflitos, mas após a recomposição do ordenamento jurídico e considerando o Estado Democrático de Direito, a participação das partes na demanda é fundamental. Ignorar a participação das partes no processo é conduta que atenta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e viola o direito de liberdade dos cidadãos previstos nas Constituições democráticas.

Defende-se, neste artigo, a constitucionalização do processo civil e a junção do direito público e direito privado com fim de relativizar o caráter de inderrogabilidade das normas de ordem pública. O fato de permitir no Estado Democrático de Direito a ingerência da autonomia privada no processo civil não significa o retorno ao privatismo, e sim a compatibilização “[...] de planos diferentes que não se opõem um ao outro, do ponto de vista da vida social e da livre expansão da personalidade. Daí porque não se devem dissociar, e de fato não se dissociam, antes se interpenetram”.⁹

Atualmente, a preocupação é trazer as partes para o processo no intuito de atenuar o rigor da lei na busca da verdadeira tutela jurisdicional. Para tanto, é preciso romper com a tradição cultural paternalista e com as condições precárias de vida e de educação enfrentadas pela maioria da população brasileira. O negócio jurídico processual representa a inserção da autonomia privada em normas processuais, mudança de paradigma que possibilita o caminhar para o conceito de ordenamento jurídico aberto estruturado em conformidade com os ditames constitucionais. “O processo é o instrumento pelo o qual a Democracia é exercida e, em um Estado Democrático de Direito, todo e qualquer ato estatal de poder (e não só os estatais, mas aqui apenas estes são objeto de consideração) deve ser construído através de processos, sob pena de não ter legitimidade democrática e, por conseguinte, ser incompatível com o Estado Constitucional”.¹⁰

A força normativa do texto constitucional fez com que os ordenamentos infraconstitucionais se submetessem às normas constitucionais para serem válidos, inversão que beneficia a autonomia privada e garante a participação das partes no processo, restando inócua na prática forense a distinção entre público e privado. No processo civil democrático,

⁹MATA-MACHADO, Edgar de Godói da. Elementos da teoria geral do direito: introdução ao direito, Belo Horizonte: Líder, 2005, p. 165-166.

¹⁰Cf. MAYER, Otto, 2004, apud FERNANDES NERY, Carmen Lígia Barreto de Andrade. O negócio jurídico processual como fenômeno da experiência jurídica- uma proposta de leitura constitucional adequada da autonomia privada em processo civil. 2016. 13 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016.

convivem poderes do juiz, partes e o processo em uma autêntica cooperação direcionada para um único fim que é a tutela de direitos. “Menciona a doutrina que esse novo marco teórico tem, por base, três conjuntos básicos de mudanças de paradigmas. O primeiro seria o reconhecimento da força normativa da Constituição, que passa a poder ser aplicada diretamente ao caso concreto, o segundo, a expansão da jurisdição constitucional, como a ampliação da legitimidade no controle abstrato de constitucionalidade e mesmo o aumento da utilização de questões constitucionais no dia a dia do foro e, por fim, mudança na própria hermenêutica, com a normatização dos princípios e a sua ponderação no caso concreto como técnica de decisão e, ainda, em casos extremos a própria ponderação de regras”.¹¹

Após o movimento de constitucionalização do direito, normas constitucionais passam a permear o processo civil e alteram o paradigma instituído com as codificações, a demanda inicia e finaliza-se sempre pautada na proteção dos direitos individuais, avanço jurídico que comprova a existência da autonomia privada em normas de direito público. “A conservação do velho padrão da atividade jurisdicional como impositiva do interesse público em substituição à vontade das partes não permite a realização dos direitos fundamentais do cidadão nem impõe limites à atuação do Estado, como quer o Estado Constitucional. É preciso saltar do paradigma ultrapassado da supremacia do interesse público sobre o privado para que se possa vivenciar a verdadeira vocação do Direito Processual”.¹²

Nessa perspectiva, a dicotomia entre direito público e privado mantém-se somente para fins didáticos, na aplicação do direito em um Estado Democrático há uma relação lógico-circular entre direito material e processo com fim de tutelar de forma eficaz o direito violado.

O processo civil, ramo do direito público, interpretado à luz da Constituição Federal de 1988, rompe-se com o paradigma de subsunção da lei ao caso concreto, para prosseguir para um objeto maior que é o da proteção dos direitos individuais. Criam-se possibilidades dos cidadãos participarem da tutela jurisdicional e a flexibilização das normas cogentes comprova a inserção da autonomia privada no processo civil. É óbvio que a autonomia das partes no processo civil é limitada e tem seu âmbito de atuação mais restrito do que no direito privado, porém ignorá-la sob o pretexto da inderrogabilidade das normas cogentes, ou por argumentos de que, no processo, os efeitos produzidos sejam apenas os derivados da lei, soa estranho em

¹¹PEIXOTO, Ravi. Rumo à construção de um processo cooperativo. Revista de Processo. Vol. 219. São Paulo: RT, 2013. p. 89-114.

¹²FERNANDES NERY, Carmen Lígia Barreto de Andrade. O negócio jurídico processual como fenômeno da experiência jurídica- uma proposta de leitura constitucional adequada da autonomia privada em processo civil. 2016. 18 f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016.

um Estado Democrático de Direito calcado na dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais da igualdade e da liberdade.

A lei nº 13.105 de 13 de março de 2015, atual Código de Processo Civil veio com acerto unir na prática o direito público e o privado, fato evidenciado na instrumentalização do negócio jurídico processual, o qual, como veremos, está submerso em regras de direito público e de direito privado.

2. AUTONOMIA PRIVADA NO PROCESSO CIVIL

Em síntese, o conceito de autonomia privada nasceu no berço do direito privado atrelado ao direito de liberdade de cunho individual e patrimonialista. Com a evolução do Estado, a liberdade individual passa a ser externada por meio da autonomia de vontade e adquire, no Estado Liberal, conotação subjetiva e psicológica influenciando as negociações privadas. Com o fortalecimento do poder Estatal a manifestação da vontade passou a ser restrita e balizada por lei. Migra-se da autonomia de vontade para a tutela da autonomia privada pautada no direito fundamental de igualdade e da liberdade, os quais se encontram previstos na Constituição Federal de 1988.

Por liberdade jurídica compreende-se “a possibilidade da pessoa atuar com transcendência jurídica. Se encarada sob o ponto de vista do sujeito, realiza-se no poder de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas; se encarada objetivamente, é o poder de regular juridicamente tais relações, dando-lhes conteúdo e eficácia determinada, reconhecida e protegida pelo Direito.”¹³

A autonomia privada é a consequência natural da liberdade, espaço em que impera a autodeterminação dos indivíduos para elegerem negócios jurídicos capazes de criar, modificar e extinguir direitos. Tal conceito de autonomia privada com advento da lei nº 13.105/2015, Código de Processo Civil, passa a legitimar a atuação das partes no processo ao permitir convenções processuais típicas e atípicas. Antes da promulgação do CPC/2015, a autonomia privada em normas cogentes era duramente reprimida pela doutrina e tida no CPC/73 com várias ressalvas, como se o direito material e o direito processual não fossem legislações de um mesmo ordenamento jurídico.

Atento às dificuldades de dimensionar os princípios do direito privado para o direito público, Remo Caponi aponta como raiz do problema dois fatores: “O primeiro fator se coloca

¹³VIEIRA, Iacyr de Aguiar. A autonomia da vontade no Código Civil brasileiro e no Código de defesa do Consumidor. Revista dos Tribunais. Vol. 791. São Paulo: RT, 2001, p.31-64.

no plano da história dos fatos: desenho do Estado moderno entre o século XVII e século XVIII, de se apropriar da função de fazer justiça e de reivindicar para si o monopólio da legislação em matéria processual, na tentativa de remediar a degeneração do processo romano-canônico. Este propósito marginaliza uma dimensão de Justiça não estatal, produzida em um processo - o *ordo iudiciarius* medieval -, cujos princípios provêm das regras da retórica e da ética, elaboradas, portanto, pela mesma comunidade a que pertencem os protagonistas do processo. O segundo fator se coloca no plano da história do pensamento jurídico. A origem é um verdadeiro e próprio terremoto ideal, que teve epicentro na Alemanha na metade do século XIX e que conduz, em poucas décadas, a uma mudança de natureza da reflexão sobre a proteção judiciária dos direitos a respeito de sua fundação naturalista: o abandono do leito *ius privatum* e a clara escolha em favor da colocação do Direito Processual Civil *ius publicum*”¹⁴

Não há uniformidade na doutrina quanto à equiparação das nomenclaturas autonomia da vontade, autonomia privada e autorregramento da vontade. Francisco Amaral preleciona que a “Autonomia Privada não se confunde com Autonomia de Vontade. Esta tem conotação subjetiva, psicológica, enquanto exprime o poder da vontade no direito, de modo objetivo, concreto e real. Por isso mesmo, a autonomia da vontade é a causa do ato jurídico (CC, art.185), enquanto a autonomia privada é a causa do negócio jurídico (CC, art.104), fonte principal de obrigações.”¹⁵

Autonomia privada assemelha-se ao conceito de liberdade negocial, pilar dos negócios jurídicos que, segundo Ana Prata, constitui a “[...] expressão da autonomia mais relevante no domínio relacional. O negócio jurídico é fonte normativa e ao seu lado, e em plano tendencialmente equivalente, existe a norma, esta como expressão da autoridade”.¹⁶

A nomenclatura autorregramento da vontade no processo é utilizada por Fredie Didier para designar a autonomia privada em âmbito processual. Assim, o prezado autor demonstra a menor amplitude que o princípio da autonomia privada traz ao ser transportado para o processo civil. “Por envolver o exercício de função pública (a jurisdição), a negociação processual é mais regulada e o seu objeto, mais restrito. Isso, porém, não diminui a sua importância, muito menos impede que se lhe atribua o merecido destaque de ser um dos princípios estruturantes do direito processual civil brasileiro, uma de suas normas fundamentais.”¹⁷ E mais, elucida que “o princípio do respeito ao autorregramento da vontade

¹⁴ CAPONI, Remo. A autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, vol. XIII, p. 735.

¹⁵ AMARAL, Francisco. Direito Civil. Introdução: Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 84.

¹⁶ PRATA, Ana. A tutela constitucional da autonomia privada. Coimbra: Almedina, 2016, p. 80.

¹⁷ DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil. Salvador: Juspodivm, p. 132.

no processo, visa, enfim, à obtenção de um ambiente processual em que o direito fundamental de autorregular-se possa ser exercido pelas partes sem restrições irrazoáveis ou injustificadas.”¹⁸

Faremos menção ao termo autonomia privada para designar a liberdade de atuação das partes tanto na esfera privada quanto na esfera pública como garantia dos direitos fundamentais instituído no Estado Democrático de Direito. No processo civil, a autonomia privada é o princípio que “[...] estabelece que a vontade das partes deve ser observada pelo juiz como regra geral, uma vez que a eficácia dos negócios jurídicos processuais é imediata e independente de homologação judicial, sendo possível o controle judicial somente a posteriori e apenas para o reconhecimento de defeitos relativos aos planos da existência ou da validade da convenção”.¹⁹

No último tópico, ao tratar das classificações do negócio jurídico processual, voltaremos ao assunto sob a existência e eficácia das convenções processuais, por hora convém aprofundar os subprincípios que norteiam a autonomia privada no processo. “Pode-se localizar o poder de autorregramento da vontade em quatro zonas de liberdade: a) liberdade de negociação (zona das negociações preliminares, antes da consumação do negócio; b) liberdade de criação (possibilidade de criar novos modelos negociais atípicos que mais bem sirvam aos interesses dos indivíduos; c) liberdade de estipulação (faculdade de estabelecer o conteúdo do negócio; d) liberdade de vinculação (faculdade de celebrar ou não o negócio).”²⁰ A liberdade contratual é evidenciada para estabelecer o tipo, o conteúdo, a forma, efeitos do contrato e a escolha de com quem contratar. O consensualismo demarca o acordo de vontades firmado entre os pactuantes e o princípio da força obrigatória dos contratos assegura o cumprimento das normas negociais pactuadas.

O princípio da autonomia privada no processo possibilita a abertura do sistema “e caso se trate de um ambiente rico de boas razões potencialmente universalizáveis, como aquele que pode derivar de um exercício equilibrado do poder de autonomia (individual ou coletiva), o enriquecimento do sistema processual não pode deixar de ser notável.”²¹ O Código de

¹⁸ DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios Jurídicos processuais. Juspodivm, 2015, p. 20.

¹⁹ REDONDO, Bruno Garcia. Negócios Processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/73 para adequada compreensão da inovação do CPC/2015. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios processuais. Juspodivm, 2015 p. 274.

²⁰ DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios Jurídicos processuais. Juspodivm, 2015, p. 20.

²¹ CAPONI, Remo. A autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, vol. XIII, p. 748 e 749.

Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) deflagrou exatamente essa abertura negocial ao inserir a autonomia privada em normas cogentes, autonomia que depende de lei e é por ela limitada. Nesse sentido, “As leis processuais não formam, por isso, sistema fechado que permita a persecução do procedimento em si próprio, como se a alijar o direito subjetivo que a parte pretende ver tutelado no processo. Tal raciocínio levaria o processo – coisa das partes – a tornar-se coisa sem partes, já que as afastaria (as partes) da participação na entrega da prestação jurisdicional.”²²

Como mencionado, a autonomia privada no processo civil encontra restrições nas normas de ordem pública em destaque os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal. A nosso sentir, a inderrogabilidade das normas de ordem pública não pode servir de muletas para evitar a convenção entre as partes, pois cabe a elas na sua capacidade de autodeterminação dispor ou não de suas garantias fundamentais. Por se tratar de limitações de direitos individuais, é certo que a atenção do magistrado será maior no intuito de averiguar possíveis violações, palavra que não significa impedir a execução de atos dispositivos.

A autonomia privada processual é representada por atos dispositivos que, para serem concretizados, dependem de alguns fatores relativos: “a) à disponibilidade do próprio direito material posto em juízo; b) ao respeito ao equilíbrio entre as partes e à paridade de armas, para que uma delas, em razão de atos de disposição seus ou de seu adversário, não se beneficie de sua particular posição de vantagem em relação à outra quanto ao direito de acesso aos meios de ação e de defesa; e c) à preservação da observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito.”²³

Assim, em primeiro lugar, as partes devem observar se o direito material objeto de litígio pode ser convencionalizado ou restrito ao caso concreto. São disponíveis, no processo, o próprio direito material e as faculdades processuais desde que não atentatórias aos princípios constitucionais. As partes envolvidas devem estar em paridade, ou seja, devem deter similar conhecimento para definir as regras do caso concreto. Havendo desigualdades na demanda, dependência de uma parte em relação à outra ou inferioridade econômica não é permitido negociar direitos. A última hipótese refere-se à proibição das partes de transacionarem sobre

²²FERNANDES NERY, Carmen Lígia Barreto de Andrade. O negócio jurídico processual como fenômeno da experiência jurídica- uma proposta de leitura constitucional adequada da autonomia privada em processo civil. 2016. 144-f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016.

²³ GRECO. Leonardo. Os atos de disposição processual - primeiras reflexões. Revista Eletrônica de Direito Processual. 1ª Edição – Outubro/Dezembro de 2007. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23657/16714>. Acesso em: 28 de maio de 2017.

atos dispositivos que atentam aos direitos fundamentais. Ao mencionar a amplitude dos atos de disposição, Leonardo Greco admite convenções processuais de direitos indisponíveis, desde que observados os critérios de paridade entre as partes e as garantias constitucionais.

Antonio do Passo Cabral dimensiona o princípio do debate como a representação da autonomia e da liberdade no processo civil. A partir do princípio do debate, fundamenta-se a atuação das partes na condução do processo, atos dispositivos que possibilitam a eleição do procedimento que mais se adapta ao caso concreto.²⁴

Em determinado momento histórico, o critério baseado em normas de ordem pública e normas de direito privado resolveria qualquer prestação jurisdicional e contribuiria para a supremacia das normas cogentes. A ampliação da jurisdição constitucional e a instituição do Estado Democrático de Direito provaram que a dicotomia entre direito público e privado é um critério falho, por ser difícil traçar uma linha divisória entre duas esferas. José Carlos Barbosa Moreira, em 1984, já advertia que oposição entre os ramos de direito público e privado não levava a decisões satisfatórias. Nesse sentido, “O mais difundido desses critérios é o que se baseia na divisão entre normas processuais cogentes e normas processuais dispositivas. Admitir-se-ia no âmbito destas e repelir-se-ia no daquelas a liberdade de convenção entre as partes. Não é certo, porém, que esse caminho leve à solução satisfatória em que qualquer hipótese, ainda de mais nada pela dificuldade que às vezes se encontra em traçar linha divisória nítida entre as duas espécies de normas.”²⁵

Ao analisar a autonomia privada como o poder de autodeterminação do indivíduo decorrente do princípio da liberdade e da dignidade da pessoa humana, afirma-se a sua existência e aplicação nos ramos de direito público e privado. No Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), o artigo 190 é a mais pura expressão da autonomia privada em normas cogentes, pois reconhece às partes a possibilidade de participar do processo, além de garantir a liberdade para criar o procedimento que mais se amolda a problemática.

Nesse sentido, de acordo com Rosa Maria de Andrade Nery, “[...] o novo sistema processual brasileiro permite que as partes ‘negociem’ comandos procedimentais, dentro do processo, que também vinculam o Juiz e lhes abre um espectro maior e melhor de regulação privada de litígios, favorecendo a autocomposição total ou parcial da lide. Há no processo civil moderno como que um comando voltado para valorizar ao máximo o dever de lealdade das partes, não para o curso formal do processo, apenas, mas para a solução efetiva da lide também

²⁴CABRAL. Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: Juspodvim, 2016, p. 40.

²⁵BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*. in. *Temas de direito processual*, Terceira série, São Paulo: Saraiva, 1984, n.4, p.91.

pelas partes, a quem o legislador confere autogerência parcial do processo. É como se a pretensão resistida que fomenta a lide fosse revisitada pela cláusula geral que inspira o dever de lealdade de posturas equilibradas das partes: não pretender tanto e não resistir com tanto vigor. Cria-se no processo um ambiente propício à proporcionalidade das pretensões deduzidas em juízo, que abre espaço para a compreensão do processo como um sistema semiaberto de normas, com cláusulas gerais, conceitos legais indeterminados e conceitos determinados pela função, com todas as suas implicações estruturais e funcionais”.²⁶

Antonio do Passo Cabral, na mesma perspectiva, salienta a liberdade das partes na mudança do procedimento e na recusa de aplicação de certas garantias constitucionais. “De fato, os litigantes têm autonomia para invocar suas prerrogativas processuais e exercê-las, mas possuem também possibilidade de abdicar delas, podendo renunciar às garantias processuais mínimas estabelecidas em seu favor, em razão da principiologia do direito processual civil. E podem fazê-lo não apenas por negócios unilaterais, mas por convenções. De outro lado, os litigantes podem também desenhar, adaptando-o às necessidades que desejam obter em termos de tutela jurisdicional e se submetendo voluntariamente ao regramento da convenção ao invés do regramento legal. (...) Esta alternativa se coloca para os litigantes em razão da autonomia que possuem de definir os contornos do próprio procedimento, que contemporaneamente não se justifica em conceitos privatistas, mas nessa nova perspectiva que reposiciona as partes como protagonistas na condução do procedimento e artífices de suas formalidades, inclusive para a celebração de negócios jurídicos processuais”.²⁷

A força normativa da Constituição e a ampliação da jurisdição constitucional, legitima a atuação das partes no processo civil facilitando o consensualismo e a cooperação de todos os envolvidos no processo. Altera-se assim, a estrutura processual baseada no publicismo para olhar o processo a partir dos princípios constitucionais, permitindo, assim, a manifestação de vontade das partes em âmbito público. “O fato é que, com a abertura do Estado para a consensualidade, não deixa de ser possibilidade das mais interessantes a abertura do processo para esse tipo de ajuste processual, que permite maior participação e cooperação entre as partes e o juiz, no ajustamento da forma de condução processual, engajando as partes na condução do

²⁶NERY, Rosa Maria de Andrade. Fatos processuais. Atos jurídicos processuais simples. Negócio jurídico processual (unilateral e bilateral). Transação in Revista de Direito Privado n.64, São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez, 2015, p.270.

²⁷CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, Salvador: JusPodivm, 2016, p. 143.

processo. Conjunto que, no mínimo, abre o processo para uma perspectiva mais democrática na sua condução, que passa a ser não apenas unilateral, imposta pelo Estado-juíz.”²⁸

Dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade são princípios constitucionais norteadores do Estado Democrático de Direito responsáveis por tutelar a autonomia privada no processo civil. Trata-se de uma “[...] reconquista de territórios que, diante do exagero da publicização (estatalização) do processo tenham sido perdidos”.²⁹

Quanto mais democrática for a noção de Estado, maior será o espaço de negociação e disposição dos próprios direitos. Compatibiliza-se com o processo civil democrático o modelo cooperativo de gestão processual, no qual convivem e complementam-se autonomia privada, poderes instrutórios do juiz e o processo meio adequado para o exercício da atividade jurisdicional.

Nos próximos tópicos, os desdobramentos da autonomia privada no processo com o intuito de provar que sua ingerência no modelo cooperativo de processo contribui para a existência e eficácia dos negócios jurídicos processuais.

3. PRINCÍPIO DA COOPERAÇÃO

No Estado Democrático de Direito, o círculo hermenêutico formado entre direito público e privado reduz o abismo epistemológico que separava os dois ramos do direito, para consagrar a Constituição como o vetor das relações jurídicas. Insere-se nessa mudança de paradigma a autonomia privada no processo civil como a possibilidade de que as partes possam criar, modificar e extinguir direitos, previsão do artigo 190 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015).

Após recente alteração no Código de Processo Civil, a gestão do processo é modificada para um modelo de processo “comparticipativo”,³⁰ partes, juiz e terceiros interessados cooperam entre si para garantir a celeridade e a melhor decisão para o caso concreto. Tal mudança compatibiliza com os direitos fundamentais do cidadão e abre a oportunidade para os indivíduos dialogarem sobre a tutela jurisdicional. Diálogo que exige

²⁸ ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. São Paulo: Revista de processo. Vol. 193/2011, p.167-200.

²⁹ A expressão “reconquista de territórios perdidos” é utilizada por César Fiuza e Luciana Costa ao reivindicarem uma maior autonomia à pessoa em detrimento da exagerada regulamentação. FIUZA, César Augusto de Castro; POLI, Luciana Costa. Autonomia privada e intervenção no estado democrático de direito: a (im)possibilidade de casamento entre homossexuais. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 106, p. 95-131, jan./jun.2013, p.97).

³⁰ A expressão é utilizada por Dierle José Coelho Nunes para designar o modelo de processo cooperativo. NUNES, Dierle José Coelho. Processo jurisdicional democrático. Curitiba: Juruá, 2008, p. 215.

habilidade de todos os envolvidos e um maior comprometimento na aferição dos direitos fundamentais, analisados para estabelecer o limite da negociação, ou para impedir possíveis violações a esses direitos. Nesse sentido, “[...] o processo colaborativo surge como uma tentativa de se alcançar o ponto de equilíbrio no estabelecimento da divisão de trabalho entre juiz e partes, transformando o processo em uma verdadeira comunidade de trabalho”.³¹

O processo cooperativo é corolário dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, representados pela atuação das partes como o dever de lealdade, esclarecimento e proteção. O esclarecimento está vinculado à obrigação de redigir a petição com clareza e coerência. A lealdade relacionada à boa-fé e ao dever de proteção pautados na ausência de danos à parte adversária. Ao juiz, o modelo cooperativo determina o dever lealdade, esclarecimento, de consulta e o dever de prevenção. O dever de consulta traça a importância do contraditório com a participação ativa das partes antes da prolação da sentença. Nessa perspectiva, “O dever de consulta é variante processual do dever de informar, aspecto do dever de esclarecimento, compreendido em sentido amplo. Não pode o órgão jurisdicional decidir com base em questão de fato e de direito, ainda que possa ser conhecida *ex officio*, sem que sobre esta questão não alvitada no processo, e por isso não posta em contraditório, antes de decidir. Eis o dever de consulta, expressamente consagrado no art. 10 do CPC [...]”³²

O dever de prevenção ocorre em todas as situações em que êxito da ação ou da defesa possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo. No direito brasileiro, o dever de prevenção encontra-se nos artigos 76, 321, 932 e parágrafo único, artigos 1017, § 3º, 1.029 § 3º todos do CPC/2015. Os atos, como o impulso inicial da demanda, o acompanhamento do processo e as discussões pertinentes à causa, passam a contar ativamente com a participação das partes até a prolação da decisão judicial. Ao juiz cabe analisar e questionar a relevância das informações apresentadas e, ao persistir dúvidas, poderá solicitar provas *ex-officio* para corroborar a decisão judicial. “Nessa trilha, cabe ao juiz desenvolver um ‘diálogo humano construtivo, em que o julgador não se limite a ouvir e as partes não se limitem a falar sem saber se estão sendo ouvidas’. A participação isonômica, coordenada, direta e influente das partes, em cooperação com o magistrado, possibilita que a motivação decisória seja construída por

³¹CAMBI, Eduardo. Colaboração no processo previdenciário. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 228, 2014, p. 283-307.

³²DIDIER, Fredie Jr. Curso de direito processual civil. Salvador: JusPodivm, 2015, vol.1, p. 129.

meio de uma comunidade de trabalho entre os sujeitos processuais, o que é denominado pela doutrina anglo-americana de *fair-hearing*.”³³

A cooperação processual rompe com a rivalidade entre atos processuais do juiz e atos processuais das partes para desenvolver um trabalho conjunto em prol da decisão justa e verdadeira. “O modelo cooperativo de processo (art.6º, CPC) caracteriza-se exatamente por articular os papéis processuais das partes e do juiz, com o propósito de harmonizar a eterna tensão entre a liberdade individual e o exercício do poder pelo Estado. O processo cooperativo nem é processo que ignora a vontade das partes, nem é processo em que o juiz é mero espectador de pedra”.³⁴

Observa-se, com o princípio da cooperação, a superação do superpublicismo, para uma gestão compartilhada de processo que priorize o diálogo entre partes e juiz em detrimento do mero cumprimento das competências normativas. A superação que se propõe com o processo cooperativo não está relacionada com as diretrizes do Estado Liberal, no qual o dogma da vontade impera de forma desregrada as relações jurídicas da época, está fundamentado por lei e nos contornos por ela desenhados. A superação é cultural e imposta a todos os envolvidos, não se justificando na atual conjuntura democrática a supervalorização dos poderes instrutórios, relegados no passado, somente ao juiz. Na condução do processo no modelo cooperativo, os cidadãos, assim como o juiz, exercem papel fundamental na relação jurídica processual, tendo sua atuação limitada apenas pela lei.

Como destaca Leonardo Greco, “[...] o processo civil do nosso tempo, nos países de direito escrito, tem fundamento liberal essencial, que é a sua própria razão de ser, qual seja, a função de realizar em plenitude a eficácia dos direitos dos particulares tutelados pela ordem jurídica. [...] a força desse fundamento não se concilia com um juiz ou um processo autoritário. Ao contrário, é preciso explorar com mais argúcia os espaços de liberdade que as partes devem poder exercer na realidade processual e que foram tão intensamente sufocados pela prevalência de uma sistemática concepção publicista, da qual ainda temos muita dificuldade de nos emancipar, pois somos herdeiros de uma tradição cultural de paternalismo estatal e as deficientes condições de vida e da educação básica da maioria da população brasileira

³³ JAYME, Fernando Gonzaga. O princípio do contraditório no Projeto do Novo Código de Processo Civil. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, vol. 227, p. 335-339.

³⁴ DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). Negócios Jurídicos processuais. Juspodivm, 2015, p. 20.

infelizmente não contribuem para que os indivíduos se tornem capazes de dirigir o seu próprio destino, sem necessidade da proteção da autoridade estatal.”³⁵

O principal obstáculo que podemos encontrar, ao tratar da aplicação do princípio da cooperação, é a não valorização do livre arbítrio dos cidadãos na tomada de decisões, fruto do enraizamento das codificações que, nos dias atuais, impede a compreensão do ordenamento jurídico como um círculo-lógico entre direito material e processual. Há no processo civil brasileiro posições de dominação difícil de serem neutralizadas por dependerem de fatores externos à jurisdição, mas frear a atuação das partes, portadoras do direito de liberdade e de autodeterminação das suas escolhas sob o pretexto da baixa qualidade educacional e da miserabilidade da população brasileira, afronta diretamente preceitos constitucionais e obsta o avanço da sociedade.

É na junção da autonomia privada no processo civil e na comunhão de direito público e privado em prol de um processo cooperativo, que o negócio jurídico processual se formaliza no direito brasileiro como a mais pura expressão da vontade dos indivíduos, capaz de relativizar normas de ordem pública para cumprir com os ditames constitucionais da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade.

4. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

O negócio jurídico processual em apertada síntese, tem origem no direito privado, pertence à classificação dos fatos jurídicos sendo considerado um ato jurídico *stricto sensu* celebrado a partir da declaração e manifestação de vontade dirigida a um fim determinado que possibilita às partes criar, modificar e extinguir direitos. Há, no direito civil, abordagens doutrinárias para distinguir o ato jurídico em sentido estrito dos atos jurídicos em geral, utilizadas para justificar os negócios jurídicos processuais, e para os opositores negarem a existência dos negócios jurídicos em normas de ordem pública.

Para Cândido Rangel Dinamarco, “O processo em si mesmo não é um contrato ou negócio jurídico, e em seu âmbito, inexistente o primado da autonomia da vontade: a lei permite a alteração de certos comandos jurídicos por ato voluntário das partes, mas não lhes deixa margem para o autorregramento que é inerente ao negócio jurídico”.³⁶ Perfilham desse

³⁵GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. São Paulo: Revista de processo, vol. 164. Out. 2008, p. 29-56.

³⁶DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, vol.II, p. 469-472.

entendimento, Daniel Mitidiero, Vicente Greco Filho, Ernani Fidélis e José Joaquim Calmon de Passos.

Como o nosso intuito é provar a compatibilidade do negócio jurídico processual em normas de ordem pública, partiremos da análise do negócio jurídico processual enquanto autêntica manifestação da autonomia privada direcionada a um fim específico capaz de modificar, criar e extinguir direitos. O negócio jurídico processual era tratado timidamente no Código de Processo Civil de 1973 no artigo 158 ao prescrever que as declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produziram efeitos imediatamente, mas foi com a promulgação do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) que se operou a verdadeira revolução no processo civil.

O conceito de cláusulas gerais do direito civil, está inserido no Código de Processo Civil no artigo 190, o que possibilita às partes estipularem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa, bem como, convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. O mencionado artigo refere-se aos negócios jurídicos atípicos, inovação que congrega com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e com o direito fundamental da liberdade.

Agrega-se a essa inovação atípica, a ampliação dos negócios jurídicos processuais típicos, dos quais se destacam: o calendário processual, as convenções sobre o ônus da prova, a desistência de recurso, a delimitação pelas partes para não apreciação de determinada prova em juízo, as convenções para dilatar prazos, suspender processo, aditar a audiência entre outras tratadas especificamente pelo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015).

Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery advertem que os negócios jurídicos processuais têm âmbito de atuação restrito, pois “[...] na seara do direito processual civil, por certo, a possibilidade de os efeitos jurídicos dos atos praticados pelas partes serem ditados pela vontade dos autores da declaração da vontade é bem menor, obviamente, do que no direito privado, onde as relações jurídicas têm por objeto jurídico, em regra, disponível.”³⁷

Com acerto, Antonio do Passo Cabral afirma que a “Convenção (ou acordo) processual é o negócio jurídico plurilateral, pelo o qual as partes, antes ou durante o processo e sem necessidade da intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento”.³⁸ Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira contextualizam o negócio jurídico processual como fato

³⁷NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil, Comentado, 16ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

³⁸CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, Salvador: JusPodivm, 2016, p. 68.

jurídico voluntário, em cujo suporte fático, confere-se ao sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais.³⁹

A partir dos conceitos do negócio jurídico processual, seguiremos a análise da estrutura desse instituto. Para tanto, recorreremos ao direito privado para analisar as partes o objeto e a forma do negócio jurídico processual. O conceito de partes no processo civil alcança os indivíduos envolvidos na demanda e os terceiros interessados na decisão judicial. Outra informação importante, e que diverge do direito substancial, relaciona-se à capacidade das partes para estarem em juízo. Nesse caso, a teoria das incapacidades do Código Civil não se aplica ao direito processual, pois a última é auferida por meio da representação e da assistência não havendo, assim, qualquer impedimento para a concretização dos negócios jurídicos processuais.

As convenções processuais seguem a regra geral dos negócios jurídicos privados, que são: objeto lícito, possível, determinado ou determinável. A lei processual acrescenta como requisitos para a concretização do negócio jurídico processual a autocomposição representada pela disponibilidade do direito. “Em qualquer caso, importa que o processo (futuro ou presente) diga respeito a ‘direitos que admitam autocomposição’, conceito mais amplo (e mais preciso) que o mais tradicional, de direitos patrimoniais disponíveis. Sim, porque há aspectos de direitos indisponíveis que admitem alguma forma de composição”⁴⁰ Não há, na doutrina e na jurisprudência, delimitação eficaz para dissociar a indisponibilidade do objeto da possibilidade de autocomposição. Assim, segue-se o critério geral dos negócios jurídicos do direito privado e as limitações estabelecidas no texto constitucional para delimitar a atuação da autonomia privada na escolha do objeto e do procedimento a ser transacionado. Acrescenta-se a esses requisitos, a paridade entre as partes e a não violação de normas de ordem pública para a realização dos negócios jurídicos processuais.

Antonio do Passo Cabral argui a intensidade da dependência entre regras de direito material e processual para fundamentar o objeto do negócio jurídico processual, sendo enfático ao afirmar que “[...] entre a convenção processual e a norma material pode levar a um maior ou menor impacto que o acordo processual pode gerar na incidência concreta da norma substancial, e assim, conduzir à inadmissibilidade do acordo processual”.⁴¹

³⁹DIDIER Jr., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Teoria dos fatos jurídicos processuais. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 59-60.

⁴⁰BUENO, Cássio Scarpinella. Manual de direito processual civil, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 215.

⁴¹CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais, Salvador: JusPodivm, 2016, p. 299.

Quanto à forma de instrumentalização dos negócios jurídicos, prescreve o artigo 188 CPC/2015 a dispensabilidade de forma para os atos e termos processuais, exigíveis somente quando há imposição legal. “A forma deve ser capaz de exprimir o desejo dos contratantes a respeito de seus direitos processuais de maneira inequívoca, sob pena de a convenção não ser válida. Pouco importa se a contratação faz-se por meio escrito ou verbal desde que se apresentem com clareza e certeza as emissões de vontade das partes”.⁴² O princípio da instrumentalidade das formas certifica que a vontade das partes prevalece sobre o instrumento apresentado, tal justificativa decorre da importância que o processo civil dá ao objeto a ser alcançado.

Flávio Luiz Yarsell faz uma ponderação precisa quanto à redução a termo das provas realizadas oralmente e afirma que, embora a vontade seja “[...] eventualmente manifestada oralmente em audiência – ou em alguma outra oportunidade em que isso seja possível – ela deve ser reduzida a termo; ou, quando menos, ela deve ser registrada em suporte que permita sua oportuna reprodução, sempre que isso for necessário”.⁴³ Concorda-se com o autor retrocitado, pois em nome da segurança jurídica processual, ainda que a lei não mencione a obrigatoriedade da redução a termo, faz-se necessária para dirimir eventuais dúvidas no decorrer da demanda, sendo mais ágil e eficaz a transcrição da prova oral. O negócio jurídico processual, quando a lei não impuser forma específica, seguirá a regra dos artigos 188 e 277 do CPC/2015, ou seja, terá a forma livre podendo o objeto da negociação ser típico ou atípico.

Após analisar os requisitos gerais do negócio jurídico processual, segue-se para a classificação do negócio jurídico processual. Ressalta-se que a classificação do negócio jurídico processual está intimamente relacionada com os pressupostos do negócio jurídico de direito privado, o que comprova a natureza jurídica híbrida do negócio jurídico processual.

As convenções processuais são classificadas quanto à manifestação de vontade em: unilaterais, bilaterais e plurilaterais. Apesar de o negócio jurídico processual ser a conjunção de vontades dos pactuantes, admitem-se as convenções unilaterais compreendidas com uma única manifestação de vontade direcionada à produção de efeitos, são exemplos de declarações unilaterais a desistência e a renúncia da ação.

Por declarações bilaterais de vontade, forma mais difundida de negócios jurídicos processuais, pode-se convencionar objeto e rito processual a partir de disposições permitidas

⁴²ALMEIDA, Diego Assumpção Rezende de. Das convenções processuais no processo civil. 2014. 127-f. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2014.

⁴³YARSHELL, Flávio Luiz. Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (cords). Negócios processuais, Salvador: JusPdivm, 2015, p. 65.

por lei, estejam elas expressamente previstas, caso das convenções típicas como eleição negocial do foro, suspensão convencional do andamento do processo, a renúncia ao direito de recorrer, convenções sobre o ônus da prova.

As convenções processuais plurilaterais se caracterizam por exprimirem a vontade de mais de dois indivíduos e podem, assim, como as bilaterais, produzirem efeitos imediatamente. São exemplos de manifestação plurilaterais de vontade o calendário processual artigo 191, a organização compartilhada do processo artigo 357, § 3º todos do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015). Enquadram-se como exemplos de declarações plurilaterais atípicas o “[...] acordo de sustentação oral, o acordo para ampliação do tempo de sustentação oral, o julgamento antecipado do mérito convencional, as convenções processuais sobre prova [...]”⁴⁴, trata-se de rol exemplificativo.

Quanto à formalidade, as convenções podem ser expressas e tácitas. Expressa é descrita como contrato ou acordo assinado entre as partes e a tácita é celebrada a partir de comportamentos comissivos e omissivos “[...] o consentimento tácito do cônjuge para a propositura de ação real imobiliária, o consentimento tácito para a sucessão processual voluntária (art. 109, § 1.º, do CPC/2015, a recusa tácita à proposta de autocomposição formulada pela outra parte (art. 154, parágrafo único, do CPC/2015), a renúncia tácita à convenção de arbitragem (art. 337, § 6º, do CPC/2015) e a aceitação tácita da decisão (art. 1.000 do CPC/2015)”⁴⁵.

Em regra, o negócio jurídico processual, independente da classificação adotada, produz efeitos imediatamente, é o que prescreve o artigo 200 do CPC/2015. Todavia, a própria lei traz exceções à regra ao condicionar certos atos processuais à homologação judicial. É o caso, por exemplo, da desistência da ação, da transação de divórcio consensual ocorrida no curso do processo e de outras formalidades específicas que a lei possa impor. “Por tudo isso, é possível concluir o seguinte: quando se exige a homologação, o juiz atua somente para permitir que o negócio produza os seus efeitos específicos no processo, funcionando a atuação do juiz como *conditio iuris* para a eficácia do ato; na hipótese geral dos negócios sobre o procedimento, a disposição das partes presume-se válida, cabendo ao juiz somente atuar no controle de validade do ato.”⁴⁶

⁴⁴DIDIER, Fredie Jr. Curso de direito processual civil. Salvador: Juspodivm, 2015, v.1, p.378.

⁴⁵DIDIER, Fredie Jr. Negócios jurídicos processuais atípicos no código de processo civil de 2015. São Paulo: Revista de processo, vol. 1; 2016; p. 59-84.

⁴⁶ AVELINO, Murilo Teixeira. A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais. Revista de Processo. vol. 246. São Paulo: RT, 2015, p. 219-238.

O fato de o negócio jurídico processual, em regra, não necessitar de homologação judicial para surtir efeitos, relaciona-se com a mudança de paradigma enfrentada no ordenamento jurídico brasileiro, que descentraliza as atividades jurisdicionais para adentrar em um processo cooperativo, no qual partes e juiz juntam-se em prol de uma demanda efetiva e satisfatória. “Ora, abandonamos a ideia de que entregue a jurisdição ao Estado, cabe exclusivamente ao juiz a tarefa de dizer o direito, retiramos dele o monopólio sobre a condução do plano processual. Os atos processuais não são feitos para ele, mas sim para o processo.”⁴⁷

A Constituição Federal de 1988, ao ressaltar a dignidade da pessoa humana, elegeu o cidadão como ser dotado de personalidade e de capacidade de autodeterminação, conceitos que permearam o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) e são comprovados com as inserções do artigo 6º princípio da cooperação, artigo 190 - cláusula geral de negociação atípica-, artigo 191- previsão de calendário processual estipulado entre as partes e o juiz -, e artigo 200 - declarações de vontade que determinam a constituição, modificação e extinção de direitos por meio do negócio jurídico processual.

Por todo exposto, é inegável o avanço legislativo ocorrido com a publicação do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) ao compatibilizar normas processuais com a autonomia privada. O cidadão está no centro das relações jurídicas e sua capacidade de autodeterminação não pode ser tolhida a pretexto de dogmas de supremacia do interesse público sobre o privado e muito menos pelo publicismo exacerbado na crença de que normas de ordem pública são inderrogáveis. Com a Constituição Federal de 1988 e a elevação da pessoa humana, tais preceitos limitadores precisam ser atenuados para alcançarmos uma prestação jurisdicional de qualidade.

O negócio jurídico processual é uma realidade precisa que, embora firmado no processo civil de forma lenta, representa a mais pura concretização dos direitos fundamentais na melhoria do acesso à justiça. A efetividade desse instrumento requer mudanças de postura que precisam ser modificadas para propiciar um ambiente de trabalho compartilhado, sedimentado no modelo de processo cooperativo, que não só respeita a autonomia privada e os direitos fundamentais dos cidadãos, mas os concretiza acima de tudo.

Trata-se de um novo ambiente jurídico que “[...] necessita, para implementação efetiva, de mudança de mentalidade e maior engajamento dos juízes, promotores, advogados, serventuários da justiça e do próprio Poder Público, para uma gestão mais eficiente. Com isso

⁴⁷FERNANDES NERY, Carmen Lígia Barreto de Andrade. O negócio jurídico processual como fenômeno da experiência jurídica- uma proposta de leitura constitucional adequada da autonomia privada em processo civil. 2016. 153-f. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016.

o gerenciamento processual, que não é estranho ao direito brasileiro, pode aqui ser mais bem concertado e ajustado com a flexibilização, “calendarização” e “contratualização” procedimental”.⁴⁸

Acredita-se, fielmente, na efetividade do processo civil democrático com a inserção do negócio jurídico processual, inovação talvez tardia no Brasil, mas a tempo de assegurar direitos fundamentais do cidadão e contribuir de forma significativa para evolução do ser humano e da sociedade. “Estamos convencidos de que o momento histórico da América Latina exige de seus profissionais uma séria reflexão sobre sua realidade, que se transforma rapidamente, e da qual resulte sua inserção nela. Inserção esta que, sendo crítica, é compromisso verdadeiro. Compromisso com o destino do país. Compromisso com o seu povo. Com o homem concreto. Compromisso com o ser mais deste homem. [...] Fugir da concretização desse compromisso é não só negar-se a si mesmo como negar o projeto nacional.”⁴⁹

CONCLUSÃO

Ao longo do presente artigo, foi possível observar a importância da autonomia privada como garantia fundamental para concretização dos negócios jurídicos processuais, alteração que veio a tempo com a publicação do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) e comunga com as premissas instituídas no Estado Democrático de Direito.

Na investigação, foi preciso percorrer a dicotomia entre direito público e privado para comprovar a mudança de paradigma na forma de gestão do processo que não o desqualifica enquanto ramo do direito público, apenas tem atenuado o rigor das normas processuais por ingerência dos princípios constitucionais. A Constituição Federal de 1988 unifica o direito público e privado por considerar como fonte maior a dignidade da pessoa humana, princípio norteador do direito de liberdade.

A liberdade individual que se defende não é aquela desregrada, instituída por interesses individualistas de origem patrimonialista, mas sim a liberdade limitada por lei e a partir dela dimensionada. A liberdade no Estado Democrático reafirma a atuação do cidadão no

⁴⁸ANDRADE, Érico. As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo. São Paulo: Revista de processo. Vol. 193/2011, p.167-200.

⁴⁹FREIRE, Paulo. Educação e mudança. São Paulo: Paz e Terra, 2014, p. 32.

processo civilizatório permite flexibilizar as normas de ordem pública a partir da tutela da autonomia privada no processo civil.

Restou evidente, por meio da inserção da autonomia privada em normas processuais, a liberdade dos particulares ao convencionar direitos e procedimentos que mais se amoldam ao caso concreto, liberdade regrada por lei, mas possível após transpor o conceito de cláusulas gerais e conceitos indeterminados para esfera processual. Nesse sentido, o negócio jurídico processual apresenta-se como uma realidade necessária capaz de conjugar os interesses públicos da tutela jurisdicional com os interesses do cidadão, ser dotado de autoderterminação, maior interessado na demanda.

Provou-se que, para criar um sistema aberto dentro de um único ordenamento jurídico, é preciso alocar uma nova modalidade de gerir o processo, no qual todos os envolvidos na demanda estejam em cooperação voltados para um único fim, que é o de buscar a melhor decisão para o caso concreto. Rompe-se com o processo publicista, exacerbado na figura do juiz, que tem na subsunção da lei a resposta correta à problemática, para um modelo de processo em que o cidadão tem voz ativa e atua de forma cooperativa para o deslinde da causa.

Insta salientar que, com o processo cooperativo, constroem-se as bases para o negócio jurídico processual, manifestação autêntica da autonomia privada em normas de ordem pública. Ao adentrar no conceito, nos pressupostos e classificação do negócio jurídico processual, enfatiza-se o poder do cidadão no Estado Democrático de Direito ao moldar os efeitos do negócio para uma tutela jurisdicional satisfatória.

O negócio jurídico processual limita a atuação dos juízes e prioriza a vontade das partes quando autorizada por lei. Vontade externada que prevalece sobre normas de direito público permitindo às partes transacionarem direitos e deveres, previsão do artigo 190 CPC/2015. Ademais, agrega-se a desnecessidade de formalidade específica para os atos processuais e a possibilidade em regra de efeitos imediatos. As intervenções à autonomia privada no processo democrático são exceções, como é o caso da desistência da ação que a lei impõe à homologação judicial.

Sabe-se que o caminho é longo e condicionado a um novo agir dos indivíduos, os quais precisam romper com a cultura tradicional enraizada na sociedade, que se vincula desfavoravelmente ao processo civil, impedindo melhorias ao acesso à justiça. Talvez não estejamos maduros suficientemente para uma nova concepção cooperativa, na qual os cidadãos expressem por meio da autonomia privada os contornos que almejam na prestação jurisdicional, mas negar a possibilidade é ato que atenta aos ditames constitucionais e contribui para o atraso do processo civilizatório.

Perfilhamos a posição dos que aceitam os negócios jurídicos processuais como expressão da autonomia privada em respeito ao pacto constitucional fundamentado no valor humano, estando abertos e conscientes para aprimorar a mudança cultural que ele exige. Acreditamos exatamente nesta capacidade de atuar, operar, de transformar a realidade de acordo com finalidades propostas pelo homem, associada à sua capacidade de refletir, que faz o indivíduo um ser da práxis, em prol de melhorias ao acesso à justiça.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diego Assumpção Rezende de. *A contratualização do processo. Das convenções processuais no processo civil*. São Paulo: LTr, 2015.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*: Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

ANDRADE, Érico. *As novas perspectivas do gerenciamento e da “contratualização” do processo*. São Paulo: Revista de processo. Vol. 193/2011.

AVELINO, Murilo Teixeira. *A posição do magistrado em face dos negócios jurídicos processuais*. Revista de Processo. vol. 246. São Paulo: RT, 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Convenções das partes sobre matéria processual*. in. Temas de direito processual, Terceira série, n. 4, São Paulo: Saraiva, 1984.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de direito processual civil*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016.

CABRAL. Antônio do Passo. *Convenções Processuais*. Salvador: JusPodvim, 2016.

CAMBI, Eduardo. *Colaboração no processo previdenciário*. Revista de Processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 228, 2014.

CAPONI, Remo. *A autonomia privada e processo civil: os acordos processuais*. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP, vol. XIII.

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

DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Salvador: JusPodvim.

_____. *Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil*. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios Jurídicos processuais*. JusPodvim, 2015.

_____; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos fatos jurídicos processuais*. 2ª ed. Salvador: JusPodvim, 2012.

_____. *Negócios jurídicos processuais atípicos no código de processo civil de 2015*. São Paulo: Revista de processo, vol. 1; 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, vol.II.

FERNANDES NERY, Carmen Lígia Barreto de Andrade. *O negócio jurídico processual como fenômeno da experiência jurídica- uma proposta de leitura constitucional adequada da autonomia privada em processo civil*. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2016.

FREIRE, Paulo. *Educação e mudança*. São Paulo: Paz e Terra, 2014.

GRECO, Leonardo. *Os atos de disposição processual - primeiras reflexões*. Revista Eletrônica de Direito Processual. 1ª Edição – Outubro/Dezembro de 2007. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/23657/16714>.

_____. *Publicismo e privatismo no processo civil*. São Paulo: Revista de processo, vol. 164. Out. 2008.

JAYME, Fernando Gonzaga. *O princípio do contraditório no Projeto do Novo Código de Processo Civil*. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 227, 2014.

MATA-MACHADO, Edgar de Godói da. *Elementos da teoria geral do direito: introdução ao direito*, Belo Horizonte: Líder, 2005, p. 165-166.

NERY JR, Nelson, NERY ANDRADE, Rosa Maria de. *Instituições de direito civil, v.I, t.I, Teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____, *Código de Processo Civil, Comentado*, 16ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Fatos processuais. Atos jurídicos processuais simples. Negócio jurídico processual (unilateral e bilateral)*. Transação in *Revista de Direito Privado* n.64, São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez, 2015.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2008.

PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 2016.

PEIXOTO, Ravi. *Rumo à construção de um processo cooperativo*. *Revista de Processo*. Vol. 219. São Paulo: RT, 2013. p. 89-114.

REDONDO, Bruno Garcia. *Negócios Processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/73 para adequada compreensão da inovação do CPC/2015*. In CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (coord.). *Negócios processuais*. JusPodivm, 2015.

VIEIRA, Iacyr de Aguilar. *A autonomia da vontade no Código Civil brasileiro e no Código de defesa do Consumidor*. *Revista dos Tribunais*. Vol. 791. São Paulo: RT, 2001.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Convenções das partes em matéria processual: rumo a uma nova era?* In CABRAL, Antonio do Passo e NOGUEIRA, Pedro Henrique (coords). *Negócios processuais*, Salvador: JusPdivm, 2015.