

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PELOTAS

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

Mestrado em Direitos Sociais



Dissertação

**“Função social das convenções processuais”: uma análise no plano da
validade**

Nikolai Bezerra Frio

Pelotas, 2019

Nikolai Bezerra Frio

“Função social das convenções processuais”: uma análise no plano da validade

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marcos Caprio Fonseca Soares

Pelotas, 2019

Universidade Federal de Pelotas / Sistema de Bibliotecas
Catalogação na Publicação

F898f Frio, Nikolai Bezerra

"Função social das convenções processuais" : uma análise no plano da validade / Nikolai Bezerra Frio ; Marcos Caprio Fonseca Soares, orientador. — Pelotas, 2019.

185 f.

Dissertação (Mestrado) — Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pelotas, 2019.

1. Art. 190 do código de processo civil. 2. Convenções processuais. 3. Direito material e direito processual. 4. Direito reflexivo. 5. Princípio da função social dos contrato. I. Soares, Marcos Caprio Fonseca, orient. II. Título.

CDDir :341.46

Nikolai Bezerra Frio

"Função social das convenções processuais": uma análise no plano da validade.

Dissertação aprovada, como requisito parcial, para obtenção do grau de Mestre em Direitos Sociais, do Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pelotas.

Data da defesa: 10/05/2019, às 15:00.

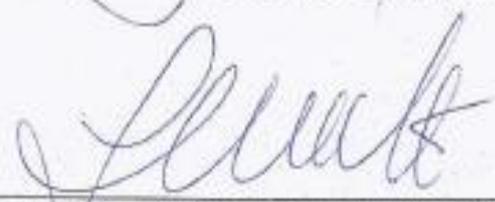
Banca examinadora:



Prof. Dr. Marcos Caprio Fonseca Soares (Orientador)
Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS



Prof.ª Dra. Karinne Emanoela Goettems dos Santos
Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS



Prof. Dr. Sérgio Luís Wetzel de Mattos
Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS

Dedico este trabalho à memória do professor Alcides de Mendonça Lima.

Agradecimentos

Aos meus pais José Luís e Vera, determinantes em minha vida, pelo legado da educação clássica, que norteia o meu modo de pensar e agir.

Aos meus irmãos Andrey, Juliana e Larissa, por serem meus grandes amigos, companheiros incondicionais de vida e de trajetória, ao lado dos meus pais, são o meu maior orgulho.

À CAPES, pelo beneplácito financeiro, essencial para a conclusão deste projeto.

À Faculdade de Direito da UFPel, pela tradição jurídica que faz sentir em suas dependências, erigida paulatinamente pelo trabalho de grandes homens e mulheres do passado, tangível a todos os que, assim como eu, levam o direito a sério.

À biblioteca Alcides de Mendonça Lima, pelo empréstimo de seus exemplares e pela disponibilização generosa de seu espaço.

Ao meu orientador e amigo, Dr. Marcos Caprio Fonseca Soares, pelo apoio incondicional em momentos de dúvidas e dificuldades. E, claro, pelo privilégio de ter podido contar com sua orientação séria e abnegada.

A Deus, pelo sopro que acende a alma; chama que resiste à ânsia, e teima, graças ao esplendor do sonho e da vida.

“(...) devemos ser modernos na defesa do passado e criativos na defesa da tradição” (SCRUTON, 2018, p.16).

Resumo

FRIO, Nikolai Bezerra. **Função social das convenções processuais: uma análise no plano da validade**. 2019. 185f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito Sociais, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2019.

A presente pesquisa tem como intuito investigar o instituto das convenções processuais, previsto no Código de Processo Civil de 2015 em seu artigo 190. Nesse sentido, em razão da novidade, o debate a seu respeito mostra-se recente, ainda mais, as hipóteses de sua aplicação. Por isto, observa-se na doutrina a elaboração de um controle específico sobre o objeto que as identifica, o autorregramento da vontade. A relação aqui empreendida dá-se entre o direito processual e o material. Assim, o objetivo do presente estudo é defender o cabimento da incidência do princípio da função social dos contratos previsto no artigo 421 e, principalmente no art. 2035, parágrafo único, ambos do Código Civil, dentro da seara processual, para fins de controle do autorregramento da vontade presente nas convenções processuais. O método de pesquisa utilizado será o bibliográfico, diante de todo o estudo realizado sobre obras de direito processual, direito civil, direito constitucional, filosofia do direito e sociologia jurídica. O tipo de abordagem é consubstanciado por um método hipotético dedutivo, por intermédio do qual pretende-se formular um problema a partir da bibliografia carreada, após, atentando-se às lacunas, conceitos ou contradições aventadas, realizar elucubrações acerca da hipótese e, na sequência, um falseamento da resposta sintetizada pelo processo metodológico. Por fim, o tipo de pesquisa é qualitativo, pois almeja esclarecer uma questão eminentemente epistêmica, já que tem como principal preocupação esclarecer um aspecto da realidade a partir de um recorte, sob a influência de determinadas variáveis.

Palavras-Chave: art. 190 do código de processo civil; convenções processuais; direito material e direito processual; direito reflexivo; princípio da função social dos contratos

Resúmen

FRIO, Nikolai Bezerra. **Función social de las convenciones procesales: un análisis en el plano de la validez**. 2019. 185f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito Sociais, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, 2019.

La presente investigación tiene como objetivo investigar el instituto de las convenciones procesales, previsto en el Código de Proceso Civil de 2015 en su artículo 190. En ese sentido, en razón de la novedad, el debate a su respecto se muestra reciente, aún más, las hipótesis de su aplicación. Por eso, se observa en la doctrina la elaboración de un control específico sobre el objeto que las identifica, la autonomía de la voluntad. La relación aquí emprendida ocurre entre el derecho procesal y el material. Así, el objetivo del presente estudio es defender la cabida de la incidencia del principio de la función social de los contratos previsto en el artículo 421 y, principalmente, del art. 2035, párrafo único, ambos del Código Civil, en el área procesal, para fines del control de la autonomía de la voluntad presente en las convenciones procesales. El método de investigación utilizado será el bibliográfico, ante todo el estudio realizado sobre obras de derecho procesal, derecho civil, derecho constitucional, filosofía del derecho y sociología jurídica. El tipo de abordaje es consubstanciado por un método hipotético deductivo, por medio del cual se pretende formular un problema a partir de la bibliografía cargada, después, atendiendo a las lagunas, conceptos o contradicciones aventadas, realizar elucubraciones acerca de la hipótesis y, a continuación, un falseamiento de la respuesta sintetizada por el proceso metodológico. Por último, el tipo de investigación es cualitativo, pues anhela aclarar una cuestión eminentemente epistémica, ya que tiene como principal preocupación aclarar un aspecto de la realidad a partir de un recorte, bajo la influencia de determinadas variables.

Palabras clave: art. 190 del código de proceso civil; convenciones procesales; derecho material y derecho procesal; derecho reflexivo; principio de la función social de los contratos

Sumário

1	Introdução	11
2	Do devido processo legal ao direito reflexivo: a formação de uma plataforma normativo-reflexiva	15
2.1	A noção inter-relacional do devido processo legal e do acesso à justiça: um novo sentido.....	25
2.2	Gunther Teubner e o direito reflexivo	30
3	Convenções processuais: um antelóquio histórico, e a averiguação do debate jurídico que as circunda.....	35
3.1	A teoria do fato jurídico.....	40
3.1.1	O fato jurídico	40
3.1.2	Fato jurídico em sentido estrito	43
3.1.3	Ato fato-jurídico	44
3.1.4	Ato jurídico <i>lato sensu</i>	45
3.1.5	Atos ilícitos	47
3.1.6	Fato jurídico processual	48
3.1.6.1	Ato-fato processual.....	48
3.1.6.2	Ato jurídico processual <i>lato sensu</i> e ato jurídico processual <i>stricto sensu</i>	49
3.1.6.3	Atos ilícitos processuais	50
3.1.6.4	Negócios processuais	51
3.1.6.4.1	As convenções (ou acordos) processuais	56
3.2	Natureza do art. 190 do Código de Processo Civil de 2015.....	59
3.3	Os princípios da cooperação e do autorregramento da vontade: pressupostos normativos do art. 190 do CPC/2015	60
3.4	Em busca de um limite ao objeto das convenções processuais.....	68
4	Uma análise acerca dos supostos óbices ao objeto da convenção processual: a audiência de mediação/conciliação	85
4.1	A obrigatoriedade da audiência inicial	85
4.2	As regras procedimentais: processo ou procedimento?.....	93
4.3	A vulnerabilidade	99
4.3.1	A igualdade processual segundo Rafael Sirangelo de Abreu.....	101
4.3.1.2	A vulnerabilidade processual segundo Fernanda Tartuce.....	104
4.3.1.3	Fundamentalidade do direito à tutela jurisdicional adequada	108

4.3.1.4 Vulnerabilidade material e sua aparente força presuntiva no âmbito das convenções processuais	114
4.3.1.5 A vulnerabilidade material tomada como princípio <i>versus</i> o direito fundamental à liberdade geral	120
4.3.1.6 Um raciocínio jurídico: a ponderação do autorregramento da vontade e vulnerabilidade processual (suposto princípio).....	126
5 O princípio da Função Social das Convenções Processuais e a delimitação do seu conteúdo: a contribuição de algumas teorias no campo das nulidades processuais	134
5.1 O sistema de nulidades processuais de Pontes de Miranda e Galeno Lacerda	134
5.2 O sistema de nulidades processuais de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Maria Rosa Tesheiner	136
5.3 O sistema de nulidades processuais de José Calmon de Passos	137
5.4 O sistema de nulidades processuais de Eduardo Scarparo	139
5.5 O sistema de nulidades processuais de Antonio do Passo Cabral	143
5.6 A atuação reflexiva do princípio da Função Social das Convenções Processuais	147
6 Conclusão	163
7 Referências	167

1 Introdução

O ponto nodal para compreensão da cláusula geral de atipicidade da negociação processual, prevista no art. 190 CPC/2015, reside no conhecimento dos seus limites. Assim, estabelecer o alcance do poder de autorregramento de cada sujeito processual, delinear os critérios de sua aferição, definir a esfera de licitude e de ilicitude dos objetos a serem convencionados são questões de extremo relevo para a construção do adequado sentido da cláusula sob exame.

Para tanto, é necessário realizar uma releitura de velhos conceitos, e outros não tão antigos assim, já que a doutrina deixa de analisar, por vezes, outras perspectivas que podem trazer novas concertações a institutos que, muito embora não sejam novos, têm sua constituição modificada pelo tempo, como é o caso das convenções processuais, sem que isso signifique um desvirtuamento da racionalidade do direito.

Em vista disto, a racionalidade do direito pode identificar a causa ou a motivação da criação de institutos, permitindo a perscrutação daquilo que os estrutura, suas lógicas internas, como se operacionalizam, como e de que maneira incidem sobre fatos concretos. Por isso, demonstra-se a importância do estudo da filosofia e da sociologia do direito, pois nos auxiliam a enxergar o fenômeno jurídico sob uma perspectiva mais abrangente, o que contribui para mais bem avaliar os dados da realidade, os quais, se tomados pelas ciências apenas com o foco em seu objeto de investigação, poderão resultar insuficientes para o mister do analista.

De acordo com essa metodologia, nos é apresentada a proposta de direito reflexivo, que a partir de sua racionalidade interna, grosso modo, compatibiliza a autonomia dos cidadãos com a promoção de procedimentos - onde se revelam os interesses sociais e ditames de natureza pública-, sem determinar fins aos atos particulares, mas também não autorizando excesso na articulação de vontades, pois às partes é permitido o exercício da liberdade, desde que estejam comprometidas com os referidos procedimentos.

Tal compreensão revela-se a partir do modelo cooperativo de processo, substancializado pela valorização de uma participação consensual e democrática

dos sujeitos processuais, voltado à obtenção de uma decisão de mérito mais justa e efetiva, em tempo razoável.

Não é outro o caminho trilhado pela doutrina, que tem buscado estabelecer diretrizes gerais para o exame do tema.

Decerto, os resultados dessas e daquelas análises poderão constituir auxiliares metódicos postos à disposição do juiz para conformação de uma solução que se revele justa ao caso concreto, à vista da ausência de resposta do direito positivo.

Assim, como é possível perceber da leitura do art. 190 do CPC/2015, teremos de um lado a liberdade a sugerir a manutenção da convenção firmada, e de outro, o direito fundamental afetado pelo ajuste (contraditório, igualdade). Então, o direito processual que venha a ser afetado pelas disposições do acordo terá de passar, necessariamente, por uma ponderação com a liberdade, a fim de que se conclua pela manutenção ou não da convenção celebrada.

Além disso, é preciso ter em vista que a invalidade somente será decretada pelo magistrado em caso de configuração de prejuízo, devendo, neste caso, incidir o regime de invalidades processuais disciplinado nos arts. 276 e seguintes do CPC/2015. E, sobre este aspecto, cabe registrar a faculdade concedida às partes para realizar o mesmo controle, haja vista a possibilidade de provocação atribuída ao conveniente que se sentir prejudicado.

Nesse sentido, o controle de licitude do objeto das convenções processuais além do parâmetro legalmente estabelecido (versar o processo sobre direito que admita autocomposição), abrange outros, reconhecidos como típicos (a exemplo daqueles previstos na legislação material, como a vulnerabilidade, segundo alguns) e atípicos. Estes últimos podem ser fixados a partir de diretrizes fundadas pela doutrina para auxiliar a atuação judicial, como também pelo intermédio dos precedentes judiciais, pelo resultado da atividade de interpretação/aplicação de normas e como fruto de ponderações entre direitos fundamentais em conflito.

Daí a importância do princípio da função social dos contratos para a identificação de eventual abusividade na fixação do conteúdo negocial, afigurando-se evidente a participação do princípio na espécie de controle valorativo negativo. Com efeito, a função social adaptou-se com menor dificuldade no âmbito dos direitos reais, nomeadamente, no direito de propriedade. Isto justifica, outrossim, a legitimidade ampla para a alegação do descumprimento da função social da

propriedade, pois toda a sociedade representa, de certo modo, a contraparte do proprietário.

A função social torna-se, assim, mais facilmente implementável no setor do direito civil, há muito caracterizado pela contraposição do interesse social ao individual (embora o interesse social tenha se tornado, pelo prisma funcional, um limite interno ao próprio direito, e não mais externo ou excepcional).

Por sua vez, a função social exige maior desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial para ser efetivamente aplicada em seu aspecto promocional. Portanto, como pressupor que as partes em uma convenção processual devam celebrá-la perseguindo interesses socialmente relevantes, além dos seus próprios interesses?

Como tornar este raciocínio eficaz, na prática, em sede processual?

Para que se dê uma resposta adequada a estes questionamentos estruturou-se um caminho metodológico que fica delimitado pela hipótese que motiva o presente estudo: a função social das convenções processuais como um princípio que permite o controle da validade de cláusula processual inserida em contrato de adesão, a qual pré-exclui a possibilidade de realização de mediação/conciliação em audiência durante um futuro processo judicial.

Por conseguinte, a fim de comprovar esta hipótese, elaborou-se um objetivo geral que busca delimitar dogmaticamente o princípio tratado, de forma a que sirva de baliza normativa para o controle do autorregramento da vontade inserido no microssistema das convenções processuais.

Já em relação aos objetivos específicos almeja-se: 1) identificar o sentido do sobreprincípio do devido processo legal e da garantia do acesso à justiça, no intuito de correlacioná-los com o alcance conceitual das convenções processuais; 2) investigar, com base na teoria de direito reflexivo de Gunther Teubner, se a racionalidade preponderante na cláusula do art. 190 do CPC/2015 é uma racionalidade que se coaduna com a racionalidade entendida como reflexiva; 3) verificar se o princípio da função social dos contratos está de acordo com a racionalidade do art. 190 do CPC/2015, uma vez que atende às expectativas sociais e preserva o núcleo do autorregramento da vontade, portanto, abarcando preceitos materiais e processuais (*lato sensu*); 4) comprovar que o princípio da função social das convenções processuais - exemplo da função sistêmica do direito reflexivo de

Teubner - permite a realização de um controle de validade sobre a hipótese ora firmada.

Pela abordagem anterior, vê-se que o tipo de pesquisa realizada será qualitativa, já que a atual preocupação é desvelar aspectos da realidade que não podem ser quantificados, e que por esta razão também não se receia com a representatividade numérica, mas, sim, com o aprofundamento da compreensão epistêmica de uma construção teórica que se fundamenta nos objetivos ora delineados. Acrescente-se a isso, a utilização da técnica bibliográfica, considerando o préstimo da obra de autores do direito, da filosofia e da sociologia jurídicas.

Ademais, a pesquisa demonstra sua relevância do ponto de vista prático, tendo-se em mente os operadores do direito que, no momento em que se depararem mais rotineiramente com as convenções processuais, terão de enfrentar um problema cerne à sua aplicação, a extensão de seu alcance. Por isto poderão lançar mão da construção teórica aqui empreendida, preocupada em delimitar um instituto renovado pelo CPC/2015, as convenções processuais e, similarmente, o campo de sua atuação, ao preconizar a construção de um limite baseado no princípio da função social dos contratos.

Por outro lado, expressa igual interesse à academia, pois além de adentrar em um cenário espinhoso da dogmática jurídica, contribui com uma proposta para a solução de um problema teórico-jurídico que se poderá experimentar, como já observado.

Deste modo, pretende-se realizar uma adequação do conceito da função social dos contratos para que possamos inseri-lo à seara processual, a fim de desempenhar um liame entre a realidade prática, a sociedade, e a ciência do direito, sob uma racionalidade idealista.

2 Do devido processo legal ao direito reflexivo: a formação de uma plataforma normativo-reflexiva

O estabelecimento ou formulação do devido processo legal deve-se, sem dúvida alguma, aos países com fonte e tradição de direito baseados na *commom law*¹, mormente, os Estados Unidos e a Inglaterra. Sua história, tão antiga quanto o sistema jurídico em que se desenvolveu², remonta aos idos do século XIII. Considera-se como seu antecedente histórico a cláusula *Law of the land*, inscrita na Magna Carta³ Inglesa datada de 1215. Com este impulso, o devido processo legal passou a ser objeto de elucubrações teóricas, e também passar por crivo judicial, tendo sido analisado não apenas nos ordenamentos de origem, mas em outros tantos e de tradições diversas, como é o exemplo do Brasil (influenciado pela tradição romano-germânica - caracterizada pela *civil law*).

Aliás, nos Estados Unidos, segundo Mariotti,

Historicamente, além de ter sua aplicação limitada à jurisdição, o *due process of law* era tido como se referindo somente ao aspecto procedimental⁴. Alexander Hamilton, em discurso pronunciado perante a Assembléia de New York durante os debates para a aprovação da primeira lei norte-americana a conter essa expressão, assim definiu: “As palavras ‘*due process*’ têm significado técnico preciso, e são aplicáveis apenas aos processos e procedimentos das cortes de justiça, elas não podem nunca se referir a um ato legislativo. Coerentemente com essa visão, os primeiros

¹ “O acolhimento de determinados princípios filosóficos-jurídicos, que não de outros, ou o uso de determinadas técnicas de hermenêutica, que não de outras, dependem das circunstâncias que presidiram à criação e a à evolução dos Direitos. E algo de semelhante se diga da difusão: por exemplo, o *Commom Law*, expandiu-se nas antigas colônias britânicas (...) Contudo, na evolução do Direito e na sua recepção e adaptação é essencial olhar, em cada caso, às estruturas e instituições sociais e mentais dos países” (MIRANDA, 2002, Pp. 104-105).

² Segundo pesquisa histórica de William Stubbs, citada por Fredie Didier Jr.: “A noção do devido processo legal como cláusula de proteção contra a tirania é ainda mais antiga: remonta do Édito de Conrado II (Decreto Feudal Alemão de 1037 d. c), em que pela primeira vez se registra por escrito a ideia de que até mesmo o Imperador está submetido às “leis do Império” (DIDIER JR., 2014, p. 46, nota de rodapé nº 2).

³ A respeito, melhor explicita Leticia de Campos Velho Martel: “Impende trazer a lume que, em 1354, no reinado de Eduardo III, foi elaborado um estatuto, por um legislador desconhecido, no qual foi reproduzido, com algumas alterações, o texto do capítulo XXXIX da Magna Carta. Uma das alterações, de intensa repercussão futura, foi a substituição da expressão *law of the land* por *due process of law*: ‘Nenhum homem, qualquer que seja a sua situação ou condição, pode ser expulso de sua terra ou moradia, nem conduzido, nem aprisionado, nem deserdado, nem condenado à morte, sem que isto resulte de um devido processo. Já nos idos de 1360, os termos *law o of the land* e *due process of law* estavam sendo intercambiados, seu trato como equivalentes iniciava-se” (MARTEL, 2001, p. 24). Com raciocínio semelhante (MATTOS, 2009, Pp. 17-18) e (NERY JR., 2010, p. 80).

⁴ Martel defende que o conteúdo do devido processo legal manteve, apesar do transcurso dos tempos, “uma característica que guarda especial relevância” à noção de proteção por via procedimental, pálio para os cidadãos que, antes de qualquer afetação a bem jurídico próprio, têm garantida a possibilidade de valerem-se do recurso (MARTEL, 2001, p. 23).

juízos da Suprema Corte norte-americana relativos à aplicação da cláusula do devido processo legal, adotaram “um enfoque estritamente processualístico (*procedural due process*), descartando, até mesmo por expresse, as tentativas de se emprestar a essa garantia constitucional um sentido substantivo” (MARIOTTI, 2008, p. 14).

Muito embora seu surgimento tenha sido considerado pelos teóricos como uma garantia formal outorgada ao cidadão, ao longo dos séculos foram-lhe atribuídas duas versões⁵: uma, de caráter procedimental⁶, com um viés mais voltado às formalidades características dos procedimentos judiciais; e uma segunda, caracterizada por uma visão denominada substantiva, que traz um conceito de controle judicial sobre atos normativos, desde que estes possam vir a afetar direitos fundamentais consagrados nas Cartas constitucionais.

Em relação à “dupla função” do devido processo legal, não se tem mais dúvida de sua função procedimental, contudo, atualmente admite-se uma aplicação mais abrangente, pois nos Estados Unidos, conforme informa Mariotti (2008, p. 15), o referido “é extensivo a toda forma de intervenção estatal na esfera privada dos cidadãos”.

Acerca do tema, Mariotti ainda refere,

Desta forma, ao sentido procedimental veio aliar-se um aspecto material ou substantivo, alicerçado sob a designação de “*substantive due process*, designação de *substantive due process*, inicialmente como *economic*”⁷

⁵ Para citar alguns autores que reconhecem esta “ambivalência”: (BUENO, 2013, p. 128); (CANOTILHO, 2003, Pp. 492-493); (DIDIER JR., 2014, Pp. 49-52); (FREIRE, 2008, Pp. 73-86); (MARTEL, 2001, p.24); (MATTOS, 2009, p. 84). Nelson Nery Jr. constata, no mesmo sentido examinado acima, uma bipartição conceitual do devido processo legal, no entanto, atribui-lhe uma noção de feitura mais “genérico”, pois entende que o conceito tutelaria os bens jurídicos considerados mais “amplos”, tais como a vida, a liberdade e a propriedade (NERY JR., 2010, Pp. 79-92). Exemplo de quem inadmitte o devido processo em seu sentido “substantivo”: (ÁVILA, 2008, p. 56).

⁶ Mattos identifica que “no direito inglês, *due process of law* constitui princípio de justiça processual. Nada mais” (MATTOS, 2009, Pp. 121-127).

⁷ Sergio Mattos explicita que a primeira função do *substantive due process* procurou vincular o Poder Público, contudo, somente conseguiu em relação ao governo federal norte-americano, pois nem todos os direitos qualificados pelas 10 (dez) primeiras emendas, datadas de 1791, eram considerados de natureza fundamental. Com o advento da 14^a (décima quarta) emenda a sua aplicação foi estendida aos governos estaduais. Já a segunda função do *substantive due process* trouxe a noção de proteção aos direitos não-enumerados pela Constituição. Atualmente, entende-se que somente as chamadas liberdades não-econômicas (não presentes na constituição) seriam protegidas, como o direito à privacidade, etc. Desse modo, o sentido econômico do *substantive due process* (traduzido pela salvaguarda do direito de propriedade e da liberdade de contratar) foi bastante atuante, principalmente após a decisão do caso *Lochner*, assim conhecido o período de 1905 a 1937, em que a suprema Corte norte-americana atribuiu um sentido econômico ao conceito do devido processo legal. A partir de então, a liberdade deixou de ser abrangida pela tutela do devido processo, passando à tutela de emendas específicas, como a 5^a (quinta) emenda por exemplo. Todavia, a noção econômica do devido processo legal ressurgiu com a necessidade de “requantificar” o valor das indenizações decorrentes de danos punitivos (*punitive damages*), pretensão muito comum nas causas que envolvem a persecução de danos materiais ou morais. Em uma perspectiva mais minudente, veja-se (*Ibidem*, Pp. 25-90). Neste sentido, mas com uma abordagem mais fixada sobre o

substantive due process e mais adiante como *personal⁸ substantive due process*, que encanta a nossa doutrina. Essa visão só se tornou sistemática na jurisprudência norte-americana entre o final do século XIX e os primeiros anos do século XX, com a adesão explícita da Suprema Corte à doutrina do *economic substantive due process* (*Ibidem*, Pp. 17-18).

Em breve anotação, então, demonstrou-se como surgiu e como incide o devido processo legal no direito comparado, mais precisamente nos Estados Unidos. É claro, apesar de termos aduzido a respeito dos seus aspectos procedimental e substancial, há múltiplos entendimentos e variações pertinentes a seu respeito, considerados o tempo desde o seu surgimento e as construções teóricas formuladas sobre o seu conteúdo. Portanto, cabe-nos apenas salientar o que esta breve jornada pelo direito comparado pode desvelar sobre seu informe. Inicialmente, que a indeterminação sempre referida ao devido processo legal reduz-se pela forma como os Tribunais superiores o aplicarão, e a depender do tempo e lugar em que for adotado. Ademais, seria possível dizer que esta motivação - ao sabor do tempo e lugar - evidencia uma exteriorização de seu sentido dialético, porque ora o devido processo legal é aplicado sob um viés, ora sob outro. Por fim, e não menos relevante, em razão do sistema de precedentes ou decisão vinculante, a possibilidade de confusão das noções acerca do conceito torna-se mais difícil, pois quem define a aplicação de precedente ou conceito é a Suprema Corte⁹, órgão máximo de um ordenamento jurídico (*Ibidem*, p. 24).

Entretanto, a Constituição brasileira, diversamente do tipo das cartas inglesa e norte-americana, tem natureza analítica¹⁰, pormenoriza o regramento de procedimentos, garantias e direitos.

tratamento dado à liberdade e a autonomia pela jurisprudência norte-americana: (SARMENTO, 2005, Pp. 191-199, online).

⁸ Em poucas palavras, caracterizado pela tutela de liberdades civis de cunho não - econômico, conforme (MARTEL, 2001, Pp. 162-207) e (MATTOS, 2009, Pp. 61-76).

⁹ Após a análise da doutrina clássica em relação à construção do sentido do conceito, e, do exame crítico das decisões exaradas pelo STF, informa-nos Mattos: “De resto, a promiscuidade do princípio do devido processo legal, do ponto de vista funcional, com os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade parece ser peculiar ao direito brasileiro” (MATTOS, 2009, Pp. 102-121). Por meio de um estudo de casos acerca da aplicação do devido processo legal pelo Supremo Tribunal Federal, que não poderá aqui ser reproduzido em razão da limitação temática, Alexandre Mariotti afirma igualmente que: “(...) o reconhecimento pelo STF de uma dimensão substantiva do devido processo legal vem associado à utilização da razoabilidade e/ou proporcionalidade como parâmetros a serem aplicados para avaliação do ato restritivo de direitos é objeto do controle. Por vezes, as expressões são utilizadas de forma cumulativa; por outras, de forma intercambiável; e, por outras ainda, sinônimas” (MARIOTTI, 2008, p. 66).

¹⁰ “Tanto que a Constituição Brasileira de 1988 é qualificada de ‘analítica’, justamente por ser detalhista e pormenorizada, características estruturalmente vinculadas à existência de regras, em vez de princípios. Essa característica, aliás, compõe o diferencial da Constituição Brasileira de 1988 relativamente a outras constituições, como a estadunidense e a alemã, para usar dois exemplos

Assim, ao analisarmos o devido processo legal é possível compreender, ao contrário de alguns, que não se trata de uma cláusula aberta¹¹ à interpretação jurisprudencial, pois se está diante de um princípio que carrega consigo, em razão do detalhamento da Carta, elementos Constitucionais ou infraconstitucionais que determinam o seu alcance e sentido (MARIOTTI, 2008, p. 33).

Nesta senda, pontua Juarez Freitas,

Daí resulta que qualquer exegese comete, direta ou indiretamente, uma aplicação de princípios, de regras e de valores componentes da totalidade do Direito. Retido esse aspecto, registre-se que cada preceito deve ser visto como parte viva do todo, eis que apenas no exame de conjunto tende a ser melhor equacionado qualquer caso problemático, quando se almeja a bem-fundamentada hierarquização tópica dos princípios proeminentes (FREITAS, 2010, p. 73).

Até aqui realizou-se um brevíssimo ensaio sobre a raiz histórica do conceito do devido processo legal. A partir de agora, por outro lado, interessará investigar a natureza jurídica bem como a sua repercussão sobre outros conceitos, para isso, será trilhado caminho com vistas a alcançar uma visão abrangente do devido processo legal. Mostra-se necessário, inicialmente, adentrar a discussão jurídica acerca da divisão entre regras e princípios, a qual, muito embora pertença à teoria geral do direito, teve o seu germe e desenvolvimento com a prática do direito constitucional.

A distinção entre princípios e regras não é atual, entretanto, o seu desenvolvimento ganhou destaque através das obras de Ronald Dworkin¹² e Robert Alexy¹³. Ainda que a discussão não se limite aos dois juristas¹⁴¹⁵, cabe alguma

paradigmáticos, cada qual com suas particularidades. A leitura do ordenamento jurídico constitucional facilmente comprova essa constatação – a Constituição Brasileira de 1988 é uma Constituição de regras” (ÁVILA, 2009, p. 4).

¹¹ Conforme Fredie Didier Jr.: “O devido processo legal é o principal exemplo de cláusula processual” (DIDIER JR., 2014 p. 39). No mesmo sentido, Lucas Buriel de Macêdo: “As cláusulas gerais só são funcionais a partir do uso dos precedentes. Com efeito, elas, por si só, não significam nada, ou significam muito pouco, podendo dar ensejo a várias normas, inclusive contraditórias, dependendo da concretização. Enquanto os tribunais não dialogarem com seus precedentes será muito difícil trabalhar com o devido processo legal” (MACÊDO, 2013, p. 394); e, ainda (WAMBIER, 2009, Pp. 151-174).

¹² (DWORKIN, 2002).

¹³ (ALEXY, 2011).

¹⁴ Para o jurista Karl Larenz, a diferença entre princípios jurídicos e regras residiria em sua abstração ou generalidade, o que justificaria a necessidade de “labor” jurisprudencial na formação dos precedentes judiciais, já que: “Enquanto ‘princípios’ não são regras imediatamente aplicáveis aos casos concretos, mas ideias directrizes, cuja transformação em regras que possibilitem uma resolução tem lugar em parte pela legislação, em parte pela jurisprudência, segundo o processo anteriormente descrito da concretização e do aperfeiçoamento de princípios mais especiais mediante a formação de grupos de casos” (LARENZ, 1997, p. 599).

exposição sobre suas teses, pois servem de alicerce para qualquer construção teórica na área.

Os dois doutrinadores defendem a posição de que entre normas¹⁶ e princípios há uma diferença de nível lógico, distinguindo-as sob um aspecto qualitativo (SILVA, 2003, p. 609).

Dworkin baseia sua teoria a partir de uma crítica ao positivismo jurídico. Segundo ele, o positivismo ao compreender o direito como um sistema composto apenas por regras não consegue resolver as lacunas ou, o que ele identifica por “casos difíceis”- quando a faticidade subsuntiva do caso jurídico não encontra uma correspondência adequada no ordenamento. Acrescenta Dworkin que, ao lado das regras - insuficientes para a resolução de determinados casos - existem os princípios. Estes possuem uma dimensão de validade e de peso, ao contrário das regras, que só possuem a de validade. Então, as regras somente serão válidas se aplicáveis em sua integralidade, pois a parcialidade, neste caso, leva à inaplicabilidade. No que concerne a eventual “colisão entre princípios”, a problemática consiste no peso e não na validade, pois para o caso concreto será aplicado o princípio que detiver maior peso (DWORKIN, 2002, Pp. 31-35; 39; 42-43; 127-128).

Alexy¹⁷, de forma semelhante, parte de uma divisão qualitativa entre princípios e regras. Para o jurista alemão, os princípios são comandos que visam realizar uma medida da melhor forma possível. Daí serem reconhecidos por ele como mandamentos de otimização. Sua teoria é traduzida pelo conhecido exemplo de “colisão entre princípios”, o qual deverá ser resolvido pelo aplicador a partir do “método de ponderação”, cuja operação avalia dentre os princípios incidentes,

¹⁵ Josef Esser acredita que a distinção entre normas (regras) e princípios não poderia ser firmada em razão do grau de generalização, mas sim, em razão da aplicação ao caso concreto, que deve alcançar uma solução adequada aos pontos postos em discussão, pois segundo ele: “En éste el problema de la aplicabilidad burocrática y técnica de la regla no se plantea en los mismos términos que entre nosotros. Lo que en nuestro sistema distingue el principio de la norma, no es la ‘abstracción’ o el ‘carácter general’, sino la posibilidad de precisar los casos de aplicación, que es lo que caracteriza al ‘precepto’. Tanto si esta posibilidad viene dada por un supuesto legal, tanto si el ámbito de aplicación está fijado casuística o institucionalmente, tanto si los criterios para la aplicación son precisados por ‘hechos jurídicos’, por convención, dogmática o juicios de valor colectivos (como ‘buena fe’)” (ESSER, 1961, p. 66).

¹⁶ De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho, tratam-se de duas espécies de normas cuja distinção deverá permanecer nessa instância. Conclusão presente na seguinte passagem: “A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre normas e princípios (*Norm-Prinzip, Principle-rules, Norm und Grundsatz*). Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em sua substituição, se sugerir: (1) as regras e princípio são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípio é uma distinção entre duas espécies de norma” (CANOTILHO, 2003, p. 1160).

¹⁷ Mire-se também em (ALEXY, 2008, Pp. 85-91).

aquele que poderá resolverá satisfatoriamente o caso, a fim de obter o melhor resultado possível (ALEXY, 2011, Pp. 67-69; 110-116; 131-137).

Conforme Luís Virgílio Afonso da Silva:

A principal diferença entre ambas as propostas é facilmente identificável. O conceito de princípio, na teoria de Alexy, é um conceito que nada diz sobre a fundamentalidade da norma. Assim, um princípio pode ser um mandamento nuclear do sistema, mas pode também não o ser, já que uma norma é um princípio apenas em razão de sua estrutura normativa e não de sua fundamentalidade (SILVA, 2003, p. 613).

Ademais, o autor se refere à fundamentalidade¹⁸ imbuído pela crítica ao termo, tendo-o definido como uma espécie de generalidade ou abstração, o que produziria uma distinção jurídica de “grau” entre regras e princípios (*Ibidem*, p. 609).

Nesta senda, apesar de algumas críticas, filiamo-nos à conceituação proposta por Humberto Ávila¹⁹, que contribui com a exposição, veja-se:

As regras podem ser dissociadas dos princípios quanto ao modo como prescrevem o comportamento. Enquanto as regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos (ÁVILA, 2015b, p. 95).

Por conseguinte, parece possível caracterizar o devido processo legal como princípio, considerando que é voltado a determinados fins, prescrevendo também uma proteção à esfera privada e aos direitos individuais, em razão de seu viés procedimental ou mesmo substancial, pois uma intromissão na esfera particular dos indivíduos somente será legítima se observar os ditames deste princípio. Soma-se aos argumentos anteriores, o desempenho de sua função mais abrangente ou “genérica”, uma vez que a delimitação de sua proteção ocorrerá com a análise do caso específico. Por fim, como princípio, abre a possibilidade de ser ponderado com outros princípios de mesma envergadura (MARIOTTI, 2008, p. 56).

¹⁸ (ZAGREBELSKY, 2008).

¹⁹ “O modelo aqui defendido, mais do que separar as espécies normativas, visa a construir critérios intersubjetivamente controláveis para a sua aplicação, dada a constatação de que não são os princípios e as regras, em si mesmos, que definem uma boa ou má aplicação, mas os critérios que vertem sobre eles e direcionem o seu adequado funcionamento. Nesse aspecto, fica claro que o modelo ora sustentado, no caso das regras, não é nem um modelo formalista puro, que propugna a obediência incondicional às regras, sempre que os fatos previstos na sua hipótese ocorrerem, nem tampouco um modelo particularista puro, em que elas funcionam apenas como conselhos que podem, ou não, ser seguidos, conforme à valoração caprichosa do aplicador. Defende-se, em vez disso, um modelo moderado e procedimentalizado, que valoriza a função e a importância das regras, sem, no entanto, afastar a sua extraordinária superação” (ÁVILA, 2015b, p. 148).

Pelo que se tentou evidenciar, a distinção entre princípios e regras, seja por sua construção histórica, seja pela posição jurídica do intérprete, é realizada por raciocínios diferentes. Por isso, ao afirmar-se que o devido processo legal é um princípio, significa dizer que sua aplicação será realizada em razão de sua identificação normativa, feita sob uma específica classificação. Desta forma, para que se possa entender os mecanismos de “funcionamento” do princípio do devido processo legal, necessário averiguar-se a sua eficácia.

De acordo com a classificação de Humberto Ávila, a abordagem dos princípios pode envolver uma eficácia interna e outra externa.

Com base em sua perspectiva interna, tem-se a atuação dos princípios sobre outras normas do mesmo ordenamento jurídico. Considerando o já aludido acima, em razão de os princípios indicarem fins a serem atingidos, os princípios são espécies normativas que conferem valor²⁰ a outros tipos de normas, mormente, às regras, que possuem um caráter descritivo e analítico, com o intuito de que sejam interpretadas²¹ da maneira mais adequada possível. Por isso a eficácia pode ser diferenciada sob dois âmbitos de aplicação: um interno direto e outro, interno e indireto. Como se depreende da sua denominação, a eficácia interna direta incide no caso concreto, sem a necessidade do auxílio de outra norma (ÁVILA, 2015b, p.122). Neste âmbito, os princípios cumprem uma função denominada integrativa “na medida em que justificam agregar elementos não previstos em subprincípios ou

²⁰ “A regra de direito de Direito, por conseguinte, obriga, primeiro, em virtude de seu fim ou de sua conformidade com o valor-fim do Direito; segundo, por motivo de sua racionalidade ou conformidade racional com as situações objetivas (causas intrínsecas); e, por fim, devido à sua proveniência como ordem de uma autoridade legítima (causa extrínseca). Estes requisitos da obrigatoriedade legal, já claramente expostos pela doutrina aristotélico-tomista, só existem, entretanto, ao mesmo tempo, em uma regra de Direito positivo plena ou completa, e, se considerarmos que um preceito racionalmente justo está em condições de conquistar a adesão dos membros do grupo, podemos concluir que a eficácia, a validade ética e a validade formal exprimem um conjunto de elementos que a ordem jurídica positiva deve conter em cada um de seus preceitos” (REALE, 1998, p. 315).

²¹ “Interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair-se, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma contém. (...) Graças ao conhecimento dos princípios que determinam a correlação entre as leis dos diferentes tempos e lugares, sabe-se qual o complexo de regras em que se enquadra um caso concreto. Estrema-se do conjunto a que parece aplicável ao fato. O trabalho não está ainda concluído. Toda lei é obra humana e aplicada por homens; portanto imperfeita na forma e no fundo, e dará duvidosos resultados práticos, se não verificarem, com esmero, o sentido e o alcance de suas prescrições (1). Incumbe ao intérprete aquela difícil tarefa. Procede à análise e também a reconstrução ou síntese (2). Examina o texto em si, o seu sentido, o significado de cada vocábulo. Faz depois obra de conjunto; compara-o com outros dispositivos da mesma lei, e com os de lei diversas, do país ou de fora. Inquire qual o fim da inclusão da regra no texto, e examina este tendo em vista o objetivo da lei toda e do Direito em geral. Determina por este processo o alcance da norma jurídica, e, assim, realiza, de modo completo, a obra moderna do hermeneuta” (MAXIMILIANO, 2011, Pp. 7-8).

regras”. Assim, verificada a necessidade pelo aplicador de promover um fim consagrado e, desde que não seja apta outra norma de menor alcance, é viável que o princípio mais abrangente possa vir a ser utilizado para fundamentar a decisão (*Ibidem*, p. 123).

Nesse sentido, exemplifica Mariotti,

Por exemplo, se o regramento de um determinado processo que envolva a possibilidade de restrições a direitos de liberdade ou patrimoniais em sentido amplo não contemplar oportunidade de manifestação do titular dos direitos, será caso de oportunizar a manifestação por incidência direta do princípio da ampla defesa (MARIOTTI, 2008, p. 56).

Já a eficácia interna indireta define que a aplicação do princípio seja intermediada por outra espécie normativa, seja ela princípio ou regra. Neste aspecto, os princípios desempenham três tipos de funções. A primeira, caracterizada como “função definitiva”, ocorre quando alguns princípios especificam o conteúdo de outros, concebidos como ainda mais amplos ou “axiologicamente superiores”, que por este motivo são denominados de “sobreprincípios”, como é o caso do sobreprincípio do Estado de Direito, por exemplo. A segunda, chamada de “função interpretativa”, atua sobre normas de menor abrangência e cuja interpretação deverá seguir os fins presentes nos sobreprincípios. A terceira, descrita como “função bloqueadora”, como se pode perceber, bloqueia ou restringe o sentido de quaisquer espécies normativas que possuam algum elemento que seja incompatível com o Estado de coisas a ser promovido (ÁVILA, 2015b, Pp. 123-124).

Impõe trazer à baila, para encerramento dessa questão, manifestação de Mariotti,

Registre-se que o exercício da função bloqueadora freqüentemente acabará abrindo caminho, pelo afastamento da norma menos abrangente que se revela conflitante com a promoção do fim abrigado no princípio, a que este também, desempenhe, no mesmo caso, função integrativa. Ficando no mesmo exemplo da norma que oportuniza manifestação do titular do direito, mas estabelece prazo exíguo, é óbvio que o simples bloqueio do comando que fixa o prazo, por incompatível com o princípio da ampla defesa, não é suficiente: cumpre que, atribuindo a esse mesmo princípio função integrativa, se assegure ao titular do direito prazo razoável para que se manifeste. Analiticamente, teríamos eficácia interna indireta (função bloqueadora) seguida de eficácia interna direta (função integrativa) do mesmo princípio. Pode ocorrer, porém, que o bloqueio da norma conflitante por si só resolva o problema – por exemplo, quando condicionar a manifestação do titular do direito ao depósito prévio de determinada quantia (MARIOTTI, 2008, p. 58).

Nessa toada, merece destaque a delimitação conceitual dos “sobreprincípios”, para os quais se identifica as funções típicas atribuídas aos princípios, uma vez que

exercem as funções interpretativa e bloqueadora, no entanto, não se pode dizer o mesmo em relação as funções integrativa e definitiva. Isso se dá exatamente porque atuam sobre outros princípios. Assim, não se pode conferir-lhes a função integrativa, pois esta função exige uma incidência direta, o oposto do que ocorre com os sobreprincípios, cuja atuação é indireta sobre os demais princípios. Já a função definitiva, apesar de exercer uma influência indireta, é igualmente incapaz de refletir o conceito, posto que os sobreprincípios não visam especificar o conteúdo dos princípios sob sua cobertura, antes pelo contrário, procuram amplificar o seu alcance. Deste modo, apesar de não exercerem nenhuma das funções aduzidas acima, cumpre-lhes uma outra função, reconhecida por “rearticuladora”, pois permitem a interação de vários elementos que compõem o Estado ideal de coisas a ser atingido (ÁVILA, 2015b, p. 124).

Passa-se a análise da eficácia externa.

Aduz Mariotti,

Na perspectiva externa, o foco se desloca da incidência dos princípios sobre outras normas jurídicas para a incidência dos princípios sobre a compreensão da matéria fática – isto é, dos fatos e da sua comprovação. Nada há de estranhar nas afirmações de que os fatos também são objeto de interpretação e que esta interpretação se faz à luz das normas jurídica pertinente. Aliás, essa interpretação só em teoria pode ser separada da interpretação da norma: na verdade, “se interpreta o fato de acordo com a norma e a norma de acordo com o fato, simultaneamente” (MARIOTTI, 2015, p. 59).

Então, pode-se determinar a distinção de dois tipos de eficácias no âmbito eficaz externo, segundo a classificação adotada, uma, identificada com o aspecto externo objetivo, e a outra, sob um aspecto externo subjetivo. A eficácia externa objetiva é subdividida em duas, uma eficácia valorativa ou argumentativa e uma eficácia seletiva, que revela a ideia de selecionar os fatos considerados relevantes para o desenlace do conflito. Para isto, será necessário que o aplicador realize uma operação, devendo, à luz dos valores constitucionais incidentes ao caso, selecionar os fatos cernes da questão controvertida, os quais merecerão o abrigo das normas principiológicas. Isto se justifica, pois não é permitida a avaliação de fatos pré-existentes, considerando que necessitam da avaliação do intérprete, que os concebe a partir do ideal informado pelo princípio. Esta valoração realizada após a aferição dos fatos é conhecida por eficácia valorativa ou argumentativa. De outra forma, a eficácia externa subjetiva atuará como uma defesa, como se direito subjetivo fosse, agindo para proteger o indivíduo de uma intromissão indevida na sua esfera

individual, e também, a fim de exigir medidas do Estado (ÁVILA, 2015b, Pp. 125-126; 128).

A respeito, conclui Mariotti,

Partindo desta possibilidade do devido processo legal funcionar como direito subjetivo, não é difícil vislumbrar a possibilidade de que ele possa funcionar igualmente como regra. Com efeito, seu conteúdo descritivo é suficiente para fundamentar a invalidação de um qualquer ato que interfira com a liberdade ou o patrimônio sem fundamento legal – mediante, por exemplo, a observância de um processo baseado em uma norma regulamentar *praeter legem*. Afinal, determinar concretamente se um determinado processo é devido pode exigir uma complexa “avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida necessária à sua promoção”, mas definir, nas mesmas circunstâncias, se um determinado processo é legal exige apenas a constatação de seu amparo – ou não – em lei (MARIOTTI, 2008, p. 60).

Feita uma meditação acerca da passagem anterior, parece que, como tentou-se evidenciar, o devido processo legal poderá atuar como regra, ou como princípio. Neste sentido, conforme advoga Humberto Ávila (2015b, p. 92): “[...] propõe-se uma classificação que alberga alternativas inclusivas, no sentido de que os dispositivos podem gerar, simultaneamente, mais de uma espécie normativa”. É o que Ávila denomina como “dissociação em alternativas inclusivas”. Isso porque, ao contrário de defender “alternativas exclusivas”, em que a escolha de uma espécie normativa imediatamente exclui a outra, de sua proposta pode-se retirar a possibilidade de experimentação de uma dimensão imediatamente comportamental (regra), finalista (princípio) e/ou metódica (postulado) (*Ibidem*, p. 92).

Corroborando com o que se acabou de dizer, mais uma vez Mariotti,

Nessa linha de raciocínio se insere a já mencionada possibilidade normativa de utilizar o devido processo legal como sobreprincípio – possibilidade esta que assume especial interesse no âmbito do direito brasileiro, que, possuindo uma Constituição analítica como a vigente, recheada de garantias processuais explícitas, e leis processuais detalhistas, com pretensão de abrangência, se coloca em condição diametralmente oposta ao direito norte-americano, onde as formulações vagas de sua Constituição sintética vão desafiar definição casuística, observada a regra precedente. Se lá a pesquisa dos precedentes sobre o *due process of law* basta à sua compreensão, aqui a compreensão do devido processo legal passa também pela sua relação com os subprincípios de hierarquia constitucional, notadamente o contraditório e a ampla defesa (MARIOTTI, 2008, Pp. 60-61).

Expostas as considerações acerca do princípio do devido processo legal, pode-se afirmar o que antes seria prematuro dizer, ou seja, que o devido processo legal também é um sobreprincípio, assim como defendido por Ávila (2015b, p. 124): “[...] o sobreprincípio do devido processo legal permite o relacionamento entre os subprincípios da ampla defesa e do contraditório”. Desta forma, deve ser

considerada a sua incidência (CF, art. 5º, LIV) sobre aqueles dois princípios (CF, art. 5º, LV), autorizando, em razão de sua natureza, compreender sua influência sobre outros princípios relevantíssimos ao processo civil, como o princípio do juiz natural (CF, art. 5º, inc. XXXVII), o do juiz competente (CF, art. 5º, inc. LIII), o acesso à justiça (CF, art. 5º, inc. XXXV), acerca da fundamentação de todas as decisões judiciais (CF, art. 93, inc. IX) (BRASIL, 1988, online), entre outros, o que permite ao intérprete retirar um novo sentido dos princípios²² que se encontram sob seu espectro de incidência.

2.1 A noção inter-relacional do devido processo legal e do acesso à justiça: um novo sentido

Pelo que foi visto, parece que ficou mais clara a relação entre o acesso à justiça e o devido processo legal, porque sem a prestação da jurisdição, ou melhor, da inafastabilidade da jurisdição e da necessária motivação das decisões, não é possível identificar-se o controle das decisões judiciais, nem tampouco a existência de um processo justo. Assim acontece, pois uma decisão sem motivação é incapaz de legitimar o exercício de poder pelo Estado Democrático de Direito, o que, não de outro modo, afetará frontalmente à democracia processual (MITIDIERO, 2005, p. 62).

Desta forma, quando se diz que o acesso à justiça deverá observar consectários constitucionais²³ do devido processo legal, o sentido que lhe era dado

²² Nesta linha: “Em face de tudo o quanto foi exposto, os princípios da isonomia, contraditório, ampla defesa, previsão do juiz natural, inafastabilidade da jurisdição, publicidade dos atos processuais, a motivação das decisões judiciais, duplo grau de jurisdição, proibição do uso da prova ilícita e a duração razoável do processo figuram como as projeções mais importantes do devido processo legal em sentido formal, como garantias processuais que, na condição de subprincípios, densificam/concretizam o macroprincípio do *procedural due process of law*, assegurando aos cidadãos o livre acesso ao Poder judiciário, a fim de proteger seus direitos, mediante julgamento público, fundamentado e imparcial de órgão competente, passível de reforma por órgãos jurisdicionais superiores, lastreado em provas ilícitas, dentro de um lapso de tempo razoável” (FREIRE, 2008, p. 81); e, ainda, Nelson Nery: “Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorrem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa. É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios e regras constitucionais são espécies” (NERY JR., 2010, p. 79).

²³ Além destes, Ticiano Alves e Silva defende que outros também sejam assegurados, como aqueles previstos em convenções internacionais, os quais reconhece como “direitos humanos processuais” (SILVA, 2016, Pp. 55-78).

será agora modificado, uma vez que o acesso à justiça não significará apenas o direito de petição, como antes defendido por corrente doutrinária de viés minimalista e liberal²⁴, ao contrário, passará a abarcar também a necessidade de observância dos princípios assecuratórios anteriormente citados. Então, com relação ao liame que se pretende assentar entre o devido processo legal e o acesso à justiça, permite-se dizer que o primeiro (por seus caracteres) além de ser essencial para o segundo, é meio para averiguar se a atuação do Estado-juiz se encontra em conformidade com a nova leitura dos preceitos constitucionais-processuais.

Os argumentos de Isabela Medeiros²⁵ justificam esse entendimento,

A importância do acesso à justiça, nos termos anteriormente anotados, leva à conclusão de que qualquer compreensão restritiva de seu conceito tende por desconsiderar seu relevante papel em relação à efetividade dos demais direitos fundamentais. Destarte, pode-se afirmar que a ideia de acesso à justiça vinculada estritamente ao Judiciário é limitada e, sobretudo, obsoleta, merecendo ser suplantada. Deve ceder, portanto, lugar a uma conotação mais ampla, que ocupa um lugar de destaque no Estado contemporâneo, extrapola os limites judiciais e toma a cena de outras esferas. [...] Desta forma, muito embora deva se considerar a importância dos instrumentos processuais de acesso à justiça, não parece adequado restringir este instrumental ao Judiciário, uma vez que, conforme já salientado, a ideia de acesso à justiça aparelha-se com a efetivação dos direitos fundamentais, não havendo como restringir tal acesso a questões processuais (MEDEIROS, 2013, Pp. 15-16).

Por esta e outras razões, o acesso à justiça é tema dos mais relevantes dentro do debate jurídico contemporâneo. Considerando sua repercussão dentro do processo civil como meio para dirimir conflitos, percebe-se sua relevância política e social para a democracia e para o Estado democrático de direito. Tal conclusão também é compartilhada por Mauro Capelletti e Bryant Garth, que o qualificam como “requisito fundamental”, o mais importante entre os direitos humanos, posto que instrumento para garantia de todos os demais (GARTH; CAPPELLETTI, 1988, p. 12).

Por meio desta afirmação é possível vislumbrar-se inicialmente que a espera do provimento jurisdicional não se mostra suficiente para compreender de forma abrangente o acesso à justiça. Contudo, apesar de realizada uma introdução e esta explicação, é preciso esclarecer também que o acesso à justiça é um conceito de múltiplos significados.

²⁴ “O Estado constitucional, representativo ou de Direito surge como Estado liberal, assente na ideia de liberdade e, em nome dela, empenhado em limitar o poder político tanto internamente (pela sua divisão) como externamente (pela redução ao mínimo das suas funções)” (MIRANDA, 2002, p. 72).

²⁵ De forma semelhante (LAMY; RODRIGUES, 2012, p. 71); e, defendendo o sentido de atingir uma “ordem justa” (WATANABE, 1994, Pp. 87-89).

Tomado por sua natureza ontológica, o conceito de acesso à justiça sofreu uma modificação profunda, que merece ser abordada, ainda que de forma breve, tendo em vista sua indispensabilidade para elucidação dos demais conceitos tratados adiante.

Diante disso, pode-se mencionar o mérito dos estudos iniciais sobre o acesso à justiça, pelo menos os primeiros com reverberação internacional, de autoria do italiano Mauro Cappelletti, o qual teve auxílio das pesquisas empreendidas por estudiosos ingleses, entre estes pode-se destacar o autor Bryant Garth. O trabalho foi denominado “Projeto de Florença de Acesso à Justiça”, com o foco da pesquisa sobre o acesso à justiça na Itália. Os resultados foram publicados inicialmente em 1975/6.

Os autores demonstram em sua pesquisa que o acesso à justiça sofreu modificações em sua acepção, a primeira delas decorrente do progresso econômico trazido pela Revolução Industrial, especialmente no século XIX, ainda sob a concepção clássica de direito liberal, resultando à época um déficit ao acesso à justiça, disponível a poucos. Com a chegada do século XX, a partir da superação das crises sociais ocorridas no século anterior, a visão liberal foi gradativamente sufragada por uma noção mais social, no sentido de oportunizar a uma maior parte da população o acesso ao Judiciário, e mais além, o seu efetivo acesso (GARTH; CAPPELLETTI, 1988, Pp. 9-10).

Também referem em seus estudos, três ondas renovatórias que, uma após a outra, trouxeram modificações importantes à definição e as políticas de acesso à justiça. Como explicitam os autores, a primeira onda buscou ampliar o acesso à justiça para aqueles que possuíam poucas condições. A segunda onda visou proteger os direitos coletivos. A terceira onda fundou-se na necessidade de criar mecanismos outros, além daqueles designados pelo aparato estatal à resolução de conflitos, pois chegar aos Tribunais já não era o bastante para a satisfação individual dos cidadãos, diante da longa duração dos litígios (*Ibidem*, p. 67).

Como visto, as pesquisas dos autores trouxeram algumas possibilidades na tentativa de sanar os óbices ao efetivo acesso à justiça. Embora não seja uma proposta mundial, as ondas puderam ser verificadas em vários ordenamentos jurídicos, apesar da diferença de tempo em que ocorreram em cada país, em razão das suas especificidades locais. Desse modo, as respostas ou ondas são apontadas na obra de uma maneira cronológica, pois como cada resposta à celeuma anterior

trouxo também como resultado um aspecto negativo, a solução posterior passou a maximizar o quê de positivo havia na proposta passada, ao mesmo tempo em que tentou tratar o seu reflexo negativo. Sendo assim, a primeira solução foi a de ampliar a assistência judiciária por meio de advogados custeados pelo Estado, permitindo aos cidadãos que não tivessem condições de arcar com as despesas decorrentes do processo, acessar o Judiciário. No entanto, a proposta foi criticada, uma vez que o distanciamento entre advogado e cliente ainda permanecia, tendo em vista que se deixava ao alvedrio dos clientes, com residência em regiões distantes muitas vezes, buscarem o auxílio da assessoria jurídica custeada pelo Estado (FERNANDES; PEDRON, 2008, p. 106).

Em razão da dificuldade na relação entre cliente e advogado, foi elaborado projeto para estabelecer “escritórios de vizinhança”, o que facilitou o auxílio dos advogados à população que vivia distante dos centros urbanos. Havia ainda a alternativa de que os advogados remunerados propusessem demandas coletivas. Os defeitos, pode-se dizer, residiram no poder conferido ao causídico para escolher as demandas que teriam maior repercussão social, por consequência, o Estado passou a não ter interesse em financiar um projeto contra si próprio (*Ibidem*, p. 106).

Com relação à segunda onda renovatória, esta se concentrou nas demandas de “interesses difusos”. Isso porque, as causas por vezes não chegavam ao seu termo em função dos problemas processuais que prejudicavam o requisito de legitimidade das ações, obstando que as questões de fundo fossem analisadas pelos magistrados. Considerando esta situação, muitos países através de alterações legislativas flexibilizaram as questões de legitimidade, bem como passaram a disciplinar o regime de demandas coletivas. Nos Estados Unidos, cite-se como exemplo, tais ações foram e são conhecidas como *class actions* (GARTH; CAPPELLETTI, 1988, p. 51).

Na terceira onda, os autores propuseram modificações na estrutura dos órgãos jurisdicionais e, o mais relevante, a “utilização de mecanismos privados ou informais” para dirimir os problemas referentes ao acesso à justiça (*Ibidem*, p. 71).

No Brasil, com a intenção de corrigir as falhas elencadas pelos autores, recorreu-se ao instrumentalismo, bastante difundido e muito arraigado em grande parte da doutrina pátria, mormente a processual. Reconhece-se como um de seus defensores mais notórios, Cândido Rangel Dinamarco, que defende o papel do magistrado como o único agente capaz de promover as transformações necessárias

descritas no Projeto Florença. Contudo, o destaque que esta posição doutrinária confere ao magistrado para o alcance de valores metajurídicos²⁶ acaba confundindo a prestação jurisdicional com a própria realização da justiça, eliminando a racionalidade discursiva do processo e a substituindo por uma confiança na capacidade onisciente do magistrado para apreender à realidade social (PEDRON, 2016, p. 24).

Conforme defende Pedron,

Sob as balizas destes pressupostos é que podemos afirmar que a leitura “quantitativa²⁷” do “acesso à justiça” em nada contribui para uma compreensão adequada ao Estado Democrático de direito; ao contrário, mostra-se profundamente agarrada e fixa numa leitura típica do Estado Social, devendo, de pronto, ser descartada. Uma perspectiva procedimental, então, deve afirmar que o “acesso” somente pode se dar, efetivamente, se garantido a todos os partícipes do discurso processual os princípios constitucionais, ou seja, iguais liberdades subjetivas para sua ação no iter procedimental. Ao contrário do que pesam e do pensam alguns juristas tradicionais, quanto maior a oportunidade de problematização, maior é o espaço para o desenvolvimento de uma cidadania ativa (*Ibidem*, p. 26).

O acesso à justiça para ser efetivo não pode ser considerado sob um matiz “quantificado”, mas “qualificado”, por esta razão, atingir a sentença de mérito já não lhe é mais suficiente. Para tanto, requer-se o fomento à racionalidade inaugurada pelo Código de Processo Civil de 2015²⁸, o qual indica a dialogicidade para a correta edificação dos provimentos.

Geovane de Mori Peixoto ao referir-se à hermenêutica voltada ao modelo processual dialógico consigna que,

[...] fica evidenciado o porquê da necessária superação do subjetivismo, pois em um modelo dialógico deve existir o intersubjetivismo (entre sujeitos), destacando-se a presença do outro como essencial para a concretização do diálogo. Isso se torna ainda mais notório diante da percepção da necessidade de se ampliar a participação no processo de

²⁶ Além da pacificação social, que segundo o autor seria o escopo “magno da jurisdição”: “A doutrina moderna aponta outros escopos do processo, a saber: a) educação para o exercício dos próprios direitos e respeito aos direitos alheios (escopo social); b) a preservação do valor liberdade, a oferta de meios de participação nos destinos da nação e do Estado e a preservação do ordenamento jurídico e da própria autoridade deste (escopos políticos); c) atuação da vontade concreta do direito (escopo jurídico)”(GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2012, p. 32).

²⁷ Pode-se verificar a ideia de “quantidade”, tal como alude Pedro Quinaud, na seguinte passagem da produção bibliográfica de Dinamarco: “A fase instrumentalista, ora em curso, é eminentemente crítica. O processualista moderno sabe que, pelo aspecto técnico-dogmático, a sua ciência já atingiu níveis muito expressivos de desenvolvimento, mas o sistema continua falho na sua missão de produzir justiça entre os membros da sociedade. É preciso agora deslocar o ponto de vista e passar a ver o processo a partir de um ângulo externo, isto é, examiná-lo nos seus resultados práticos. Como tem sido dito, já não basta encarar o sistema do ponto de vista dos **produtores do serviço processual (juízes, advogados, promotores de justiça)**: é preciso levar em conta o modo como os seus resultados chegam **aos consumidores desse serviço**, ou seja, **à população destinatária**” (*Ibidem*, p. 52, grifo nosso).

²⁸ (BRASIL, 2015a, online).

interpretação do direito. [...] No modelo hermenêutico dialógico a primazia é do próprio ser humano. (PEIXOTO, 2012, Pp. 145-146).

Perceptível, segundo a explicação do autor, que no modelo hermenêutico dialógico o ser humano é o centro. Assim, torna-se possível repensar uma hermenêutica jurídica dialógica, de maneira reflexiva²⁹.

Inclusive, a respeito da interpretação a partir de um viés reflexivo, Alexandre Araújo Costa vai mencionar que

[...] a hermenêutica busca estabelecer um pensamento reflexivo que entenda o esforço humano de compreensão como uma tentativa de construir sentidos provisórios, dentro de contextos históricos determinados. Por tudo isso, a hermenêutica não se trata de um método, mas de um estilo. Não busca fabricar a identidade, mas compreender a diferença. Não visa à descoberta, mas à construção e não busca a objetividade, mas a contextualização. Por isso, ela não lida com o universal, mas com o contingente, e dela não resulta o necessário, mas o possível (COSTA, 2008, p. 36).

Cabe salientar que a reflexividade tratada a seguir não diz com o modelo hermenêutico, apesar de a racionalidade poder vir a afetar diretamente a interpretação e a fundamentação das decisões judiciais³⁰, ou seja, a atividade dos operadores jurídicos como um todo, juízes, promotores, advogados etc.

2.2 Gunther Teubner e o direito reflexivo

A fim de comprovar a tese de que o modelo de direito reflexivo é hoje influência não reconhecida dentro do direito processual, utilizar-se-á para este fim as ideias do jurista tedesco Gunther Teubner, que debruça sua análise sobre o direito e suas respectivas implicações no seio da sociedade, de forma a “situar as narrativas fenomenológicas sobre a legalização/deslegalização e forma/substância” por meio de uma visão sociológica (TEUBNER, 2000, p. 86).

²⁹ O ensinamento a seguir é digno de nota: “Com efeito, para que as partes em litígio, de seus respectivos pontos de vista, cheguem a um acordo – e isso acontece mais de uma vez – sobre o fato de que suas posições antagônicas formam um todo compreensivo e coerente (concessão em que se pressupõe manifestamente, de ambas as partes, que já não se recusa mais refletir sobre a relatividade de suas respectivas posições), é preciso que cada qual esteja plenamente consciente do caráter particular de suas perspectivas. Ninguém pode atualmente eximir-se da reflexividade que caracteriza o espírito moderno. (...) **Comportamento reflexivo diante da tradição chama-se interpretação**” (GADAMER, 1998, Pp. 18-19, grifo nosso).

³⁰ Veja-se em: (KOCHEM, 2016, Pp. 492-494).

Assim, o autor parte de uma análise acerca da “racionalidade do direito” sob um viés Weberiano, o que em suas palavras significa que:

[...] além de ter formulado a ideia de formalismo racional também trabalhou com a ideia de rematerialização do direito. Weber criou uma tipologia em que se incluíam tanto uma racionalidade formal como material. Buscou os determinantes sociológicos que produziam a mudança dos atributos essencialmente materiais da ação legal (eticamente determinados, eudemonísticos, utilitaristas), a atributos essencialmente formais (conceitualmente abstratos, precisamente definidos, e procedimentais). Em sua narrativa, a racionalidade formal se sustenta mediante um conjunto de regras metodológicas (silogismo, regras de interpretação legal) que garantem a uniformidade e a continuidade do sistema legal (*Ibidem*, p. 88, tradução nossa).

Todavia, Teubner amplia a noção de racionalidade do direito de Weber, baseada em conceituação abstrata e de sistematização realizada apenas por especialistas do direito – identificada por Teubner por “sistematização doutrinária”, conjugando-a com a tese do jusfilósofo alemão Jürgen Habermas, para quem os elementos da racionalidade legal são partes de um todo mais amplo do que as referidas por Weber. Para Habermas, em verdade, a racionalidade não se basta *per se*, por isto requer a complementação de outras dimensões integrantes do mesmo plano conceitual, portanto, é daí que parte para identificação das demais categorias de racionalidade: a “racionalidade sistêmica” e a “racionalidade normativa”. Relativamente à **racionalidade sistêmica**, Habermas defende se tratar de uma esfera de implicações sociais sobre o direito, ou seja, designa a capacidade da ordem legal responder aos problemas de controle da sociedade em seu conjunto. No que tange à **racionalidade normativa**, esta traz uma noção ideal de como o sistema³¹ deveria influenciar as ações humanas por intermédio de princípios sociais (*Ibidem*, p. 102, grifo nosso).

Teubner reúne outras perspectivas, mas para o que ora se propõe, relevar-se-á as noções de Habermas e de Weber, com o objetivo de delimitar conceitualmente sua ideia de direito reflexivo (que ingressa em sua teoria como um terceiro tipo de racionalidade jurídica, para além do direito racional formal e do direito racional material, estes últimos trabalhados por Weber). Então, ao adotar o posicionamento de Habermas, evidencia-se que a racionalidade do direito se define por uma

³¹ No caso, o autor refere-se ao sistema do direito, todavia, é necessário tecer mais alguma explicação. Luhmann e Habermas baseiam suas teorias na análise de estruturas sociais e processos legais, a partir disso Teubner delinea a hipótese de “covariação” (significa dizer que cada sistema cria mecanismos que o torna receptivo aos estímulos recebidos de outro sistema). Assim, a “covariação” permitiria a intersecção entre distintos subsistemas, como por exemplo o legal, o social e o político (TEUBNER, 2000, Pp. 89-90).

concepção historicamente definida das seguintes dimensões: **justificação da norma** (referente a racionalidade normativa de Habermas), **funções externas do direito** (referente a racionalidade sistêmica de Habermas) e **estrutura interna do direito** (com base na racionalidade interna de Weber) (*Ibidem*, p. 102, grifo nosso).

Acerca da justificação da norma – referente à racionalidade normativa, Teubner certifica que

A justificação do direito reflexivo não se encontra nem na perfeição da autonomia nem na regulação coletiva do comportamento. Em lugar disso, se justifica pela aconselhável coordenação recursiva de formas determinadas de cooperação social. Nesta racionalidade normativa, o direito reflexivo se assemelha aos conceitos liberais e neoliberais sobre o papel do direito. Na medida em que apoia a autonomia social, confia nos mecanismos da mão invisível. Mas o direito reflexivo não se limita somente a adaptar-se a apoiar as ordens sociais naturais. Muito pelo contrário, busca uma autonomia regulada. Busca desenhar sistemas causais que se autorregulem através de normas de organização e procedimento. O direito reflexivo, à diferença do direito formal, não aceita direitos subjetivos naturais. Em lugar disso, intenta guiar a ação do homem redefinindo e redistribuindo os direitos de propriedade (TEUBNER, 2000, Pp. 105-106, tradução nossa).

Ao que atine à dimensão apontada por Teubner como funções externas ao direito - racionalidade sistêmica, esta se traduz pelas funções sociais externas específicas. Nesse compasso, o direito tem a sua própria racionalidade sistêmica, pois se divide em âmbitos de atuação, estabelece esferas de atividade autônoma e limites para a ação de atores privados. O que vem a contribuir para distribuição de riquezas e recursos, pedra fundamental do formalismo racional Weberiano. Outrossim, cumpre com funções de legitimação, definidas pela neutralidade e a autonomia do direito, fundamentos de legitimidade da autoridade nos modernos sistemas políticos capitalistas. Deste modo, conforme destacado pelo autor, essa racionalidade exercerá uma função de estruturação (ou seja, criar estruturas novas) e reestruturação (isto é, adequar as estruturas que já existem) dos sistemas sociais semi-autônomos, com o que, o teor de sua função social se faria expresso no processo de integração na sociedade, sob uma forma “descentralizada”. O direito reflexivo modelaria tanto os procedimentos de discurso interno como seus métodos de coordenação com outros sistemas sociais. Assim, a função é de facilitar processos integradores, dentro de uma sociedade que o autor concebe como funcionalmente diferenciada (como Luhmann). O destaque aqui, é para o fato de que não seria uma integração “autoritária”, mediante preceitos materiais fechados, mas através de procedimentos. Transparece, aqui (embora o autor não refira neste

momento), o pleito por uma “integração mais democrática” da sociedade. (*Ibidem*, p. 106).

E é exatamente neste ponto que reside a conexão com a dimensão interna da racionalidade reflexiva (abstráida da noção anteriormente identificada por Weber): as normas procedimentais que regulam processos é a sua marca, ao invés de princípios substanciais ou normas formais e precisas. Ademais, a racionalidade interna do direito reflexivo fundamenta-se na confiança em procedimentais que moldem processos, em normas procedimentais que regulem processos e na organização e distribuição de direitos e responsabilidades. Assim, o controle da ação é indireto e abstrato, porque o ordenamento somente prevê as premissas e a organização da ação futura (*Ibidem*, Pp. 106-107).

Depois de feito um caminho por elementos da racionalidade reflexiva, pode-se aduzir, conforme ensinamento de Teubner, que o direito reflexivo realiza uma comunicação entre elementos externos e internos, de forma a estruturar e reestruturar sistemas semiautônomos. Entretanto, essa relação não implica que o direito reflexivo se travista de autoritarismo e prescreva formas e situações sociais. É exatamente o oposto, traz premissas para que a racionalidade reflexiva se integre à sociedade. Assim, criar-se-iam premissas estruturais para uma integração descentralizada da sociedade na medida em que promove mecanismos integradores no interior de subsistemas sociais autônomos.

Recorde-se que o direito reflexivo não está caracterizado por um conjunto de normas hermético, tampouco por fins sociais específicos. Está para além disso, pois o direito reflexivo confia no procedimento, na organização e na distribuição de responsabilidades. E ainda, tem o intuito de alcançar um instrumento ou meio que iguale o poder de negociação, para que os negócios se submetam a mecanismos de responsabilidade pública, no intuito de que as negociações atentem a fatores extrínsecos. Por isto, qualquer negociação que respeite estas balizas estará de acordo com o direito reflexivo. Porque a racionalidade interna do direito reflexivo almeja que as convenções respeitem os procedimentos, sem com isso deixar de atender às distribuições dos encargos realizadas pelas partes, ao contrário do que acontece com o direito formal, que compreende as distribuições como dadas³², nem

³² “Un sistema de derecho racional formal crea y aplica un conjunto de normas universales” (*Ibidem*, p. 84). Portanto, ao direito formal desinteressaria condições específicas ou particulares.

pretende, como ocorre com a racionalidade material³³, impor resultados desejáveis aos acordos (*Ibidem*, p. 107).

Apenas para encerrar, como já referiu Teubner:

[...] o direito deve atuar ao nível do subsistema específico para instaurar, corrigir e redefinir mecanismos autorregulatórios democráticos. O papel do direito é dizer sobre decisões, regular regulações e estabelecer premissas estruturais para decisões futuras quanto à organização, procedimento e competências. Os resultados específicos em outros subsistemas sociais estarão influenciados pelo papel do direito à hora de estabelecer os parâmetros do procedimento de decisão, mas não serão mandamentos legais, porque o direito não determinará taxativamente essas decisões (TEUBNER, 2000, p. 135, tradução nossa).

Agora é possível defender que a conciliação entre as dimensões anteriormente referidas (**justificação da norma, funções externas do direito, estrutura interna do direito**) permite mais bem compreender o funcionamento da racionalidade do direito reflexivo.

Diante do exposto, tem-se como decorrência da racionalidade interna do direito reflexivo a previsão do art. 190 do Código de Processo Civil³⁴, que prevê a possibilidade de negociações processuais acerca de regras de procedimento, faculdades, ônus e deveres processuais.

Assim, antes de adentrarmos no exame mais detido sobre as convenções processuais – uma das hipóteses permissivas previstas no artigo 190 do CPC/2015, realizar-se-á um breve apanhado histórico, acompanhado pela identificação do debate ideológico que circunda o conceito, em seguida, analisar-se-á os seus pressupostos lógico-conceituais primários³⁵, e por fim, examinar-se-á os ditames legislativos que o justificam, previstos explícita ou implicitamente em legislação infraconstitucional.

³³ A questão mereceria mais algumas linhas, mas nesta oportunidade vamos nos privar da análise. No entanto, para que fique algum registro, colacionamos outro relevante ensinamento de Teubner: “Los estudiosos europeos han llamado a esta tendencia a apartarse del formalismo “rematerialización” del derecho. La ven tanto como una parte inherente del programa del Estado social intervencionista como un desarrollo que conduce a la disolución de la racionalidad formal. Algunos ven en la nueva ‘rematerialización’ del derecho una amenaza a valores sociales importantes (Voigt, 1980). Esta tendencia puede también amenazar al individuo al debilitar la protección que el derecho formal (al menos en teoría) proporciona frente a la acción arbitraria del Estado y, al mismo tiempo, levantar las barreras que se le habían puesto a la intervención burocrática en áreas de la interacción humana que hasta este momento se encontraban localizadas en manos de la esfera privada (familia, vecindad, escuela)” (*Ibidem*, p. 85).

³⁴ (BRASIL, 2015a, online).

³⁵ Considerando as discussões e a variedade de conceitos incidentes sobre a disposição do art. 190, vamos nos deter aqui aos conceitos que fazem referência ao âmbito de existência das negociações processuais. Em interessante enfoque: (ATAÍDE JR., 2015, Pp. 393-423).

3 Convenções processuais: um antelóquio histórico, e a averiguação do debate jurídico que as circunda

Com interesse de que não se incorra em divagação histórica, ou mesmo que se fuja do objeto cindido no presente trabalho, realizar-se-á análise das correntes que prevalecem no debate acerca da autonomia no direito processual, pois como toda análise situa-se em tempo e lugar determinados, as questões históricas alusivas ao instituto serão de alguma forma enfrentadas.

O surgimento, ou melhor, o primeiro momento em que a cultura jurídica teve notícias a respeito do que seria o embrião das convenções processuais, foi em Roma³⁶.

O que conhecemos hoje como *litiscontestatio*³⁷, em maior ou menor grau sofreu modificações com o desenvolvimento do direito romano (com uma ritualística centrada na oralidade, até o momento em que a oralidade foi substituída pelos documentos escritos, especialmente, a partir do marco da Lei das Doze Tábuas), constituía-se, em síntese, em um contrato realizado entre as partes adversárias que admitiam submeter-se a uma sentença exarada por terceiro (normalmente um jurisconsulto, homem de grande saber jurídico que para a investidura não ganhava nenhum rendimento e, algumas vezes, provinha da plebe).

Ressalte-se, contudo, que não se esgotará a perspectiva histórica acerca do tema. Na verdade, isto sequer é objetivo deste trabalho. Conquanto, em razão da relevância que a autonomia da vontade ou autorregramento tomou nas discussões no âmbito processual, deverá ser pesquisada de maneira mais ampla, até porque, como foi demonstrado por intermédio do direito reflexivo, anterior à realização de atos pertencentes ao ramo de direito público ou privado, incide determinada racionalidade sob certa medida. Portanto, é essencial pesquisar suas condicionantes.

³⁶ (CADIET, 2012, p. 04).

³⁷ Era composta de duas fases. A primeira consistia no acordo das partes em se submeterem a mesma autoridade, ou seja, as partes admitiam à decisão de um terceiro e realizavam um “enquadramento” das pretensões deduzidas. Ficou conhecida como fase das *legis actiones*. Na segunda fase, ainda que não se distinguisse o direito material do processual, era possível perceber a realização de “atos processuais”, momento em que o jurisconsulto exarava sua decisão, portanto, verificando-se a abertura para adoção de negociação processual. Os estudiosos referem-se a ela como fase *apud iudicem* (CABRAL, 2016, Pp. 31-33).

Um modelo processual ante concepção privatista pode ser traduzido a partir da experiência do modelo adversarial de processo, que conforme Didier Jr. (2014, p. 84) “se caracteriza por uma disputa em que o magistrado é coadjuvante, e às partes ficam responsáveis pelo desenvolvimento da atividade jurisdicional”.

Nesse modelo, o procedimento é entendido como sendo algo ou “coisa” pertencente às partes. Às partes incumbem todas as questões referentes à demanda, não lhe cabendo a sentença ou decisão, encargo-poder do juiz. Além disso, o princípio dispositivo cumpre uma função mais formal neste tipo ideal processual, o qual faculta exclusivamente às partes o poder para provocar a jurisdição, e uma outra função, em sentido mais substancial, que subordina o magistrado ao que for acordado pelas partes acerca do desenvolvimento processual (BARREIROS, 2017, p. 97).

De acordo com Diogo Assumpção Rezende Almeida,

O ideal liberal, presente não só no código napoleônico, como também nas legislações processuais italianas e alemãs do século XIX, funda-se, precipuamente no princípio dispositivo, sufocando qualquer iniciativa do juiz, que não é agraciado com nenhuma espécie de poder de impulso procedimental ou, muito menos, instrutório. Não é, destarte, o magistrado quem controla o tempo do processo. Essa função é restrita às partes (ALMEIDA, 2015, p. 65).

A tendência de modelo processual privatístico vigorou até o século XIX, pois antes de adquirir autonomia científica o processo civil era considerado adjetivo³⁸ do direito privado³⁹. Esta fase é intitulada como pré-científica, marcada pela ideologia liberal, ou seja, tendo o fomento e supremacia das liberdades individuais frente a outros direitos, quando era permitido ao indivíduo o pleno exercício de sua autonomia na seara processual (BARREIROS, 2017, Pp. 97-98).

Com o progressivo esvaimento do Estado Liberal, e a partir da segunda metade do século XIX, segundo Igor Raatz:

[...] o incremento dos poderes do juiz se deu a partir de dois vetores em certa medida conexos: a publicização do processo – consequência direta do agigantamento do papel do Estado – e a socialização do processo – o qual

³⁸ Para o processualista Alcides de Mendonça Lima: “Deixou o processo de ser ‘adjetivo’, como que ligado pelo cordão umbilical ao direito subjetivo das partes. É tão ramo autônomo na árvore jurídica como qualquer dos outros. Suas formas, suas praxes, seu procedimento se acham subordinados a preceitos, a doutrinas, a teses que lhe darão vida e substância, independentemente do ‘direito subjetivo’ debatido na causa, quer seja, ou não reconhecido na sentença final” (LIMA, 1977, p. 291).

³⁹ Quanto à independência conceitual de ambas as esferas jurídicas, alega Lima que: “Racionalmente, o Direito Processual Civil é tão substantivo como o Direito Civil, pois ambos vivem por si sós, independente um do outro, embora interligados, mas sem subordinação recíproca. Os alemães substituíram o termo ‘substantivo’ por ‘material’ criando a expressão “direito material” para os antigos ramos de ‘direito substantivo” (Ibidem, p. 292).

não ficava de fora, portanto, das preocupações com o problema da justiça social. Começam a se desenvolver, então, propostas de fortalecimento do papel do juiz. As raízes dessa forma de pensar o processo e o direito assentaram-se no chamado socialismo jurídico, notadamente na obra Anton Menger. Além de Menger, pode-se mencionar os seguintes autores como formadores das raízes da superação do privatismo processual: Franz Klein, Giuseppe Chiovenda, Oskar Bülow⁴⁰ (RAATZ, 2017, Pp. 77-78).

Desse modo, a partir da influência da ideologia do Estado Social, ao magistrado foram atribuídos maiores poderes sobre o desenvolvimento do processo, inclusive, tendo ganhado maior iniciativa probatória. Como não poderia deixar de ser, com o aumento dos poderes do juiz foi diminuindo o das partes, sendo destes retirado, paulatinamente, o poder para exercitarem sua autonomia no processo (BARREIROS, 2017, Pp. 97-98).

Aqui, demonstra-se um novo modelo processual sob uma perspectiva inquisitorial. Conforme notícia Didier Jr. (2014, p. 85): “O modelo inquisitorial (não adversarial) organiza-se como uma pesquisa oficial, sendo o órgão jurisdicional o grande protagonista do processo”.

Antonio Passo Cabral acerca do publicismo, objeto de sua tese de livre docência, irá dizer:

O publicismo levou à construção dos escopos ou objetivos da jurisdição e do processo com foco nos interesses estatais, especialmente naqueles de pacificação social e proteção do direito objetivo. Nesta linha, no Brasil, foi imensa a influência do estudo Cândido Dinamarco⁴¹⁴² sobre instrumentalidade do processo, onde defendeu a ideia, já professada no estrangeiro, de que a função jurisdicional possui finalidades públicas maiores e que precedem a mera tutela dos direitos na hierarquia de

⁴⁰ “Daí que toda a teoria de Bülow é pensada como uma forma de aumentar o poder dos juizes, os quais tinham sido deixados de lados pelas posturas teóricas caudatárias da escola histórica. Tal intento já estava presente em 1868, quando Bülow defendia que o juiz não deveria tomar uma atitude passiva frente aos pressupostos processuais (...). Dessa forma, a validade da relação processual seria uma questão que não poderia ficar à disposição das partes, pois não se trataria de um ajuste privado entre litigantes sob o influxo de interesses individuais, mas, sim, de um ato realizado com a ativa participação do tribunal e sob autoridade do estado (...)” (RAATZ, 2017, p. 8).

⁴¹“Na realidade, são três ordens os escopos visados pelo Estado, no exercício dela (jurisdição): A pacificação é o escopo magno da jurisdição (...). É um escopo social, uma vez que relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e felicidade pessoal de cada um: a doutrina moderna aponta outros escopos do processo a saber: a) a educação para o exercício dos próprios direitos e respeito aos direitos alheios (escopo social); b) a preservação do valor liberdade, a oferta de meios de participação nos destinos da nação e do Estado e a preservação do ordenamento jurídico e da própria autoridade deste (escopos políticos; c) a atuação da vontade concreta do direito (escopo jurídico)”(...). E assim, através do exercício da função jurisdicional, o que busca o Estado é fazer com que se atinjam, em cada caso concreto, os objetivos das normas de direito substancial. Em outras palavras, o escopo jurídico da jurisdição é a atuação (cumprimento, realização) das normas de direitos substancial (direito objetivo)”(GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2012, Pp. 32; 157).

⁴² Diogo Assumpção R. Almeida não somente reconhece a importância dos escopos elencados, como acrescenta o escopo da prestação jurisdicional ao titular do direito material, elemento que seria primordial para a finalidade da jurisdição (ALMEIDA, 2015, p. 91).

importância desses objetivos⁴³: escopos sociais e políticos (CABRAL, 2016, Pp.106-107).

Portanto, a partir dessa primazia do público, a autonomia da vontade foi desmerecida em prol da vontade do direito objetivo. Isso porque, a “vontade da lei” era o fundamento do direito processual, sendo sua fonte exclusiva, permitindo ao magistrado realizar atos processuais, inclusive de ofício⁴⁴, ainda que implicassem em prejuízo às partes, isolando-o dos demais sujeitos processuais (*Ibidem*, p. 110).

Com a tentativa de exaurimento da autonomia no processo, foi restringido o âmbito de atuação das partes à esfera de assentimento ou não da realização de atos processuais, por isso, sendo-lhes negada a escolha de categorias jurídicas. Ademais, diante da desigualdade de posição entre as partes e o magistrado, suas vontades já não mais podiam vinculá-lo (BARREIROS, 2017, Pp. 99-100).

No entanto, de acordo com Barreiros,

Uma guinada no exame do tema, porém, veio à medida que se constatou o fracasso da pretensão estatal de monopolizar a produção das normas jurídicas, sobretudo ante a crescente complexidade assumida pelas relações sociais. O descompasso entre a realidade social e produção legislativa do Estado rendeu ensejo ao desenvolvimento da atividade negocial. Outro fator que também contribuiu para o resgate de ideias concernente à valorização do papel das partes no processo e a redução do papel judicial foi o desencantamento decorrente do funcionamento insatisfatório da máquina judiciária, mesmo à vista de ordenamentos jurídicos que tenham enfatizado o aspecto publicístico do processo. Acresça-se, ainda, a importação de institutos da tradição anglo-saxônica (tributária, em grande medida, do modelo adversarial de processo) como fator que colaborou para essa valorização (*Ibidem*, p. 102).

Esta inflexão se deve, sobretudo, à inadequação das formalidades do procedimento estatal às necessidades vivenciadas no dia-a-dia, porque as modalidades de tutela jurisdicional não respondiam às mudanças de uma sociedade cada vez mais complexa e que clamava e clama por uma maior adaptabilidade. O procedimento ordinarizado, como o conhecemos, mostra-se rígido e inflexível, não atendendo aos anseios das partes litigantes. A mudança deve-se também à impossibilidade de adoção de mecanismos já previstos na legislação para a solução

⁴³ “Inclusive, os demais escopos, entendemos que o processo deve ser orientado para a tutela dos direitos, e deve ser adequado para desempenhar este escopo nos interesses dos litigantes, que exercitam seus direitos perante o Judiciário. Assim, deve-se fundar o escopo do processo de proteção dos direitos individuais nos próprios direitos subjetivos, e não em algo como a ‘aplicação da lei’” (CABRAL, 2016, p. 109).

⁴⁴ “Pois bem, a vitória do publicismo, que também pode ser constatada no Brasil, parece-nos ter sido levada ao limite do exagero. Hoje podemos visualizar os desvios dessa compreensão, que denominamos de hiperpublicismo, especialmente sobre os acordos processuais” (CABRAL, 2016, Pp. 113-114).

de controvérsias, como a arbitragem por exemplo, para inúmeros tipos de litígios, por não serem cabíveis ao caso discutido, em virtude de imposição de lei, ou por inviabilidade econômica das partes.

Nessa senda, tendo sido experimentados os dois modelos, necessário é encontrar um ponto de equilíbrio, de modo a equacionar os defeitos do privatismo e maximizar as conquistas do publicismo - alusivas à construção da autonomia científica da disciplina processual. Quer-se dizer com isto que é preciso conciliar a defesa do autorregramento da vontade⁴⁵ sem necessariamente retroceder-se a um modelo adversarial, mas também sem resvalar em dogmas como o da irrelevância da autonomia da vontade no âmbito do processo civil, tese aliás patrocinada pela corrente publicista (CABRAL, 2016, p. 36).

De acordo com esse posicionamento, refere Almeida,

Partindo dessa premissa, acredito que há espaço na jurisdição do terceiro milênio para uma maior autonomia das partes no processo, deferindo-lhes liberdade para o exercício de direitos e a celebração de convenções que respeitem aspectos processuais e procedimentais, sem que lhe seja imposta a subserviência ao juiz gestor, isto é, que seus atos dispositivos sejam recheados de eficácia desde o momento em que sejam praticados (ALMEIDA, 2015, p. 105).

Pode-se perceber que o autorregramento da vontade não deve mais ser entendido sob a perspectiva de um “processo privado” – cariz do modelo processual adversarial, porque hoje o processo civil recebe a influência do direito constitucional, que fomenta um espaço de liberdade, mas que também age como um limitador à negociação. A questão chave entre o publicismo, centrado na figura de destaque do juiz, e o privatismo, evidenciado no autorregramento das partes, é o diálogo, presente no direito reflexivo e no acesso à justiça qualificado. Desta forma, demonstrado que as partes necessitam exercer uma participação mais qualificada no procedimento em que participam, par e passo, foi revelado que a posição do magistrado também deve se adequar a este novo arranjo “fenomenológico” do processo. Isto não significa concluir que o magistrado deverá permanecer subjugado às partes. Ao contrário, pretende-se trazer o magistrado para dialogar com as partes, sem atribuir-lhe um papel acessório ou protagonista sobre os rumos do

⁴⁵ Muito embora Pontes de Miranda utilize em sua obra os termos “autonomia privada” e “autorregramento da vontade”, prefere citar este último, pois falar-se em autonomia privada no Direito Público poderia ser tormentoso do ponto de vista técnico. Colaciona-se: “Tôdas as vêzes que as regras jurídicas aludem a suportes fácticos, em que a vontade seja um dos elementos, admitem elas que êsses suportes fácticos se compunham ou não se componham. Dizem, também, até onde se pode querer, portanto, supõe-se que alguém queira ou não-queira. O auto-regramento, a chamada ‘autonomia da vontade’, não é mais do que isso” (PONTES DE MIRANDA, 1983, p. 54).

processo, a fim de inseri-lo no cenário do contraditório. A alteração no exercício dos papéis revela-se cabível, pois parece razoável conceder mais autonomia às partes para que façam valer suas vontades, a partir daí será possível alcançar um modelo cooperativo processual (BARREIROS, 2017, Pp. 106-107).

Examinados os pressupostos histórico e ideológico acerca do instituto das convenções processuais, passamos a análise dos seus pressupostos lógico-conceituais primários.

3.1 A teoria do fato jurídico

3.1.1 O fato jurídico

De acordo com Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, o *Tatbestand* da regra jurídica, ou seja, o fato ou fatos que foram considerados mais relevantes ao direito e que, portanto, dão azo à composição da regra jurídica e sobre os quais a regra jurídica incidirá, poderão ser de mais diversa natureza. Em realidade, as hipóteses do mundo fático que a regra jurídica pode fazer entrar no mundo jurídico tornando-as fatos jurídicos, é enorme. Assim, conforme informa o autor, a função classificadora da regra jurídica divide os fatos em irrelevantes e relevantes para o direito, elencando-os em fatos jurídicos e fatos ajurídicos. Nesse sentido, dentre as consequências que o fato jurídico pode ter, apenas alguns interessam ao direito, de modo que a eficácia jurídica é que determinará a incidência da regra ao fato jurídico. Alguns fatos são considerados jurídicos, contudo, para que tenham eficácia, muito embora imediata a sua configuração, faz-se necessário abstrair seus efeitos para após a realização da sua consequência jurídica, para poder-se defini-lo com mais acuidade. Por vezes, a entrada do fato no mundo jurídico é o que o definirá, e não sua consequência. Até porque, poderá depender de circunstâncias que o direito não considerou. Enfim, em situações como estas deve-se aguardar a comprovação de que o fato ocorreu. Todavia, em situações como aquelas em que as regras jurídicas levam em consideração certas qualidades específicas, faz-se necessário uma abstração dos indivíduos. Diante disto, a regra incidirá sem atentar para os

interesses envolvidos, como também, para a motivação da realização daquele ato (PONTES DE MIRANDA, 1984, Pp. 19-21).

Para Pontes de Miranda, ainda há regras que podem ser positivas e negativas. Isso porque, algumas regras jurídicas definem que o seu suporte fático é o não acontecer, a omissão, o silêncio. O não acontecer suporia previsibilidade acerca da não possibilidade. Diante disto, não haveria aí uma diferença entre a relação causal do mundo físico e a do mundo jurídico, porque insere-se um significado ao que não ocorreu. Assim, muitos acontecimentos e estados jurídicos seriam tratados como positivos e negativos. Não raras vezes a lei, de acordo com o autor, leva em consideração o estado ou acontecimento positivo, ou só o negativo, e o acontecimento ou o estado negativo é irrelevante para o direito (*Ibidem*, p. 24).

Consequentemente, para que a regra jurídica incida, é mister que todo o suporte fático exista. Deste modo, se o suporte fático se demonstra insuficiente, existirá outra regra que suprirá essa insuficiência da primeira regra, completando-a, ou, ao contrário, não haverá possibilidade de a regra produzir seus efeitos. Para tanto, a comprovação da suficiência do suporte fático é relevantíssima. Por isso, primeiramente deve-se provar o acontecimento ou o estado, a sua ação ou omissão, conforme o suporte fático referido na regra. Após, analisa-se o suporte fático da regra, para verificar se a incidência ocorreu ou não (*Ibidem*, p. 26).

Nesse sentido, Pontes de Miranda menciona que

A probabilidade dos fatos, positivos ou negativos, pode ser suporte de regras jurídicas. Sempre que a regra jurídica se satisfaz com o risco, o perigo, ou a ameaça, faz suficiente suporte fático seu a probabilidade. O mesmo fato ou complexo de fatos pode ser suporte fático de mais de uma regra jurídica. Então, as regras jurídicas incidem e fazem-no fato jurídico de cada uma delas, com a sua respectiva irradiação de eficácia; no mundo jurídico, êle é múltiplo; entrou; ou reentrou por várias aberturas, levado por diferentes regras jurídicas, sem deixar de ser, fora dêsse mundo, 'ou nêle mesmo, inicialmente, um só. Nada impede que o mesmo fato seja suporte fático de regras de direito civil, de direito penal, de direito processual, de direito constitucional ou de direitos das gentes; às vezes, é suporte fático de regras de sistemas jurídicos de diferentes Estados. Se, no mesmo Estado, o mesmo fato é suporte fático de duas ou mais regras jurídicas, cada uma incide; e do fato jurídico produzido irradiam-se os efeitos respectivos, salvo se outro elemento do suporte fático faz só uma ter de incidir. Elementos diferentes podem juntar-se de modo que haja elementos comuns, que façam jurídico certo fato (suporte fático mínimo comum), e elementos que, junto àqueles, determinem o suporte fático de outras regras. Em Estados diferentes, passa-se o mesmo (*Ibidem*, p. 27).

Pode-se dizer então que a regra jurídica define o seu suporte fático de forma indubitável, sem que possa sobrepairar dúvidas a seu respeito, ou nos casos de

alteração, para que seus elementos cernes não possam ser alterados, pois aí outra regra incidirá. Assim, o suporte fático exterioriza-se como uma soma do que é essencial para a eficácia da regra. Não obstante, se a regra diferenciar os elementos que compõem o seu suporte fático ter-se-á aí duas ou mais regras. Do contrário, insuficiente ou não decorrente o suporte fático, isto pode significar a sua inexistência, bem como uma anulação (em relação à sua validade), ou uma quebra de sua consequência jurídica (eficácia jurídica). Pois, “dos elementos que compõem o suporte fático um é o cerne; dêle depende a data dos direitos, a êle é que se liga a regra de direito intertemporal” (*Ibidem*, p. 33).

Ademais, o autor refere que quando a regra jurídica autorizar que as partes se regulem por sua própria vontade, permitindo impor condutas ou proibi-las, ter-se-á uma regra dispositiva, supletiva ou interpretativa. Cabe ainda referir, que para o autor em voga a cogência, a dispositividade, a supletividade (*lato sensu*) e a interpretatividade exaurem a técnica de distribuição do direito (*Ibidem*, p. 58).

Conforme Pontes de Miranda, dispositiva é a regra que incide apenas se os interessados não regrarem os seus interesses em relação ao suporte fático. Assim, evita-se o vazio, a ausência de previsão de regras. Ademais, a regra interpretativa é a regra jurídica que somente incide se o sentido daquilo que fora pactuado se tornasse duvidoso. Neste ponto, é evitada a vacilação no entendimento do que se tenha feito por força da vontade. Diante disso, há regras jurídicas que os interessados podem preencher com o que quisessem, ou regras dispositivas em que o direito reconheceria a necessidade de preenchimento pela vontade, ou por uma outra regra jurídica, como no caso das regras jurídicas interpretativas (porque o direito crê imprescindível dirimir quaisquer dúvidas sobre a existência da vontade), e ainda quando não há regras jurídicas (porque o direito supõe que pode haver, porém, não é necessário que haja vontade nem que se evitem dúvidas) (*Ibidem*, p. 59).

As regras jurídicas também podem ser integrativas ou remissivas. Como se pode perceber, as regras integrativas são consideradas como aquelas que se integram a outras regras a fim de especificar sua definição. No tocante às regras remissivas, estas fazem uma alusão a outras regras para lhes fazer conteúdo (podendo reduzi-lo, ampliá-lo, modificá-lo, ou utilizá-lo para completar o seu). As regras jurídicas ainda poderão ser outorgativas ou proibitivas (*Ibidem*, p. 65).

Assim, em relação às últimas duas espécies de regras jurídicas, Pontes de Miranda assevera que

As chamadas regras jurídicas outorgativas (ou permissivas) são transposições lógicas de regras jurídicas impositivas ou proibitivas: o que o proprietário ou o titular de outro direito real pode fazer, com a coisa, é proibido a todos, menos a êle, donde poder fazê-lo e conseguir que outrem reponha, ou restitua, se infringiu a regra jurídica proibitiva; no poder alienar ou compensar, no poder arguir a indignidade para suceder, nos direitos formativos geradores, modificativos ou extintivos, e nos poderes de representar, dispor e administrar, a atribuição ressalta, tem-se impressão de que a lei parte do fato jurídico e “permite”, em vez de “impor”, ou “proibir”. Existira após duas espécies, de que falámos, terceira classe, que seria a das regras jurídicas permissivas, a tricotomia (regras jurídicas cogentes, regras jurídicas permissivas, regras jurídicas supletivas e interpretativas); porém, cientificamente, as regras jurídicas devem ser classificadas segundo a distribuição dos bens da vida e atribuir não é classe à parte: para distribuir, basta impor e proibir, ou deixar à vontade dos interessados os atos e omissões (ob singulorum utilitatem) (*Ibidem*, p. 67).

Em resumo, conforme aduz Pontes de Miranda,

Com a incidência da regra jurídica, o suporte fático, colorido por ela (=juridicizado) entra no mundo jurídico. A técnica do direito tem como um dos seus expedientes fundamentais, e o primeiro de todos êsses, que é o de distinguir, no mundo dos fatos, os fatos que não interessam ao direito e os fatos jurídicos, que formam o mundo jurídico; donde dizer-se que, com a incidência da regra jurídica sobre o suporte fático, esse entra no mundo jurídico (*Ibidem*, p. 74).

Como visto, a incidência da norma jurídica sobre o suporte fático faz surgir o fato jurídico *lato sensu*, que pode se dar sob a forma de: a) fato jurídico *stricto sensu*; b) ato-fato jurídico; c) ato jurídico *stricto sensu*; d) negócio jurídico ou e) ato ilícito.

3.1.2 Fato jurídico em sentido estrito

O fato jurídico *stricto sensu* é um fato em cuja composição desconsidera-se o elemento volitivo para análise da concreção de seu suporte fático. E, ainda que o ato humano tenha sido intencional no intuito de contribuir para a realização do seu suporte, neste caso, o elemento vontade humana é abstraído. Desse modo, Marcos Bernardes de Mello cita como exemplos de fato jurídicos *stricto sensu*, o nascimento, a morte, a condução, a produção de frutos, a aluvião e a avulsão. Além disso, como exemplo de um ato humano intencional que não desconfiguraria o fato

jurídico *stricto*, o autor menciona o suicídio. Todavia, saliente-se, o suporte fático deste fato jurídico pode estar ligado a um ato humano, como é o caso da concepção ou do nascimento. Não obstante, nenhum dos acontecimentos listados acima altera o suporte fático do fato jurídico *stricto sensu*, pois apesar da previsão de um evento humano para o seu surgimento, sua configuração não se modifica, porque nesta situação releva-se a consequência do fato, e não a sua causa. A este instituto recorre-se, desta forma, para vincular alguma consequência jurídica a um fato natural, que passaria ao largo do direito, em benefício dos indivíduos que por ele venham a ser afetados (MELLO, 2007, Pp. 131-133).

3.1.3 Ato fato-jurídico

O ato-fato jurídico é aquela espécie de fato jurídico cujo suporte fático somente pode se concretizar através de uma conduta humana. Como exemplos desta espécie de fato jurídico tem-se a caça, a pesca, a especificação, a comistão, o achado do tesouro. Sendo assim, o direito reconhece o ato humano que lhe deu causa, porque modifica permanentemente o mundo, passando, portanto, a integrar o elemento cerne do ato-fato jurídico. Entretanto, ele reconhece este ato como avolitivo, pois nesta categoria se relevam o ato e o fato que deram causa a determinada consequência, porém, acabam sendo desconsiderados para fim de verificação do seu resultado. Nesse sentido, como espécies do ato-fato jurídico têm-se os atos reais, os atos-fatos jurídicos indenizativos e atos-fatos jurídicos caducificantes (*Ibidem*, p. 134).

Dos atos reais pode-se identificar a materialidade como sendo a característica que os difere das demais espécies de ato-fato jurídico. Neste caso interessa o resultado obtido e não a vontade para alcançá-lo. Como situação em que esta categoria pode ser deduzida, cite-se o exemplo do quadro realizado por uma pessoa que sofra de enfermidade mental e a confecção de outro, por pintor renomado. Ambos os quadros serão recepcionados da mesma maneira pelo direito, pois o que interessa aqui é o seu resultado, a sua materialidade. Além do exemplo anterior, pode ser acrescentado a produção literária, científica, a caça e a pesca. Nestas situações toma-se o evento como um dado fático que modificou o mundo e, a partir

deste momento em diante, o ato que lhe propulsionou não poderá ser desconsiderado (*Ibidem*, p. 135).

Os atos-fatos jurídicos indenizativos podem ser identificados como (*Ibidem*, p. 135) “aquelas situações em que, de um ato humano não contrário a direito (=lícito) decorre prejuízo à terceiro, com dever de indenizar”. Em outras palavras, os atos-fatos jurídicos indenizativos são aquelas hipóteses em que o indivíduo, apesar de atuar em conformidade com o direito, causa prejuízo a outrem e por isso tem o dever de indenizar. São exemplos desta espécie de ato-fato o desforço imediato, previsto no art. 1201, §1 do Código Civil⁴⁶, desde que observados os limites impostos pela lei, a caça e a pesca lícitas, desde que configurado o prejuízo à terceiro (*Ibidem*, Pp. 136-137).

Os atos-fatos jurídicos caducificantes são aqueles atos que se concretizam em caso de fulminação de um determinado direito, sendo-lhes atribuída a consequência de extinção da pretensão, da ação ou da exceção decorrente deste direito. São exemplos a decadência, a preclusão, ou a prescrição - quando se tratar de ação e exceção. Estes atos-fatos estão associados a uma conduta ilícita, sempre culposa, como no caso do pai que por castigar o filho de forma desmedida perde o poder familiar, ou em razão de uma inação pelo titular de um direito, por determinado lapso temporal, sendo despicienda a verificação de sua culpa (*Ibidem*, Pp. 138-140).

3.1.4 Ato jurídico *lato sensu*

Ademais, tem-se o ato jurídico *lato sensu*, que é composto pelas espécies ato jurídico *stricto sensu* e negócio jurídico. Diante disso, pode-se definir o ato jurídico *lato sensu* como um ato cujo suporte fático tenha como elemento cerne a exteriorização de uma vontade, desde que consciente e com o fim de realizar um resultado que não contrarie a lei (*Ibidem*, p. 143).

Em relação as suas espécies, o ato jurídico *stricto sensu* e o negócio jurídico podem ser distinguidos em virtude da possibilidade de escolha de uma determinada categoria jurídica. A respeito do ato *stricto sensu* é possível dizer que a vontade é

⁴⁶ (BRASIL, 2002, online).

considerada, mas os seus efeitos são pré-estabelecidos pela lei, sem que haja a possibilidade de alteração por intenção das partes. Com o negócio jurídico ocorre exatamente o oposto, concede-se aos indivíduos a possibilidade de autorregramento de seus interesses, sendo-lhes facultada à escolha de categorias jurídicas de acordo com as suas conveniências e desde que observados determinados limites (*Ibidem*, p. 153).

Como exemplos do ato jurídico *stricto sensu* pode-se citar a fixação de domicílio e o reconhecimento de filiação. Com respeito ao negócio jurídico, seu maior exemplo é o contrato (*Ibidem*, Pp. 163; 166).

Os negócios jurídicos podem ser classificados tomando por base os mais diversos critérios, todavia, considerando-se o objetivo do presente estudo, dar-se-á atenção à classificação que considera a quantidade de elementos volitivos para a edificação da relação negocial. Assim, pode-se identificar três possíveis situações: negócios jurídicos unilaterais, constituídos por apenas uma única manifestação de vontade; negócios jurídicos bilaterais, cujo suporte fático exige duas manifestações de vontade opostas, mas que são concordes e coincidem sobre o mesmo objeto; e, por fim, negócios jurídicos plurilaterais, onde se reconhece manifestações de vontade emanadas por mais de dois polos diferentes, mas que ao mesmo tempo não são opostos e que acabam convergindo sobre o mesmo objeto (*Ibidem*, Pp. 98-99).

Ademais, os negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais dividem-se em contratos e em convenções (ou acordos). As espécies se diferenciam porque nos contratos estariam presentes interesses opostos ou divergentes; já nos acordos, os interesses seriam paralelos e convergentes sobre um mesmo fim. Como exemplos de acordos ter-se-ia a transmissão de propriedade de bem móvel e o acordo de acionistas, comprovando que existem negócios bilaterais que não são contratos (*Ibidem*, p. 204)⁴⁷.

⁴⁷ Emilio Betti não apenas acompanha esta classificação, como apresenta a possibilidade de um “negócio subjetivamente complexo”, quando várias vontades se uniriam para fazer surgir um negócio jurídico unilateral. A hipótese poderia ser identificada nos “atos colegiais em sentido *lato*”, característicos na atuação dos órgãos deliberativos de pessoas jurídicas, ou demais entes coletivos (BETTI, 2008, Pp. 436-448).

3.1.5 Atos ilícitos

A respeito desta espécie de fato jurídico, cabe trazer o que refere Mello (2007, Pp. 247-248) “Sempre que, por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência, alguém imputável viola direito ou causa prejuízo a terceiro, comete um ato ilícito *stricto sensu*, ou ato ilícito absoluto”.

Para o fim almejado com o presente trabalho, restringir-se-á à apreciação da eficácia dos atos ilícitos *stricto sensu*. Assim, tem-se atos ilícitos indenizativos, caducificantes e invalidantes. Os primeiros dizem com o dever de indenização e com a possibilidade de alguém ser responsabilizado a reparar um dano. Exemplo desta espécie pode ser encontrada no art. 927 do Código Civil⁴⁸. Em relação aos atos ilícitos caducificantes, estes acabam gerando a perda de direitos. Esta situação pode ser verificada no art. 1638 do Código Civil, que traz a hipótese de perda do poder familiar. Por fim, os atos ilícitos invalidantes, os quais geram a invalidez de um determinado ato, podem ser vistos no caso da inconstitucionalidade de leis ou de atos normativos (*Ibidem*, Pp. 250-254).

De acordo com Antonio do Passo Cabral, com quem concorda-se:

[...] a sistemática existente na teoria do direito para o estudo dos atos jurídicos em geral pode ser transposta, em grande medida, para o direito processual, já que os atos do processo são, inegavelmente espécies de ato jurídico. Não obstante, ainda que se possa partir do formato do ato jurídico em geral, deve-se atentar para as peculiaridades do ato jurídico processual, continente de características próprias que podem apartar seu tratamento da teoria geral. Não poderia ser de outra maneira, vez que o processo, ramo do direito público, certamente deve conviver com especificidades normativas: as regras do direito privado, onde há muito maior autonomia individual, podem ser diferentes daquelas aplicáveis ao direito processual, que regula também, relações entre particulares e o estado-juiz. Mas esta diferença é, repita-se apenas parcial (CABRAL, 2016, Pp. 44-45).

Antes de abordar-se a possibilidade de transposição da teoria geral à seara do processo, cumpre esclarecer que as observações dispostas a seguir serão aprofundadas com o decorrer do estudo, até porque, o tema é controvertido e há diversas posições na doutrina que merecem ser destacadas. Contudo, entende-se oportuno abordar o tema, considerando o objeto do presente estudo. Além disso, apesar da referência à introdução ao estudo, por uma obrigação científica, é necessário consignar que se filia às colocações relacionadas a seguir.

⁴⁸ (*Ibidem*, online)

3.1.6 Fato jurídico processual

De acordo com Lorena Miranda Santos Barreiros, o fato jurídico processual *lato sensu* pode ser descrito como um fato complexo, decorrente de um fenômeno natural ou de uma conduta avolitiva, incidente em um determinado procedimento, que, por sua vez, ao preencher o suporte fático previsto em norma processual, demonstra sua capacidade para produzir efeitos jurídicos em procedimento presente ou futuro (BARREIROS, 2017, Pp. 121-122).

Apesar do conceito apresentado, sua aceitação não é unânime pela doutrina. Isso porque, ele tem como pressuposto um fato ocorrido exteriormente ao processo, mas que sobre este pode incidir e produzir efeitos. Portanto, para permitir a utilização da conceituação dos fatos jurídicos processuais *stricto sensu* tem-se de afastar o critério intraprocessual (que admite somente a produção de efeitos cujos fatos sejam interiores ao processo), para que sua existência então possa ser justificada (*Ibidem*, p. 122).

Assim, ter-se-ia a morte como exemplo de um fato jurídico *stricto sensu*. Neste sentido, o evento morte pode produzir efeitos em um processo em curso, como no caso do falecimento de uma das partes ou de seu procurador, o que origina um fato jurídico processual do qual decorrem situações jurídicas, como a suspensão do processo, conforme o art. 313 do CPC/2015⁴⁹ (DIDIER JR.; NOGUEIRA, 2013, p. 41).

3.1.6.1 Ato-fato processual

Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira definem os atos-fatos processuais como fatos jurídicos veiculados por uma ação humana, contudo, isso não quer dizer que a vontade passará a ser considerada, muito pelo contrário, a vontade passa a ser prescindida, por este motivo é comum que sejam reconhecidos

⁴⁹ (*Ibidem*, online).

como fatos apenas, pois a ordem jurídica realiza uma abstração da vontade humana em casos como estes (*Ibidem*, p. 45).

Após a verificação da conceituação retro, como tipo de ato-fato processual poder-se-ia mencionar a revelia processual, que independe da avaliação da omissão perpetrada pelo demandado, ou seja, para sua configuração é desnecessário observar se o fato ocorreu ou não de forma deliberada. Deste modo, após verificada a revelia pelo ordenamento, este lhe atribui efeitos, como o caso da presunção de veracidade dos fatos narrados na peça exordial, e o decurso do prazo para o revel que não possua patrono constituído nos autos, como preceitua os arts. 344 e 346 do CPC/2015⁵⁰ (BARREIROS, 2017, p. 123).

3.1.6.2 Ato jurídico processual *lato sensu* e ato jurídico processual *stricto sensu*

Os atos jurídicos processuais *stricto sensu* não repercutem grandes dissensões na doutrina, pois aos atos processuais é reconhecida uma subjacência à categoria dos atos jurídicos. Para Fredie Didier Jr. e Pedro Henrique Pedrosa Nogueira, os atos jurídicos processuais em sentido *lato* concedem primazia à vontade exercida pela conduta do sujeito que pratica um comportamento previsto em norma jurídica. De outra forma, o ato jurídico em sentido estrito deixa de considerar a vontade para a escolha da categoria eficaz (DIDIER JR.; NOGUEIRA, 2013, Pp. 54-55).

Na mesma senda, Nogueira refere que a grande parte dos atos processuais são atos cujo sentido é estrito à natureza processual, em virtude de seus efeitos já constarem pré-fixados em lei, pois muito embora a vontade esteja presente, acaba por ser desconsiderada. Seriam exemplos: a citação, a intimação, a penhora etc. (NOGUEIRA, 2016, p. 118).

⁵⁰ (BRASIL, 2015a, online).

3.1.6.3 Atos ilícitos processuais

Os atos ilícitos processuais podem ser conceituados como aqueles atos que se encontram em desconformidade com o direito. Nesse sentido, Fredie Didier reconhece - por intermédio de Felipe Braga Netto - uma classificação que vai além daquela construída pela teoria geral, ao elencar como atos ilícitos processuais os atos de natureza indenizativa, caducificante, invalidante, e a novidade, atos de natureza autorizativa. Portanto, os atos ilícitos indenizativos seriam caracterizados como aqueles que enquadram a conduta de um determinado indivíduo como contrária à ordem legal, por esta razão o direito imputa-lhe o dever de indenizar, como no caso da imposição de multa por litigância de má-fé, conforme arts. 80 e 81 do CPC/2015⁵¹. Ademais, vislumbra-se a ocorrência de um ato ilícito processual caducificante na hipótese do indivíduo que, agindo em desconformidade com a lei, sofre com a perda de um direito. Inclusive, entre as espécies de preclusão processual (consumativa, lógica, temporal e sanção), a de tipo sancionatório pode ser citada como exemplo de ilícito processual caducificante. No que concerne à espécie invalidante, esta seria a consequência imposta pelo direito aos atos praticados sem o preenchimento de algum dos elementos cernes do suporte fático, que o levaria à invalidação. Tal hipótese pode ser verificada na situação em que é obrigatória a intervenção do Ministério Público, mas que por alguma razão, a comunicação deixou de chegar ao seu conhecimento a tempo, resultando na invalidade do ato praticado, conforme previsto no art. 279 do CPC/2015⁵². Por fim, a espécie autorizativa seria aquela em que previsto uma conduta que contraria o direito, mas que permite ao ofendido prejudicado pelo ilícito, a prática de determinado ato. É a hipótese do oficial de justiça que ao verificar a desídia do executado em relação ao cumprimento da penhora, realiza o arrombamento de portas no intuito de cumprir a ordem judicial, em conformidade com a previsão do art. 846 do CPC/2015⁵³ (DIDIER JR., 2014, Pp. 294; 301).

⁵¹ (*Ibidem*, online).

⁵² (*Ibidem*, online).

⁵³ (*Ibidem*, online).

3.1.6.4 Negócios processuais

Fredie Didier comentando a literatura estrangeira a respeito do presente subtópico, traz a posição de Vittorio Denti, para quem a relação entre processo e a autonomia privada seria de natureza meramente ocasional, deste modo, tais atos não teriam efeitos processuais, apenas alguma relevância ao processo. O autor italiano indica como exemplos desta subespécie: a conciliação, o compromisso para modificação de competências, bem como o pacto a respeito de provas (DENTI, 1978, p. 40, apud DIDIER JR.; NOGUEIRA, 2013, p. 59).

Giuseppe Chiovenda, a respeito do que denomina de “contratos processuais”, refere que

Nem todas as derrogações de uma norma dispositiva e nem só as derrogações de normas dispositivas constituem contratos processuais. Frequentemente o próprio acordo das partes é simples pressuposto do provimento do juiz e deve existir no momento em que o reclamam; se o acordo se forma anteriormente, deve manter-se até esse momento, do contrário não tem eficácia nem importância jurídica: temos, então, acordos de vontade como condições de atos processuais, mas não contratos processuais. Outras vezes, temos declarações de vontade subsistentes por si, unilaterais ou bilaterais, com eficácia dispositiva, mas constituindo, também, um ato do processo (CHIOVENDA, 2002, Pp. 101-102).

Em sentido semelhante encontra-se Enrico Tullio Liebman, que procurava distinguir em relação à sua prática, os atos dos negócios processuais, de acordo com o elemento voluntariedade. Desta forma, os primeiros, embora voluntários, seriam dirigidos apenas à prática do ato, diferentemente do que aconteceria com os negócios, os quais teriam por objetivo alcançar um fim determinado (LIEBMAN, 1985, Pp. 221-222; 226-227).

Contudo, na doutrina internacional encontra-se divergência em favor dos negócios processuais, como na obra de Enrique Véscovi⁵⁴, Francesco Carnelutti⁵⁵, Salvatore Satta⁵⁶, Elio Fazzalari⁵⁷ e James Goldschmidt⁵⁸.

⁵⁴ “Actos y contratos procesales. El negocio jurídico – Dentro de los actos procesales encontramos, de ordinario, los unilaterales, pero también los hay bilaterales que importan un verdadero contrato procesal. Estamos en el campo del negocio jurídico. (...) Nosotros admitimos como actos procesales los realizados fuera del proceso, pero para producir efectos procesales” (VÉSCOVI, 1999, p. 217).

⁵⁵ Os admite e, inclusive, chega a tratar dos negócios processuais sob a espécie compromisso: “(...) em matéria de negócio jurídico, um exemplar de ato discricional é o compromisso, não tanto porque as partes podem nomear árbitro a quem querem quanto porque podem preservar as regras do procedimento;” (CARNELUTTI, 2000, p. 485).

⁵⁶ Salvatore Satta identifica a vontade como elemento a ser levado em conta em relação aos atos processuais, desde que tal vontade não seja contrária às finalidades do processo. Deste modo, muito

Na doutrina pátria quem encabeça posição de não admissão⁵⁹ dos negócios processuais é Candido Rangel Dinamarco⁶⁰, que admite os seus efeitos como somente decorrentes de lei, e não da vontade das partes. Muito embora reconheça o princípio da autonomia da vontade, não o concebe em relação ao processo, pois é vontade da lei que vigoraria na hipótese, sem autorizar qualquer inferência das partes neste sentido (DINAMARCO, 2009, p. 484).

Consoante Didier Jr. e Nogueira,

A proposta de descaracterizar o negócio processual a partir do argumento segundo o qual os efeitos, no campo processual, seriam sempre *ex lege*, também não satisfaz. Os efeitos jurídicos, a rigor, decorrem do fato jurídico (independente de ser a espécie negocial ou não). Somente a previsão em abstrato dos efeitos se encontra nas normas jurídicas. Logo, não há propriamente efeitos *ex voluntate* (DIDIER JR.; NOGUEIRA, 2013, Pp. 60-61).

Ainda sobre posição de doutrinadores brasileiros⁶¹, José Carlos Barbosa Moreira em ensaio publicado no início dos anos 1980, menciona o pouco interesse da doutrina nacional em relação ao tema, apesar de manifestar que o Código de

embora possa ser incluído dentro do rol dos autores que admitem os “acordos” processuais, os limita a duas categorias: i) quando a lei reconhecer aos atos eficácia processual, como no caso do acordo sobre competência, compromisso, acordos sobre provas, e *pactum de non exequendo*; ou ii) quando os atos forem estritamente processuais, como no caso do acordo de suspensão do processo, e sobre o juízo de equidade. Ou seja, a diferença entre ambos é estabelecida pela regulação legislativa, que abrangeria os atos de tipo ii) e não os de tipo i) - ainda que destinados a produzir efeitos no processo. Portanto, é possível concluir que o ato deve estar previsto ou vinculado à lei, o que elidiria, conforme essa conceituação, a possibilidade de adoção dos “acordos” atípicos (SATTA, 1973, Pp. 268-269).

⁵⁷Fazzalari comenta que a vontade é essencial para que exista a conexão entre o agente e seu conteúdo, por isso prefere distinguir tecnicamente em relação a manifestação de vontade, os efeitos decorrentes do negócio jurídico (vontade privada) daqueles pertencentes ao provimento (vontade pública) (FAZZALARI, 2006, Pp. 425-426).

⁵⁸ Consta dois grupos de atos capazes de produzir efeitos no processo: as convenções processuais, que abarcariam os acordos entre as partes para conformar uma situação processual, como o acordo para encerramento do processo sem a necessidade de produção de provas, o acordo para nomeação de peritos, a transação judicial, os atos de conciliação e o acordo de credores em relação ao falido; no segundo grupo, identifica as declarações unilaterais de vontade, tais como a desistência da demanda, a renúncia do autor acerca da réplica, e a renúncia da parte em relação as testemunhas da contraparte, entre outros. Todavia, a vontade presente nos negócios processuais perderia sua transcendência se antes a lei lhe atribuísse um efeito correspondente (GOLDSCHMIDT, 1936, Pp. 149-150).

⁵⁹ Assim como Ovídio Baptista, que possui o seguinte entendimento: “Em geral, os atos processuais que correspondem a negócios jurídicos ‘processualizados’, como a transação ou a desistência, podem ser objeto de ação de anulação (cf. o art. 486 do CPC. Por exemplo, na ação de separação judicial, o acordo a respeito da partilha pode ser anulado por erro, violência, ou outro qualquer vício de vontade (...). Ainda que se aceite a existência de verdadeiros e próprios negócios processuais, (...) os atos processuais, contrariamente aos negócios jurídicos de direito material, sujeitam-se a outros princípios quanto a suas possíveis causas de invalidação e sanção, como teremos oportunidade de ver ao estudar as nulidades processuais” (BAPTISTA DA SILVA, 2005, Pp. 183-184).

⁶⁰ Noutra obra em coautoria com Ada Pellegrini Grinover, a razão consignada possui idêntico fundamento (GRINOVER; CINTRA; DINAMARCO, 2012, Pp. 310-312).

⁶¹ Reconhecendo a existência dos negócios jurídicos processuais, que inclusive foram objeto de sua tese de doutorado, mire-se (NOGUEIRA, 2016, Pp. 121-122).

1973 contemplava em seu texto alguns exemplos de negócios processuais típicos. Porém, o autor acaba limitando sua análise sobre os negócios jurídicos bilaterais. Em seguida, acrescenta que o Código Buzaid se limitou a reger pontos específicos do tema, o que talvez explique o recorte temático realizado no artigo. Diz, ainda, que reconhece o acatamento da possibilidade de adoção das convenções processuais de acordo com o entendimento da doutrina alemã majoritária. Ao final, concorda com a possibilidade de celebração das convenções processuais, inclusive, quando não estejam previstas em lei, em razão disto, tenta projetar um regime jurídico a fim de submetê-las (MOREIRA, 1984, Pp. 182; 184-188).

Alexandre Câmara Freitas alterou o seu posicionamento⁶². O autor não admitia a existência dos negócios jurídicos processuais sob o fundamento de que os seus efeitos estariam pré-fixados em lei. Contudo, acabou reconhecendo a celebração de negócios processuais típicos e atípicos com a vigência do art. 190 do CPC/2015 (CÂMARA, 2014, Pp. 125-129).

Por fim, mencionam-se os demais doutrinadores brasileiros que enxergam a possibilidade de adoção das convenções processuais, são eles: Alcides de Mendonça Lima⁶³, José Frederico Marques⁶⁴, Hélio Tornaghi⁶⁵, Gabriel José Rezende Filho⁶⁶, Alfredo Araújo Lopes da Costa⁶⁷, Moacyr Amaral Santos⁶⁸, Nelson Nery Jr. e Rosa Andrade Nery⁶⁹, Antonio Dall'Agnol⁷⁰, Flavio Cheim Jorge⁷¹, Arruda Alvim⁷², Marcelo Abelha Rodrigues⁷³, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini⁷⁴.

⁶² (CÂMARA, 2014, p. 276).

⁶³ Admite as convenções processuais desde que fiquem restringidas aos limites legais e, noutras hipóteses, ao arbítrio do juiz, considerando que o processo seria de interesse público, acima das partes (LIMA, 1986, Pp. 172-173).

⁶⁴ De acordo com José Frederico Marques, os atos dispositivos compreenderiam aos negócios jurídicos processuais, podendo ser distinguidos como atos conclusivos, ou como atos que versam sobre o desenvolvimento do processo. Na primeira categoria estariam incluídos a transação e a desistência; na segunda, a abreviação ou prorrogação de prazos, a renúncia de prazo, e a concordância na escolha de um só perito (MARQUES, 1962, Pp. 312-313).

⁶⁵ (TORNAGHI, 1978, Pp. 14-15).

⁶⁶ Ainda sob a vigência do Código de 1939, o autor reconhece a hipótese de negócios jurídicos processuais, entretanto, quanto aos negócios jurídicos atípicos considera-os "fora do processo", sob a égide do direito privado (REZENDE FILHO, 1957, Pp. 14-17).

⁶⁷ (LOPES DA COSTA, 1959, Pp. 128-129; 132). Admitia os negócios processuais como espécie do fato jurídico processual antes mesmo da vigência do Código Buzaid (de 1973).

⁶⁸ (SANTOS, 1998, Pp. 284-285).

⁶⁹ (NERY JR.; NERY, 2007, p. 424).

⁷⁰ (DALL'AGNOL, 2007, Pp. 251-252).

⁷¹ Assevera que a renúncia ao direito de recorrer revela-se um negócio jurídico que, por não necessitar da oitiva da parte contrária, poderia ser caracterizado como unilateral (JORGE, 2004, p. 121).

⁷² (ARRUDA ALVIM, 2008, Pp. 488-490).

⁷³ (RODRIGUES, 2003, Pp. 39-40).

Segundo Barreiros, os negócios jurídicos processuais podem ser conceituados em

[...] fatos voluntários (exteriorizações de vontade unilaterais, bilaterais ou plurilaterais) que sofreram a incidência de norma processual, cujo suporte fático atribui ao sujeito o poder de decidir quanto à prática ou não do ato e quanto à definição de seu conteúdo eficaz (tanto selecionando uma categoria jurídica eficaz já definida previamente pelo sistema jurídico quanto estabelecendo, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, determinadas situações jurídicas processuais ou alteração do procedimento) (BARREIROS, 2017, p. 140).

Os negócios processuais podem ser classificados conforme o seu objeto, a partir de um critério identificador, seja de caráter litigioso (tendo-se como exemplo a transação para extinguir o litígio, ou o acordo para reconhecimento da procedência do pedido), seja de cariz dispositivo (identificados por versarem sobre a alteração dos atos processuais que integram o procedimento, a exemplo da suspensão convencional do processo e das convenções acerca da distribuição do ônus da prova). Estes, ademais, podem ser subdivididos em negócios que redefinem situações jurídicas processuais, e em negócios que reestruturam o procedimento. Além disso, a classificação pode ser realizada enquanto o suporte legal dos negócios processuais, desta forma, ter-se-ia negócios típicos, expressos ou regulados por lei, e negócios atípicos, os quais encontrariam lastro na cláusula geral de atipicidade inserta no art. 190 do CPC/2015⁷⁵ (*Ibidem*, p. 140).

Nesse sentido, pode-se atribuir uma classificação dos negócios processuais a partir da consideração do número de sujeitos que o pratiquem, podendo ser citados os negócios processuais unilaterais, cuja formação necessita de uma única declaração de vontade para a consecução dos efeitos pretendidos (como no caso da desistência da ação antes da citação do réu). E, os negócios processuais bilaterais, caracterizados pela manifestação da vontade de dois ou mais sujeitos e pela extensão de seus efeitos, que alcançam a todos os envolvidos (como no caso do calendário processual). Por fim, a hipótese de negócios plurilaterais, quando forem conjugadas mais de três declarações de vontade que seriam dirigidas à formação do

⁷⁴ Os autores listam uma categoria de atos dispositivos onde a espécie negócios processuais estaria inserida. Contudo, condicionam sua eficácia às manifestações de vontade bilaterais que venham a produzir efeitos no processo. Conforme: (TALAMINI; WAMBIER, 2014, Pp. 244-245).

⁷⁵ (BRASIL, 2015a, online).

negócio. Exemplo⁷⁶ do último subtipo seria a sucessão processual voluntária, disciplinada no art. 109 do CPC/2015⁷⁷ (CABRAL, 2016, Pp. 49-51).

Há, também, uma subdivisão referente à bilateralidade e a plurilateralidade dos negócios, como traz Barreiros,

Os negócios jurídicos bilaterais e plurilaterais subdividem-se em contratos e convenções ou acordos, categorias que costumam ser diferenciadas em razão de reunirem, no primeiro caso, vontades atinentes a interesses contrapostos e, no segundo, vontades que envolvem interesse comum. [...] Quanto aos contratos⁷⁸⁷⁹ processuais, sua possibilidade teórica é admitida pela doutrina, embora sejam escassos os exemplos apresentados (BARREIROS, 2017, p. 141).

Além dos acima referidos, ter-se-ia um outro critério centrado na manifestação da vontade, espelhado na possibilidade de os negócios jurídicos processuais serem expressos ou tácitos. Os últimos poderiam surgir em razão de condutas comissivas, como no caso de renúncia tácita à convenção de arbitragem, ou no caso do réu que não opôs exceção de incompetência quando oportuno. Esse destaque é pertinente, tendo em vista que o comportamento omissivo pode vir a caracterizar-se como um negócio processual omissivo, pois de acordo com classificação de Leonardo Carneiro da Cunha, as omissões não negociais seriam espécies de atos-fatos jurídicos (CUNHA, 2017, p. 45).

Por fim, Barreiros destaca um quinto critério relacionado à eficácia dos negócios processuais, assim, existiriam

[...] negócios processuais que somente produzem efeitos após a sua homologação judicial. É o caso da desistência da demanda, estando prevista a necessidade de tal homologação no art. 200, parágrafo único, do CPC/2015. Outros negócios – e são a maioria – não dependem de tal ato homologatório para produzirem seus regulares efeitos, a exemplo da escolha convencional do foro. Muito embora a regra seja a dispensa de homologação, a sua exigência não desnatura o caráter negocial do ato praticado pelas partes que dela dependa (BARREIROS, 2017, p. 142).

⁷⁶ Exemplo dado por (BARREIROS, 2017, p. 141, 1º parágrafo, in fine).

⁷⁷ (BRASIL, 2015a, online).

⁷⁸ Diogo Assumpção Rezende de Almeida compreende que os termos convenção, pacto, acordo, negócio, contrato e negócio jurídico seriam similares (ALMEIDA, 2015, p. 18). Posicionamento que não é adotado no presente trabalho.

⁷⁹ É possível perceber na doutrina a assimilação do conceito contrato sob um aspecto de cariz patrimonial: “O contrato é o acordo de duas ou mais vontades na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial” (DINIZ, 2013, p. 32). De outro lado, há quem credite ao intercâmbio de valores e interesses a marca distintiva dos contratos (PEREIRA, 2013, p. 9).

3.1.6.4.1 As convenções (ou acordos) processuais

Conforme visto acima, enfrentou-se os principais critérios de classificação do fato jurídico⁸⁰ da teoria geral aplicada à do fato jurídico processual, no intuito de comprovar que o negócio jurídico processual é uma subespécie do fato jurídico processual, apesar das posições contrárias. Desta forma, examinar-se-á as convenções processuais com maior afinco a partir de agora, no ensejo de mais bem compreender a cláusula do art. 190 do CPC/2015.

Deste modo, certifica Barreiros que

A convenção ou acordo processual é a mais importante espécie de negócios jurídicos processuais bilaterais e plurilaterais. Pode ser conceituada como o negócio jurídico bilateral ou plurilateral cujas vontades conformadoras dirigem-se ao atendimento de interesse comum, consistente na disposição sobre situações jurídicas processuais (criação, modificação ou extinção destas) ou sobre o procedimento, em processo atual ou futuro (BARREIROS, 2017, p. 143).

Nesse sentido, os acordos podem ser divididos⁸¹ em relação ao momento em que celebrados, antes ou durante o processo, ao que a autora denomina como prévios/incidentais; já em relação ao seu objeto, separa-os em dispositivos e obrigacionais; ou de acordo com as vantagens repercutidas aos envolvidos, em onerosos e gratuitos; e, também, em relação ao suporte legal, em típicos e atípicos (*Ibidem*, p. 143).

A autora ainda explicita sobre os acordos dispositivos, ao dizer que estes versam sobre o procedimento, permitindo, então, que as normas que o disciplinam sejam derogadas. Já os acordos obrigacionais estabeleceriam obrigações de fazer ou não fazer para uma ou para ambas às partes, o que alteraria ou extinguiria

⁸⁰ “Em nosso entendimento, a sistemática existente na teoria do direito para o estudo dos atos jurídicos em geral pode ser transporta, em grande medida, para o direito processual, já que os atos do processo são, inegavelmente espécies de ato jurídico. Não obstante, ainda que se possa partir do formato do ato jurídico em geral, deve-se atentar para as peculiaridades do ato jurídico processual, continente de características próprias que podem apartar seu tratamento da teoria geral. Não poderia ser de outra maneira, vez que o processo, ramo do direito público, certamente deve conviver com especificidades normativas: as regras do direito privado, onde há muito maior autonomia individual, podem ser diferentes daquelas aplicáveis ao direito processuais, que regula também, relações entre particulares e o estado-juiz. Mas esta diferença é, repita-se apenas parcial” (CABRAL, 2016, Pp. 44-45).

⁸¹ Em relação aos acordos dispositivos, Pedro Henrique Nogueira subdivide-os em estáticos e dinâmicos. A diferença entre ambos residiria na possibilidade da criação ou adoção de procedimento previsto previamente em lei. Assim, os acordos estáticos seriam aqueles cujo procedimento versado já estivesse pré-determinado em lei; ao oposto dos dinâmicos, que autorizariam a formulação de um rito ainda não previsto (NOGUEIRA, 2017, p. 104).

situações jurídicas processuais. Estes tipos de acordos possuiriam uma maior liberdade em relação aos primeiros, em função do seu caráter prestacional, tendo uma natureza mais assemelhada com a que é característica dos atos processuais (*Ibidem*, p. 144).

Em artigo que trata exatamente dos acordos processuais, o processualista italiano Remo Caponi identifica, com o auxílio de Gerhard Wagner, mais precisamente, a existência de acordos que vinculam as partes a exercitar ou não os seus poderes processuais, como no caso do *pactum de non petendo*⁸², *pactum de non exequendo* e o acordo de renúncia de ação. Estes acordos não afetariam à validade das normas e sua aferição ocorreria pela avaliação correlata entre o direito privado e o processual. No que tange aos acordos que tem por objeto a derrogação de norma processual, como seriam acordos que alteram a competência e o ônus da prova, demandariam, para invalidá-las, de uma justificativa concreta por parte do aplicador, desse modo, indica como razões plausíveis: a tutela do interesse público, o interesse de uma das partes ou o processo justo (CAPONI, 2014, Pp. 362-363).

No mais, em relação ao momento em que celebradas, as convenções poderiam ser prévias (também conhecidas como preparatórias ou pré-processuais), caso celebradas anteriormente à instauração do processo, ou ainda incidentais (ou interlocutórias), quando o seu objeto fizer referência a processo em curso perante o Poder Judiciário (CABRAL, 2016, p. 75).

E, em relação às convenções incidentais, Cabral infere que

[...] ao contrário de tratar-se de um projeto de resolução de um conflito ainda em potencial, vê-se o desenho privado do procedimento (ou de situações jurídicas) para a solução de um processo jurisdicional já instaurado. Assim, neste segundo grupo, as convenções atuam fortemente como um instrumento de gestão, mecanismos complementares aos poderes de condução do processo do juiz que são totalmente consentâneos com as premissas do processo cooperativo. Aqui, como se deve desde logo lembrar, a liberdade contratual é mais restrita, não apenas pela sede em que a avença terá que ser cumprida – perante o Judiciário – mas também porque entram em jogo interesses públicos (*Ibidem*, p. 80).

Além disso, pode-se ainda classificar as convenções conforme as vantagens auferidas pelas partes, portanto, podendo ser caracterizadas como onerosas ou gratuitas. Os acordos onerosos atribuiriam às partes contraprestações equivalentes, e por esta razão, poderiam ser conhecidos por acordos comutativos ou

⁸² Conforme Paula Costa e Silva: “O *pactum de non petendo*, bem como outros contratos com efeitos análogos, incide sobre a pretensão jurídico-material ou, noutras palavras, sobre a possibilidade de exigir o cumprimento da obrigação. Não se pretende com isto dizer que é afectado o conteúdo do direito do crédito, mas tão só a respectiva exigibilidade (...)” (COSTA E SILVA, 2017, p. 459).

sinalagmáticos. Os acordos gratuitos trariam às partes uma contraprestação distinta, cabendo a uma delas uma faculdade e a outra, um dever. Nesta situação, em que presente o desequilíbrio entre as prestações cindidas na relação convencional, ter-se-ia o que Cabral refere como acordo aleatório. Exemplo deste tipo de acordo seria a constituição de renda (art. 803 a 813 do CC⁸³; art.533 do CPC/2015⁸⁴), o seguro e o financiamento processuais (*Ibidem*, Pp. 80-84).

O processualista francês Loïc Cadiet divide em dois títulos o seu artigo, exatamente como a classificação que realiza sobre os acordos processuais, combinando os critérios quanto ao objeto e ao momento da celebração das convenções. Deste modo, o autor francês divide os acordos processuais em duas classes, os acordos referentes a processos futuros e os acordos concernentes a processos existentes (CADIET, 2012, Pp. 06-32).

Com relação à celebração dos acordos que afetarão processo futuros, o autor francês os subdivide pela adoção de: a) cláusula arbitral; b) cláusulas que permitem a solução unilateral dos litígios ou c) cláusulas que permitem a solução bilateral por “discrepância”. As cláusulas arbitrais no sistema francês, tal como afirma o autor, têm o funcionamento semelhante ao que ocorre no ordenamento pátrio. Então, as cláusulas que permitem a solução unilateral anterior ao nascimento do conflito seriam comparáveis à execução de uma obrigação de fazer, considerando o seu intuito, que é fazer a parte cumprir uma obrigação que não satisfaz. Sobre estas recai alguma suspeita, segundo o autor, posto que o papel do magistrado é atenuado, como se incumbisse à própria parte realizar justiça. As cláusulas que possibilitam uma solução bilateral seriam o mais claro exemplo de convenção processual, tendo em vista que submetem às partes à execução de cláusulas leais e às cláusulas de acordo amigável (*Ibidem*, Pp. 10-11).

Já os acordos referentes a processos existentes poderiam incidir sobre a função do juiz, ou em relação à instância. Aqueles estão submetidos a uma classificação que leva em consideração o exercício da função do magistrado, os quais poderão restringir ou ampliar os seus poderes. Nesta situação, o juiz vê seus poderes constrictos por um acordo, cujo objeto veda ao órgão judicial requalificar juridicamente os fatos alegados pelas partes. Contudo, o poder do juiz pode ser ampliado, quando, por exemplo, lhe for autorizado decidir a partir de um juízo de

⁸³ (BRASIL, 2002, online).

⁸⁴ (BRASIL, 2015a, online).

equidade, e não por intermédio das regras de direito (este seria exemplo de um acordo amigável) (*Ibidem*, Pp. 22-23).

Por fim, seguindo a classificação acima, ter-se-ia os acordos relativos à instância, os quais se exteriorizam por suas espécies decorrentes, os acordos individuais e os acordos coletivos. Os acordos individuais podem tratar da demanda, como é o caso da petição apresentada em conjunto. Além disso, poderão disciplinar o desenvolvimento do processo. Neste sentido, há acordos de desenvolvimento que submetem a atividade do magistrado, expressos ou não em lei, e outros, que subordinam os acordos realizados pelas partes à homologação judicial (*Ibidem*, Pp. 23-28).

3.2 Natureza do art. 190 do Código de Processo Civil de 2015

Ademais, cumpre caracterizar a previsão do art. 190, se princípio ou cláusula. Deste modo, ao invés do que ocorre com o princípio do devido processo legal, que por sua vez possui elementos em alguma medida já definidos em legislação infraconstitucional, ou em normas de idêntica hierarquia, a disposição do art. 190⁸⁵ tem a incidência de princípios como o autorregramento da vontade e a cooperação, mas que ainda pendem de delimitação de alcance.

Desta forma, é necessário distinguir o conceito de cláusula geral⁸⁶ dos princípios e outros conceitos jurídicos semelhantes. Em relação aos princípios, sabe-se que podem ser explícitos ou implícitos, o que não ocorre com as disposições genéricas das cláusulas abertas, as quais serão sempre expressas. Acrescente-se a esta característica, a vagueza semântica de seus textos, que reenviam o intérprete a áreas jurídicas ou extrajurídicas do ordenamento, o que não ocorre no caso dos princípios (BARREIROS, 2017, p. 173).

⁸⁵ (*Ibidem*, online).

⁸⁶ “Por isto à cláusula geral cabe na reiteração da hipótese nova -, impedindo a sistematização da solução inovadora. Por isto à cláusula geral cabe o importantíssimo papel de atuar como o ponto de referência entre os diversos casos levados à apreciação judicial, permitindo a formação de catálogo de precedentes” (MARTINS COSTA, 1998, p. 11). De igual modo, mas tratando do devido processo legal: (MACÊDO, 2013, p. 394).

Parece-nos, pelo ora exposto, que o termo cláusula geral⁸⁷ é o mais adequado para tipificar juridicamente o artigo 190 do CPC/2015.

3.3 Os princípios da cooperação e do autorregramento da vontade: pressupostos normativos do art. 190 do CPC/2015

Merece exame ainda, os demais pressupostos normativos, o autorregramento da vontade no processo civil e o princípio da cooperação⁸⁸. O princípio da cooperação⁸⁹ é objeto de um modelo de cooperação processual que se difere dos demais modelos reconhecidos^{90,91}, adversarial e inquisitorial.

Conforme Barreiros,

O modelo adversarial é comumente caracterizado como um jogo, uma luta entre as partes, intermediada pelo juiz, que assumiria, assim, a postura de um árbitro dessa disputa, cabendo-lhe, ao final, indicar o vencedor do duelo. O modelo inquisitivo, por seu turno, é geralmente assemelhado a uma pesquisa oficial, levada a efeito por um juiz ativo, ao qual são conferidos vastos poderes em detrimento da atuação das partes, reduzidas ao papel coadjuvante de informações judiciais. Diz-se, portanto, que no primeiro modelo, a primazia de atuação é legada às partes, no segundo, ao juiz (BARREIROS, 2013, p. 179).

Desta forma é possível vislumbrar uma nova possibilidade para as partes e o magistrado. Ora, a pedra de torque deste regime é a divisão de trabalho entre os sujeitos processuais, especialmente, entre o magistrado e as partes. Isso porque,

⁸⁷ O tema será mais bem abordado ao fim do trabalho, quando será tratado da função social dos contratos, mas para fins de organização optou-se por tratá-lo neste instante, considerando o que já foi dito anteriormente, e o que a seguir será elencado a respeito do art. 190.

⁸⁸ Frise-se os autores que também sustentam o argumento de que a previsão do art. 190 do CPC/2015 é expressão do princípio da cooperação, previsto no art. 6º do CPC/2015: (CABRAL, 2016, p. 166); (DIDIER JR., 2017, p. 37); (REDONDO, 2017, Pp. 396-399); (CUNHA, 2017, Pp. 57-60); (CADIET, 2012, p. 18).

⁸⁹ O tema gera controvérsias. Reinhard Greger entende que há um princípio da cooperação, mas relata que sua posição é minoritária no cenário alemão (GREGER, 2016, Pp. 301-310). Leonardo Beraldo vai tratá-lo como produto da boa-fé objetiva (BERALDO, 2016, Pp. 360-361). Dierle Nunes, ao contrário, não acredita em um modelo cooperativo, pela dificuldade em crer que as partes sejam parceiras em um provimento onde defendem interesses conflitantes. Por isto, propõe um modelo de processo participativo, baseado no contraditório, na não surpresa e na boa fé processual (BAHIA; NUNES, 2014, online). Defendendo a inconstitucionalidade da proposição (STRECK *et al.*, 2014, online). Por fim, citem-se alguns autores que compartilham o entendimento de que se trata de um princípio jurídico: (BARREIROS, Pp. 179-202); (MITIDIERO, 2015, Pp.97-100); (ALMEIDA, 2015, p. 102); (SPENGLER NETTO, 2014, Pp. 24-25); (PEIXOTO, 2014, p. 109).

⁹⁰ Daniel Mitidiero separa os modelos processuais em isonômico, assimétrico e cooperativo (MITIDIERO, 2015, Pp. 97-100).

⁹¹ (DIDIER JR., 2014, Pp. 85-88).

divide-se o trabalho entre os sujeitos que passam a ser mais atuantes no processo e igualmente responsáveis por seu efetivo cumprimento. Não obstante, a ideia de que a atuação de um dos sujeitos processuais prevalecerá sobre a dos demais é equivocada, pois a nenhuma das partes caberá o protagonismo do feito, já que ao juiz incumbe controlar o aspecto formal do processo. Em relação às partes, cabe a iniciativa de instaurar a demanda, alterar ou modificar o pedido após a sua instauração. Assim, o elemento caracterizador ou diferenciador do modelo processual não reside nos poderes ou faculdades atribuídas, mas nos deveres previstos aos sujeitos processuais, ou seja, a todos aqueles que venham a participar direta ou indiretamente no processo durante o seu percurso (*Ibidem*, Pp. 179-180).

Diante do exposto, Daniel Mitidiero apresenta sua proposta de colaboração civil segundo os seus pressupostos teóricos, que são três: um de natureza social, outro de raiz lógica, e um último de feição ética; o que a aproxima do modelo de processo cooperativo.

O autor, em relação aos pressupostos sociais, vai dizer que o modelo colaborativo em razão de fomentar a participação mais efetiva das partes, repercute na sociedade, porque almeja uma sociedade mais cooperativa e solidária. Aliás, isso também se reflete na atuação do magistrado, que participará da comunidade de trabalho, mas que dela irá se desvencilhar (da posição de partícipe) no momento de decidir, exercendo uma posição assimétrica⁹² em relação às partes, tendo em vista sua inclusão no contraditório (MITIDIERO, 2015, Pp. 63-72).

Sobre os pressupostos lógicos, o autor vai certificar, relativamente aos estudos do direito, a guinada realizada pela história a partir da segunda metade dos “novecentos” (do século XX), diante do resgate da lógica e da interpretação jurídicos. E isto contribuiu para que se renovasse o caráter argumentativo do direito, mas também, para que se fizesse uma reinterpretação do direito fundamental ao contraditório⁹³, que passou a incidir no processo (*Ibidem*, Pp. 86-90).

⁹² “Assimetria, aqui, não significa que o órgão jurisdicional está em uma posição processual composta apenas por poderes processuais, distinta da posição processual das partes, recheadas de ônus e deveres. Os princípios do devido processo legal e do Estado de Direito imputam ao juiz uma série de deveres (ou deveres-poderes, como se queira), que o fazem também sujeito do contraditório, como já se disse. O exercício da função jurisdicional deve obedecer aos limites do devido processo. Assimetria significa apenas que o órgão jurisdicional tem uma função que lhe é própria e que é conteúdo de um poder, que lhe é exclusivo” (DIDIER JR., 2014, p. 91).

⁹³ “Parece-nos que a teoria que melhor atende às ideias do formalismo valorativo, sem esbarrar nas críticas já levantadas, é aquela que entende o processo como um procedimento em contraditório, pensada por Elio Fazzalari. Com efeito para Fazzalari o processo seria uma espécie do gênero

Ao fim, o autor reafirma para os pressupostos éticos que (2015, Pp. 91-92): “além de objetivar-se a boa-fé, somando-se à perspectiva subjetiva a objetiva, reconhece-se que todos os participantes do processo, inclusive o juiz, devem agir lealmente em juízo”.

Em razão disso, o modelo de processo colaborativo norteará os processos segundo deveres morais e éticos, qualificando a proteção das partes por meio das garantias constitucionais processuais. Assim, com essa proposta, o contraditório resultará mais dinâmico e menos engessado, possibilitando uma influência das partes na atividade jurisdicional e na defesa dos seus interesses (NETTO, 2017, Pp. 261-262).

Além disso, o princípio da cooperação embasa o modelo de participação mais efetivo das partes, empoderando-as sobre o procedimento instalado, permitindo um maior diálogo com o magistrado. Deste modo, acrescenta-se, a cooperação torna mais receptível a prática negocial no âmbito processual, pois a vontade das partes passa a ter importância para a finalidade do processo. Diante do novo modelo processual, a divisão do trabalho será repartida entre todos os sujeitos que vierem a participar do litígio (BARREIROS, 2017, p. 191).

Como visto, a dialogicidade demonstrada na racionalidade do direito reflexivo e na proposta qualitativa da consecução do processo é posta em prática por meio da comunidade de trabalho, surgida com o advento do processo cooperativo, pois neste modelo prepondera o diálogo, e uma postura receptiva do magistrado, sendo-lhe vedado tomar decisões autoritárias, o que não significa que todas as decisões serão consensuais, até porque, lembre-se, a responsabilidade de exarar sentença cumpre exclusivamente ao juiz.

Barreiros, inclusive, aduz a respeito:

Afirma-se que o princípio da cooperação fundamenta o princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo conquanto o alcance da solução justa para a causa será mais efetivo caso seja possível aos sujeitos processuais construir um procedimento mais idôneo ao atingimento daquele escopo. E tal papel será mais bem desempenhado pelas partes, que conhecem de modo mais detalhado as peculiaridades da demanda e, pois, estão mais aptas a contribuir para formatar o instrumento processual de modo mais adequado a essas peculiaridades (BARREIROS, 2017, p. 192).

Em realidade, por intermédio dos demais princípios extrai-se o ainda desconhecido, fruto de uma atividade reveladora do intérprete. Nesse sentido, os

procedimento que se desenvolve em contraditório, em uma estrutura dialética, possibilitando-se por aí uma participação concreta e efetiva no manejo do poder estatal” (MITIDIERO, 2005, p. 144).

valores compartilhados são essenciais para definição de institutos e instituições. Assim, “os microssistemas⁹⁴ que integram o universo jurídico de certa sociedade têm sua estrutura conceptual em princípios gerais que, de forma bastante ampla, [...] fixam a estimacão da comunidade sobre os fatos da vida” (MELLO, 2007, p. 29).

Em razão disso, diga-se, nenhum ordenamento jurídico consegue prever todos os fatos humanos relevantes ao direito. Se assim não fosse, as previsões legais se tornariam desnecessárias, posto que todos seriam vinculados por códigos morais e, ao final, sequer necessitariam de uma ordenacão legal, porque o interesse jurídico, o direito subjetivo e a vontade seriam inseparáveis e confundíveis⁹⁵. Entretanto, para flexibilidade do sistema é imprescindível o reconhecimento de normas que não estejam previstas, dito de outra forma, que se reconheça a existência de normas implícitas.

Então, cabe-nos avaliar a constituicão dos princípios que compõem o microssistema das convencões processuais.

Assim, Lorena Barreiros menciona:

Nesse contexto, a Constituicão Federal de 1988, já em seu preâmbulo, faz mençãõ à liberdade como valor social supremo. Também a caracteriza como um direito fundamental, ao inscrevê-la, genericamente, no caput do art. 5º da Carta Magna, sem prejuízo de delimitar diversas liberdades individuais como as de manifestacão e a de associaçãõ. A previsãõ dessas liberdades específicas não esgota o arcabouço que desse direito fundamental se deve extrair, razãõ pela qual a referênciã à liberdade no caput do art. 5º da CF/1988 funciona como uma cláusula de abertura material, um verdadeiro parâmetro para a identificaçãõ de outras liberdades específicas atípicas. A existênciã dessas liberdades implícitas é corroborada pela análise conjunta do caput do art. 5º da CF/1988 com o do § 2º do mesmo dispositivo. É plenamente possível, portanto, imaginar outras formas de expressãõ da autonomia possível, tendo por limite ao preenchimento de conteúdo dessa cláusula o direito à igual consideraçãõ e respeito (respeito ao espaço de liberdade alheio) (BARREIROS, 2017, Pp. 185-186).

Logo, a liberdade é entendida como direito a não interferência na esfera pessoal do indivíduo, e sob um outro aspecto, como autodeterminaçãõ (orientaçãõ da vontade dirigida a certa finalidade), uma vez que é valor reinterpretado pela hermenêutica no decorrer dos tempos, desta forma, é possível atribuir-lhe como

⁹⁴ O autor utiliza a definiçãõ “microssistemas” para distinguir as áreas do conhecimento jurídico (MELLO, 2007, p. 29, nota de rodapé 27). Contudo, parece-nos adequada a definiçãõ realizada por Fredie Didier: “O direito de a parte, ora sozinha, ora com a outra e com o órgão jurisdicional, disciplinar juridicamente as suas condutas processuais é garantido por um conjunto de normas, subprincípios ou regras, espalhadas ao longo de todo o Código de Processo Civil. A vontade das partes é relevante e merece respeito. Há um verdadeiro microssistema de proteçãõ do exercício livre da vontade no processo” (DIDIER JR., 2017b, p. 35).

⁹⁵ Ver mais detalhadamente acerca desta questãõ em (RIBEIRO, 2011).

decorrência lógica o princípio do autorregramento da vontade no processo civil (*Ibidem*, p.186).

Barreiros menciona em relação ao recém referido princípio processual:

Fala-se, pois, na seara processual, em princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo, integrante do conteúdo eficaz do direito fundamental à liberdade, do direito fundamental à liberdade e relacionado, ainda, ao princípio da dignidade da pessoa humana. O princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo objetiva assegurar às partes que o direito fundamental de autorregular-se (disciplinando suas condutas processuais) seja por elas exercido sem a imposição de restrições irrazoáveis ou injustificadas, resguardando-se, em última análise, o direito fundamental à liberdade (*Ibidem*, p. 188).

Ao compulsarmos o CPC/2015 verifica-se em sua introdução a existência de previsão, mais precisamente no art. 2º⁹⁶, de princípio reconhecido como dispositivo⁹⁷, da demanda⁹⁸ ou impulso oficial.

Segundo Salomão Viana,

Nenhuma dúvida pode haver de que o respeito à autonomia da vontade é uma das formas de expressão do Estado Democrático de Direito. E é bastante a leitura da parte inicial do enunciado do art. 2º (“o processo começa por iniciativa da parte”) para se concluir que se trata de um texto que reverencia a autonomia da vontade. Afinal, somente aqueles a quem a ordem jurídica atribuiu legitimidade para conduzir um conflito de interesses à resolução pelo Poder Judiciário podem aquilatar se querem, ou não, exercer esse direito potestativo. Mas a reverência à autonomia privada está também vinculada à segunda parte do texto do art. 2º, mormente no que se refere às exceções postas pelo sistema **jurídico à regra fundamental do impulso oficial para o desenvolvimento do processo** (VIANA, 2016, p. 40, grifos do autor).

Diante disso, a partir de um ato particular praticado por um sujeito que possua capacidade jurídica para estar em juízo e desde que esteja devidamente representado, o processo passa a surgir. Além disso, como é sabido, em decorrência de um ato da parte, o de propositura da demanda, o autor dá causa a um conjunto de relações jurídicas e à deflagração de uma sequência coordenada de atos que compõem o procedimento. Todavia, além de um ato da vontade estar diretamente imbricado à existência do processo, não se pode esquecer que a parte

⁹⁶ (BRASIL, 2015a, online).

⁹⁷ De acordo com Antonio Passo Cabral, o princípio dispositivo é fundado na Constituição, sendo consectário dos princípios da liberdade, da inafastabilidade do controle jurisdicional etc. No entanto, deverá ser limitado pelos interesses que envolvem a relação jurídica processual. Essa liberdade, inclusive, abarca a disponibilidade de direitos sobre a adequação e disponibilidade do procedimento (CABRAL, 2016, Pp. 138-139).

⁹⁸ Cabral menciona a existência de um princípio do debate ou princípio dispositivo em sentido processual, desprovido de um fundamento constitucional inflexível, em sentido de permitir ao juiz a condução exclusiva do procedimento, ou atribuir, para equivalente fim, um superpoder às partes (*Ibidem*, Pp. 140-141).

também poderá realizar atos que alterem ou modifiquem o objeto litigioso discutido na demanda. Portanto, considerar que o autorregramento da vontade é o germe para o surgimento do processo, mas em seguida desprezá-lo em relação à modificação de atos processuais, seria um contrassenso (*Ibidem*, Pp. 42-43).

Ademais, de forma a exemplificar o respeito do atual Código pelo autorregramento⁹⁹ da vontade, é pertinente mencionar sua imprescindibilidade para o caso do cumprimento da obrigação, reconhecida em sentença, de pagar quantia certa (arts. 513, §1º, e 520 do CPC/2015)¹⁰⁰. Aliás, é necessário um ato processual de vontade do credor para que a decisão interlocutória ou sentencial que decida pela condenação de prestar alimentos possa ser executada (art. 528 do CPC/2015)¹⁰¹. E, também, para que se faça instituir gravame de constituição de renda sobre bem do devedor, com o intento de assegurar o pagamento de alimentos, se a causa da dívida for decorrente de ato ilícito (art. 533, caput, do CPC/2015)¹⁰² (*Ibidem*, p. 40).

A respeito, Viana refere ainda que,

Em tais situações, o sistema jurídico optou por vincular a prática dos atos de efetivação da decisão judicial à manifestação de vontade do interessado, fazendo com isso que, no particular, o princípio da efetividade tenha a sua força vinculada ao princípio do respeito ao autorregramento da vontade, ambos contando com o complemento do caráter descritivo de regras extraíveis do texto do art. 2º (*Ibidem*, p. 40).

Sobre esse aspecto, apesar de o autorregramento da vontade não estar explicitamente inserido no Código de Processo Civil, quando se apresenta, o faz em relação às situações jurídicas processuais, a partir de atos negociais típicos e atípicos, devendo por isto participar do rol de normas fundamentais processuais, considerando que está implicitamente previsto no Código, demonstrando, de uma forma ou de outra, a transposição do dogma da irrelevância da vontade no processo civil.

Como visto, em razão da moderna filosofia, o sistema jurídico não deve ser compreendido pelo conjunto de regras, tampouco pelo coletivo de princípios, mas sob o influxo das duas espécies normativas. Em razão desta nova visão acerca do processo, percebe-se a relativização da dicotomia entre processo e direito material, pois o CPC/2015 marca a influência da Constituição em seu texto, seja pela

⁹⁹ Aviste-se: (REDONDO, 2017, Pp. 396-399).

¹⁰⁰ (BRASIL, 2015a, online).

¹⁰¹ (*Ibidem*, online).

¹⁰² (*Ibidem*, online).

expressa disposição de seu art. 1^o¹⁰³, como também pelos princípios processuais já previstos na Constituição.

Conforme Igor Raatz,

Assim, pode-se afirmar que nenhuma regra prevista pela legislação infraconstitucional pode ser interpretada e aplicada sem o devido filtro constitucional. A aplicação de uma regra infraconstitucional é, ao mesmo tempo, aplicação e interpretação dos princípios constitucionais que instituem a regra. É por isso que, por exemplo, qualquer instituto dos direitos reais deve ser interpretado à luz do filtro hermenêutico constitucional e que, em conflitos privados envolvendo confronto entre posse e propriedade, há de ser levar em consideração o direito à moradia previsto no art. 6º da Constituição Federal (RAATZ, 2017, p. 118).

Portanto, é possível concluir que o Código possui um caráter material, ou pelo menos sofre grande repercussão dele, uma vez que os princípios que lhe dão azo são hipóteses normativas constitucionais, e outros decorrem de uma construção realizada pelo intérprete, tendo como ponto de partida a Constituição.

Assim, quando as normas constitucionais passam a incidir no processo, especialmente os princípios, deixam uma marca indelével na relação jurídica e sobre os atos processuais, quer dizer, sobre as relações subjetivas¹⁰⁴, pois carregam valores ao incidir em tais situações, modificando diretamente a racionalidade do processo.

Não bastasse isso, se uma norma constitucional é burlada ou infringida recorre-se ao processo para que o ilícito seja revertido ou cessado. Ora, parece que a máxima do quem pode o mais também pode o menos não foi totalmente compreendida na seara processual.

Neste sentido, Murilo Teixeira Avelino,

O novo CPC vai exatamente em sentido contrário a esta ideia e encampa a atipicidade dos negócios jurídicos processuais de forma expressa no art. 190, tendo andado o legislador ao lado daqueles que advogam a disponibilidade das regras de procedimento. Trata-se da possibilidade de

¹⁰³ “CPC/2015 Art. 1º. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código” (BRASIL, 2015a, online).

¹⁰⁴“(…) em outras palavras, a interpretação de princípios constitucionais nas vicissitudes das situações jurídicas subjetivas está a significar uma alteração valorativa do próprio conceito de ordem pública, tendo na dignidade da pessoa humana o valor maior, posto ao ápice do ordenamento. Se a proteção aos valores existências configura momento culminante de nova ordem pública instaurada pela Constituição, não poderá haver situação jurídica subjetiva que não esteja comprometida com a realização do programa constitucional. Não se vislumbra, com isso, repita-se ainda uma vez, uma redução quantitativa dos espaços de autonomia privada (...) Trata-se, ao revés, de uma transformação qualitativa de cada um dos institutos do direito civil, iluminados pelo Texto maior, sem que com isso se pretenda subtrair da autonomia privada seus poderes, titularidades e responsabilidades, na construção de uma sociedade (que o constituinte quis) justa e solidária” (TEPEDINO, 2006, p. 42).

flexibilização do procedimento a partir, agora, da relevância da vontade dos sujeitos processuais. O dispositivo mencionado atente-se, é redigido como cláusula geral. Daí, o novo CPC é responsável por desconstruir um dos elementos clássicos de distinção entre normas processuais e materiais (AVELINO, 2017, Pp. 68-69).

Igor Raatz menciona que, embora o direito processual e o direito privado sejam ramos do direito que gozam de autonomia científica, não se pode negar que entre eles existe um diálogo. A justificativa para isso consiste na assertiva de que no direito processual convivem tanto aspectos que pertencem à esfera privada, quanto elementos de direito público que lhe são característicos, fazendo com que a evolução do direito privado sirva de espelho ao direito processual, de modo a revelar o modelo processual em vigor. Ademais, a socialização do direito privado é um fenômeno que ocorreu paralelamente¹⁰⁵ ao processo civil, acarretando um desaparecimento da autonomia em ambas as áreas, respectivamente, em virtude dos efeitos da Constitucionalização no direito privado e da publicização do direito processual. Hoje, os caminhos do direito privado e do processo se entrecruzam, tendo em vista que compartilham da mesma premissa conceitual, porque tanto a unidade do direito privado como também a do fenômeno jurídico estão presentes na Constituição (RAATZ, 2017, p. 126).

Assim, Igor Raatz encerra o nosso raciocínio ao dizer que,

[...] os dois ramos do direito passam a partilhar de elementos comuns, como, por exemplo, o devido processo legal¹⁰⁶, o qual, na perspectiva da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, tem sido convocado a regular relações entre os particulares. Do mesmo modo, o princípio da autonomia privada, tão caro ao direito civil, passa a ganhar maior expressão no processo civil, como corolário do princípio geral da liberdade, constitucionalmente reconhecido no direito brasileiro (*Ibidem*, Pp. 126-127).

Não é outro o entendimento de Cabral:

De todo modo, estamos com Neuner quando afirma que, na atualidade, o debate sobre se as convenções das partes sobre situações processuais têm natureza material ou processual tem pouca importância prática porque a separação entre direito material e processo é apenas relativa. O regime das invalidades no Brasil é prova de que requisitos formais previstos em normas materiais e processuais podem ser conjugados e aplicados harmonicamente (CABRAL, 2016, p. 95).

¹⁰⁵ Neste aspecto, em interessante abordagem (LÔBO, 1999, Pp.99-109).

¹⁰⁶ Sob a perspectiva da garantia do devido processo legal em eleição de associação esportiva de futebol (BORELLI, 2013). Refira-se também: “Considerações análogas são desenvolvidas para a hipótese na qual o contraditório se dê entre os componentes de um órgão (público ou privado) em vista da emanção do ato final: pensa-se nos membros do parlamento, nos sócios de uma sociedade de capitais. Como portadores de posições contrastantes, eles desenvolvem, em um momento anterior ao ato final (a lei, a deliberação assemblear) e em pé de paridade entre eles, o debate sobre a situação no qual atuar e sobre as escolhas a fazer” (FAZZALARI, 2006, p. 124).

Desta forma, a doutrina tem buscado identificar limites objetivos explícitos¹⁰⁷ ou implícitos¹⁰⁸ para o autorregramento da vontade.

Não se pretende adentrar neste aspecto, que mereceria muitas outras linhas, apenas destacar que o que se almeja demonstrar é mais uma hipótese autorizativa para limitação do objeto das convenções processuais. Contudo, filiamo-nos àqueles que identificam limites implícitos à cláusula do art. 190 do CPC/2015. Mas antes, analisar-se-á o Código Civil, que poderá trazer alguma resposta nesse sentido.

3.4 Em busca de um limite ao objeto das convenções processuais

Com o advento da Constituição de 1988 tem-se a funcionalização da autonomia privada, sendo reconfigurada sob um novo formato, pois seu exercício deixa de ser ilimitado, uma vez que agora sofre restrições do direito constitucional. A Carta Magna além de realizar uma filtragem do direito privado, confere destaque ao princípio da solidariedade social¹⁰⁹, sobrelevando o interesse coletivo em desfavor do individualismo. Desse modo, os institutos de direito privado passam a ser vistos com o filtro da função social, em razão de o interesse da sociedade superar o

¹⁰⁷ Na defesa de limitadores objetivos explícitos, Antonio Passo Cabral aponta: “a) impossibilidade de o objeto da convenção verse sobre matéria de reserva legal; b) respeito à boa-fé e a cooperação; c) a proteção à situação de vulnerabilidade, garantindo-se, tanto como possível, igualdade e equilíbrio aos convenientes; d) a vedação de que o negócio gere externalidades onerando economicamente o Judiciário ou terceiros” (CABRAL, 2016, Pp. 295-315).

¹⁰⁸ Cabe lembrar os autores que defendem limitadores objetivos implícitos, como Diogo Assumpção, para quem as garantias processuais constituiriam a ordem pública processual prevista na Carta Constitucional. No entender do autor, tais proteções são compostas pela capacidade das partes, pela igualdade, o contraditório e a ampla defesa, o devido processo legal, o princípio do juiz natural, a independência e a imparcialidade do julgador, a fundamentação das decisões judiciais, a busca da verdade, a celeridade e a coisa julgada material (ALMEIDA, 2015, Pp. 148-153). De forma análoga, Pedro Henrique Nogueira assinala o respeito à regra da motivação e aos princípios da publicidade, do juiz natural, da duração razoável do processo, da cooperação e da boa-fé (que comporiam a dimensão objetiva do devido processo legal), como limites objetivos ao poder de autorregramento (NOGUEIRA, 2016, p. 238). Por fim, Jaldemiro Júnior atesta à ordem pública o papel de limitar o poder de autorregramento da vontade no processo, e também, o de desempenhar o controle de licitude das convenções (ATAÍDE JÚNIOR, 2015, p. 416).

¹⁰⁹ Segundo Bodin de Moraes, a noção de direito individualista foi perdendo espaço para uma concepção mais social na virada do séc. XIX para o XX (BODIN DE MORAES, 2006, p. 159). No mesmo período tivemos o surgimento das teorias publicistas e socialistas processuais, mais especialmente na Alemanha, a partir da segunda metade do séc. XIX, tendo-se como o maior expoente naquele país, Oskar Von Bülow.

interesse individual, contudo, sem produzir uma anulação ao princípio da pessoa humana, cerne da ação estatal (RAATZ, 2017, p. 120).

Miguel Reale assinala, em exposição dos motivos do anteprojeto do Código Civil, que pretendeu

Tornar explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a liberdade de contratar só pode ser exercida em consonância com os fins sociais do contrato, implicando os valores primordiais da boa-fé e da probidade. Trata-se de preceito fundamental, dispensável talvez sob o enfoque de uma estreita compreensão positivista do Direito, mas essencial à adequação das normas particulares à concreção ética da experiência jurídica (REALE, 1986, p. 94).

Para o autor, de acordo com a passagem anterior, os contratos deverão ser interpretados de forma a considerar o meio social em que inseridos, a fim de evitar iniquidades, permitindo a interferência judicial quando configurada uma situação de desigualdade. Seria possível perceber que o Código almeja preservar a equidade e o bom senso (TARTUCE, 2007, p. 240).

Conforme Tartuce,

[...] a função social dos contratos é princípio que interessa a toda a coletividade, constituindo tanto o art. 421 quanto o art. 2.035, parágrafo único, do Código Civil normas de ordem pública, inafastáveis por convenções ou disposição contratual. Conceituamos o princípio da função social dos contratos como um regramento contratual, de ordem pública (art. 2035, parágrafo único, do CC), pelo qual o contrato deve ser, necessariamente, analisado e interpretado de acordo com o contexto da sociedade (*Ibidem*, p. 248).

Para Pietro Perlingieri a função da relação jurídica é o seu ordenamento, pois haveria uma função em toda acepção ou conceito jurídico. Por conseguinte, a noção de função da relação jurídica reside na concepção de um regulamento entre interesses que, muito embora opostos, estariam relacionados, em virtude da harmonização realizada pelo “contemperamento”. Desta forma, a relação jurídica poderia ser definida como a normatização que subsidia o *contemperamento* dos interesses subjetivos dos envolvidos. Assim, em seu perfil funcional, a relação jurídica é um conjunto de cláusulas, preceitos e atribuições, ou seja, é sob este ponto de vista um regulamento. Isso se verifica no caso de obrigação pecuniária, presente na situação de prestação de quantia em dinheiro, que em seu aspecto estrutural revela-se como a relação entre interesses contrapostos (entre as situações creditórias e debitórias). Este exemplo de relação obrigacional não é neutra, conforme nos informa Pierlingieri, pois da forma como foi exposta não refere qual a razão de sua existência, tampouco a função prático-social à qual está

submetida. Assim, faltaria ainda a causa da obrigação pecuniária, que acabaria se confundindo com o seu regramento. Restringindo-se a análise ao aspecto estrutural, não seria possível especificar a disciplina da sua causa. Portanto, o aspecto funcional e o causativo exprimiriam a mesma exigência, qual seja, a de individualizar e completar os interesses ou situações subjetivas. Em outras palavras, poder-se-ia dizer que o aspecto funcional realiza um liame entre a relação jurídica e sua causa, submetida à disciplina da função prático social à qual corresponde. Desta passagem, ainda, podemos compreender que há uma função que harmoniza as relações concretas com o sistema jurídico, denominada *contemperamento* (PIERLINGIERI, 2002, Pp. 116-117).

Assim, os limites à autonomia trazidos à baila em prol dos contraentes mais frágeis movem-se da externalidade do contrato para o seu fulcro, tendo em vista que são decorrências da exigência constitucional. Isso, porque a Carta Magna operou um limite qualitativo na ordem normativa. Deste modo, a autonomia passa a ser avaliada no caso concreto, não apenas isoladamente. Em realidade, será aferido se o valor estimado pelo sujeito poderá ser expresso em sua iniciativa concreta, devendo ser apreciada a partir de uma visão procedimental. Então, verificar-se-á a concertação dos atos e instrumentos utilizados para alcançar o resultado perseguido, e se estes foram adequados (*Ibidem*, Pp. 280-281).

Para Gerson Luiz Carlos Branco, o autor italiano

[...] afirma que não é possível um discurso unitário sobre a autonomia privada, pois a doutrina da autonomia privada não corresponde exatamente à teoria geral do contrato. Além disso, deve-se lembrar que Pierlingieri não enfrenta a funcionalização a partir de um dispositivo como o art. 421, em que o legislador é expresso ao determinar a funcionalização, mas delega ao juiz o papel de preencher o respectivo conteúdo. Nesse sentido, andou bem o legislador ao afirmar a “liberdade de contratar”. O papel de “contemperamento”, portanto de harmonização normativa de relações intersubjetivas, atribui ao contrato uma função eminentemente jurídico-normativa. No entanto, a análise da funcionalidade da liberdade de contratar revela uma função exterior, de natureza social e econômica. Ou seja, a funcionalização atinge o contrato em dois planos, tanto no jurídico quanto no social e econômico (BRANCO, 2009, p. 277).

Diante disso, pode-se verificar a prevalência de um sentido social não somente no momento de declaração da vontade, mas também incidente sobre a condição econômica dos envolvidos, sendo consideradas para verificação da validade e da eficácia do pacto. E é exatamente por esta razão que se pode afirmar que a função social do contrato está inserida no plano da validade do negócio, ou

mesmo de sua eficácia - o que dependerá da análise *in concreto* (TARTUCE, 2007, p. 261).

Deste modo, apesar de Flávio Tartuce lembrar das discussões referentes a alteração¹¹⁰ da redação do art. 421 do Código Civil¹¹¹, que traz prevista em seu texto a hipótese da função social dos contratos, sua concordância acerca do conceito previsto neste artigo baseia-se em um argumento que não desconsidera totalmente à autonomia privada. Isso ocorre, pois o autor interpreta a função social do contrato sob uma eficácia interna, incidente sobre as partes, e uma outra eficácia, de natureza externa, que surte efeitos para além das partes, vislumbrando-se que a função social dos contratos deveria ser compreendida, segundo esta assertiva, por uma noção que ultrapassa o mero sentido negativo, de limitação à autonomia das partes (*Ibidem*, Pp. 242-243).

Sobre a limitação da liberdade contratual, Enzo Roppo analisa as posições tomadas pelo Tribunal Constitucional de seu país, aduzindo que,

Do sistema destes artigos – aplicáveis à liberdade contratual na medida em que a sua violação se traduz numa lesão do direito de propriedade ou de iniciativa económica – deduz-se que a legitimidade constitucional de qualquer prescrição normativa que limite a autonomia privada, está subordinada a dois requisitos: de um ponto de vista substancial, as limitações em causa devem ser dirigidas à prossecução de “fins sociais”; de um ponto de vista formal, devem ser introduzidas através de lei (princípio da reserva de lei), uma vez que é o Parlamento – pela sua representatividade política – que se quer reservar o juízo da determinação desses “fins sociais” (ROPPO, 2009, p. 141).

Portanto, a conformação entre os interesses dos particulares com os ditames que o sistema jurídico impõe, de interesse público, não pode basear-se em proibições casuísticas, decorrentes do conjunto de normas impositivas do ordenamento jurídico, porque isto seria insuficiente. A capacidade do legislador é limitada, assim, podem surgir problemas não previstos que demandariam outros comandos, e que em virtude da lentidão da atividade legiferante não são supridos a

¹¹⁰ Há quem concorde com o autor, mas considere que sobre a redação do artigo não sobreparem dúvidas, como é o caso de Judith Hofmeister Martins Costa: “É que, como ‘liberdade situada’, a liberdade de contratar a que alude o art. 421 é elemento componente e manifestação da autonomia privada, compreendida como ‘o processo de ordenação que faculta a livre constituição e modelação das relações jurídicas pelos sujeitos que nela participam’ (...). Observei que, no texto do art. 421, é o primeiro princípio – o da liberdade de contratar – que dá a regência para que se possa discernir o sentido adequado do ‘social’ que qualifica a ‘função’. É que dizendo respeito a um direito subjetivo (a liberdade de contratar), o ‘social’ – que adjectiva a ‘função’ – pode ser conotado ou à expressão intersubjetiva da liberdade ou à expansão trans-subjetiva da liberdade” (MARTINS COSTA, 2005, Pp. 43; 47).

¹¹¹ “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (BRASIL, 2002, online).

tempo. Com isso não se pretende dizer que os atos ilícitos e que não estejam previstos passarão a ser considerados lícitos. Em realidade, a consequência prevista anteriormente poderá ser sanada se forem combinadas normas imperativas, compostas por termos analíticos e disposições proibitivas, desde que em termos abrangentes e elásticos, para que possam ser aplicadas a situações não identificadas previamente em lei. Nessa situação, caberá ao magistrado lançar mão das cláusulas gerais, o qual terá seus poderes de decisão ampliados – tendo exaltados a sua autonomia e responsabilidade (*Ibidem*, Pp. 178-179).

No mais, conforme Tartuce, a dupla eficácia da função social dos contratos não é pacífica na doutrina brasileira. Isso ocorre, pois há quem entenda que o princípio somente teria eficácia interna¹¹², ou seja, perante às partes contratantes. De outro lado, há quem aponte que a função social dos contratos teria uma eficácia externa¹¹³, dirigida à coletividade. Por fim, há quem negue¹¹⁴ qualquer eficácia à função social dos contratos, importando-se com a pesquisa da causa contratual somente (TARTUCE, 2007, p. 247).

Não se deixa de concordar com a afirmação de que a função social dos contratos é aplicável tanto às partes, como à coletividade. Entretanto, não sob os argumentos esposados até o momento, uma vez que sobre o conceito cinge-se discussão no que refere à sua natureza, considerando que há na doutrina quem defenda, partindo da discussão relativa à sua eficácia, que o conceito seja caracterizado como cláusula ou princípio, e ainda uma terceira hipótese, que o reconhece pela ambivalência da atuação como princípio e cláusula.

No entanto, a função dos contratos não se submete apenas a tão conhecida previsão do art. 421 do Código Civil, estando do mesmo modo inserta no art. 2035¹¹⁵, parágrafo único, dispositivo que para fins do presente trabalho é até mais relevante do que a disposição legal mais famosa.

Veja-se:

“Art. 2035. [...] Parágrafo único. Nenhuma **convenção** prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código

¹¹² (VENOSA, 2006, Pp. 372-374).

¹¹³ (GODOY, 2004, p. 174 e ss).

¹¹⁴ (RENTERIA, 2006, Pp. 281-311).

¹¹⁵ Deixa-se de referir o *caput* porque seu conteúdo diz com a aplicação intertemporal do conceito, o que gerou candentes discussões é verdade, mas que não interessam à finalidade deste trabalho.

para assegurar a **função social** da propriedade e dos contratos” (BRASIL, 2002, online, grifo nosso).

Segundo Judith Martins Costa¹¹⁶, a função social dos contratos prevista no art. 421 do Código Civil seria uma cláusula aberta, pois ao juiz incumbe determinar o alcance da validade bem como a eficácia do negócio enlaçado, a partir de sua consideração do caso concreto.

No entanto, apesar de não se concordar com o “duplo papel” da função social, é necessário indicar quem o defenda, como Claudio Luiz Bueno de Godoy e Martins Costa¹¹⁷, que identificam a disposição do art. 421 como sendo uma cláusula aberta, pois esta, segundo sua característica eficaz, enviaria o aplicador a princípio ou valor por ela contemplado, o que, por sua amplitude, justificaria a observância da outra espécie normativa (GODOY, 2012, p. 125).

A divergência é mínima, pois da posição esposada há pouco concorda-se com a afirmação de que a função social dos contratos é um princípio, como também aceita-se o argumento daqueles que a identificam como uma cláusula geral. Inicialmente, a posição adotada pode até parecer paradoxal, mas explica-se. O aludido “duplo papel”, e não se entrará no mérito, talvez possa ser desempenhado pelo art. 421 do Código Civil, porque quando se trata de função social dos contratos, a doutrina nacional passa ao largo do art. 2035, parágrafo único do Código Civil. Deste modo, a divergência incide sobre este último artigo. Pois se fosse adotada a mesma postura da doutrina a que se fez menção, ter-se-ia de aceitar, conseqüentemente, a existência de dois dispositivos no Código Civil que possuem conteúdo análogo, ou melhor, que correspondem a previsão de duas cláusulas iguais e outros dois princípios também idênticos.

¹¹⁶ A respeito, veja-se as notas de rodapé nº.s. 86 e 110.

¹¹⁷ “Efetivamente, o método de concreção não afasta – antes requer – a referências ao sistema e aos seus princípios. Por isso mesmo não se apresenta como substitutivo do método da subsunção nem da lógica da inferência, peculiar ao raciocínio dedutivo. Conquanto uma subsunção rigorosa seja rara no Direito das Obrigações (que opera em grau mínimo com o princípio da tipicidade), na redação de contratos se tem utilizado com frequência a ‘técnica da proteção literal’, pela qual as partes ajustam a exclusão convencional da polissemia, seja pactuando previamente o significado a ser atribuído aos termos e expressões empregados, seja inventando novas unidades linguísticas com valência no contrato ajustado. Nesse caso, as próprias partes convencionam a interpretação a ser conferida a palavras, frases e eventos, reduzindo ao máximo a vagueza e possibilitando, em tese, uma subsunção, isto é, uma correspondência entre identidades (a que está prevista in abstracto e que pode se realizar in concreto)” (MARTINS COSTA, 2006, p. 151). A seguir, vamos promover um argumento em oposição ao defendido pela autora.

Nesta toada, procurar-se-á desvelar a diferença conceitual existente entre princípio e cláusula, o que afetará sobremaneira a interpretação aplicada sobre o art. 2035, parágrafo único.

Deste modo, de acordo com Humberto Ávila,

As cláusulas gerais¹¹⁸ são aquelas normas que contêm uma hipótese normativa e uma consequência, não estando essa definida e sendo, aquela, vaga (e.g. boa-fé graves motivos, justa causa, decorro profissional, etc.) Resultantes de intencional técnica legislativa, dirigida a no presente englobar o futuro, as cláusulas gerais consistem naquelas normas que, por meio de sua linguagem indeterminada, reclamam, para a determinação de seu conteúdo, regras morais ou do costume, necessitando de complementação de modelos de comportamento vigentes no meio social. A solução fica aberta, sendo dada pelo juiz, segundo valores éticos e sociológicos e consoante os princípios de direito, no momento da aplicação das normas (diacroma). Daí denominarem-se de regras condicionadas: dependem do fato concreto para determinação de seu conteúdo (ÁVILA, 1997, p. 432).

Conforme o alemão Karl Larenz, o método de subsunção¹¹⁹ típico dos enunciados normativos fechados seria insuficiente para o caso da aplicação das regras gerais. Estas, por sua vez, exigem uma “concretização” em vez da subsunção. Desta forma, quando o magistrado apreciar o caso concreto, além da tarefa de “generalizá-lo”, terá a de “individualizá-lo”. Assim, sua atividade não se esgotaria pela subsunção, uma vez que quanto mais complexos fossem os elementos atinentes ao caso, mais livre estaria o magistrado para afastar a subsunção (LARENZ, 1997, p. 50).

Ademais, a ausência de completude das normas poderia ocorrer no transcurso do tempo, completada por decisões judiciais em que utilizados conceitos “ilustrativos”, assim denominados por Larenz¹²⁰, e na sequência, por intermédio da

¹¹⁸ Larenz disserta acerca desta espécie normativa: “Tais *standards* não são, como acertadamente observa STRACHE, regras configuradas conceptualmente, às quais se possa efectuar simplesmente a subsunção por via do procedimento silogístico, mas pautas ‘móveis’, que têm que ser inferidas da conduta reconhecida como ‘típica’ e que têm que ser permanentemente concretizadas, ao aplicá-las ao caso a julgar” (LARENZ, 1997, Pp. 660-661). Em sentido afim (ESSER, 1961, Pp. 123-125).

¹¹⁹ Conforme Humberto Ávila: “A maior parte dos textos doutrinários entende a subsunção como operação de encaixe entre conceitos. Por isso, pressupõe a identidade conceitual, sem a qual não é possível a sua realização. Os fatos devem ser convertidos ao plano da juridicidade, para que se possa efetivar a subsunção entre conceitos idênticos. Será demonstrada a inaptidão do método subsunção, se não houver identidade conceitual ou se esse conceito não for dado, mas resultado de um processo de conversão anterior, que marque a ultrapassagem do puramente lógico pela necessidade de atividade relacionada a valores. (...) O fundamento normativo da subsunção residiria naquelas normas que, pela suposta clareza ou pela unanimidade de tratamento por todos quanto aos resultados por elas buscados, seriam aplicadas por meio da técnica pura da subsunção, ao contrário das normas que possuem textura aberta, as quais necessitam de uma atividade do aplicador para determinação do seu conteúdo” (ÁVILA, 1997, p. 421).

¹²⁰ Com acepção análoga, Franz Wieacker: “O legislador conseguiu afastar-se noutros casos, de forma mais feliz, da tormentosa escolha entre uma abstração empobrecedora e uma casuística

comparação¹²¹ com outros casos julgados conforme a mesma linha¹²² adotada, de maneira a concretizar a cláusula em relação a determinados casos, a partir de “novas ideias”, portanto, combinando modelos de resolução de conflitos com vistas à aplicação em contendas futuras. Entretanto, o autor reconhece que esse método não é isento de falhas, tendo em vista que haverá casos cujo contexto social difere-se daquele em que se originaram, tendo exemplificado esta situação pela abordagem dos “bons costumes”, que possuem hoje uma configuração muito diversa da que lhe era atribuída no início do século XX. Deste modo, quando não houver casos de comparação será permitido, e somente nestes casos, que a convicção¹²³ do julgador prevaleça para fins de solução do conflito (*Ibidem*, Pp. 411-413).

Humberto Ávila reconhece que a diferenciação entre cláusulas gerais e princípios normativos não é tarefa fácil. Entretanto, menciona que sua diferenciação poderia ocorrer segundo a adoção de dois critérios, o primeiro, fundado na abrangência valorativa, e o segundo, na operatividade de ambos os conceitos no ordenamento jurídico. Neste sentido, em relação à abrangência valorativa, os

acanhada através das chamadas cláusulas gerais, isto é, através de linhas de orientação, que, dirigidas ao juiz, o vinculam e, ao mesmo tempo, lhe dão liberdade. As cláusulas gerais constituíram uma notável e muitas vezes elogiada concessão do positivismo à auto-responsabilidade dos juízes e a uma ética social transpositiva, cujo padrão propulsor para o legislador foi constituído pela organização dada pelo *praetor* romano ao *judex* para determinar o conteúdo da decisão de acordo com a *bona fides*. O legislador transformou o seu trabalho – através da referência à ‘boa-fé’, aos bons costumes, aos hábitos do tráfico jurídico, à justa causa, ao caráter desproporcionado, etc. – em algo mais apto para as mutações e mais capaz de durar do que aquilo que era de se esperar” (WIEACKER, 2004, Pp. 545-546).

¹²¹Ao demonstrar uma diferença entre as cláusulas gerais e ao que denomina “sistema móvel”, Claus Wilhelm Canaris indaga que as primeiras: “(...) são sempre caracterizadas, e pelo menos em parte, com razão, como ‘pontos de erupção de equidade’” (CANARIS, 1989, p. 142).

¹²²De acordo com Fabiano Menke, a aplicação da cláusula geral possuiria a vantagem de uniformização da jurisprudência, pois faria originar os precedentes judiciais, instrumentos pelos quais: “compara-se o caso a ser decidido com os casos isolados que integram um grupo de casos já julgados sobre determinada norma. Caso haja identidade fático-normativa entre os casos, será possível agregar o novo caso ao grupo já consolidado, e no que toca à sua fundamentação, bastará a indicação de que pertence ao grupo, de maneira que ocorre um verdadeiro reaproveitamento das razões já expendidas nas hipóteses assemelhadas. Parece ter lugar uma nova configuração da argumentação, no sentido de que ela não busca a justificação da adequação de determinada cláusula geral ao caso em questão, mas sim a possibilidade de comparação entre o novo caso com os já decididos” (MENKE, 2006, Pp. 81-82).

¹²³Desvelando um temor quanto à utilização desmesurada das cláusulas gerais, Franz Wieacker aduz que: “Mesmo abstraindo destas épocas de degenerescência, elas possibilitam ao juiz fazer valer a parcialidade, as valorações pessoais, o arrebatamento jusnaturalista ou tendências moralizantes do mesmo género, contra a letra e contra o espírito da ordem pública. Por outro lado, o uso inadequado, hoje cada vez mais frequente, das cláusulas gerais pelo legislador atribui ao juiz uma responsabilidade social que não é a do seu ofício. Todas estas manifestações se baseiam no facto de a cláusula geral não permitir e, ao mesmo tempo, esvaziar de sentido qualquer atividade subsuntiva, desde que ela, por seu lado, não remeta para a situação bem definida de uma moral e de uma técnica judicial firme” (WIEACKER, 2004, Pp. 546-547).

princípios carregam valores relevantes ao contexto social, os quais operam sobre as cláusulas gerais, ou seja, estas seriam instrumentos daqueles, considerando que as cláusulas são aplicadas justamente para adequar o conteúdo dos princípios. Refere o autor, inclusive, com base em um aspecto normativo, que as cláusulas gerais estão sobre a linha limiar que separa os princípios das regras. Assim, o elemento diferenciador entre princípios e cláusulas seria mais contundente quanto à sua operatividade, já que os princípios atuam sobre grande parte das normas do ordenamento para dar-lhes sentido, ao passo que as cláusulas gerais são aplicadas em um sentido mais estrito, considerando que incidem em um período histórico delimitado, sob o qual, também, determinam-se os efeitos jurídicos aplicáveis ao caso. Desta forma, a concretização das cláusulas gerais é um mecanismo para aplicação de valores normativos relevantes à coletividade (ÁVILA, 1997, p.434).

Com relação à distinção de ambos os conceitos, Ávila conclui, no que concerne às cláusulas gerais,

Como a solução está aberta, há necessidade de um processo (processo de concretização) ao fim do qual se escolhe os valores (existentes no meio social, de acordo com os diversos topoi) que serão chamados a provocar efeitos jurídicos (concretização das normas). As cláusulas gerais funcionam como instrumentos de adaptação dos efeitos jurídicos concretos, naquelas normas cujos valores são identificados de maneira genérica. Ainda, os princípios são, em regra, concretizados pelo legislador, só existindo margem de concretização direta de um princípio constitucional, quando existe lacuna cujo preenchimento só pode ser feito pelo julgador, ou na hipótese de a lei conferir margem de apreciação ao juiz, mediante uso de normas abertas (*Ibidem*, Pp. 434-435).

Deste modo, não é possível que a cláusula abstraída da previsão da função social dos contratos seja confundida com sua decorrência principiológica, ainda mais se tratando do art. 2035, parágrafo único do Código Civil.

Já tendo sido analisado no momento em que abordada a teoria do fato jurídico, há alguns momentos atrás, cabe, para evitar a repetição, ressaltar ensinamento de Marcos Bernardes de Mello, segundo o qual

Deve-se, na verdade, mais uma vez a Pontes de Miranda, “após acurado estudo dos fatos jurídicos, a partir da revisão dos processos lógicos e metodológicos empregados para classificar os fatos jurídicos”, previsão classificatória, segundo a rigorosa aplicação do critério de individualizá-los com fundamento nos dados nucleares (cerne) de seu suporte fático. A partir dessa orientação metodológica, podemos identificar **como elementos nucleares (cerne)** diferenciais: a) a conformidade ou não **conformidade do fato jurídico com o direito**, b) **a presença, ou não, de ato humano volitivo no suporte fático** tal como descrito hipoteticamente na norma jurídica (MELLO, 2007, p. 116, grifo nosso).

Assim, é pertinente analisar-se as disposições técnicas dos arts. 421 e 2035, parágrafo único, para identificação de sua razão jurídica de ser, o seu suporte fático.

Portanto, é possível identificar como elemento cerne do art. 421, tendo em vista que condiciona o exercício da liberdade aos ditames da função social dos contratos¹²⁴, uma limitação genérica à autonomia privada, pois seu suporte fático seria reconhecido pela ideia de limitação à autonomia privada. No mais, considerando o conteúdo da disposição do art. 2035, parágrafo único, ao primeiro olhar até se poderia admitir que há, como realmente está presente, uma limitação à autonomia privada, mas seu conteúdo é mais específico, posto que afirma que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública” (BRASIL, 2002, online). Deste modo, o suporte fático da norma muito embora preveja a vontade, impõe de modo equivalente a conformidade ao direito, fazendo com que a norma possua um suporte fático mais especificado, no sentido de limitar os acordos de vontade que contrariem os ditames de ordem pública – onde está inserida a função social dos contratos.

E, como distinguiu Ávila, as cláusulas gerais permitem ao aplicador identificar o preenchimento do suporte fático e determinar qual a consequência jurídica incidente ao caso. Segundo identifica-se no art. 2035, parágrafo único, a consequência jurídica já se encontra pré-determinada pelo seu conteúdo.

Desta forma, apesar das duas normas apresentarem conteúdo que, direta ou indiretamente afeta à autonomia privada dos indivíduos, a disposição descrita no art. 2035, parágrafo único, não só é mais determinada, como refere explicitamente à questão da validade das convenções. E aqui, uma diferença *sine qua non* para diferenciar ambos os textos. Como já referido alhures, a partir da escola de Pontes de Miranda e do seu sucessor, Marcos Bernardes de Mello, o termo “convenção” não pode ser considerado similar ao termo “contrato”, uma vez que possuem conteúdo eficaz diverso.

Até porque, conforme refere Mello,

[...] o emprego dos adjetivos unilateral e bilateral para qualificar os negócios jurídicos e, também, os contratos pode levar a expressões possíveis de criar confusões e equívocos no trato de conceitos como, por exemplo, quando se diz que o contrato unilateral é um negócio jurídico bilateral. Por isso torna-se necessário precisar que, (a) enquanto a unilateralidade ou bilateralidade nos negócios jurídicos dizem respeito à formação do suporte fático suficiente, donde constituir questão que se situa no plano da existência, (b) quando qualificam um contrato mencionam dado que se coloca no plano da *eficácia*,

¹²⁴ (BRASIL, 2002, online).

porque indicam o conteúdo eficaz próprio do contrato em relação aos figurantes (MELLO, 2007, p. 204, nota de rodapé 196).

Em outras palavras, trata-se de consequência jurídica relativa ao próprio suporte fático da norma que não confunde a lateralidade ou posição da vontade dos envolvidos, tais como a bilateralidade ou a plurilateralidade, com o contrato ou acordo, estes sim, consentâneos daqueles, o que poderia acarretar um desalinhamento em relação aos interesses implicados – onde justamente reside a peculiaridade que os distingue. Isso porque, nos contratos, apenas para lembrar, estão presentes interesses divergentes sobre um mesmo objeto. Ao contrário do acordo, que submete o objeto comum a interesses convergentes.

Entretanto, não se olvida que o art. 2035, parágrafo único, em razão de possuir em seu texto conceitos indeterminados como “ordem pública”, remeta o intérprete ao art. 421, que também possui conceitos indeterminados como “será exercida em razão” e nos “limites” (BRASIL, 2002, online).

Mais uma vez socorre-se dos ensinamentos de Humberto Ávila, que diferencia os conceitos indeterminados¹²⁵ em razão da imprecisão de seu conteúdo. Todavia, ressalta que há quem os compreenda sob um problema de valoração pessoal, e outros, que defendem seja sua indefinição uma questão de discricionariedade. Em realidade, Ávila crê que a solução ao problema assinalado pela primeira posição resida na interpretação, já para aqueles que defendem a solução da discricionariedade, esta estaria inserida no processo interpretativo, sendo apenas permitida em caso de eleição da consequência ou do efeito jurídico. Por este motivo identifica como espécies de conceitos jurídicos indeterminados¹²⁶ os conceitos empíricos ou descritivos, que designariam objetos tangíveis aos sentidos. Assim, sua aplicação ficaria restringida à explicação do conceito. Neste sentido, exemplifica a partir dos termos noite, escuridão e ruído. Aliás, reconhece que existem também os conceitos normativos, os quais visariam dados não completamente decifráveis pelos sentidos, em virtude disto, necessitariam de outras normas para tornarem-se compreensíveis, como se vê nos termos “alheia”,

¹²⁵ “Por conceito indeterminado entendemos um conceito cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos. Os conceitos absolutamente determinados são muito raros no direito. (...) Os conceitos jurídicos são predominantemente indeterminados, pelo menos em parte. (...) Sempre que temos uma noção clara do conteúdo e da extensão dum conceito, estamos no domínio do núcleo conceitual. Onde as dúvidas começam, começa o halo do conceito” (ENGLISH, 1996, Pp. 208-209).

¹²⁶ Com classificação semelhante, divergindo apenas em razão da constatação de categoria composta por conceitos normativos *stricto sensu*, e a fim de diferenciá-los dos denominados descritivos, observe-se (*Ibidem*, Pp. 210-214).

“casamento” e “menor”. No caso dos conceitos “meramente normativos”, a aplicação estaria consubstanciada à interpretação¹²⁷, inerente ao “mero” conhecimento do aplicador. Por fim, dentro destes tipos de conceitos normativos estariam incluídos aqueles que carecem de uma correlação com as normas do sistema e, que em razão disto, não dispensariam o preenchimento por ação valorativa do aplicador. Com relação aos conceitos normativos que envolvem valoração, duas situações seriam possíveis: em um primeiro caso, o preenchimento ocorreria por aspectos objetivos, advindos do setor social, sendo a valoração uma das notas da atividade aplicativa. Numa outra possibilidade, o preenchimento dos conceitos seria derivado de aspectos pessoais do aplicador. Neste último caso, a solução não estaria definida pelo conceito normativo, assim, caberia ao intérprete realizar à sua aplicação de forma criativa e não arbitrária, com base nos precedentes judiciais (ÁVILA, 1997 p. 435).

No entanto, Ávila identifica que há casos onde o ordenamento concede mais de uma possibilidade de resolução ao conflito, pela análise em abstrato da norma a ser aplicada, resultando daí uma mitigação ou uma atenuação quanto à possibilidade de escolhas do intérprete. Desta forma, quando houver mais de um caminho permitido pela norma em questão, ainda assim será preciso atentar para as exigências circunstanciais decorrentes do caso. Não se concede um “salvo conduto” à consciência do julgador. Pois, ainda que houvesse mais de uma hipótese possível, só restaria uma única solução “ótima” ao caso. Nessas hipóteses, como se pode perceber, a “liberdade” do magistrado é igualmente contida (*Ibidem*, p. 436).

Por fim, Ávila encerra com a diferença de avaliação/aplicação do intérprete sobre as cláusulas gerais¹²⁸ e os conceitos valorativos, pois segundo ele

¹²⁷ É sempre pertinente relembrar as lições de Hans-Georg Gadamer: “Quando compreendemos um texto, não nos colocamos no lugar do outro, nem é o caso de pensar que se trata de penetrar a atividade espiritual do autor; trata-se, isto sim, de apreender simplesmente o sentido, o significado, a perspectiva daquilo que nos é transmitido. Trata-se, em outros termos, de apreender o valor intrínseco dos argumentos apresentados, e isto da maneira mais completa possível. Encontramo-nos, de súbito, na esfera de uma perspectiva já compreensível em si mesma, sem que isso implique debruçarmo-nos sobre a subjetividade do outro. O sentido da investigação hermenêutica é revelar o milagre da compreensão, e não a misteriosa comunicação entre as almas. Compreender é o participar de uma perspectiva comum” (GADAMER, 1998, p. 59).

¹²⁸ Para Karl Engisch: “(...) as cláusulas gerais não possuem, do ponto de vista metodológico, qualquer estrutura própria. Elas não exigem processos de pensamento diferentes daqueles que são pedidos pelos conceitos indeterminados, os normativos e os discricionários. De todo o modo, as cláusulas gerais aumentam a distância que separa aqueles outros conceitos dos conceitos que lhes são correlativos: os conceitos determinados, etc. Mas isto seria apenas uma diferença de grau, não de espécie ou natureza. O verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa. Graças à sua generalidade, elas tornam possível sujeitar um mais vasto grupo de

Nas cláusulas gerais, o aplicador, pela vagueza da hipótese normativa e pela indefinição das consequências, possui possibilidade de optar, segundo uma série de valores sistemáticos e problemáticos, tanto pela incidência das normas sobre determinadas circunstâncias de fato, como pela escolha dos efeitos jurídicos dessa regulação. Nos conceitos jurídicos normativos de valor, a margem de apreciação valorativa circunscreve-se, na mesma intensidade, sobre o preenchimento da pauta carecida de conteúdo de sentido, mas inexistente, quanto à escolha dos efeitos já determinado pelo ordenamento jurídico. Por isso quanto à eficácia normativa (*Ibidem*, Pp. 436-437).

Como visto, ainda que se considere o argumento da indeterminabilidade de alguns conceitos do art. 2035, parágrafo único, em referência à possível necessidade de remissão à cláusula do art. 421, tal situação não é capaz de justificar que a expressão “função social” pertença à categoria das cláusulas gerais, isso porque, quando a escolha for determinada pelo ordenamento jurídico, pode estar presente ao invés de uma cláusula geral, um conceito indeterminado valorativo. Deste modo, mesmo admitindo-se que a função social dos contratos tenha um caráter indeterminado, pelo que não se discorda, diante da diferenciação apurada entre o conceito indeterminado valorativo e as cláusulas gerais, somados aos argumentos que diferenciaram até agora, princípios de cláusulas gerais, não é possível considerar que a previsão do art. 2035, parágrafo único, apresente a disposição de uma cláusula geral.

Analise-se o referido princípio - o que leva a crer se tratar a disposição do art. 2035, parágrafo único - sob análise do seu conteúdo eficaz, assim como realizado no introito deste trabalho em relação ao devido processo legal. Para tanto, utiliza-se mais uma vez as lições de Humberto Ávila (2015b, Pp. 92-93; 122-126; 128), mas neste instante centrando-se a análise sob a função social dos contratos, como não poderia deixar de ser.

Deste modo, o autor, como já restou consignado, divide os princípios por sua eficácia interna, quando estes desempenham papel sobre as regras e subprincípios do ordenamento jurídico ao qual pertencem, e com relação a sua eficácia externa, hipótese em que os princípios exercem a função de interpretação dos fatos e das provas.

A eficácia interna direta ocorreria pela dispensa do auxílio de outras regras ou subprincípios - exsurgindo aqui a sua função integrativa, característica que os

situações, de modo ilacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica. O casuísmo está sempre exposto ao risco de apenas fragmentária e ‘provisoriamente’ dominar a matéria jurídica. Este risco é evitado pela utilização das cláusulas gerais” (ENGISH, 1996, Pp. 233-234).

permite incidir diretamente. O contrário acontece se sofrer alguma intermediação, pois aí estará configurada sua eficácia interna indireta, podendo o princípio exercer uma função definitória, caracterizada pela delimitação do conteúdo de um princípio mais abrangente (muito embora seja consentâneo do princípio da solidariedade social, a função social dos contratos não precisa desempenhar papel definitório em relação àquele princípio constitucional). Poderá também exercer uma função interpretativa, se tiver de desempenhar a função de explicar o texto de uma regra mais específica. E de acordo com a função bloqueadora, será capaz de atuar a fim de eliminar ou pelo menos uniformizar a interpretação com relação a regras que sejam incompatíveis com o ordenamento.

Os sobreprincípios desfrutariam das funções interpretativa e bloqueadora, e da função rearticuladora, que objetiva a convergência de vários elementos para o atingimento do Estado ideal estabelecido pelo ordenamento jurídico. Desta forma, careceriam da função integrativa, porque esta incide de maneira direta, tampouco exerceriam a função definitória, pois ao invés de precisarem o conteúdo, são quem na verdade “sofrem” a limitação dos princípios.

Haveria, além disso, uma eficácia externa que corrobora para a avaliação de fatos e provas. Nesta esfera há uma valoração subjetiva e outra objetiva. A eficácia externa objetiva pode ser direcionada ao intérprete, que com base em parâmetros axiológicos resultantes da interpretação dos princípios seleciona aqueles que considerar mais condizentes para a resolução da questão. Por outro lado, incidirá por meio da espécie objetiva valorativa quando o intérprete analisar os valores tutelados pelo princípio em questão, com o objetivo de identificar aqueles que irão recair sobre a norma. Ao final, tem-se ainda a eficácia argumentativa, endereçada ao Poder Público, que precisará arcar com o ônus argumentativo caso restrinja algum direito pertencente aos particulares.

Não menos relevante, a eficácia externa subjetiva atuaria para limitar a atividade estatal, seja para refutar uma intromissão, seja para exigir uma prestação positiva do Poder Público.

Revisitados os conceitos, será que se coadunam com a função social dos contratos?

Partindo da eficácia integrativa, o princípio da função social dispensa a intermediação de outras espécies normativas para incidir no caso concreto, podendo ser aplicado imediatamente. Seguindo o exame, pode-se dizer em relação à eficácia

interpretativa, que a função social dos contratos pode ser aplicada de modo a esclarecer a celeuma em relação aos demais dispositivos, uma vez que incidirá sobre todas as convenções, desse modo, se houver dúvida acerca da validade de uma determinada convenção, o princípio em comento deverá ser utilizado.

Por tudo o que até o momento fora exposto, tem-se a convicção de que a disposição contida no art. 2035, parágrafo único trata-se de um princípio jurídico.

Entretanto, considerando que o ditame em questão traz em seu bojo o termo “convenções”, pela análise já realizada, o termo não pode ser confundido como se “contrato” fosse. No caso, tem-se um conceito indeterminado normativo valorativo e, de acordo com a avaliação das consequências jurídicas dos negócios jurídicos – a partir da interpretação concedida pela Teoria do Fato Jurídico, se não for contrato, deverá ser compreendido como acordo.

Obviamente não se rechaça, considerando sua natureza, que o termo “convenções” seja, em razão das necessidades sociais ou a critério do aplicador, compreendido como derivação do termo “contrato”.

Dessa maneira, em razão do termo “convenção” – admitido também por acordo - trazer a ideia de uma convergência de interesses sobre um determinado objeto, não poderá ser confundido com a abrangência semântica do termo “contrato”.

Trícia Navarro Xavier Cabral apresenta alguns argumentos a respeito da pertinência terminológica do termo “convenção”¹²⁹ aplicado à seara processual, na seguinte ordem:

Primeiro porque “convenções” é a terminologia utilizada pelo Código de Processo Civil atual e também pelo projetado. Segundo para diferenciar o instituto dos “negócios jurídicos” do Código Civil, já que este também usa a expressão quando há uma só manifestação de vontade. Terceiro porque o termo “contrato” traduz apenas a ideia de forma de materialização do ajuste, sendo que eventual divergência sobre a sua extensão conceitual poderia comprometer o sentido aqui empregado. E quarto porque “acordo” nem sempre indica somente o objeto ou o conteúdo das convenções, podendo ainda se referir a um fim específico de fazer cessar uma pendência ou demanda, o que não corresponde exatamente ao que se pretende aduzir (CABRAL, 2015a, p. 498).

Pode-se concluir, parcialmente, que o conceito de função social demonstra sua utilidade. Porque há uma relação entre subsistemas, social e jurídico, em nível

¹²⁹ A partir de uma análise semântico-jurídica do termo “convenções”, perceber-se-ia sua diferença no tocante ao conceito contrato, pois a interpretação que prevalecia era no sentido de que não gerava nenhum tipo de obrigação. Hodiernamente compreende-se que ambos repercutem consequências jurídicas. Ademais, a convenção não só se distingue de contrato como também pode existir sem ele. Daí sua natureza jurídica independente. Visto em: (DE PLACIDO E SILVA, 1994, p. 558).

de eficácia jurídica. Se a convenção for prejudicial a qualquer dos convenientes, estará indiretamente prejudicando a sociedade, e vice-versa. Por isso, em razão do interesse coletivo envolvido, sua análise deverá contemplar o meio, o objeto e suas respectivas consequências.

Para Francisco Amaral,

[...] a funcionalização¹³⁰ de um princípio, norma, instituto ou direito implica, na sua positivação normativa, o reconhecimento de limites que o ordenamento jurídico, ou algum de seus princípios vinculantes, estabelece para o exercício das faculdades subjetivas (em face de situações concretas) que possa caracterizar abuso de direito (AMARAL, 2008, p. 234, nota de rodapé 34).

É esse o entendimento esposado por Flávio Tartuce, que adota na íntegra a proposição defendida pelo Min. Luis Edson Fachin¹³¹, para quem

¹³⁰“(...) a diferença entre o estudo da função social e o da finalidade econômica e social está na perspectiva do jurista na análise do fenômeno jurídico em relação aos resultados práticos do ato: o jurista que estuda a função tem seu foco sobre o instrumento para alcançar determinados fins, verificar se o instrumento está servindo para fins predeterminados, sua validade e eficácia condicionada pela funcionalidade; o jurista que estuda os fins tem seu foco sobre os efeitos, não pela contraposição ao instrumento, mas em relação à norma que predetermina os fins a serem alcançados pelo instrumento” (BRANCO, 2009, p. 273). Neste diapasão, Luciano Camargo Penteado: “Função é finalidade, fim. A idéia de função social, permeada, histórica e dogmaticamente, pela teoria da causa, tal qual desenvolveu-se na Itália com E. Betti, evoca justamente uma destinação própria da contratação, que pode ser vista por tipo de contrato. Dizer o que é função social do contrato é dizer o ‘para que ele serve’ A função do contrato, se vista apenas como uma garantia do patrimônio das partes, dos interesses dos contratantes configurado no objeto da declaração, realmente, não teria o condão de autorizar o deferimento da pretensão condenatória do terceiro. Entretanto, a orientação jurisprudencial caminha no sentido de ver um outro papel social para o seguro, para os contratos em geral. Para além da declaração negocial, vê-se no contrato uma instituição social de certo fim próprio, que viabiliza a proteção do terceiro” (PENTEADO, 2007, p. 265).

¹³¹ O enunciado proposto pelo ministro do STF na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho Nacional de Justiça, apesar de não ter sido aprovado, merece a transcrição de suas razões, as quais vão ao encontro das adotadas no atual, conforme percebe-se: “Debate-se no Brasil o sentido e o alcance dos contratos à luz do direito contemporâneo. Presentemente, a função social dos contratos é um preceito de ordem pública. Inválido, por isso, pode ser considerado qualquer negócio ou ato jurídico que contrariar essa disposição, hoje inserida no direito brasileiro pelo parágrafo único do art. 2.035 do novo Código Civil (Lei 10.406, em vigor a partir de 11 de janeiro de 2003). Esse princípio legal é aplicável a todas as espécies de contratos, tanto de Direito Privado quanto de Direito Público. É que no campo jurídico contemporâneo não há mais espaço para a separação absoluta entre o público e o privado. (...) Por conseguinte, aos contratos em geral se impõem os limites da função social, que passa a ser o sentido orientador da liberdade de contratar, pilar e espelho da sociedade brasileira contemporânea. Novos tempos traduzem outro modo de apreender tradicionais institutos jurídicos. Não se trata de aniquilar a autonomia privada, mas sim de superar o ciclo histórico do individualismo exacerbado, substituindo-o pela coexistencialidade. Quem contrata não mais contrata apenas com quem contrata, eis aí o móvel que sinaliza, sob uma ética contratual contemporânea, para a solidariedade social. Proibidade e boa-fé são princípios obrigatórios nas propostas e negociações preliminares, na conclusão do contrato, assim em sua execução, e mesmo depois do término exclusivamente formal dos pactos. Desse modo, quem contrata não mais contrata tão só o que contrata, via que adota e oferta um novo modo de ver a relação entre contrato e ordem pública. O equilíbrio entre justiça e segurança jurídica provoca a compreensão desse cenário jurídico. O desafio é decodificá-lo para construir o futuro que não deve se resumir a um requestrar do passado. Assim, no debate quanto à validade e à eficácia dos contratos no direito brasileiro, está

A função social dos contratos, prevista no art. 421 do novo Código Civil e definida como preceito de ordem pública pelo parágrafo único do art. 2.035 do novo Código Civil brasileiro, é condição de validade dos atos e negócios jurídicos em geral cujo cumprimento pode se averiguar *ex officio* pelo juiz (TARTUCE, 2017, online).

Para o intuito do presente, é essencial que investiguemos as possíveis nulidades que podem afetar a validade das convenções processuais, especialmente, sobre a licitude do objeto pactuado, segundo os parâmetros da hipótese delineada no início. Os demais aspectos, como a capacidade do agente, a forma do ato e a natureza do direito sobre o qual versa a convenção, cuja análise é igualmente relevante, em razão dos limites de extensão possíveis a este trabalho, serão analisadas em uma próxima oportunidade. Assim, para fins de verificação do problema proposto, considere-se preenchidos, respectivamente, os últimos elementos listados.

4 Uma análise acerca dos supostos óbices ao objeto da convenção processual: a audiência de mediação/conciliação

4.1 A obrigatoriedade da audiência inicial

Conforme já referido, o tema mais complexo no tocante à nulidade dos negócios processuais é sobre a fixação de divisas relativamente ao seu objeto, ou seja, há a necessidade de saber-se os limites da autonomia privada no âmbito de negociação das convenções processuais. O Código de Processo Civil confere ampla margem de liberdade às partes para estabelecerem estes acordos¹³², os quais, por decorrerem de uma cláusula geral podem ter sua incidência amplificada, abrindo também, por que não, a possibilidade de sua adoção sobre o âmbito das denominadas soluções consensuais de conflitos¹³³, espaço onde a autonomia possui grande relevo.

Nesse sentido, ressalte-se o papel da Resolução 125/2010¹³⁴ do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Na seção II, em seu art. 8º¹³⁵, por exemplo, institui os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e

¹³² “O negócio processual atípico tem por objeto as situações jurídicas processuais –ônus, faculdades, deveres e poderes (‘poderes’, neste caso, significa qualquer situação jurídica ativa, o que inclui direitos subjetivos, direitos potestativos e poderes propriamente ditos). O negócio processual atípico também pode ter objeto do ato processual – redefinição de sua forma ou de sua ordem de encadeamento dos atos, por exemplos. No caso, negocia-se sobre o processo, alterando suas regras, e não sobre o objeto litigioso do processo. São negócios que derogam normas processuais – *Normdisposition*, conforme designação de Gerhard Wagner (...) A forma do negócio processual atípico é livre. A consagração da atipicidade da negociação processual liberta a forma com o que o negócio jurídico se apresenta. Assim, é possível negócio processual oral ou escrito, expresso ou tácito, apresentado por documento formado extrajudicialmente ou em mesa de audiência etc.” (DIDIER JR., 2017a, Pp. 109-110; 119); outrossim (NALIN; STEINER, 2017, Pp. 195-196). Como pode ser visto, é esta a categoria que se submete o tipo de convenções *sub examine*.

¹³³ “Da leitura do NCP observe-se que os meios alternativos de resolução de disputa deixam de ser apenas alternativos, passando a compor um quadro geral dos meios de resolução de disputas; passam a ser meios integrados de resolução de disputas. A dicotomia (resolução judicial x meios alternativos) fica atenuada. Não se fala mais no meio de resolução de disputas e suas alternativas, mas se oferece uma série de meios, entrelaçados entre si e funcionando num esquema de cooperação, voltados à resolução de disputas e pacificação social” (NETO; CUNHA; 2016, p. 386).

¹³⁴ (BRASIL, 2010, online).

¹³⁵ “Art. 8º Os tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão” (BRASIL, 2010, online).

Cidadania; suas disposições seguintes tratam da forma como se dará sua instalação e o seu funcionamento. Portanto, verifica-se a relevância concedida pelo ordenamento jurídico às soluções consensuais, que por meio deste mecanismo legal promove e fomenta aos cidadãos a possibilidade de exercer sua cidadania de uma maneira mais participativa, atribuindo-lhes um papel fundamental na resolução dos seus próprios conflitos¹³⁶, através do reconhecimento de um espaço de liberdade onde será desenvolvida sua autonomia.

Deste modo, cabe identificarmos a mediação e a conciliação.

Segundo Humberto Dalla Bernardina Pinho, pode-se distinguir a mediação¹³⁷ e a conciliação¹³⁸¹³⁹ considerando os preceitos do CPC/2015 em relação à finalidade a ser atingida e aos métodos aplicados. Em relação à finalidade, a mediação

¹³⁶ Além de concordar com esta posição, Simone Tassinari Cardoso aponta o modelo norte-americano dos *Alternative Dispute Resolutions* como instrumento capaz de fomentar as práticas consensuais de solução de conflitos, no entanto, para alcançar-se satisfatoriamente a sua finalidade, exigir-se-ia uma mudança na educação da comunidade jurídica (no sentido de fortalecer o sistema multiportas, baseado nesse modelo), e um enfrentamento ao paradigma do conflito, que ainda seria predominante no imaginário jurídico, tal como um “totem” (CARDOSO, 2016, Pp. 320-323).

¹³⁷ Ricardo Goretti observa a mediação sob três perspectivas: a primeira, com uma visão mais voltada ao processo; a segunda, com base na técnica utilizada; a terceira, a partir de um ponto de vista filosófico. A primeira perspectiva serviria para analisar a sequência de atos concatenados; a segunda remeteria à investigação da técnica utilizada; a terceira levaria à reflexão da prática mediadora. O autor enfatiza em sua obra, primordialmente, os aspectos processual e filosófico (GORETTI, 2017, Pp. 162-163).

¹³⁸ Segundo Diogo Rezende de Almeida, os métodos de solução de conflitos podem ser divididos em três: em autocompositivos, impositivos e híbridos. No primeiro tipo estariam a negociação, a mediação e a conciliação. A negociação se diferenciaria dos outros dois, pela ausência de um terceiro no procedimento. Neste tipo, o auxílio externo é despiciendo. Os métodos impositivos, ao contrário, seriam identificados pela presença de um terceiro com alto poder decisório, como é o caso da jurisdição e da arbitragem. Por fim, os métodos híbridos seriam aqueles em que no início o auxiliar externo é até dispensável, porém, em caso de persistência da controvérsia, prevê-se o encaminhamento das partes a qualquer método impositivo, conciliando, portanto, ambas perspectivas (ALMEIDA, 2018, Pp. 929-931). Nesta última espécie, cremos, encaixam-se as convenções processuais.

¹³⁹ Nesse cenário, Antonio do Passo Cabral e Leonardo Carneiro da Cunha trazem a hipótese da negociação direta ou *collaborative law* como espécie de resolução consensual de conflitos. Do ponto de vista estrutural, funciona como uma “mediação sem mediador”, pois as partes contam com a presença dos advogados antes do ajuizamento da demanda, desse modo, com uma formatação pré-processual. Então, os advogados tentam realizar uma autocomposição; caso inexitosa, conforme a “cláusula de desqualificação”- que a espécie impõe, deverão deixar de atuar em futura demanda judicial. Portanto, segundo a posição dos autores, trata-se de método que aspira pressionar os advogados a pensar mais no interesse dos seus mandantes e menos nos seus próprios interesses. Segue a ritualística dos demais métodos, também se submetendo à confidencialidade, sem desconsiderar as vantagens em relação aos custos processuais, incluso aí o montante disposto com os honorários advocatícios. Esse modelo poderia funcionar consecutivamente às convenções processuais, tal como ocorre na França e na província de Quebec no Canadá, de modo a evitar a contenda judicial, pelo menos até que um acordo definitivo seja firmado, semelhantemente ao funcionamento de uma cláusula de *non petendo*, sob um *non facere*, referente à “obrigação” de não ajuizar a causa (CABRAL; CUNHA, 2016, Pp. 479-484). Sob a defesa desse ponto de vista e acrescentado que: “o próprio processo de negociação das cláusulas da convenção processual deve ser pautado pela lógica cooperativa para que alcance a sua máxima efetividade” (PINHO; ALVES, 2016, Pp. 141-142).

tenderia a solucionar os conflitos entre os envolvidos de maneira mais abrangente, ao passo que a conciliação se contentaria com a resolução referente à posição apresentada pelas partes. No que diz respeito ao método, o mediador deveria se abster da tomada de qualquer iniciativa para propor um rito ou alternativa às partes, devendo apenas facilitar a comunicação entre elas; tal não ocorreria quando tratar-se do papel exercido pelo conciliador, o qual exerceria uma ação mais efetiva na solução dos conflitos, inclusive, sendo-lhe permitido sugerir os termos a serem redigidos no acordo (PINHO, 2010, Pp. 86-87).

Deste modo, após conceituarmos o que venha a ser a conciliação e a mediação, parece relevante adentrarmos na discussão acerca da obrigatoriedade¹⁴⁰ da realização de audiência no início dos procedimentos. A análise se justifica, porque poderá afetar o controle da validade da hipótese sob exame.

Segundo Tiago Rodovalho,

É inquestionável que a Lei de Mediação se sobrepõe à regulação do NCPC, pois se trata de lei especial (*lex specialis derogat generali*) e de lei posterior (*lex posterior derogat legi priori*), dois critérios para resolver antinomias entre normas. Efetivamente existe, com a revogação dessa parte no NCPC pela Lei de Mediação, instituindo-se, pois, no Brasil, a mediação obrigatória, entendimento esse que também é comungado por Zulmar Duarte. Pensamos dessa maneira, pois, como dito, a Lei de Mediação não repete a possibilidade de oposição à sua realização, consignando, apenas, que, preenchidos seus pressupostos (transnacionalidade do direito), “o juiz designará audiência de mediação”. Sendo que o verbo “designará” exprime um poder-dever do magistrado. O poder-dever é caracterizado por ser uma competência atribuída por lei (=poder), ao mesmo tempo em que essa atribuição não é uma mera faculdade, sendo uma obrigação (=dever), de tal sorte que não somente pode fazê-lo, como deve fazê-lo (RODOVALHO, 2016, Pp. 396-397).

Além disso, Tiago Rodovalho¹⁴¹ refere que o argumento de inconstitucionalidade sobre a obrigatoriedade não subsiste, pois a própria Constituição em seu preâmbulo fomentaria a solução harmoniosa entre os cidadãos.

¹⁴⁰ Daniela Monteiro Gabbay não deixa de apontar alguns benefícios da obrigatoriedade da audiência inicial em seu estudo sobre a mediação no Brasil e nos Estados Unidos, mas refere que os possíveis proveitos podem ter efeito inverso, pois a sua institucionalização poderá acarretar um engessamento das audiências e do espaço para modificações de regras e reclamações das partes (GABBAY, 2013, Pp. 88-89).

¹⁴¹ Em mesmo sentido (DUARTE, 2015, online). Compreendendo pela obrigatoriedade da primeira audiência, com base na interpretação do CPC/2015: (MENDES; HARTMANN, 2018, Pp. 109-128); neste sentido, mas sob fundamento do art. 27 da Lei 13.140 (CURY, 2018, Pp. 495-520). Por fim, também interpretando pela obrigatoriedade, mas ressaltando algumas exceções: (MAZZOLA, 2018, Pp. 136-140).

Agrega, ainda, que aos preâmbulos constitucionais deveria ser conferida a eficácia normativa atribuída aos princípios¹⁴² (*Ibidem*, p. 397).

Outrossim, rebate as críticas quanto à suposta incompatibilidade entre o CPC/2015 e a Lei de Mediação, pois segundo ele, o art. 27¹⁴³ da referida Lei teria aplacado à necessidade de que na petição inicial fosse manifestado o interesse na realização da audiência. Alega, inclusive, de que este **foi** um requisito da petição inicial de acordo com a leitura dos art. 319, inciso VII e 334, §5º do CPC/2015. Por esses motivos conclui que a audiência que inicia o processo tornou-se obrigatória a partir da vigência da Lei de Mediação (*Ibidem*, Pp. 397-398, grifo nosso).

Em sentido diverso do propugnado até o presente instante, Fernanda Tartuce reconhece que a Lei de Mediação foi aprovada sem considerar as disposições do CPC/2015. No mais, aponta que essa falta de consonância se encontraria, por exemplo, nas diferentes disposições que tratam dos critérios para que alguém possa se qualificar ao cargo de mediador judicial (vejam-se os arts. 11 da Lei 13.140/2015¹⁴⁴ e o art. 167, §1, do CPC/2015¹⁴⁵). Deste modo, apesar de identificar os problemas de interpretação já existentes, propõe que não se considere a revogação dos dispositivos do CPC/15 pela nova Lei, mas que se leve em conta uma aplicação de ambas as legislações a partir da teoria do diálogo das fontes, cabendo ao intérprete, alicerçado pelos princípios que regem os meios consensuais, dirimir o conflito existente. Desta forma, em surgindo um conflito entre a aplicação de uma das normas já referidas, o aplicador deveria utilizar os princípios que regem a mediação para solucionar a celeuma. Até porque, conforme a autora, ainda que as normas em destaque pertençam a disposições diversas, não se excluem, tendo em vista que as duas legislações possuiriam um sistema de princípios comuns, citando como pilares: a autonomia da vontade, a imparcialidade, a confidencialidade, a oralidade e a informalidade. Ao final, em relação à obrigatoriedade da audiência de mediação, mais especificamente, afirma que não se poderia interpretá-la de forma isolada, primeiro, porque a aclamada inevitabilidade não pode ser percebida pela simples leitura da lei específica; segundo, pois a “manifestação expressa de

¹⁴² De acordo com a atual posição do STF, sabe-se que o Preâmbulo não é considerado parâmetro para o controle de constitucionalidade, mas serve como diretriz interpretativa, conforme se depreende da ADI 2.076-AC (BRASIL, 2003a, online), que a seguir, será novamente trazida à baila.

¹⁴³ “Art. 27. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação” (BRASIL, 2015b, online).

¹⁴⁴ (*Ibidem*, online).

¹⁴⁵ (BRASIL, 2015a, online).

desinteresse por ambas as partes, é plenamente consentânea com a autonomia¹⁴⁶ da vontade, princípio essencial da mediação expresso na lei” (TARTUCE, 2016, Pp. 510-512).

Encerrando o entendimento daqueles que defendem essa mesma posição, Bárbara Seccato Ruis Chagas e Rodrigo Mazzei assentem que o objetivo central da mediação seria fomentar o diálogo, para que as partes conheçam os pontos controvertidos, mas não só, também serviria como uma medida prospectiva, que mira para o futuro, haja vista o seu intuito, que é o de inculcar nas partes a ideia de Judiciário como o último recurso para a resolução de conflitos. Para isso, detectam como princípios basilares dos métodos de resolução adequada de conflitos: a autonomia da vontade e a confidencialidade¹⁴⁷. Assim seria, pois, a autonomia possibilita o protagonismo das partes, inclusive, auxiliando-as para que decidissem sobre as regras procedimentais mais pertinentes à adequação do caso ao método consensual pretendido (CHAGAS; MAZZEI, 2018, Pp. 70-71).

Há, ainda, quem entenda como Maurício Vasconcelos Galvão Filho, que a melhor interpretação que se deveria fazer seria no sentido de compreender a primeira audiência não como a mediação propriamente dita, mas como uma audiência de pré-mediação, pois seria o momento propício para que fossem apresentados aos eventuais interessados em participar, quais os princípios que regeriam a mediação, e quais os deveres e os direitos dos respectivos participantes. Daí consignar que, por se tratar de uma pré-audiência, seria certo não compelir ninguém a participar de tal ato. Ademais, menciona que compelir as pessoas físicas ou jurídicas a modelos pré-concebidos, nos dias atuais, seria recair em um intervencionismo estatal deletério, mais uma vez. Tendo em vista que a mediação se

¹⁴⁶ Partilhando do mesmo raciocínio da autora em voga: (MARCATO, 2018, Pp. 129-140). Em concordância com a autora, sobretudo, em relação à atuação de princípios comuns: (PEIXOTO, 2018, Pp. 91-107). Neste sentido ainda, mas segundo a disposição contida no art. 175 do CPC/2015, que permitiria demonstrar a “coexistência” de princípios comuns: (GARCIA, 2018, Pp. 557-574). Em crítica à obrigatoriedade da sessão no início do procedimento, sob o argumento de desequilíbrio ocasionado pelo não conhecimento do autor dos motivos do réu, entre outras justificativas: (SILVA, 2018, Pp. 451-470). Por fim, em crítica à lei, mas sem deixar de observar a sua “quase obrigatoriedade”: (SIQUEIRA, 2018, Pp. 363-394).

¹⁴⁷ “Duas observações devem ser feitas. A primeira é que os princípios ora mencionados não são, de forma alguma, exaustivos. Por mais que sejam extensos, nada impede que outros sejam identificados, de forma implícita em outros textos normativos. A segunda é que esses são os princípios setoriais da mediação e da conciliação; os demais princípios fundamentais do processo também devem ser aplicados ao procedimento dos meios alternativos de solução de controvérsias com as devidas adaptações. Assim por exemplo, as normas fundamentais (compostas por princípios e regras) que constam dos primeiros 12 artigos do CPC/2015 também condicionam, a interpretação das regras atinentes a essas formas de solução de conflitos” (PEIXOTO, 2018, p. 95).

pauta primordialmente sob a autonomia da vontade, seria interessante partir do pressuposto que qualquer imposição viola esse princípio, uma vez que ninguém poderia ser compelido a permanecer em mediação. E não só. Entendendo-se pela imposição, o núcleo constitucional que daria azo ao princípio acabaria afetado, em virtude das disposições constitucionais que o protegem, tendo citado como exemplos a previsão no art. 5, inciso II da CF/88¹⁴⁸, como também as disposições dos princípios constantes no art. 170 da Carta¹⁴⁹, que dizem com a regulação da atividade econômica. Por fim, em caso de não comparecimento à audiência, defende que seria incabível aventar a possibilidade de multa¹⁵⁰, considerando a não obrigatoriedade dessa audiência, consoante os fundamentos de sua formulação (GALVÃO FILHO, 2018, Pp. 532-533).

É indispensável a menção, neste ponto, de decisão do Supremo Tribunal Federal sobre medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, em que se decidiu pela inconstitucionalidade da obrigatoriedade¹⁵¹ de a parte ter de esgotar etapas pré-processuais. No caso em questão, a Corte suprimiu o requisito que impunha o comparecimento compulsório às Comissões de Conciliação Prévia de Justiça do Trabalho, condição esta que era prefacial ao ajuizamento da reclamação trabalhista.

Diogo Rezende de Almeida, em atenção ao julgamento realizado pelo STF, citado a pouco, vai defender que a introdução da audiência compulsória no ordenamento processual consistiu numa forma de contornar o entendimento da Corte, com o claro objetivo de que se forme uma “cultura jurídica de prática consensual”. Por isso, também, vai compartilhar da opinião de dividir a audiência inicial em duas. Contudo, não deixa de observar que a mediação impositiva poderia

¹⁴⁸ (BRASIL, 1988, online).

¹⁴⁹ (*Ibidem*, online).

¹⁵⁰ Para Diogo Rezende de Almeida: “Como se tratam de formas autocompositivas, a obrigatoriedade não está atrelada à efetiva utilização do mecanismo designado pelo legislador. Prevalece a autonomia da vontade, não se podendo obrigar a participação. O art. 334, §8, ao impor penalidade pelo não comparecimento injustificado, torna compulsória a presença dos disputantes em sessões de pré-mediação e pré-conciliação, nas quais devem ser instruídos das características do método e, aí sim, possam optar pela sua utilização, ou buscar um meio impositivo, como a jurisdição. Conhecer o método autocompositivo é obrigatório, utilizá-lo, não” (ALMEIDA, 2018, p. 938).

¹⁵¹ “EMENTA: PROCESSO OBJETIVO - PETIÇÃO INICIAL. A petição inicial do processo objetivo deve ser explícita no tocante à causa de pedir. JURISDIÇÃO TRABALHISTA - FASE ADMINISTRATIVA. A Constituição Federal em vigor, ao contrário da pretérita, é exaustiva quanto às situações jurídicas passíveis de ensejar, antes do ingresso em juízo, o esgotamento da fase administrativa, alcançando, na jurisdição cível-trabalhista, apenas o dissídio coletivo” (ADI 2.139 MC, Relator (a): Min. Octavio Gallotti, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 13/05/2009, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-01 PP-00039 RTJ VOL-00213-01 PP-00184) (BRASIL, 2009, online).

provocar uma mitigação da autonomia da vontade, além de necessitar da preparação de um sem número de profissionais para atender essa nova demanda, já que há uma diversidade funcional enorme entre as comarcas existentes no nosso País. De qualquer modo, afirma a importância da compulsoriedade da audiência, ainda mais se utilizada em prol da adequação do procedimento ao interesse das partes (ALMEIDA, 2018, Pp. 939-940; 948).

Tratando em sua dissertação acerca da mitigação da autonomia privada nas audiências de mediação e conciliação, Thifani Ribeiro V. de Oliveira refere que a compulsoriedade da audiência

[...] afronta à liberdade dos indivíduos, que terão que comparecer na sessão, mesmo contra a sua vontade, sob pena de incidência da multa por descumprimento. Neste caso as normas infraconstitucionais, aqui se inclui o CPC e a Lei de Mediação, ao estabelecerem uma fase a ser cumprida pelos litigantes, mesmo havendo a expressa manifestação contrária de uma das partes, afrontam a liberdade e a dignidade asseguradas na Constituição Federal. Portanto, a imposição legislativa além de descaracterizar a mediação que é um instituto, eminentemente, voluntário, afronta a liberdade assegurada pela CF, na medida em que obriga o comparecimento, desrespeitando a manifestação de vontade e, por sua vez, a dignidade dos indivíduos (OLIVEIRA, 2017, Pp. 99-100).

Diante disto, em defesa da liberdade¹⁵², a autora entende que as partes poderiam dispensar a realização da sessão de conciliação ou mediação com base nos termos do art. 190, pois este artigo também estaria em conformidade com a solução dialogal dos conflitos, tendo em vista a importância do autorregramento da vontade para a consensualidade jurídica (*Ibidem*, p. 104).

A defesa da relevância do autorregramento da vontade no âmbito da conciliação e mediação é também compartilhado por Didier Jr., que refere:

O princípio do autorregramento da vontade é, como se sabe, corolário da liberdade. Na mediação e na conciliação, é um pressuposto e, ao mesmo tempo, a própria razão de ser: tudo é pensado para que as partes definam a melhor solução para o seu problema jurídico. O respeito à vontade das partes é absolutamente fundamental, podendo ser considerado, aliás, o princípio mais importante no particular. O mediador e o conciliador estão, por isso, proibidos de constranger os interessados à autocomposição. O poder da vontade das partes pode direcionar-se, inclusive, à definição das regras procedimentais da mediação ou conciliação e, naturalmente, até mesmo à extinção do procedimento negocial (art. 2º, §2º, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais – Anexo da Resolução n. 125/2010 – CNJ) (DIDIER JR., 2014, Pp. 210-211).

¹⁵² Neste sentido, entre outros argumentos (LIPIANI; COSTA, 2015, Pp. 108-111).

Portanto, a partir da previsão do art. 166, § 4º¹⁵³ do CPC/2015, em que se atesta a livre iniciativa dos interessados sobre a disposição das regras procedimentais da mediação e da conciliação, é apresentada norma permissiva que se direciona às partes, a quem incumbirá adequar o procedimento da mediação ou conciliação conforme as especificidades do caso. Percebe-se aí a importância deste dispositivo para a interpretação da obrigatoriedade da audiência de conciliação ou mediação constante no art. 334, caput¹⁵⁴ do CPC/2015. Dado que, por ser norma dirigida às partes, não se encontra albergada pela esfera de disponibilidade do magistrado, o que faz exigir a conversão da vontade emanada pelos dois polos da causa para que haja a designação ou não da audiência. Por isso, cabe às partes decidir sobre a sua disponibilidade, seja por um requerimento nos respectivos autos, seja por um pacto pré-processual (CABRAL, 2017, p. 582).

Nesse sentido, embora Marcelo Mazzola reconheça a obrigatoriedade da audiência primacial como “regra”, não se exime de apresentar duas exceções. A primeira situação seria verificada quando as partes inserissem uma cláusula *opt-out*¹⁵⁵¹⁵⁶ em pacto pré-processual; a segunda, se a cláusula fosse implementada durante uma mediação extrajudicial, situação que permitiria às partes abrir mão da audiência na hipótese de um futuro litígio. Sendo assim, se o negócio jurídico processual preencher todos os requisitos legais e não for maculado por qualquer

¹⁵³ “CPC/15, Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. (...) §4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais” (BRASIL, 2015a, online).

¹⁵⁴ “CPC/15, Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência” (*Ibidem*, online).

¹⁵⁵ “Tema instigante e que vem gerando debates no meio acadêmico gira em torno da validade da cláusula *opt out* de mediação, pela qual os contratantes acordam desde logo que, na hipótese de eventual ação judicial decorrente de controvérsia ou descumprimento do contrato, não têm interesse na realização de audiência de mediação. Essa cláusula de *opt out*, também conhecida como cláusula de retirada ou autoexclusão, tem inspiração nas *class actions* dos Estados Unidos, nas quais os representados têm *right to opt out*, isto é, o direito de se retirar da demanda coletiva ou de não se beneficiar dela. Ao que parece, essa cláusula revela eventual preocupação dos contratantes em otimizar o tempo na esfera judicial, evitando atos processuais que, na visão deles, seriam desnecessários” (MAZZOLA, 2015, online).

¹⁵⁶ “O direito à auto-exclusão da jurisdição coletiva consiste no poder jurídico de o indivíduo, por expressa manifestação de vontade, renunciar à jurisdição coletiva. Exercido esse direito, a jurisdição coletiva não produzirá efeitos na situação jurídica do indivíduo que se excluiu. O exercício do *right to opt out* não implica renúncia da situação jurídica individual: o indivíduo não ‘abre mão’ do seu direito à indenização, por exemplo; ele não quer, isso sim, que esse direito seja tutelado no âmbito coletivo, pois prefere, pelas mais variadas razões, a tutela jurisdicional individual” (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2014, p. 169).

nulidade, a disposição seria completamente válida, pois a Lei de Mediação ou o CPC/2015 não obstaculizariam a adoção desse tipo de convenção (MAZZOLA, 2018, Pp. 142-143)

No mais, mire-se o enunciado 19 do FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Civis):

19. (art. 190) São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: [...] pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; [...]. (Grupo: Negócio Processual; redação revista no III FPPC – RIO e no V FPPC – Vitória) (FPPC, 2017, online).

Desse modo, para o que pretendemos, é possível admitir que as partes pactuem convenções processuais a fim de dispensar não só a primeira audiência de mediação, pelo que foi visto, como também sua adoção no decorrer do percurso processual, considerando a disponibilidade da primeira audiência, pelo singelo raciocínio de que quando dois não querem a audiência esta não será realizada, conforme leitura do art. 334, §4º, I¹⁵⁷ do CPC/2015.

Ratificando esta posição, Trícia Cabral menciona que,

[...] se as partes estipularem extrajudicialmente, por meio de instrumento público ou particular, um pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, ou uma convenção processual para dispensar a audiência inicial de conciliação ou mediação, e, uma vez alegadas as referidas circunstâncias pelos interessados nos autos, deverá o juiz respeitar a manifestação de vontade indicada e não designar o ato (CABRAL, 2017 p. 582).

4.2 As regras procedimentais: processo ou procedimento?

A seguir vamos realizar um breve estudo sobre os demais “possíveis obstáculos” situados pela norma ensejadora, o art. 190 do CPC/2015, que é bom lembrar, trouxe a possibilidade de autorregramento da vontade, como já fartamente abordado no presente. Até então verificamos a possibilidade da disponibilidade da

¹⁵⁷ “CPC/15, Art. 334, §4º, I: A audiência não será realizada: I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual” (BRASIL, 2015a, online).

audiência de mediação/conciliação pelos convenientes. Agora veremos se o permissivo legal quando alude à “procedimento”¹⁵⁸, abrange a situação sob análise.

Tem-se a notícia, consoante Paula Sarno Braga, de 04 (quatro) tipos de critérios principais para que se identifique as diferenças entre processo e procedimento, sem, contudo, que nenhum deles alcance a conclusão de que processo e procedimento são termos que se confundem, tal como defendido pela autora. Assim, o primeiro critério analisado é aquele que se utiliza de uma dissociação fático-social¹⁵⁹. Partindo desta premissa, o processo é apontado como uma entidade complexa que abarca o procedimento, compreendido como elemento externo, e de um outro elemento, só que agora interno, consubstanciado na relação jurídica constituinte. No entanto, a legislação que versa sobre a competência legislativa de ambas as matérias não realiza esta distinção segundo a autora, como poderia se verificar pela disposição do art. 22, I, e 24, XI, da CF/88¹⁶⁰. Deste modo seria contraproducente identificar determinado ato processual como integrante do procedimento, e em seguida apartá-lo dos seus efeitos, já que são decorrentes da situação jurídica que lhes deu causa. Portanto, separar o ato praticado da situação jurídica que lhe dá substância não poderia ser motivo o bastante para justificar referida diferenciação. O segundo critério utilizado assinala para a existência de uma lide¹⁶¹ como a característica distintiva entre processo e procedimento. Neste caso,

¹⁵⁸ Leonardo Greco quanto aos limites das disposições processuais referentes ao procedimento, defende a observação da legislação e, sendo o caso, acena para a possibilidade de flexibilização: “Mais difícil é a definição dos limites à disposição a respeito do procedimento, sabendo-se que, entre nós, este é regulado estritamente pela lei. Às vezes é a própria lei que abre margem à disciplina procedimental convencionalmente ajustada pelas partes, como na suspensão do processo, na modificação de prazos legais dilatatórios ou no adiamento da audiência (CPC, art. 265-II, art. 181 e art. 453-I). Mas no silêncio da lei, o procedimento legal deve ser respeitado, pois ele é a garantia do tratamento isonômico de todos os cidadãos e na sua ritualidade se encontram as escolhas do legislador que procuram compor *in abstracto* de modo equilibrado as variadas situações subjetivas que nele se defrontam. A par dessa desejável homogeneidade genérica, é igualmente indispensável uma certa flexibilidade, para assegurar in concreto a paridade de armas e a ampla defesa, assim como para fazer valer a natureza instrumental dos atos processuais, hoje não mais refém de inúteis formalismos” (GRECO, 2011, p. 742).

¹⁵⁹ Para não olvidarmos dos clássicos, faz-se referência à Enrico Tullio Liebman, para quem: “Os atos se ligam, em primeiro lugar, pela unidade do escopo (entendido em sentido formal), pois se destinam a provocar é preparar o ato final que completará e encerrará o procedimento. Cada ato tem também o escopo imediato e próprio, que o qualifica na sua individualidade; mas esse escopo imediato não tem outra razão de ser senão a de representar um passo em direção a um escopo mais diante comum a todos os atos, e que é a formação do ato final, o qual resumirá todo o procedimento e constituirá o seu resultado. É possível, ou melhor, é normal que as finalidades práticas dos vários sujeitos sejam diferentes e até contraditórias, mas eles visam a atingi-las por meio daquele único ato final em que unificam formalmente as diferentes atividades e aspirações de todos” (LIEBMAN, 1985, p. 228).

¹⁶⁰ (BRASIL, 1988, online).

¹⁶¹ Entendimento constante na obra do administrativista Hely Lopes Meirelles, que assim designa: “Processo é o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no

segundo defende, tal compreensão revelaria uma posição ultrapassada, baseada em um sincretismo que não tem razão de ser, considerando que, o processo tutela por diversas vezes situações jurídicas materiais não necessariamente litigiosas, como nas circunstâncias em que não se resiste à pretensão, ou quando presente uma ameaça de lesão à direito, e ainda, nos casos cujo conteúdo diz exclusivamente ao indivíduo – decisão pela alteração do próprio nome, por exemplo. O terceiro critério é norteado a partir de um viés teleológico¹⁶², em que o processo é compreendido sob uma cadeia de atos concatenados que se destinam a alcançar determinado resultado (a sentença); já o procedimento é visualizado por um aspecto eminentemente formal, por isso, caracterizado como elemento extrínseco, visível e palpável do processo. Ao invés do que afirmado acerca deste critério, a autora alega que se o procedimento fosse considerado como simples aspecto exterior do processo, ou o fenômeno pelo qual ele se materializa, sua posição estaria sendo ratificada mais uma vez, tendo em vista a dificuldade de propor uma divisão clara para fins de lei. Além disso, assevera que se o processo possui finalidade, o procedimento também não poderia ser completamente destituído de destinação, já que é o veículo pelo qual o processo encontra o seu termo. Por fim, o último critério traz a hipótese de que o procedimento, por sua realização ocorrer sob uma perspectiva dialética¹⁶³, poderia ser identificado como o gênero do qual pertenceria o

âmbito judicial ou administrativo; procedimento é o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual. O processo, portanto, pode realizar-se por diferentes procedimentos, consoante a natureza da questão a decidir e os objetivos da decisão. Observamos, ainda, que não há processo sem procedimento, mas há procedimentos administrativos que não constituem processo, como, p.ex., os de licitação e concursos. O que caracteriza o processo é o ordenamento de atos para a solução de uma controvérsia; o que tipifica o procedimento de um processo é o modo específico do ordenamento desses atos” (MEIRELLES, 1995, Pp. 586-587).

¹⁶² Cite-se a posição de Francesco Carnelutti, nesta linha: “Nesse sentido, o procedimento é uma sucessão de atos não só finalmente mas também causalmente vinculados, porquanto cada um deles supõe o precedente e assim o último supõe o grupo todo; será visto que o pronunciamento, última fase do procedimento, supõe a instrução, que é um grupo de atos precedentes, da mesma forma que a instrução precede a introdução (...). Processo é, ao contrário, o conjunto de todos os atos necessário em cada caso para a composição da lide ou para o desenvolvimento do negócio e por isso pode se desenvolver em um ou mais procedimentos: por exemplo, se a parte vencida não se submete à decisão do primeiro juiz e a impugna mediante a apelação, então um processo compreende dois procedimentos, de primeiro e de segundo grau; (...) Para se distinguir melhor entre processo e procedimento, pode-se pensar no sistema decimal: o procedimento é a dezena; o processo é o número concreto, o qual pode não alcançar a dezena ou mesmo compreender mais de uma” (CARNELUTTI, 1999, Pp. 472-473).

¹⁶³ Lição trazida na obra de Elio Fazzalari: “(...) o ‘procedimento’ se verifica quando se está de frente a uma série de normas, cada uma das quais reguladora de uma determinada conduta (qualificando-a como lícita ou obrigatória), mas que enunciam como condição da sua incidência o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série, e assim por diante, até a norma reguladora de um ‘ato final’. Se, pois, o procedimento é regulado de modo que dele participem também aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos – de modo que o autor dele (do ato final,

processo, sua espécie. No presente critério, como é possível acompanhar, o contraditório seria a ideia por de trás do conceito de procedimento. Esse critério também é contestado por Paula Braga, e sua alegação consiste em refutar a ideia de que o contraditório seria um requisito que caracteriza universalmente o processo. Assim, seria possível reconhecer que nos ordenamentos que regem sistemas autoritários o contraditório não é um atributo respeitado ou relevado. Aliás, sob esse critério o processo possuiria todos os elementos que qualificam o procedimento (BRAGA, 2017, Pp. 435-437).

Diante disso, conforme Paula Sarno Braga,

O processo é procedimento, i.e., é ato complexo de formação sucessiva, cujos atos integrantes são reunidos em cadeia causal, ordenada e progressiva – em série de atos e posições -, seguem rumo à obtenção de um ato único e final. É sucessão de atos, teleologicamente entrelaçados, e potencialmente eficazes. Desenvolve-se de modo que cada ato se realiza com base em uma situação jurídica e a partir dela; bem assim que cada ato faz nascer uma nova situação jurídica, dando origem a ela. As diferentes situações/ relações jurídicas funcionam como elo entre atos, ao longo dessa corrente fática. Assim, existem, enquanto fundamento e efeitos desses atos, não tendo razão de ser observá-las ou regrá-las sem com eles correlacioná-las – ou simplesmente deles (atos) dissociando-as. [...] Por isso se diz que o processo: i) ontologicamente é ato; ii) teleologicamente visa à produção normativa, sendo enfim iii) axiologicamente um instrumento de participação democrática (*Ibidem*, Pp. 432-434).

Em relação ao requisito axiológico, listado a pouco, afirma que é possível identificar o processo atualmente como um procedimento democrático de produção de atos normativos. Entretanto, se tomado por um conceito jusfundamental, o contraditório deixaria de pertencer ao seu núcleo constitutivo, haja vista que mesmo em ordenamentos não democráticos ocorre o fenômeno processual sem contraditório intrínseco. Ainda a este respeito, acrescenta que em ordenamentos democráticos há processos nulos, em função da ausência do contraditório, mas nem por isso deixarem de ser processo. Daí decorre a afirmativa de que o contraditório

ou seja, o juiz) deve dar a tais destinatários o conhecimento da sua atividade, e se tal participação é armada de modo que os contrapostos ‘interessados’ (aqueles que aspiram a emanação do ato final – ‘interessados’ em sentido estrito – e aqueles que queiram evita-lo, ou seja, os ‘contra interessados’) estejam sob plano de simétrica paridade, então o procedimento compreende o ‘contraditório’, faz-se mais articulado e complexo, e do *genus* ‘procedimento’ é possível extrair a *species* ‘processo’. (...) A referência à estrutura dialética como a *ratio distinguendi* permite superar anteriores tentativas de definir o ‘processo’, como aquele conceito segundo o qual existe processo onde exista, em ato ou em potência, um conflito de interesses, e aquele segundo o qual existe processo toda vez que participe da formação do ato um sujeito portador de um interesse distinto daquele interesse do autor do ato nos quais os interesses e as suas possíveis combinações são dados metajurídicos” (FAZZALARI, 2006, Pp. 94-95; 120).

apesar de não constituir o processo, é uma baliza importante para a verificação de sua validade (*Ibidem*, p. 438).

Nesse sentido, Paula Braga defende que processo e procedimento são noções inseparáveis entre si. Quando se legisla sobre um, significa legislar sobre o outro. Haja vista que a norma referente ao processo estabelece um critério de como o poder estatal produzirá suas decisões. Já a norma material impõe qual será o critério de julgamento utilizado nas decisões estatais. Daí seria possível concluir que a norma de processo jurisdicional define o critério de como proceder no exercício da jurisdição, desde que atendida a observância do contraditório e regradados atos e fatos processuais em todos os seus planos – existência, validade e eficácia. Claro, tudo isso a partir de uma perspectiva objetiva e estática, excluindo-se da análise a sua dimensão dinâmica (*Ibidem*, p. 440).

Portanto, a par das refutações aos critérios identificados, bem como das premissas as quais a doutrinadora faz uso em defesa da sua inerência, do processo e procedimento, cabe ainda assentar outro argumento seu, consignado da seguinte maneira

Como visto, a Constituição atribui à União competência privativa para legislar sobre “direito processual” e, paralelamente a isso, confere à União, aos Estados e ao Distrito Federal competência concorrente para disciplinar o “procedimento da matéria processual” (e o “processo” nos juizados) – de modo que sejam produzidas simultaneamente, legislação federal e legislação estadual (e distrital) suplementar (ou supletiva) sobre o tema. Ocorre que processo e procedimento são, em essência, noções indissociáveis entre si. Legislar sobre um significa legislar sobre o outro. Assim, ao conceder competência privativa à União e competência concorrente à União, Estados e Distrito Federal sobre uma mesma matéria (processo/procedimento), incorre em um conflito aparente de competência, que deve ser solucionado mediante uma interpretação histórica, teleológica e sistemática das normas de competência legislativa em questão, assentada da própria Constituição, e que garanta a unidade e integração político-constitucional, atribuindo eficácia ótima às normas constitucionais levadas em consideração (*Ibidem*, p. 448).

Nesse sentido, para Braga o processo consiste no conjunto dessas normas que disciplinam o processo jurisdicional, sejam elas regras ou princípios. Por isso, quando foi atribuída à União competência privativa para legislar sobre direito processual, como disposto no art. 22, I, CF/88¹⁶⁴, está-se tratando do conjunto de normas processuais. No caso, vem à tona a necessidade de saber se a norma processual se distingue da norma procedimental. Em realidade, a forma instrumental não pode desvencilhar-se das finalidades impostas pelo direito material. Ato, fato e

¹⁶⁴ (BRASIL, 1988, online).

forma devem ser combinados em todo tipo de iniciativa legislativa processual. Ademais, não há como cingir a situação jurídica das consequências dos atos processuais. Por essas razões, o que deverá receber um tratamento isonômico e uniforme é o que está reservado pela lei federal geral. De outro lado, para a lei estadual caberá atuar de forma suplementar, no sentido de atender as especificidades das populações locais, diante da competência concorrente sobre legislação procedimental prevista no art. 24, inciso XI da CF/88¹⁶⁵. Desta forma, pela leitura dos dispositivos não seria possível perceber uma diferenciação entre o que “pertença” ao processo e ao procedimento (*Ibidem*, Pp. 441; 443-444).

Pelos argumentos esposados supra, o regramento do negócio processual é tema de processo e também de procedimento, pois não haveria nada que pudesse estar acima ou mesmo que gravitasse ao seu redor e que permitisse demonstrar de forma cabal a qual dos dois o negócio estaria submetido. Em verdade, mostra-se pretensão bastante dificultosa, sendo possível estabelecer um nexos com o presente, porque ao regram-se o poder de negociação, o ato negocial propriamente dito também será afetado. Deste modo, não é possível tratar dos efeitos nem das situações jurídicas que dele emanam sem tratar do cerne que lhe dá suporte existencial. Além disso, no caso dos negócios atípicos, em que a forma acaba se tornando o elemento da exteriorização da vontade, esta deverá atentar aos marcos da legislação, que a impele à observância de determinadas finalidades. Em outras palavras, a forma do negócio processual impõe-se como um requisito de validade, mas deve ao ato – convenção - estar vinculada. Portanto, fora os demais aspectos para averiguação de sua validade, importa ressaltar que todos eles acabam se unindo para disciplinar o negócio processual¹⁶⁶, que passará a integrar a cadeia procedimental, mas também ao processo, onde produzirá as consequências definidas pelas partes (*Ibidem*, p. 446).

Realizado o exame acerca do procedimento, viu-se a possibilidade de adoção de convenções pré-processuais que dispensam a audiência em um futuro litígio. Além disso, por se tratar de audiência que inaugura o procedimento, verificou-se a hipótese para que este seja modificado por decisão das partes, considerando o permissivo do art. 190 nesta direção. Aliado a isto, chegou-se à conclusão de que

¹⁶⁵ (*Ibidem*, online).

¹⁶⁶ É por este motivo que trataremos processo e procedimento como sinônimos de agora em diante.

existe a perspectiva de se considerar do ponto de vista conceitual e legislativo, uma indistinção com relação às noções de processo e procedimento.

4.3 A vulnerabilidade

Vamos analisar nesta oportunidade questão que pode ser mais delicada, a que diz respeito à vulnerabilidade material, e até que ponto esta pode influir na avaliação da vulnerabilidade processual instada nas relações de consumo.

Inicialmente, podemos dizer que as convenções processuais como espécie de negócios jurídicos processuais submetem-se às regras materiais constantes no Código Civil, cabendo ao magistrado declarar a nulidade da convenção *ex officio*, em razão do que propugna o art. 190, parágrafo único do CPC/2015 e artigo 168, parágrafo único do Código Civil¹⁶⁷. Daí então afirmar-se que quando o objeto do acordo for apresentado ao magistrado, esse controle ocorrerá de forma incidental. Quanto à anulabilidade das convenções, considerando a regra anterior, bem como a tradição da prática no direito civil, o conhecimento do juiz acerca deste tipo de vício somente ocorrerá por provocação de alguma das partes, com a promoção de ação desconstitutiva autônoma (RAATZ, 2017, Pp. 253-254).

A respeito da vulnerabilidade processual nas negociações processuais atípicas, Lara Rafaelle Pinho Soares aduz que o materialmente vulnerável não pode ser avaliado desta maneira no plano processual, pois o sujeito será identificado a partir da relação estabelecida entre ele e o outro partícipe da relação, ou ainda, a partir da natureza do direito litigioso envolvido. Desse modo, a vulnerabilidade material apenas indicaria na relação processual uma situação de vulnerabilidade a ser atentada pelo magistrado, como na situação de inversão do ônus da prova, prevista no Código de Defesa do Consumidor. Desta forma, já que não pode ser classificada como uma presunção que possa criar óbice à pretensão negocial, o referido *status* permitiria que sua aplicação abrangesse conceitualmente outras categorias de vulneráveis. Ao contrário do que acontece no direito consumerista, em que a situação de consumidor o qualifica como presumivelmente vulnerável, no direito processual esta assertiva não teria a mesma recepção. Diante disso, sendo

¹⁶⁷ (BRASIL, 2002, online).

reconhecido que a vulnerabilidade de determinados grupos não impede a aplicação das convenções processuais, então, das espécies de vulneração que interessariam ao processo, a que possuiria maior relevo seria a técnico-jurídica. Inclusive, este é o posicionamento do enunciado nº 18 da FPPC¹⁶⁸, que considera haver indício de vulnerabilidade e não presunção na situação em que a parte celebra convenções sem a devida assistência técnica. Portanto, não se poderia confundir indício com presunção, já que o primeiro leva o juiz a analisar se há ou não um defeito que acarretará a invalidade; a segunda, no entanto, impõe a declaração de nulidade, dispensando a necessidade de apuração (SOARES, 2016, Pp. 158-160).

É o posicionamento¹⁶⁹¹⁷⁰ que também consideramos cabível em relação à adoção das convenções processuais inseridas em contrato que envolva relação consumerista, ou nos casos de contratos de adesão submetidos à legislação civil.

Contudo, tendo em vista que a igualdade é um aspecto, digamos assim, prejudicial à análise da vulnerabilidade processual, cabe-nos indagar a respeito.

¹⁶⁸ Em discordância a este ponto, refira-se: “Como se sabe, não são raros os contratos em que não há assistência de advogado para uma ou ambas as partes contraentes. Uma cláusula que estabeleça modificação em questões técnicas do processo pode, muito bem, passar despercebida por um leigo e mesmo por empresário versados em negócios empresariais (mas não no processo e, mais ainda, nos detalhes procedimentais). Nesses casos, a não-participação de advogado quando da lavratura do negócio pode significar a incapacidade do contraente de prever as consequências da sua manifestação de vontade. A vulnerabilidade técnica, nesse caso, especificamente quanto ao processo e suas previsões, pode significar a necessidade não-aplicação do negócio, no ponto” (ABREU, 2017, p. 330).

¹⁶⁹ Também filiado por (DIDIER JR., 2017a, p. 119) e (MENEZES, 2017, Pp. 257-258).

¹⁷⁰ Com entendimento similar, menciona-se Antonio do Passo Cabral: “Nos casos em que o consumidor, trabalhador ou aderente sejam pessoas instruídas, com curso universitário (quicá até formados em Direito), em que as cláusulas sejam claras e precisas a respeito das obrigações e dos efeitos da convenção, seria razoável considera-las inválidas? A questão é identificar a condição pessoal do conveniente (para avaliar se se encontra em posição de desigualdade) além de criar mecanismos formais para preservar sua real vontade de assumir as obrigações decorrentes da convenção processual. As formalidades, neste caso, são incrementadas para aceitar-se a validade da avença. E a lei brasileira, em alguns pontos, permite-nos extrair alguns parâmetros. O art. 4º § 2º da Lei nº 9.307/96 admite a inserção de cláusula compromissória em contratos de adesão, com a exigência de que a convenção seja exposta de maneira destacada (documento anexo ou em negrito) e contenha assinatura ou visto específico da parte aderente para aquela cláusula. Entende-se que a convenção será válida, qualquer que tenha sido a forma pela qual foi celebrada (até mesmo em contrato de adesão), quando o procedimento arbitral for deflagrado por iniciativa do aderente, ou ainda que iniciada pela contraparte. A mesma lógica pode ser aplicada a qualquer acordo processual” (CABRAL, 2016, Pp. 325-326).

4.3.1 A igualdade processual segundo Rafael Sirangelo de Abreu

Rafael Sirangelo de Abreu defende que a Constituição Federal quando inscreveu no art. 5^o¹⁷¹ a disposição de que todos são iguais, esta igualdade à qual remete a Carta é perante à lei, traduzida pela aplicação uniforme e sem distinções, cuja condição é pré-existente à interpretação, seja para a atividade legislativa como a judicial. Essa noção traria uma ideia de igualdade unicamente formal, a qual passou por um duplo desenvolvimento, trazendo inovações ao processo civil. Neste sentido, à tese de igualdade perante a lei somou-se o respeito à igualdade de conteúdo das previsões legislativas. Foi então que surgiu a preocupação com um outro caráter da igualdade, sob uma forma relacional, em que a diferença passaria a ser assumida, desde que abrangida por uma finalidade prevista no texto constitucional. Donde se releva a igualdade de oportunidades¹⁷² e chances. Desse modo, no processo, a igualdade estática ou decorrente da lei poderia ser observada pela paridade de armas. Já a igualdade dinâmica ou relacional seria percebida pela garantia de posições entre os litigantes, por intermédio de faculdades, deveres etc. Assim, para a igualdade dinâmica seria necessário o exame do equilíbrio entre as partes segundo um contexto específico. Cada posição deveria ser analisada para aquele determinado ato (ABREU, 2017, Pp. 318-319).

A partir do desenvolvimento da igualdade perante a lei, por seus aspectos estático e dinâmico, a lei começou a reconhecer a necessidade de reler a igualdade em face do direito por um viés dinâmico, o qual impõe a uniformidade das disposições legais de acordo com o trabalho do legislador e da interpretação do juiz sobre a ordem jurídica, em atenção aos precedentes. O autor afirma que essa lógica acabaria demonstrando os problemas da percepção formalista incidente sobre a igualdade, pois ao preocupar-se com a argumentação e reconstrução normativa através da interpretação, sufragou a noção da lei como única fonte do direito (*Ibidem*, Pp. 320-321).

¹⁷¹ (BRASIL, 1988, online).

¹⁷² “No desenvolvimento da atividade processual, a tônica de nossa problemática recai sobre a igualdade de oportunidades. Há que assegurar a ambas as partes o poder de influir igualmente na marcha e no resultado do pleito. Portanto, ambas devem ter as mesmas possibilidades de atuar e também ficar sujeitas às mesmas limitações” (BARBOSA MOREIRA, 1986, p. 58, tradução nossa).

Segundo bem sintetiza o autor,

Dessa forma, é possível vislumbrar um redimensionamento do papel da igualdade no processo civil contemporâneo, haja vista suas múltiplas incidências. De modo sistemático, é possível estruturar a igualdade nas suas relações com o processo civil da seguinte forma: igualdade ao processo, igualdade no processo e igualdade pelo processo. Essa tripla perspectiva responde a três momentos do fenômeno processual: a igualdade dos cidadãos é necessária, seja no que tange à igualdade de acesso aos tribunais (para o processo ou antes do processo), seja no que tange à igualdade perante os tribunais (no decorrer do processo ou durante o processo), seja ainda no que tange ao resultado do processo (diante do processo ou após o processo) (*Ibidem*, p.322)

Diante disso, é possível vislumbrar as inovações trazidas ao processo por essa concepção. A igualdade ao processo, de acordo com Abreu, exige mecanismos para que se faça materializar no processo. Assim, a igualdade passa a cumprir o papel de equilíbrio no acesso ao processo, uma igualdade de todos ao devido acesso à justiça. Nesse sentido, a igualdade no processo impõe ao ordenamento jurídico que garanta meios capazes de equalizar a posição dos sujeitos processuais. Tratar do equilíbrio nas posições assumidas pelos indivíduos deve ser compreendida segundo cada situação, pois não é possível estabelecer um equilíbrio geral em abstrato. Logo, conferir um equilíbrio ao processo seria realizar a igualdade sob uma perspectiva interna através de técnicas processuais adequadas à resolução do caso, e também pela atividade do juiz, a fim de nivelar as situações desiguais na seara processual, se incidentes (*Ibidem*, Pp. 322-323).

A igualdade pelo processo traz a noção de que não é cabível considerar a igualdade sob a tónica de um caso particular, mas sim, para casos análogos, de forma a tratar todos os cidadãos equanimemente. A igualdade pelo processo revela uma outra faceta da igualdade, uma isonomia no tratamento dos resultados produzidos pelo processo. Ou seja, de acordo com uma aplicação que corresponda a mesma consequência para casos análogos. Desse modo, o autor enxerga três formas de estruturar a igualdade pelo processo. A primeira trata da utilização de técnicas que possibilitem a igualdade de tratamento para todos os sujeitos dotados de uma mesma posição, por meio de uma única decisão – através de ações coletivas por exemplo. A segunda opção se dá pela uniformização das decisões. A terceira forma se refere ao tratamento dispensado não em razão da lei, mas em razão dos precedentes jurídicos. Assim, para que a igualdade possa ser respeitada no processo, deveriam ser conjugados os três critérios anteriores (*Ibidem*, Pp. 323-324).

Abreu comenta:

A igualdade que se pretende tutelar é aquela no momento do conhecimento dos riscos inerentes ao negócio e da sua lavratura (mas não a igualdade após o insucesso da estratégia traçada). O tão só fato de que tenha resultado em desequilíbrio entre sujeitos processuais em termos de desempenho futuro de suas posições processuais não significa que a manifestação de vontade seja inválida (*Ibidem*, Pp. 332).

Como visto, para que seja compreendido o conceito de igualdade processual de acordo como foi formulado, deve-se analisar a igualdade em seu contexto formal, material e jurídico. Cremos que o aspecto mais positivo de tal teoria é tentar equalizar as consequências jurídicas entre os jurisdicionados. Dito de outra forma, segundo essa concepção, a isonomia oferece apenas uma garantia meramente formal aos conceitos que caracterizam o processo, como a igualdade ao processo, onde se satisfaz a demanda de acesso ao Judiciário; igualdade no processo, que concede às partes as mesmas oportunidades; e igualdade pelo processo, categoria que busca uniformizar as decisões em função dos seus efeitos, e não por seus comandos, meramente. De qualquer sorte, Abreu deixa claro que é necessária a verificação da igualdade¹⁷³ no momento em que se entabula o negócio processual. Por conseguinte, não nega a adoção das convenções processuais, mas preocupa-se com a possível assimetria decorrente das escolhas das partes, as quais podem advir de um âmbito material, como acontece nas relações trabalhistas¹⁷⁴ e consumeristas.

É isso o que procuraremos desvendar nas próximas páginas, ou seja, em que medida a vulnerabilidade material pode afetar juridicamente as convenções processuais inseridas em contratos consumeristas, ou de adesão, sob vínculo civil.

¹⁷³ Leonardo Greco também atribui um limite à celebração dos negócios processuais baseado no equilíbrio e na paridade de armas, na disponibilidade do próprio direito material, e na preservação dos princípios e garantias fundamentais do processo. Relaciona este último aspecto à “ordem pública processual” (GRECO, 2011, Pp. 724-725).

¹⁷⁴ “Tradicionalmente, vê-se nos conflitos trabalhistas uma desigualdade intrínseca entre as partes, que justificaria uma maior intervenção judicial típica no “processo inquisitivo”. Contudo, se a imensa maioria das causas trabalhistas apresenta partes hipossuficientes, isso nem sempre ocorre, como em causas referentes a altos funcionários de grandes empresas, multinacionais etc. Nestes casos, as convenções processuais normalmente são válidas” (CABRAL, 2016, p. 324).

4.3.1.2 A vulnerabilidade processual segundo Fernanda Tartuce

Fernanda Tartuce em sua obra “Igualdade e vulnerabilidade processual” parte do pressuposto de que a igualdade material é condição para a proteção dos mais vulneráveis. Nessa senda, com vistas à fundamentação de sua tese, a autora utiliza os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Em obra bastante conhecida, Celso Antônio Bandeira de Mello identifica três critérios os quais devem ser considerados para investigar-se suposta afronta à isonomia, a seguir listados: se o fator adotado pode ser considerado discriminatório (fator *discrimen*); ademais, se existe uma justificativa ou fundamento racional relativamente ao critério desigualador escolhido; ao final, sendo necessário analisar se a correlação entre o fundamento racional abstratamente aplicado, *in concreto*, está em harmonia com os valores constantes na Constituição. O autor, inclusive, defende que os três aspectos deveriam ser verificados simultaneamente, pois bastará a mácula de um deles para que a igualdade seja considerada vulnerada (BANDEIRA DE MELLO, 2013, Pp. 21-22).

Além disso, segundo Bandeira de Mello, para aferir o critério discriminatório seriam precisos mais dois requisitos:

- a) a lei não pode erigir em critério diferencial um traço específico que singularize no presente e definitivamente, de modo absoluto, um sujeito a ser colhido pelo regime peculiar. b) o traço diferencial adotado, necessariamente há de residir na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada; ou seja: elemento algum que não exista nelas mesmas poderá servir de base para sujeitá-las a regimes diferentes (*Ibidem*, p. 23).

Em relação ao primeiro requisito anteriormente listado, a lógica seria não diferenciar as situações a ponto de o fator adotado ser supervalorizado e, com isso, ao invés de equalizar uma situação, vir a colaborar com a manutenção da disparidade sob outro motivo. No que tange ao segundo aspecto, o autor busca identificar elementos que poderiam ser distinguidos, apontando o tempo e a data como elementos não distinguíveis, portanto, considerados neutros do seu ponto de vista (*Ibidem*, Pp. 24; 33).

Na justificação da vulnerabilidade processual, Fernanda Tartuce ao tratar dos requisitos anteriormente elencados refere que,

- No caso do critério da vulnerabilidade processual isso não se verifica porque, infelizmente, há milhões de jurisdicionados sofrendo dificuldades de atuar em juízo em razão de seu estado de pobreza, enfermidades e

deficiência de toda ordem. [...] No caso da vulnerabilidade processual não há que se falar em neutralidade: o traço distintivo reside a um só tempo na pessoa (que tem sérios óbices para desincumbir dos ônus processuais por condições involuntárias de fragilidade) e na situação (já que a atuação em juízo demanda, *pari passu*, uma série de exigências e formalidades que exigem escorreita observância rumo ao alcance das finalidades e uma atuação do agente público comprometida com a isonomia) (TARTUCE, 2012, p. 220).

Sobre a justificação racional, Fernanda Tartuce defende que o reconhecimento da condição de vulnerabilidade processual não seria um capricho, mas um fim de fomento para que fossem aumentadas as chances de influência da parte – abarcada pela condição de vulnerabilidade - nos rumos do processo. Diante disso, com a vulnerabilidade o fundamento lógico estaria preenchido, agindo de forma a proteger a parte mais débil, em atenção ao comando constitucional da igualdade material. Assim, a correspondência lógica entre o fundamento abstrato adotado e o fator *discrimen* se faria presente, segundo a verificação da relação díspar e do tratamento jurídico “desigual” (*Ibidem*, p. 221).

Em relação à consonância do critério com os valores constitucionais, Fernanda Tartuce narra que

A vulnerabilidade processual configura um critério legítimo de diferenciação por distinguir entre os litigantes aqueles que se encontram limitados para a prática dos atos processuais em razão de situações contingentes ou provisórias a que não deram causa voluntariamente. Por meio desse critério, permite-se a esses litigantes um tratamento jurídico diferenciado para que sua suscetibilidade não comprometa fatalmente a atuação em juízo e que seja assegurada a igualdade de oportunidades mediante a superação dos óbices que os acometeram (*Ibidem*, p. 222).

Identificados os pressupostos que autorizariam sua utilização no ordenamento jurídico pátrio, em razão de sua conformidade com os ditames da igualdade, preceito constitucional, pode-se compreender a vulnerabilidade¹⁷⁵ processual a partir da suscetibilidade de alguém quanto à posição jurídica assumida em determinada relação jurídica processual.

Como visto, a vulnerabilidade é uma condição fática que deve ser salvaguardada pelo direito processual, posto que apesar de pertencer ao direito material, a desigualdade fática traria, *in continenti*, restrições à defesa e a participação do vulnerável na seara processual.

¹⁷⁵ Conforme Fernanda Tartuce: “Vulnerabilidade processual é a suscetibilidade do litigante que o impede de praticar os atos processuais em razão de uma limitação pessoal involuntária ensejada por fatores de saúde e/ou de ordem econômica, informacional, técnica ou organizacional de caráter permanente ou provisório” (TARTUCE, 2012, p. 184).

Pois bem. Vistos os preceitos que levam a essa conclusão, fica apenas um questionamento. A vulnerabilidade trata-se de uma condição, uma situação, uma regra, um princípio, um valor, ou um conceito?

Até para fazer jus à intenção da autora em diminuir as distâncias decorrentes das diferenças sociais, que incidiriam de forma crucial no processo, especialmente para a parte mais vulnerável, é importante compreender sob que situação podemos classificar a noção de vulnerabilidade processual, e melhor ainda, como ela funciona na prática. É necessário compreendermos qual é o seu conteúdo eficaz.

A autora no quarto final de sua obra assim refere:

Desponta, portanto, a relevância da abordagem do **conceito** de vulnerabilidade no processo civil de forma mais ampla para que se possa considerar a situação de diversos litigantes sem condições de praticar os atos processuais por razões alheias à própria vontade segundo os critérios apontados [...] A proposta deste capítulo é apresentar os meios de aplicação do **conceito** da vulnerabilidade atentando à existência de comprometedoras disparidades na situação dos litigantes e contribuir para a concretização da paridade de armas no processo civil (TARTUCE, 2012, p. 286, grifo nosso).

Neste ponto podemos observar sua definição em relação à vulnerabilidade: trata-se de um conceito. Para ser justo, a publicação de sua obra é anterior a edição do CPC/2015, em que se fez constar a previsão do parágrafo único do art. 190 nos seguintes termos “ inserção abusiva em contratos de adesão” ou em “manifesta vulnerabilidade” (BRASIL, 2015a, online). Mas por se tratar de tema que ainda é candente nas discussões processuais, permanece como uma obra de referência tanto para a pesquisa, como para a prática forense.

Tendo em vista que apenas em legislações esparsas se tratava do tema, parece que a autora agiu bem em assim definir a vulnerabilidade processual, ainda mais considerando o papel atribuído à igualdade material, também cerne de sua proposta.

Na verdade, temos que a vulnerabilidade se trata de um conceito normativo valorativo que muito embora esteja previsto hoje em legislação processual - de forma indefinida, para ser compreendido deverá receber uma valoração do intérprete julgador, haja vista que permanece recebendo a influência de outras legislações de natureza material.

Como visto, os conceitos (indeterminados) normativos valorativos podem ser preenchidos, de acordo com Humberto Ávila, pela adoção de alguns critérios

objetivos reconhecidos no meio social, ou por uma questão de discricionariedade limitada – criativa e não arbitrária, solucionada pela interpretação do juiz.

Qualquer que seja a escolha entre as possibilidades listadas anteriormente, deverá atentar para uma noção muito cara ao processo civil, a de que só existe nulidade se houver prejuízo¹⁷⁶. Deste modo, a vulnerabilidade processual para que possa subsistir, ainda que funcione como um precioso instrumento à proteção daqueles que possuam uma suscetibilidade determinada, terá também de levar em consideração o prejuízo real, no desejo de que se evite uma fragmentação da aplicação do processo civil. Destaque-se, inclusive, que o parágrafo único coloca como necessidade para a decretação da nulidade a presença de uma “manifesta vulnerabilidade” (BRASIL, 2015a, online). Desta forma, a vulnerabilidade não pode ser presumida, pelo contrário, deverá ser verificada no caso concreto.

Aliás, não é outro o entendimento da autora¹⁷⁷, que propõe a vulnerabilidade como uma ferramenta disponibilizada ao aplicador para maximizar as chances dos vulneráveis, desde que verificado *in concreto* a vulnerabilidade ensejadora do tratamento especial.

¹⁷⁶ Pode-se notar da redação do art. 282 do CPC/15, *in verbis*: “Art. 282. Ao pronunciar a nulidade, o juiz declarará que atos são atingidos e ordenará as providências necessárias a fim de que sejam repetidos ou retificados. § 1º O ato não será repetido nem sua falta será suprida quando não prejudicar a parte. § 2º Quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a decretação da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta” (BRASIL, 2015a, online). Trataremos do prejuízo processual, com mais pormenor, na sequência do estudo.

¹⁷⁷ “Mesmo sem previsão expressa em norma infraconstitucional, é cabível uma exegese ampla que contemple o contexto e a situação peculiares da parte considerando sua situação segundo parâmetros diferenciados: como a Lei Maior prevê a garantia da isonomia e o Código de processo Civil diz incumbir ao magistrado assegurar a igualdade, ele deve, para proporcionar o efetivo acesso à justiça, proceder à análise criteriosa do contexto concreto em que se inserem as partes. Como, então, compete ao juiz atentar para a situação de vulnerabilidade dos litigantes procedendo à sua análise aprofundada no caso concreto, a respeito dos critérios nos quais ele deverá se pautar? Caso constate situação de vulnerabilidade, como o magistrado deve se portar para concretizar a garantia constitucional da igualdade? Há ferimentos no ordenamento processual para permitir eventual e necessária moderação do rigor técnico em prol da parte vulnerável?” (TARTUCE, 2012, p. 23, introdução). Igualmente: (MAIA; BARBOSA, 2014, Pp. 349-365). Sob congênere premissa, mas apontando o “diálogo das fontes” como uma saída para maior proteção do consumidor no âmbito do CPC/2015: (SHMITT, 2017, Pp. 477-478).

4.3.1.3 Fundamentalidade do direito à tutela jurisdicional adequada

Para a defesa da vulnerabilidade material na seara processual seria possível alegar sua prevalência sobre o direito processual, em razão de possuir uma natureza “não instrumental”. A respeito, já tratamos de alguma forma no debate entre publicismo e privatismo, e mais especificamente, quando abordamos a questão da constitucionalização do direito processual. Desta forma, percebe-se que é um argumento que não mais pode vigorar, porque deixa de considerar a evolução da teoria processual, como demonstra desprezo à perspectiva, segundo entendimento hodierno, da relação dialógica estabelecida entre a Constituição e as legislações infraconstitucionais.

Ainda sob este foco, poderia se perquirir outro argumento, qual seja, por se tratar de convenção processual inserta em contrato de adesão ou estabelecida em uma relação consumerista, de que há em prol do consumidor uma proteção¹⁷⁸ que lhe garante uma precedência em relação aos demais dispositivos da legislação processual, o que aplacaria qualquer pretensão para fazer vigorar o autorregramento da vontade nesses tipos de relações.

A *contrario sensu*, este é o entendimento¹⁷⁹ de Fernanda Tartuce, sobre o que defende:

A mesma vulnerabilidade reconhecida na seara material se estende ao consumidor¹⁸⁰ enquanto litigante que, presumivelmente em todos os aspectos, encontra-se em desvantagem processual em relação ao fornecedor. A dessemelhança de forças entre os contratantes nos pactos de consumo justifica o tratamento díspar para proteger quem se encontra na posição mais frágil (TARTUCE, 2012, p. 253).

¹⁷⁸ “Nesse sentido, o princípio da proteção do consumidor consagrado na Constituição da República, tanto como direito fundamental, quanto como princípio da ordem econômica, dá causa a transformações em diversos institutos jurídicos, como por exemplo, nos contratos e na responsabilidade civil. O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/1990, é o principal instrumento normativo da realização destes novos direitos, se bem que não é o único (como frisa o próprio art. 7.º do CDC)” (MIRAGEM; MARQUES, 2014, Pp. 152-153).

¹⁷⁹ Como já expusemos, discordamos. Primeiro, por se tratar de um conceito normativo valorativo que não pode desprezar à noção de prejudicialidade processual. Em segundo lugar, por um motivo de natureza ideológica, porque não é possível conceder ao direito material uma prevalência *iure et de iure*. Apenas para findar este breve comentário, não parece que o regime de nulidades pertinente às convenções processuais decorra de legislação material. Tema este que trataremos mais tarde.

¹⁸⁰ Fabiana D’Andrea Ramos atesta que a autonomia vigora no espaço da mediação e da conciliação, no entanto, acaba defendendo o condicionamento daquela aos ditames da igualdade, que no processo atua a favor do equilíbrio entre partes, tendo em vista que propiciaria uma compensação à desigualdade constatada no plano fático (RAMOS, 2017, Pp. 73-74).

Nesta linha, cabe perscrutar uma questão que se mostra relevantíssima para o desvelo do assunto ora tratado, o da fundamentalidade¹⁸¹ dos direitos. Esta característica, segundo Daniel Mitidiero, Ingo Sarlet e Luiz Guilherme Marinoni, acaba por destacá-los dos demais, pois lhes confere simultaneamente um caráter formal e material. Os autores esclarecem que a fundamentalidade formal é considerada a partir de sua inscrição, ou previsão no texto constitucional. Pode ser reconhecida igualmente em razão de sua submissão aos limites do art. 60 da CF/88¹⁸². E, ainda pode ser identificada por vincular os entes públicos e atores privados, estes últimos, sobre determinados ajustes, conforme art. 5º, §1º da CF/88¹⁸³. Em relação aos direitos materiais seria impossível uma conceituação, a não ser que se assumisse o risco de motivar uma dissociação com a realidade, em virtude das plúrimas possibilidades de identificação. Por isto, tal definição deve ser completada por intermédio da interpretação da Constituição, sem deixar de atentar-se aos casos concretos. De qualquer modo, a diferença que os distingue reside no argumento de que os direitos fundamentais em sentido formal seriam consagrados no texto constitucional, já os direitos fundamentais materiais, muito embora não constassem no rol realizado pelo legislador, seriam equiparados aos formais por seu conteúdo e importância. Então é possível cogitar duas espécies de direitos fundamentais: direitos formal e materialmente previstos – ainda que implícitos, os quais estariam ancorados no texto constitucional; e direitos apenas materiais, os quais não comporiam as disposições textuais da Carta Magna. Existem outras classificações ou subclassificações possíveis, mas para o nosso intuito mais importante é tratar da classificação quanto aos expressamente positivados. Neste diapasão, estes direitos podem ser divididos entre aqueles que estão relacionados no Título II da CF/88¹⁸⁴, onde consta a disposição dos direitos e das garantias fundamentais; ou por direitos sediados em outras partes do texto constitucional, que gozariam da mesma fundamentalidade; e também, por direitos que poderiam ser reconhecidos em disposições consagradas em tratados de direitos humanos (MITIDIERO; SARLET; MARINONI, 2016, Pp. 319-320; 330).

¹⁸¹ Digno de nota também, caso ainda não tenha ficado claro, que adotamos a compreensão da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, defendida, entre outros, por (MITIDIERO; SARLET; MARINONI, 2016, Pp. 375-379); (STEINMETZ, 2004, p. 265 e ss.) e (STEINMETZ, 2005, Pp. 15-23).

¹⁸² (BRASIL, 1988, online).

¹⁸³ (*Ibidem*, online).

¹⁸⁴ (*Ibidem*, online).

Os autores adotam uma classificação ampla em relação à característica subjetiva dos direitos constitucionais,

Neste contexto, ainda que não seja nosso objetivo apresentar todas as variantes apontadas na doutrina sobre as possibilidades ligadas à noção de direito fundamental na condição de direito subjetivo (ressalvada, além disso, a existência de acirrada controvérsia nesta seara), torna-se indispensável referir proposta que, em termos gerais, guarda na seguinte tríade de posições fundamentais, que, em princípio, pode integrar um direito fundamental na condição de direito subjetivo: (a) direitos a qualquer coisa (que englobariam os direitos a ações negativas e positivas do Estado e/ou particulares e, portanto, os clássicos direitos de defesa e os direitos a prestações); (b) liberdades (no sentido de negação de exigências e proibições); e (c) poderes (competências ou autorizações) (*Ibidem*, Pp.346-347).

No que se refere à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, aduzem que esta característica possuiria um caráter autônomo relativamente à sua subjetividade, atuando de maneira a reforçar a juridicidade das normas de direitos fundamentais, que passam a integrar a dignidade da pessoa humana e que podem ser observadas em diversas categorias funcionais desenvolvidas pela doutrina e jurisprudência. Em decorrência disso, seria possível concluir que os direitos fundamentais possuem uma multifuncionalidade, pelo menos no que tange à ordem constitucional. Entre as características mais importantes da força jurídica objetiva dos direitos fundamentais estaria a irradiação dos seus efeitos para a legislação infraconstitucional, desta forma, impondo uma interpretação conforme os direitos fundamentais. Outro efeito que não advém desses, mas que a eles se associa, seria o de reconhecimento da supremacia normativa da Constituição e do controle de constitucionalidade das leis, fenômeno que resultou na constitucionalização do direito e no conseqüente alargamento de sua eficácia para outras áreas, como para o direito privado, por exemplo. Ademais, reconhece-se como outra função decorrente desta dimensão objetiva, o reconhecimento de que os direitos fundamentais implicariam deveres de proteção ao Estado, o que impõe aos órgãos estatais respeitar permanentemente os direitos fundamentais dos indivíduos, não somente contra intromissões dos poderes públicos, como contra agressões dos particulares, e também de outros Estados. Por fim, uma última função refletida dessa dimensão objetiva diz respeito à conexão entre a dimensão objetiva e subjetiva, cujo liame é identificado segundo uma função organizatória e procedimental. Assim, levando-se em consideração o conteúdo das normas constitucionais seria possível retirar o sentido para aplicação das normas procedimentais, como também contribuir para a conformação de um direito

organizacional e procedimental que permita a efetivação dos direitos fundamentais (*Ibidem*, Pp. 348-350).

Além disso, esse liame poderia ser verificado na atuação do Estado para editar normas cuja finalidade seja regular os procedimentos administrativo ou judicial, bem como para a criação de órgãos responsáveis pela promoção de direitos. Desse modo, pode-se verificar a conexão entre os deveres de proteção e a dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais. Assim, diante da perspectiva subjetiva a qual é investido o titular de direitos fundamentais, formou-se a tese de que o direito à organização e ao procedimento é gênero da espécie “direito a prestações”, considerando que visa assegurar ao titular a implementação de procedimentos ou organizações em geral, com a intenção de efetivação do direito postulado. Daí ser possível afirmar que a fruição dos direitos fundamentais não seria possível sem o contributo das disposições estatais a respeito da organização e do procedimento (*Ibidem*, p. 350).

Como foi visto, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais ressoa na perspectiva subjetiva, sendo possível tratar de direitos de proteção e de organização do procedimento (*Ibidem*, p. 351).

Os autores nos auxiliam para encerrar o raciocínio:

A própria distinção entre direitos e garantias, por sua vez, não pode mascarar a circunstância de que, em termos gerais, as garantias, embora evidentemente tenham uma função de natureza assecuratória e, nesta perspectiva, instrumental, atuam também como direitos (tanto na dimensão subjetiva quanto na dimensão objetiva), pois investem o seu titular de uma posição subjetiva no sentido de invocar a garantia em seu favor. É por esta razão que muitos preferem utilizar – opção aqui considerada correta – as expressões direitos-garantia ou princípios-garantia (*Ibidem*, p. 352).

Desta forma, é possível identificar o direito à organização e ao procedimento como aqueles direitos fundamentais que necessitam de posturas estatais para adequar situações, setores ou outras esferas da administração, bem como normas que possibilitem o gozo de direitos e garantias, como é o caso das garantias processuais, podendo ser lembrado o acesso à justiça, o direito à proteção judiciária etc. Isso se dá, pois o direito ao procedimento e a organização é essencial para a concretização dos direitos fundamentais. Nesse sentido, verifica-se a existência de alguns direitos fundamentais com guarida no texto constitucional que possuem essa natureza, tais como a liberdade de associação, constante no art. 5º, XVII, CF/88, as garantias constitucionais processuais de defesa e do contraditório previstas no art.

5º, LV, CF/88, e a do juiz natural, conforme art. 5º, XXXVII, CF/88¹⁸⁵. Portanto, o direito ora tratado é um tipo de direito fundamental cujo suporte fático-material é muito importante para o exercício dos demais direitos. Assim, o direito ao procedimento e à organização¹⁸⁶ permite a instituição de atos normativos e a oportunidade para criação de procedimentos e garantias judiciais (MENDES, 2016, Pp. 227-229).

Exemplo desse direito é a adequação¹⁸⁷¹⁸⁸¹⁸⁹ da tutela jurisdicional, pois segundo Humberto Ávila:

O direito a um processo adequado nada mais é do que a consequência mediata da própria proteção de um direito. Sendo assim, o direito a um processo adequado ou justo também não é independente, no seu fundamento, de determinado princípio cuja aplicação reflexiva gera um direito subjetivo ou de uma regra cuja incidência o protege, mas decorrente do seu próprio conteúdo normativo, ainda que ilegitimamente proclamado. O dever de adoção de um processo adequado ou justo é uma consequência normativa indireta da proteção de um direito, quer decorrente da aplicação de um princípio, quer da incidência de uma regra (ÁVILA, 2008, p. 54).

¹⁸⁵ (BRASIL, 1988, online).

¹⁸⁶ Hans Kelsen já asseverava uma contiguidade entre o direito material e formal, especialmente em relação à criação das normas, que, de uma forma ou de outra, estaria vinculada à Lei maior: “A criação de normas jurídicas gerais é aplicação da Constituição, tal como a aplicação de normas jurídicas gerais pelos tribunais e órgãos administrativos é criação de normas jurídicas individuais. Assim como as normas jurídicas gerais produzidas por via legislativa ou consuetudinária são determinadas, sob o aspecto formal, e eventualmente também sob o aspecto material, pelas normas da Constituição – por normas de um escalão superior, portanto – assim também as normas individuais, criadas pelos atos judiciais e administrativos, são determinadas, tanto sob o aspecto formal como o aspecto material, pelas normas gerais legislativa ou consuetudinariamente criadas – portanto, também por normas de um escalão superior. (...) Por outras palavras: a Constituição representa predominantemente Direito formal, enquanto o escalão da criação jurídica que lhe está imediatamente subordinado tanto representa Direito material como formal” (KELSEN, 1996, Pp. 257-258).

¹⁸⁷ Galeno Lacerda sugere que o princípio da adequação seria o principal requisito para que o instrumento pudesse realizar o seu objetivo. Além disso, manifesta que a adequação se apresentaria sob três formas: subjetiva, objetiva e teleológica. Deste modo, a primeira diria respeito à adequação referente aos sujeitos que participam do processo; a segunda, em função da disponibilidade do objeto versado na disputa; já a função teleológica traria a noção de adequação em relação às funções da jurisdição, elencadas pelos processos de conhecimento, cautelar e de execução (LACERDA, 2008, Pp. 252-254).

¹⁸⁸ José Roberto Bedaque, inclusive, prescreve uma outra função à “adaptabilidade”, que não se limitaria única e exclusivamente ao procedimento, mas à tutela diferenciada da jurisdição, fator decisivo à efetividade do processo. Daí, pois, indagar-se a respeito da adaptabilidade do processo ao objetivo desejado pelas partes (BEDAQUE, 2006, Pp. 60-62).

¹⁸⁹ Fernando Gajardoni preconiza dois princípios, o princípio da adequação, destinado ao legislador, que deveria atentá-lo em relação a produção da legislação processual, e um princípio da flexibilização procedimental ou adaptabilidade, que permitiria uma adaptação do procedimento por parte do magistrado. Todavia, esta última espécie só teria valia de forma subsidiária, em caso de ausência de previsão legislativa de “procedimento adequado”. Não obstante essa condição, quando realiza sua classificação a respeito das espécies de flexibilizações procedimentais, também reconhece, apenas em casos circunstanciais, a possibilidade de flexibilização voluntária do procedimento pelo magistrado (GAJARDONI, 2008, Pp. 136-139).

Nessa toada, Bruno Garcia Redondo certifica que o princípio¹⁹⁰ da adequação decorre das seguintes disposições constitucionais: devido processo, art. 5º, inciso LIV da CF/88, acesso à justiça, art. 5º, inciso XXXV da CF/88, duração razoável do processo, art. 5º, inciso LXXXVIII da CF/88¹⁹¹. Assim, a interpretação do princípio da adequação direcionaria o aplicador para a exigência de que os procedimentos se adequem às peculiaridades do caso, no intuito de que seja prestada uma jurisdição eficiente (REDONDO, 2017, p. 394).

Segundo Aline Regina das Neves e Eduardo Cambi,

O princípio da adaptabilidade do procedimento à causa não se confunde com o sistema da liberdade das formas procedimentais nem redonda na anarquia procedimental, isto é, em um procedimento sem um arcabouço jurídico mínimo de formas capazes de assegurar o conhecimento prévio das regras do jogo. Apenas não refuta a possibilidade de que os sujeitos processuais – seja o juiz ou as partes – procedam a alterações recomendáveis, que vão desde a inversão da ordem de produção de provas, alteração de prazos legais, negócios jurídicos processuais, até a supressão de atos desnecessários ou inúteis para o fim do processo. Tudo isso para a maior aderência entre o procedimento adotado e a natureza e as particularidades da demanda, a possibilitar o desenvolvimento da criatividade dos sujeitos processuais sem prejudicar a efetivação da garantia constitucional de acesso à ordem jurídica justa. (NEVES; CAMBI, 2016, p. 621)

Permite-se responder a indagação realizada no início deste subcapítulo, pois se a proteção ao consumidor corresponde a um direito material, a adequação do procedimento que guarda estrita continência com as convenções processuais, possui idêntica condição. De outro lado, se ainda fosse alegado tratar-se de um direito constitucional implícito, não seria necessário alongar o argumento, em decorrência do que já foi abordado algumas linhas atrás acerca da recepção pelo art. 5º (BRASIL, 1988, online) dos direitos de natureza organizativa e procedimental, como também, pelas suas características material e subjetiva, que não deixam de acompanhá-los, ainda que fosse vencedora a elucubração ora destacada.

¹⁹⁰ É esta categoria normativa que enquadra a adequação (PELEJA JR., 2004, p. 48 e ss.).

¹⁹¹ (BRASIL, 1988, online).

4.3.1.4 Vulnerabilidade material e sua aparente força presuntiva no âmbito das convenções processuais

Há um outro ponto que merece ser trazido, o do estado de vulnerabilidade material que atinge o consumidor, e que pode repercutir no processo.

Antes de tudo é preciso deixar claro que serão analisadas aqui duas espécies de vulnerabilidade material, que em tese poderiam endossar o argumento anteriormente aventado, pois em nossa opinião, as demais espécies não seriam capazes de inferir qualquer reflexo danoso à disposição processual. De qualquer sorte, ainda poderiam ser consideradas como condições que atuariam sobre a relação consumerista e, desta forma, também gerariam algum efeito sobre o pacto processual, mesmo que indiretamente. Como será visto, essas vulnerabilidades podem ser enquadradas no argumento mais geral, trabalhado na oportunidade em que se tratou da vulnerabilidade processual.

Afirmada essa breve explicação, passamos à exposição.

Segundo Bruno Miragem e Claudia Lima Marques¹⁹², a vulnerabilidade¹⁹³ fática para ser configurada deverá partir, ao contrário do que se imaginaria, da observância da condição do fornecedor, e não a do consumidor. Por isso deve ser pesquisado a respeito da sua superioridade econômica ou jurídica, como sobre a essencialidade do serviço por ele prestado (MIRAGEM; MARQUES, 2014, p. 156).

A vulnerabilidade fática poderia ser considerada (assim como a vulnerabilidade informacional) a que caracterizaria mais comumente o consumidor, uma vez que reconhece as diferenças econômicas a partir das qualidades do fornecedor, o que também pode vir afetar a qualidade do produto ou serviço em

¹⁹² Estes foram os autores escolhidos para tratar do tema, não por um motivo arbitrário, mas em razão da influência dos seus posicionamentos junto aos tribunais superiores, mormente, o Superior Tribunal de Justiça, órgão julgador máximo acerca da matéria.

¹⁹³ Tendo sido tratado duas das espécies de vulnerabilidade consumerista elencadas pelos autores, observemos as demais: “Como regra, a vulnerabilidade do consumidor se distingue em vulnerabilidade técnica, jurídica, fática e informacional. Na vulnerabilidade técnica, o comprador não possui conhecimento específico sobre o objeto que está adquirindo e, portanto, é mais facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, o mesmo ocorrendo em matéria de serviços. (...) Por fim, mencione-se a vulnerabilidade informacional, o que caracteriza o consumidor é justamente seu déficit informacional, pelo que não seria necessário aqui frisar este *minus* como espécie de vulnerabilidade, uma vez que já está englobada como espécie de vulnerabilidade técnica” (MIRAGEM; MARQUES, 2014, Pp. 156; 160). Conforme se depreende deste excerto, essas vulnerabilidades apegam-se ao produto ou ao serviço, o que não afeta o conhecimento das convenções. Além disso, ainda que se considere a vulnerabilidade informacional, esta encontrar-se-ia subsumida à primeira, caracterizada como técnica, e que por sua vez se diferencia da vulnerabilidade jurídica, como adiante será visto.

relação à informação veiculada. Entretanto, há casos em que pode ser difícil verificar essa superioridade do fornecedor, especialmente em casos cotidianos, como nas compras realizadas no mercadinho da esquina, por exemplo. Há superioridade econômica em jogo? Está presente a essencialidade na prestação de serviços? As duas respostas parecem ser negativas. Mas ainda seria possível perceber uma relação de consumo, conforme os consumeristas, dado o conceito finalístico adotado pelo Código de Defesa do Consumidor, que estabelece a noção de consumidor como o destinatário final da cadeia de produção do ponto de vista fático e econômico, conclusão que levaria à corresponsabilidade entre os fornecedores, *verbi gratia*, a prestar uma informação adequada. A seguir retornaremos ao assunto, mas se essa espécie de vulnerabilidade for adotada no processo civil, sua análise deverá levar em consideração a noção de prejuízo, cabe ressaltar mais uma vez.

Já a vulnerabilidade jurídica poderia ser definida a partir da falta de conhecimentos jurídicos específicos, de contabilidade ou de outro ramo do conhecimento, o que interferiria na ciência do consumidor para conhecer às informações pertinentes a aquisição de determinado produto. Contudo, essa vulnerabilidade não seria, ao contrário de outras espécies de vulnerabilidades, presumível a todos os consumidores. Seria apenas presumível para as categorias de consumidor não profissional e consumidor pessoa física. Por consequência, para os profissionais e para as pessoas jurídicas valeria uma presunção invertida, ou seja, de que possuem o conhecimento mínimo a respeito de economia, direito ou contabilidade (MIRAGEM; MARQUES, 2014, p. 159).

Acreditamos que essa é a vulnerabilidade que diz de forma mais contundente com a adoção das convenções processuais. Deste modo, em se tratando de relação entre pessoas jurídicas ou de pessoas físicas que atuem no mercado de forma profissional, como no caso dos profissionais liberais, médicos, advogados, dentistas, contadores etc., a presunção não existiria, sendo necessário fazer prova da vulnerabilidade.

A conceituação de destinatário final¹⁹⁴ do produto como sendo aquele que dá termo à cadeia consumerista ao retirar o produto do mercado, neste particular, fica

¹⁹⁴“Assim, tratando-se de pessoa física destinatária final sequer é necessário discutir a sua qualificação como consumidora, pois se reconhece e presume o Código de Defesa do Consumidor a sua vulnerabilidade diante dos fornecedores e as normas protetivas do Código do Consumidor a ela se aplicam” (*Ibidem*, p. 198). Essa presunção, pelo menos em relação à vulnerabilidade técnica ou

mais clara na seguinte passagem, onde inclusive é possível identificar a natureza da relação jurídica que coliga às partes, conforme explicitam os autores,

Portanto, a relação entre dois “civis”, sem habitualidade, continuidade ou fim econômico ou de lucro é uma relação civil *stricto sensu* e será regulada pelo Código Civil de 2002, relação entre iguais que é. Fora do âmbito das relações familiares, estão cada vez mais raras estas relações civis puras, onde ainda se pressupõe a igualdade entre as partes leigas. Na relação entre um “civil”, destinatário final do serviço, e um empresário, fornecedor de um produto ou serviço no mercado, é uma relação de consumo *ex vi* arts. 2º e 3º do CDC, uma relação entre “diferentes”, tutelando a lei um deles, o vulnerável (art. 4, III, do CDC), o consumidor, e será por isso, em face do mandamento constitucional do art. 5º, XXXII, de proteção apenas deste agente econômico, regulada prioritariamente pelo Código de Defesa do Consumidor. Assim, se a relação é de consumo aplica-se prioritariamente o Código de Defesa do Consumidor e só, subsidiariamente, no que couber e for complementar, o Código Civil de 2002 (MIRAGEM; MARQUES, 2014, Pp. 95-96).

Ora, os contratos de adesão¹⁹⁵¹⁹⁶¹⁹⁷ de natureza civil ou as relações jurídicas que envolvam apenas pessoas jurídicas não configurariam uma relação consumerista. Soma-se a esta situação, as relações jurídicas entre empresários, como nos casos das empresas individuais de responsabilidade limitada - EIRELI. Desta forma só seria possível a aplicação da legislação mais benéfica em caso de haver uma relação entre “desiguais”. Exemplifica-se: se de um lado estiver um profissional liberal ou um empresário, ainda que não seja da área do direito, mas

jurídica, não abarcaria os consumidores pessoas jurídicas e os consumidores profissionais. A seguir, abordaremos tal posicionamento sob um outro aspecto.

¹⁹⁵ Valério Dal Pai Moraes detêm entendimento diverso, neste aspecto, do versado por Marques e Miragem: “Quem é o ‘aderente’? É o vulnerável da relação civil. É o que acaba sendo ofendido na sua dignidade por força de disposições ambíguas ou contraditórias ditadas pelo mais forte do relacionamento. (...) Saliente-se, em relação a estes últimos artigos citados (se refere aos arts. 423 e 424 do CC), que contratos de adesão podem ser oferecidos tanto para consumidores como para não-consumidores. (...) Veja-se que o que caracteriza um contrato de adesão é a simples ‘adesão’. Isto, em essência, que os qualifica como tal, pois o ato de aderir é, em termos de culturalismo, representativo de múltiplas realidades, tais como a desigualdade, a diferença de forças, a necessidade de aderir, a profissionalidade de estipular e oferecer cláusulas em bloco, e assim por diante” (MORAES, 2009, Pp. 107-108).

¹⁹⁶ O autor ítalo-americano Alessandro Fabbi registra a utilização dos acordos processuais no sistema jurídico norte-americano, para tanto, identifica nesses acordos uma categoria de “supercontratos”, já que envolveriam o direito material e o processual. Ademais, descreve que naquele ordenamento esses “contratos” são utilizados por partes iguais, mas também por partes “desiguais”, em relações de natureza trabalhista ou de direito do consumidor. Conclui que a saída para a limitação dos acordos processuais estaria no direito contratual (FABBI, 2013, online).

¹⁹⁷ Fredie Didier Jr. acolhe a possibilidade dos negócios processuais atípicos e dos pactos extraprocessuais inseridos em contratos de adesão, hipótese versada neste estudo, aduzindo que: “É possível inserir negócio processual em contrato de adesão, mas ele não pode ser abusivo. Não pode, por exemplo, onerar excessivamente uma das partes. Se abusivo, será nulo. Generaliza-se aqui o raciocínio desenvolvido para o foro de eleição e para a distribuição convencional do ônus da prova, negócios processuais típicos. É por isso que o parágrafo único do art. 190 fala em nulidade por “inserção abusiva em contrato de adesão” (DIDIER JR., 2017, p. 119).

que entabular um contrato de adesão com um fornecedor onde for inserida uma convenção processual, não poderá arguir a vulnerabilidade em seu favor.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça¹⁹⁸ tem compreendido, e já há vários precedentes neste sentido, que o rigorismo da tese defendida pelos autores - reconhecida por teoria finalista - poderá ser atenuada quando apurada uma situação de dependência entre as partes. Portanto, a Corte inclui um critério *in concreto* para averiguação da vulnerabilidade.

Diga-se ainda que, muito embora Marques e Miragem excluam alguns sujeitos da proteção da vulnerabilidade jurídica, os quais poderiam ser considerados consumidores, conforme referido supra, acabam por revelar um conceito consumerista que possui repercussão no processo, o da hipossuficiência¹⁹⁹. Esta seria semelhante, mas que com a vulnerabilidade não se poderia confundir. De acordo com o seu entendimento, nem todo o consumidor será hipossuficiente, condição que deverá ser analisada pelo juiz no caso específico. Em realidade, seria

¹⁹⁸ **“DIREITO DO CONSUMIDOR. CONSUMO INTERMEDIÁRIO. VULNERABILIDADE. FINALISMO APROFUNDADO. Não ostenta a qualidade de consumidor a pessoa física ou jurídica que não é destinatária fática ou econômica do bem ou serviço, salvo se caracterizada a sua vulnerabilidade frente ao fornecedor.** A determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. Dessa forma, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pelo CDC, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo. Todavia, a jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando "finalismo aprofundado". Assim, tem se admitido que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço possa ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra). Além disso, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação do CDC, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora. (Precedentes citados: REsp 1.196.951-PI, DJe 9/4/2012, e REsp 1.027.165-ES, DJe 14/6/2011. **REsp 1.195.642-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 13/11/2012**)” (BRASIL, 2012, online, grifos da fonte).

¹⁹⁹ Divergindo unicamente em relação à defesa coletiva dos consumidores, pois desta situação seria possível depreender uma clara “presunção de hipossuficiência” (MORAES, 2009, Pp. 130-131).

um critério que dependeria de dois aspectos: a um, da discricionariedade do juiz, o que permitiria a sua identificação em relação à fragilidade do consumidor, desde que pudesse se tornar um empecilho para o regular desenvolvimento de sua defesa e participação no processo; a dois, por se tratar de um conceito indeterminado, seu preenchimento deveria ocorrer segundo balizas objetivas direcionadas ao juiz, a fim de limitar o seu espaço de escolha na apreciação do direito (MIRAGEM; MARQUES, 2014, Pp. 163-164).

Conforme concluem os autores,

A noção de vulnerabilidade no direito associa-se à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica em razão de determinadas condições ou qualidades que lhe são inerentes ou, ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica. Nesse sentido, há possibilidade de sua identificação ou determinação *a priori, in abstracto*, ou ao contrário, sua verificação *a posteriori, in concreto*, dependendo, neste último caso, da demonstração da situação de vulnerabilidade. A opção do legislador brasileiro, como já referimos, foi pelo estabelecimento de uma presunção de vulnerabilidade do consumidor, de modo que todos os consumidores sejam considerados vulneráveis, uma vez que a princípio não possuem o poder de direção da relação de consumo, estando expostos às práticas comerciais dos fornecedores no mercado (*Ibidem*, p. 164).

Neste instante, então, Marques e Miragem permitem que a condição de vulnerabilidade seja averiguada no caso em concreto, ainda que firmem posição no sentido de uma presunção de vulnerabilidade abrangente a todos os consumidores.

Depois das observações realizadas já nos é permitido uma conclusão:

- a) A vulnerabilidade *lato sensu* só protegerá aqueles considerados consumidores;
- b) A vulnerabilidade poderá ser reconhecida aos que estão excluídos desta conceituação, como às pessoas jurídicas, desde que demonstrada a sua dependência econômica, ou a desigualdade incidente na respectiva relação, a qual deverá ser analisada pelas circunstâncias do caso em concreto, de acordo com entendimento do Superior Tribunal de Justiça;
- c) Ainda que sejam considerados consumidores no caso em concreto, as pessoas jurídicas e os profissionais liberais não poderiam contar com o abrigo da vulnerabilidade jurídica, segundo o posicionamento adotado pelos autores;
- d) O mesmo ocorreria com a hipossuficiência, que não seria presumida nem para os consumidores *stricto sensu*, devendo, outrossim, passar pela análise em concreto do magistrado, conforme consignado pelos autores.

Pelo que podemos verificar, ainda que o legislador tenha estabelecido uma vulnerabilidade material *a priori*, como entendem Marques e Miragem, esse breve encadeamento de argumentos nos permite concluir, seja pela necessidade de verificar-se a constituição da natureza jurídica da relação entabulada, ou, a espécie de vulnerabilidade²⁰⁰ incidente, e ainda, a situação de hipossuficiência de algum dos sujeitos envolvidos, que a vulnerabilidade não é presumida em todos os casos, pois se sua análise prefacial não pode prescindir de uma avaliação em concreto, isso acaba por condicionar os aspectos conseguintes; ainda mais se tratando de condições que podem interferir no pacto processual.

Em síntese, se o antecedente for presumível (a qualidade de consumidor *stricto sensu*), o consequente (vulnerabilidade processual) ainda deverá ser analisado em concreto, em razão da noção de conceito normativo valorativo (auxiliado pela noção de prejudicialidade).

Se de outro lado o antecedente (identificação da condição de consumidor; a exclusão do abrigo da vulnerabilidade técnica, em alguns casos; e a incidência da condição de hipossuficiência) requerer para sua averiguação uma análise em concreto, o consequente (presunção de vulnerabilidade no processo) terá igualmente de se submeter à análise *in concreto*.

Diante disto, ainda que o conceito de vulnerabilidade material possa influenciar a interpretação acerca da vulnerabilidade processual, como já foi dito, suas noções terão de ser analisadas sob o viés consequencial do caso específico.

²⁰⁰ Por um ponto de vista da bioética é possível compreender que a incidência da vulnerabilidade, igualmente nesta área, não está isenta de controvérsias. No contexto das pesquisas com seres humanos, segundo Florencia Luna, a vulnerabilidade deverá ser reconhecida pelas circunstâncias e não por modelos “formatados”, pois ao incluir-se padrões abstratos nessa espécie de análise, costuma-se confundir as esferas do “ser” com a do “estar”, que embora contíguas, não deverão ser confundidas. A partir da crítica exposta aqui sucintamente, a autora vai propor a “teoria das capas da vulnerabilidade” como uma saída à questão metodológica, pelo que explica: “Eu proponho considerar o aspecto dinâmico e contextual do conceito como parte do seu próprio conteúdo. O funcionamento deste conceito é dinâmico e relacional e isto determina tanto o seu alcance como as maneiras de pensá-lo ou concebê-lo. Com efeito, a vulnerabilidade deveria ser pensada daqui em diante pela ideia de capas. A metáfora das capas nos dá a ideia de algo mais ‘flexível’, algo que pode ser múltiplo e diferente, e que pode ser removido de uma em uma, capa por capa. Não há uma ‘sólida e única vulnerabilidade’ que esgote a categoria, podem haver diferentes vulnerabilidades, diferentes capas operando. Estas capas podem sobrepor-se e algumas podem estar relacionadas com problemas do consentimento informado, enquanto que outras o estão com às circunstâncias sociais” (LUNA, 2008, online, tradução nossa). Como se vê, o ser humano é vulnerável, contudo, isso não quer dizer que não poderá deixar de sê-lo, ou em determinado aspecto da vida. De certa forma, é até uma formulação intuitiva, mas que não deixa de demonstrar a sua relevância, porque observa um ditame importantíssimo para qualquer tipo de análise: o “imperativo” da realidade.

4.3.1.5 A vulnerabilidade material tomada como princípio *versus* o direito fundamental à liberdade geral

Para encerramos de vez a questão da vulnerabilidade incidente no processo civil, especialmente sobre os seus possíveis impactos diante de nossa hipótese inicial, temos de concebê-la, para isso, sob o ponto de vista daqueles que a consideram como um princípio normativo.

Esta visão pode ser extraída da seguinte passagem da obra de Paulo Valério Dal Pai Moraes,

Já tratamos do tema da vulnerabilidade [...], oportunidade em que mostramos que a vulnerabilidade é uma realidade que se configura em qualquer área do Direito e até mesmo fora do Direito. [...] a vulnerabilidade é uma realidade prévia ao próprio Direito; isto, por si só, sendo suficiente para alertar o operador do Direito para que tenha respeito para com este importante princípio da existência do homem (MORAES, 2009, p. 103).

Desta forma, se ultrapassadas todas as considerações acima e mesmo assim tratar-se a vulnerabilidade constante no processo civil não como um conceito, mas como um princípio, seria necessário, a partir disso, realizar algumas considerações.

Segundo o doutrinador tedesco Robert Alexy, a liberdade geral de ação é uma liberdade que permite fazer ou deixar de fazer o que se quer, daí ser possível pressupor tratar-se de uma garantia, por duas razões. Em um primeiro ponto, pelo motivo de que se não houver *prima facie*²⁰¹ nenhuma restrição a essa liberdade, será permitido ao indivíduo fazer ou deixar de fazer, em virtude da edição de uma **norma permissiva**. Sob um outro aspecto, diante da característica *prima facie* da liberdade geral, ao indivíduo seria outorgado um direito em desfavor do Estado para que não interfira na esfera individual de seu exercício, em função de um agir ou não agir, com base em uma **norma de direito**. Deste modo, o suporte fático do direito geral de liberdade seria bastante amplo, pois compreenderia não apenas às ações

²⁰¹ Poderia ser caracterizada como uma precedência não definitiva de um princípio em relação a outro, no plano abstrato, a partir da análise incidente sobre um caso concreto. Como bem expõe Robert Alexy: “A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando-se em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições, é possível que a questão da precedência seja resolvida de forma contrária. Esse conceito de relação de precedência condicionada tem importância fundamental na compreensão das colisões entre princípios e, com isso, para a teoria dos princípios. (...) O caráter *prima facie* dos princípios pode ser fortalecido por meio da introdução de uma carga argumentativa a favor de determinados princípios ou de determinadas classes de princípios” (ALEXY, 2008, Pp. 96; 105-106).

dos seus titulares – em razão de uma norma permissiva, como também todas as intervenções do Estado incidentes sobre esse exercício – em função de uma norma de direito. Por isso o direito geral de liberdade poderia ser compreendido por meio dessas duas noções (ALEXY, 2008, p. 343, grifo nosso).

Alexy, contudo, confirma que essa noção não é unânime, soerguendo as alegações dos que em contrário pensem, para os quais a liberdade, em razão de sua amplitude, seria vazia de conteúdo, tornando-se um direito que não admitiria quaisquer restrições. Segundo esses críticos, o direito não protegeria a liberdade geral, mas garantiria que contra si não pesassem restrições (*Ibidem*, p. 345).

Para tanto, a concepção de direito geral adotada pelo autor pode ser compreendida a partir de uma noção formal-material. A liberdade geral é formal, pois é um valor em si mesmo. Também é considerada material, no mesmo passo, pois nos casos de colisão de princípios a que veremos adiante, possui um peso relativo, uma vez que leva em consideração outros princípios de conteúdo material (*Ibidem*, p. 359).

Portanto, para restringir o direito geral à liberdade será necessário arcar com um ônus argumentativo, devendo ser apresentadas as justificações que amparam a referida intervenção. Com isso não se quer dizer, pelo que deixa claro o autor, que também não haja um amplo meio de constrição, como a “cláusula de restrição”, exemplo que utiliza. Entretanto, o direito geral de liberdade por ser um direito dotado de neutralidade – independente em si mesmo, sem primazia axiológica em relação a outros princípios, e por isto seria restringível por argumentos baseados em direitos fundamentais e por outras metas constitucionalmente tuteladas (*Ibidem*, p. 392)²⁰².

Nesta mesma linha, Virgílio Afonso da Silva defende que a autonomia privada é um princípio formal, que consiste em uma norma de validade, ao contrário das normas de direito fundamental. Desta feita, essa concepção acerca da autonomia da vontade permitiria a realização de uma conexão com os direitos fundamentais, trazendo o benefício de revelar a tensão existente entre ambos. Pois, se os direitos fundamentais de natureza material costumam restringir a autonomia privada, o conceito de princípio formal vem, em contraposição, trazer-lhe uma garantia de preservação, ainda que com os direitos fundamentais “divida a cena”. Por isto, enquanto os direitos fundamentais seriam razões para não-competências (restrição

²⁰² Defendendo igual posição: (MARTEL, 2010, Pp. 95; 97-99) e (VENTURI, 2018, Pp. 432-433).

à autonomia), os princípios formais seriam motivos para competências (exercício ou prevalência da autonomia) (SILVA, 2008, Pp. 148-150).

Segundo Luís Virgílio Afonso da Silva,

Os direitos fundamentais, então, como o fundamento dessa não-sujeição, fornecem razões para uma não-competência do particular que, por via contratual, pretende restringir algum direito fundamental de algumas das partes na relação contratual. O ponto nevrálgico dessas relações que envolvem não-competências e não-sujeições consiste em encontrar uma força contrária à tendência dos direitos fundamentais para que, com isso, a autonomia privada não seja completamente eliminada pelos direitos fundamentais nas relações entre particulares (*Ibidem*, p. 152).

Como bem lembra Afonso da Silva, a autonomia privada em uma ordem constitucionalizada tende a ser abrandada pela força contrária dos direitos fundamentais, os quais podem anular toda e qualquer competência em favor da autonomia privada, se analisados de forma isolada. Não de outra forma, a autonomia privada deve ser realizada na maior medida possível, dentro do caso concreto, ainda que princípio formal. O autor alega, sobre esse aspecto, que costuma ocorrer um sopesamento²⁰³ entre a autonomia privada e os demais direitos fundamentais no caso concreto. Todavia, nas relações entre particulares não se trataria, especificamente, de um sopesamento. Isso porque, a autonomia privada incidente nas relações entre particulares não possuiria graus de realização, mas situações em que os efeitos do princípio seriam observados em sua integralidade; e outras, cujos efeitos seriam parciais ou atenuados. E apesar de correto, esse raciocínio não significaria um sopesamento. Na verdade, ter-se-ia a definição de critérios para a verificação do peso da autonomia em cada uma das relações sob prova (*Ibidem*, Pp. 152-155).

Mais adiante, menciona que a proteção dos hipossuficientes²⁰⁴ e dos trabalhadores é importante. Entretanto, assevera que essa desigualdade é

²⁰³ “O ‘conflito’ deve, ao contrário, ser resolvido ‘por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes’. O objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto: ‘Se esse sopesamento levar à conclusão de que os interesses do acusado, que se opõem à intervenção, têm, no caso concreto, um peso sensivelmente maior que os interesses em que se baseia a ação estatal, então, a intervenção estatal viola o princípio da proporcionalidade e, com isso, o direito fundamental do acusado que deriva do art. 2º, §2º, 1, da Constituição’. Essa situação de decisão corresponde exatamente à colisão entre princípios. As diferenças são de caráter terminológico” (ALEXY, 2008, p. 95).

²⁰⁴ Neste sentido: “Tanto para os legisladores como para os operadores do sistema de justiça, não podem mais bastar para justificar a restrição da disposição dos direitos considerados ‘indisponíveis’ abstratas e retóricas presunções a respeito da hipossuficiência e da incapacidade de manifestação volitiva dos seus titulares – que historicamente têm justificado academicamente sua absoluta inegociabilidade. A viabilidade cada vez mais evidente de apuração da real e livre intenção dos titulares dos direitos individuais e transindividuais indisponíveis em exercê-los, abdicá-los ou negociá-

proveniente do interior da relação, e não de uma desigualdade automática. Aliado a este argumento, refere que se a colisão de princípios se resolve em um caso concreto, pois toda a prevalência existente deverá estar condicionada ao caso, não sendo cabível pressupor a assimetria como fundamento da desigualdade nas relações entre particulares. Por conseguinte, seria inadmissível uma atenuação incondicionada da autonomia privada. Porém, a autonomia até poderia ser relativizada nos casos de desequilíbrio nas relações entre particulares, ou em um eventual falseamento daquela. Não estando nenhum desses fatores presentes, à autonomia privada seria reconhecido a precedência *prima facie* frente a outros direitos fundamentais com que estivesse em colisão (*Ibidem*, Pp. 157; 159)²⁰⁵.

Luís Virgílio Afonso da Silva indica que

Essa precedência, por ser apenas *prima facie*, pode ser revertida. O fator mais importante para tal reversão é a intensidade da restrição aos direitos fundamentais envolvidos na relação. Ainda que haja simetria de poderes e real exercício da autonomia privada em uma determinada relação entre particulares, o peso do princípio formal expressado pela autonomia privada tende a ser menor quanto maior for a intensidade da restrição aos direitos fundamentais envolvidos. Assim, os argumentos contra a autonomia privada são tão maiores quanto maior for a intensidade da limitação ao direito fundamental envolvido (*Ibidem*, Pp. 159-160).

Inversamente do exposto até aqui é o que pensa Ronald Dworkin²⁰⁶, que rebate os argumentos supra com o seguinte entendimento: se a liberdade possuísse muita força na argumentação política, tendo então um sentido forte, não dependeria para a sua interpretação de um princípio com um sentido mais fraco do que o da própria liberdade. Deste modo, se a liberdade geral fosse defendida nos moldes a que nos referimos acima (no sentido de que todo tipo de restrição afeta o gozo desse direito), então, na opinião do autor, somente poderia ser considerada em um sentido fraco de direito, e que por isto seria incomparável ao direito à igualdade, enquadrado na categoria dos direitos em sentido forte. Nesse caso, não haveria

los, passa a exigir do Estado justificativas bem mais sólidas e empíricas todas as vezes em que pretender intervir restritivamente sob a desculpa de proteção do interesse público. A reconstrução do sistema de justiça brasileiro, que começa tardiamente a apostar nas soluções consensuais, passa a também depender de uma realista e pragmática reavaliação do sentido e do alcance da indisponibilidade dos direitos” (VENTURI, 2018, p. 434).

²⁰⁵ Compartilhando as mesmas premissas e defendendo alguns argumentos análogos (MARTEL, 2010, Pp. 272-273).

²⁰⁶ Em outra obra, Dworkin parte do conceito de liberdade de Isaiah Berlin, declarando-o como um valor e, a partir daí, subsumindo-o à dignidade humana. Assim, na liberdade residiria um valor substancial e, a autonomia, sua exteriorização, poderia ser restringível por intermédio das leis. Entretanto, tal conceituação não conflita com a colacionada, pois ainda prevaleceria a ideia de uma superioridade política do conceito “igual cidadania”, representado pelo controle da justiça e da moral pela comunidade e impostos à liberdade (DWORKIN, 2012, Pp. 375-377; 386).

nenhum direito geral à liberdade em sentido forte capaz de rivalizar com o direito à igualdade (DWORKIN, 2002, p. 414).

Ao já esposado, o autor adiciona a reflexão de que a liberdade seria um conceito equivocado, que gera uma confusão e um desserviço político, por duas razões. A primeira, pois a ideia de um direito geral de liberdade cria uma noção falsa de conflito entre a liberdade e outros valores. Numa outra medida, porque esta ideia oferece justificativas fáceis às restrições de liberdades específicas. Assim, a partir do direito geral de liberdade seria possível refutar restrições às liberdades mais específicas, por conta da proteção ao nível da liberdade mais ampla, o que não seria de maneira nenhuma adequado, tendo em vista que esses fundamentos seriam baseados em uma ideia utilitária, desprovida de sentido moral e político (*Ibidem*, Pp. 417-418).

Para Humberto Ávila a igualdade exerce uma presunção relativa na ponderação. Assim, no balanceamento da ponderação penderia um desnível em prol da igualdade. Desta forma, sem que houvesse outras razões que justificassem o seu afastamento, a igualdade prevaleceria. Por este motivo, as razões que justificam os outros princípios devem ser tais que possam se tornar superiores em relação à prevalência concreta. Essa superioridade é demonstrada pelo maior ou menor ônus argumentativo para superar a prevalência abstrata conferida à igualdade. Na verdade, a consideração anterior revela que é fundamental para a realização da igualdade que o tratamento desigual seja explicado e, mais do que isso, justificado. Contudo, saliente-se que essa justificação deve ser demonstrada e, dependendo da situação, devidamente comprovada. Portanto, não é possível presumi-la (ÁVILA, 2015a, Pp. 154; 158-159).

Além da justificação caracterizada pela pertinência da comparação e da finalidade, outro complemento deve ser aliado, o qual é exarado pela desincumbência de um ônus argumentativo capaz de superar a presunção da igualdade, particularizado em dois aspectos: a um, em razão de possuir um peso inicial maior, é preciso que seja demonstrada uma razão capaz de superar a sua vantagem axiológica; a dois, que o tratamento diferenciado seja relacionado com uma medida de comparação prefacialmente permitida pela Constituição Federal. E, mesmo na possibilidade de ser vedada pela Carta, mas desde que indique a finalidade constitucional a que queira alcançar, seu uso será permitido (*Ibidem*, p. 160).

Para encerrar, Ávila refere, pelo que concordamos,

Tudo quanto se ponderou até aqui serviu justamente para patentear os reflexos argumentativos e comprobatórios da estatura constitucional da igualdade: para afastar a presunção de igualdade, não basta explicar, é preciso justificar; mas para justificar, não basta pressupor, é preciso confirmar a existência de vínculo de pertinência, fundada e conjugada, entre a medida de comparação e a finalidade que legitima seu uso. Não sendo assim, gorada estará a realização da igualdade (*Ibidem*, p. 164).

Deste modo, a “desigualdade” deve ser justificada. A presunção de vulnerabilidade atribuída ao consumidor é baseada no argumento de que a proteção da qual goza decorre das suas “fragilidades” inerentes, as quais o situariam em desvantagem nas relações consumeristas, ou em posição de assimetria no âmbito civil. Nestes casos os requisitos finalidade e justificação parecem ter sido observados, considerando-se a exposição anterior. Mas seriam válidos para todas as situações? E como ficaria a liberdade do consumidor? Protegida ou restringida?

Para concluirmos esta seção, de acordo com Mitidiero, Sarlet e Marinoni o direito geral de liberdade tem sido recorrente em todas as Constituições, sem objeção, sendo possível considerá-la uma vantagem institucional, uma vez que contribui para a proteção das demais liberdades que lhe são decorrentes. Assim, o direito geral de liberdade é um princípio geral que permite a interpretação e a integração das demais liberdades específicas, ou mesmo daquelas liberdades que estejam implícitas no ordenamento jurídico. Como dito há pouco, a vantagem de se ter um direito geral de liberdade é a introdução de uma cláusula geral que permite, por intermédio de uma interpretação extensiva, à consecução de outras liberdades não expressamente previstas na Carta. Essa generalidade concedida à liberdade facultaria um amplo rol de possibilidades para a concretização das vontades e preferências do indivíduo. Assim, o direito geral de liberdade tornar-se-ia um “refúgio” às suas outras espécies, no caso de o texto constitucional não as ter contemplado. E ainda seria possível verificar seu destaque na ordem jurídica pátria, tanto por sua condição de princípio, mas também por sua condição de valor, já que se relacionaria com os demais direitos fundamentais e as outras liberdades, aí incluídas as que tratam do plano político e social (MITIDIERO; SARLET; MARINONI, 2016, Pp. 481-483).

Pelo exposto, verifica-se que a “desigualdade” de tratamento não somente deve ser justificada como também comprovada. Mas este argumento poderia ser vergastado pela presunção de desigualdade conferida ao consumidor pelo direito

material. Conquanto, percebe-se que o nosso ordenamento jurídico adotou uma liberdade geral, tal como referido por Alexy e Luís Virgílio Afonso da Silva, o que garante à liberdade uma qualidade *prima facie*, sendo possível afastá-la, unicamente, pela desincumbência do ônus argumentativo. Neste sentido, a leitura mais correta parece ser a de que a previsão da cláusula ou direito geral de liberdade faz parte da nossa tradição constitucional, em que pese ser perfilhada por corrente minoritária da doutrina.

4.3.1.6 Um raciocínio jurídico: a ponderação do autorregramento da vontade e vulnerabilidade processual (suposto princípio)

É então necessário verificarmos se há a possibilidade de acontecer uma precedência *prima facie* do autorregramento da vontade face a vulnerabilidade processual.

Para tanto, vamos nos utilizar, em atenção à técnica e a bibliografia adotada, da teoria dos princípios de Humberto Ávila e combiná-la com os critérios do exame da proporcionalidade promovido por Wilson Steinmetz, sem que com isso se acarrete uma mácula à coerência metodológica, como poderá ser visto na sequência.

Ávila esclarece que os postulados normativos são normas que instituem critérios para aplicação de outras normas. Deste modo poderiam ser reconhecidas como metanormas, pois tratam de outras normas. Em função disto seriam qualificadas como normas de segundo grau. São espécies de diretrizes para as quais o intérprete poderia socorrer-se no intuito de aplicar o direito. Contudo, não se confundem com os sobreprincípios, pois como já tratado, os últimos ainda se situam no nível das normas objeto da aplicação. Pela sua composição etimológica vê-se que atuam “sobre” os “princípios”, a partir de um ponto de vista axiológico e não metódico. Assim, os sobreprincípios atuam sobre outras normas do ponto de vista semântico e axiológico; os postulados, a sua maneira, são normas que se situariam sobre outras normas, conhecidas pelo seu conteúdo metódico. No mais, diferenciam-se dos princípios e das regras, porque estas são objeto da aplicação. Os postulados, inversamente, são normas que orientariam a aplicação de outras

normas. Além disso, as normas são dirigidas aos particulares e ao Poder Público, ao passo que os postulados seriam direcionados ao aplicador do direito. Por fim, as regras e os princípios atuam em um mesmo nível, já os postulados se situariam em um nível superior e norteariam a aplicação das regras e dos princípios (ÁVILA, 2015b, p. 164).

Para esclarecer ainda mais essa relação pode-se dizer que os postulados se diferenciam das regras, porque ao contrário destas, não estabelecem comportamentos, nem devem ser cumpridos de modo integral. Em vez disso estabelecem balizas metódicas para aplicação na operação interpretativa, distante da técnica de subsunção, método característico das regras. Entretanto, com os princípios também não poderiam se confundir. Pois se os princípios estabelecem um estado de coisas a ser atingido, podem ser cumpridos em vários graus e havendo um conflito entre este tipo de normas, pode-lhes ser atribuído um peso maior ou menor. Os postulados não são normas que indicariam um estágio ideal a ser alcançado, tendo em vista que não podem ser realizados, circunstancialmente, de forma maior ou menor. Por isso seriam identificados por firmarem diretrizes metódicas, em atenção às variáveis em conflito (*Ibidem*, Pp. 164-165).

Cabe esclarecer que os postulados se diferem. De acordo com Ávila há postulados que são aplicáveis independentemente dos elementos que compõem o objeto relacionado à metanorma. Dito de outra forma, os critérios metódicos não são previamente estabelecidos, ou pelo menos não são claros. São denominados por postulados inespecíficos ou incondicionais, pois representariam ideias gerais despidas de critérios orientadores claros, razão por serem considerados como formais (*Ibidem*, Pp. 184-185).

No que se refere à ponderação de bens, esta consiste em um método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais, que podem vir a orientar esse sopesamento. Neste sentido, Ávila refere que a ponderação sem uma estruturação de critérios é uma ferramenta pouco útil à aplicação do direito. Por essa razão procura-se estruturar a ponderação com alguns postulados, como o da razoabilidade e da proporcionalidade, ou com base em critérios retirados dos direitos fundamentais constitucionais. Assim, sem critérios formais ou materiais, a ponderação seria muito mais “indefinível” do que os critérios da razoabilidade e da proporcionalidade (*Ibidem*, Pp. 185-186).

Para esse intuito, Humberto Ávila estabelece a necessidade de se detectar os elementos que compõem o objeto que será ponderado, a fim de facilitar a organização de critérios. Assim, refere que bens jurídicos seriam situações, estados ou propriedades que se mostram essenciais à realização dos princípios jurídicos. Os interesses poderiam ser identificados como os bens jurídicos a que o sujeito pretende amealhar. Por sua vez, os valores dão suporte às normas, pois indicariam o que é bom e merece ser almejado. Por fim, os princípios são os norteadores de um estado ideal, um “dever ser” dos valores, considerando que apontariam para a promoção e busca do estado de coisas idealizado (*Ibidem*, p. 186).

Conforme visto, quando for utilizada a ponderação, todos esses elementos deverão passar pelo sopesamento. O que se faz necessário é identificar a diferença, embora sutil, entre todos eles. Deste modo, independentemente dos elementos que passarem pelo crivo da ponderação, pode-se evoluir para uma ponderação que seja estruturada a ponto de poder ser utilizada para a aplicação de outros postulados, os denominados específicos. Nesse passo, Ávila indica algumas etapas importantes. A primeira delas é a da própria preparação da ponderação. Nessa fase devem ser analisados todos os elementos de forma mais ampla possível, em todos os seus detalhes, indicando o que será ponderado. A segunda etapa consiste na realização da ponderação, em que se vai fundamentar a relação estabelecida entre as normas em conflito, inclusive, quando tratar-se de princípios, a primazia identificada entre eles. A terceira etapa versa sobre a reconstrução da ponderação com base na formação de regras de primazia entre os elementos que foram objeto do sopesamento, com o intuito de atribuir uma validade para além do caso. Ávila refere que vários poderão ser os critérios da ponderação, mas deve-se dar atenção aos princípios constitucionais e às regras de argumentação (*Ibidem*, Pp. 186-187).

Em observância ao predito pelo autor, buscamos no postulado da proporcionalidade o critério que pode nos auxiliar a “materializar” o postulado inespecífico da ponderação. Vejamos então o que o caracteriza.

Segundo Humberto Ávila, o postulado da proporcionalidade aplica-se quando uma medida seja destinada a realizar uma finalidade. Sendo assim, deverão ser analisados os modos como a medida pode levar à realização de determinada finalidade, chamado por exame de adequação. Além disso, a necessidade de atentar-se para que a medida instrumentalizada seja a menos restritiva aos direitos envolvidos, dentre as possibilidades existentes, surgindo como exame da

necessidade. E, por fim, a justificativa indispensável, em razão da restrição estabelecida, que configura o exame da proporcionalidade em sentido estrito. O fim consiste no resultado a ser alcançado, ainda que sem a previsão de normas e conceitos jurídicos, como no caso de alcançar bens, ou um estado de coisas. Por outro lado, um meio cujos efeitos sejam indefinidos é um meio indeterminado, portanto, se não impede o exame da medida, enfraquece o seu poder sobre o objeto analisado (*Ibidem*, p. 206).

Ávila esclarece que,

A interpretação de qualquer objeto cultural submete-se a algumas condições essenciais, sem as quais o objeto não pode ser sequer apreendido. A essas condições essenciais dá-se o nome de postulados. Há os postulados meramente hermenêuticos, destinados a compreensão em geral do Direito e os postulados aplicativos, cuja função é estruturar a sua aplicação concreta (*Ibidem*, Pp. 163-164).

É o que pretendemos realizar neste caso, uma interpretação sob determinadas condições, auxiliados pelo postulado da proporcionalidade.

Wilson Steinmetz analisa os atos de autonomia privada que poderiam afrontar os direitos fundamentais conforme a estruturação metodológica do princípio da proporcionalidade. Apesar de adotarmos neste estudo a teoria de Humberto Ávila, segundo a dissociação de alternativas inclusivas, do que resultam as regras, princípios, sobreprincípios e postulados, os critérios que o primeiro adota para ponderação não conflitam com os estabelecidos por Ávila, ao contrário, somam de maneira a auxiliar metodicamente o nosso intento (verificar a prevalência ou não do princípio do autorregramento frente à vulnerabilidade processual).

Com base nisso, observemos a concatenação de fases elaborada por Steinmetz,

Caracterizada, *in concreto*, uma colisão real entre direito fundamental e autonomia privada (D1 versus Pap), procede-se, então, a uma seqüência sucessiva de testes: (a) verifica-se se há uma estrutura relacional meio/fim, na qual o meio é a medida (contratual) restritiva de direito fundamental (Rd) e o fim é a finalidade ou o objetivo pretendido com aquele meio; (b) examina-se se o fim pretendido é constitucionalmente legítimo ou com a constituição não é contraditório; (c) examina-se, sucessivamente, se a restrição contratual de direito fundamental (o meio, a medida) é (c.1) adequada, (c.2) necessária e (c.3) proporcional em relação ao fim pretendido. Enfatize-se que o controle de proporcionalidade pressupõe (a) e (b) – são testes prévios ao controle de proporcionalidade propriamente dito -, e que entre, (c.1), (c.2) e (c.3) há uma progressão de tipo “lógico”, no seguinte sentido: se a restrição (o meio, a medida) não é adequada para atingir o fim pretendido, então, sequer é preciso verificar se ela é necessária e, depois, proporcional em sentido estrito, porque pelo simples fato de não ser adequada ela já não atende ao princípio da proporcionalidade (STEINMETZ, 2005, Pp. 46-47).

Pois bem.

Segundo o postulado inespecífico da ponderação, conforme expõe Humberto Ávila, teríamos em causa os seguintes elementos:

Bem jurídico – Autorregramento da vontade e Vulnerabilidade Processual, pois são bens protegidos por outros princípios constitucionais

Interesses – Liberdade negocial processual e a condição de vulnerabilidade processual do sujeito, assim listados, porque passam à esfera de interesses dos sujeitos quando pleiteados em juízo.

Valor – Autonomia ou proteção dos indivíduos são valores tutelados pelo ordenamento jurídico, os quais devem ser buscados ou protegidos.

Princípios – Liberdade geral e tutela jurisdicional adequada, e igualdade material e proteção do consumidor, são os princípios em “confronto”.

No próximo passo, para colaborar na realização do postulado inespecífico da ponderação, utilizaremos o postulado material da proporcionalidade de acordo com os critérios de Wilson Steinmetz²⁰⁷, sem perder o rigorismo técnico, pois embora etimologicamente utilize termos diferentes dos mencionados por Ávila, os critérios abordados possuem juridicamente o mesmo conteúdo substancial. Além disso, que fique claro, é apenas uma demonstração sintética do juízo da proporcionalidade que poderia, sem dúvida alguma, render várias páginas, não só sobre a análise de sua estrutura, como acerca do seu funcionamento na prática.

Deste modo, há uma colisão entre o princípio da vulnerabilidade processual (D1) e o autorregramento da vontade (Pat).

Assim, em conformidade ao traçado por Steinmetz é possível apontar, respectivamente às suas alíneas:

- a) Este requisito está preenchido, pois por meio de um contrato (meios) de adesão estar-se-ia restringindo um direito fundamental, a proteção do consumidor (Restrição de Direito Fundamental) (Rd);
- b) O fim está guardado pelo texto constitucional em virtude da realização do autorregramento da vontade, subsumido não só ao direito geral de liberdade como também à tutela jurisdicional adequada. Desta forma, demonstra-se legítimo;

²⁰⁷ É importante salientar que o autor, por partir de algumas premissas diversas, e em razão de se debruçar sobre outros aspectos, chega a uma conclusão diferente da nossa, especificamente, quanto à concessão de força *prima facie* aos direitos fundamentais quando em sopesamento com a autonomia, que ficaria subsumida ao pálio do direito civil (STEINMETZ, 2005, p. 52).

- c) Conforme o parágrafo único do art. 190 do CPC/2015, somente serão nulas as cláusulas e os pactos de convenções processuais se for atestada “manifesta vulnerabilidade”, ou em caso de “inserção abusiva em contrato de adesão” (BRASIL, 2015a, online). Por conseguinte, não basta apenas que as convenções tenham sido pactuadas por meio de um contrato de adesão, ou que esteja configurada determinada vulnerabilidade, porque os termos “abusividade”²⁰⁸ e “manifesta” nos permitem deduzir que o prejuízo acarretado à parte deverá ser devidamente comprovado, assim como prevê o art. 282 do CPC/2015 (versa acerca do regime das nulidades processuais);
- c.1) Não há nada que impeça, à priori, a inclusão das convenções processuais em contratos de adesão de natureza consumerista, por isto a medida é adequada; c.2) Também está em conformidade com o exame da necessidade, pois ao mesmo tempo em que promove a garantia da liberdade, não desguarnea a proteção do indivíduo, que é reconhecido por sua vulnerabilidade, contudo, esta condição deverá ser analisada caso a caso; c.3) Em razão da previsão de um direito geral de liberdade na Constituição, e a partir da noção de que é a desigualdade que deve ser comprovada, na

²⁰⁸ Cabe referir o argumento aventado por Cláudia Perrone acerca da facilitação da defesa do consumidor, de acordo com a previsão do art. 6, VIII do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990, online), que garantiria uma proteção aos direitos dos consumidores para além da inversão do ônus da prova. Desta maneira, sua fórmula para o controle de validade dos negócios atípicos inseridos em contratos consumeristas é baseada na combinação de dois quesitos: não resultar o pacto em impossibilidade do exercício do direito do consumidor e nem acarretar uma tutela menor do que a já prevista em legislação - ao direito supostamente protegido (PERRONE, 2017, Pp. 117-118). Embora não tenha feito menção, com a defesa por (NALIN; STEINER, 2017, Pp. 208-209) da observância do art. 51, I do CDC (BRASIL, 1990, online), parece que seu argumento se fortalece, pois o mencionado texto considera como abusivas quaisquer cláusulas que estabeleçam renúncia ou disposição de direito pelo consumidor. Deste modo, considerando a hipótese que inicia este estudo, a não realização da audiência de mediação ou conciliação seria um direito do consumidor irrenunciável ou indisponível? Parece-nos que não se trata propriamente de “um direito de audiência”, mas dos demais direitos que envolvem o momento da audiência, especialmente, o contraditório. Até o momento não se percebe uma afetação tal ao direito que possa sustentar à formulação trazida, já que, como é sabido, o contraditório poderá ser restringido, postergado, ou exercido no decorrer de todo o procedimento. Ademais, considerando o art. 166, §4º do CPC/2015 (BRASIL, 2015a, online), as regras procedimentais relativas à mediação ou conciliação pertencem à esfera dos interessados. A este argumento alia-se às situações em que o consumidor for hipossuficiente, ou em que for verificada a sua vulnerabilidade – desde que balanceada com a noção de prejuízo processual -, tendo em vista que a supressão de um ato judicial poderá trazer um benefício à defesa dos seus interesses, sob outros aspectos, do ponto de vista estratégico, justificando a previsão do art. 6, VII do CDC (BRASIL, 1990, online); e, tomando-se a prestação jurisdicional como um serviço público, também poderia restar contemplada a regra da prestação adequada, consignada no inciso X do respectivo artigo. Por fim, haveria ainda os que poderiam suscitar o argumento de que, as convenções processuais estariam submetidas à influência, sob ponto de vista conceitual, do ramo jurídico a que pertence o instrumento que as veicula. Entretanto, ressalte-se, parece que esta especulação será contemplada de alguma maneira no restante do trabalho, que, por outros caminhos levará, parafraseando Dworkin, a uma conclusão em “sentido forte”.

medida em que o argumento de proteção de uma determinada categoria de indivíduos não pode ser motivo bastante para restringir o seu direito à liberdade²⁰⁹, pelo menos não a ponto de suprimir completamente o seu núcleo essencial²¹⁰²¹¹, por isto, o que deve ser justificado é a intervenção e não o exercício da liberdade. Soma-se a isto, a necessidade de verificação do

²⁰⁹ Daniel Sarmiento traz à baila uma tese interessante. Ao analisar a liberdade e a autonomia, e aqui o abordaremos sucintamente, irá defender que as liberdades econômicas são restringíveis, dentre outros aspectos, em razão da livre-iniciativa estar vinculada à realização da justiça social, igualdade e solidariedade. Contudo, a conclusão é diferente quando se tratar de liberdades existenciais, às quais pertencem a liberdade de expressão, a religiosa, a de profissão, a de associação, etc. Deste modo, a proteção da Constituição à autonomia privada integrante de alguns destes tipos de liberdade seria heterogênea, considerando que com mais força agiria para proteger às liberdades que afetam dimensões existenciais, e com menos força quando estiverem em voga as relações patrimoniais pertencentes ao espectro da liberdade negocial. A identificação dessa díade (existencial ou negocial) não seria realizada com base em um suporte constitucional, mas por um parâmetro relacional, pois apesar de separá-los do ponto de vista eficaz, o autor entende que é necessário verificar o contexto concreto em que inserida a autonomia. Diante disto, quanto mais a autonomia se aproximar de uma liberdade negocial, tanto mais será restringida, ao se afastar, maior será a sua salvaguarda pelo texto constitucional. Importando-se a classificação para o campo das convenções processuais, afirmar que neste âmbito lidam-se com interesses eminentemente materiais seria um exagero, pois ainda que o autorregramento da vontade esteja submetido à liberdade negocial processual, parece difícil aferir uma vantagem econômica (direta) de sua utilização. É claro, no caso de um contrato processual cujo objeto trate de custas processuais, parece que a “economicidade” da relação fica mais clara. De qualquer modo, o critério relacional do autor não permitiria, em qualquer caso, pontificar que as convenções processuais pertencem à esfera das liberdades negociais, já que serão as circunstâncias apresentadas pelo caso concreto que determinarão esse enquadramento (SARMENTO, 2005, Pp. 207-2013, online).

²¹⁰ Há duas posições acerca da proteção do núcleo dos direitos fundamentais. A que prescreve que o núcleo essencial desses direitos seria uma unidade autônoma, a salvo de qualquer intervenção legislativa, tese defendida pelos adeptos da teoria absoluta. Há, de outro lado, quem entenda que a proteção do núcleo essencial deveria ser definida caso a caso, assim como os defensores da teoria relativa (MENDES, 2011, Pp. 241-243). Todavia, essas posições são identificadas no exterior, uma vez que o legislador brasileiro não teria se dedicado à observância da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. Então poderíamos, conforme Mitidiero, Sarlet e Marinoni, consignar que: “A garantia de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais aponta para a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental. A ideia fundamental deste requisito é a de que existem conteúdos invioláveis dos direitos fundamentais que se reconduzem a posições indisponíveis às intervenções dos poderes estatais, mas que também podem ser opostas a particulares, embora quanto a este último aspecto exista divergência doutrinária relevante” (MITIDIERO; SARLET; MARINONI, 2016, p. 396).

²¹¹ Em atenção à nota anterior, sobre uma questão incidente, a partir de uma colocação que merece destaque, Pedro Agustín Adamy menciona: “Com efeito, a distinção entre renúncia a direito fundamental e renúncia ao exercício desse direito não é meramente retórica. Ela é normativa e funcional. Normativa no sentido de que as disposições constitucionais apontam indutivamente para a existência de diferenças entre uma e outra situação. Funcional, uma vez que os efeitos e os limites são diferentes entre a renúncia ao exercício e a renúncia ao direito. Sua importância está no fato de que o alcance de alguns valores exige, de início, a proibição da renúncia à titularidade de direitos, ao mesmo tempo em que é compatível, pelo menos em certas circunstâncias, com a renúncia ao exercício. (...) Com efeito, a renúncia – tanto ao exercício quanto à titularidade – pode ser revogada, a qualquer tempo, por iniciativa do próprio titular. A diferença, contudo, reside nos efeitos dessa revogação. Dessa forma, aceita, resta clara a existência no ordenamento jurídico brasileiro de diferenças entre renúncia a um direito fundamental e a renúncia ao exercício desse mesmo direito. Enquanto a primeira afeta mais gravemente o direito fundamental, a segunda se apresenta como uma situação mais facilmente revogável, cujos efeitos atingem menos severamente as posições jurídicas e as potencialidades garantidas pelo direito fundamental” (ADAMY, 2011, Pp. 56-57).

prejuízo *in loco*, pois a desigualdade não é presuntiva neste caso, já que diz respeito à relação jurídica particularizada. Por estes motivos cremos que a liberdade negocial processual possui uma precedência *prima facie* em relação à proteção do consumidor, tendo em vista que as convenções processuais inseridas em instrumentos jurídicos cuja configuração subjetiva é qualificada por uma relação de poder ou influência entre as partes, leva a uma conclusão diversa da defendida pelo argumento da presunção de nulidade.

Como resultado, portanto, ter-se-ia: (P_{aut} P D₁).

A liberdade negocial processual possui precedência nas relações jurídicas que apresentem uma assimetria entre as partes. Mas é bom deixar claro que, apesar da prevalência *prima facie* reconhecida *in casu*, não há o estabelecimento de uma prevalência indefinida, ainda que sirva de raciocínio inicial à elaboração de uma regra de validade para casos análogos, haja vista que poderá ser rechaçada pela superação do ônus argumentativo, talvez, com isso, afastando-se da conclusão que ora encerramos.

Apenas para que fique claro, não se deixa de reconhecer a vulnerabilidade como argumento para estabelecer uma investigação, tampouco se nega a existência do conceito propriamente dito. Pelo contrário, o que se quis demonstrar, apesar da necessidade de algumas linhas a mais, foi que no processo a situação deverá ser analisada mantendo-se a coerência com a noção de prejuízo. Além disso, note-se, para que não fosse confundido prejuízo com vulnerabilidade, o legislador carregou nos termos, registrando situações que superam a normalidade da condição, a qual se reconhece, porém, não se presume.

5 O princípio da Função Social das Convenções Processuais e a delimitação do seu conteúdo: a contribuição de algumas teorias no campo das nulidades processuais

Em razão de termos citado a noção de prejudicialidade em nossa exposição anterior, vamos verificar se algumas das formulações acerca das teorias das nulidades processuais possuem um sentido que nos indique a formatação do nosso princípio, no sentido de permitir uma definição mais específica do seu conteúdo, considerando que sua atuação se estende sobre a validade de um ato específico, ainda que não produzido no procedimento.

5.1 O sistema de nulidades processuais de Pontes de Miranda e Galeno Lacerda

Para Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda o Código de 1973 traria um sistema de nulidades baseado na distinção entre as normas cuja nulidade é cominada, e as demais, decorrentes de uma não-cominação. Deste modo, a primeira espécie pode ser identificada pela previsão de sanção explícita à conduta violadora da regra, o que, por sua vez, a confunde com a própria nulidade. A segunda espécie pode ser caracterizada pela ausência de previsão da sanção em caso de descumprimento da regra. O autor baseia-se no argumento de que as regras do ordenamento jurídico brasileiro são dotadas de integridade, ou de vulnerabilidade. Assim, quando as regras forem dotadas de integridade, não seria possível ocorrer sua “sanação”, ou se repetiria o ato, ou se arcaria com o prejuízo para todo o procedimento. Diversamente, as regras vulneráveis até poderiam tornarem-se válidas, se ainda que de modo diverso sua finalidade pudesse ser atingida. Portanto, as nulidades absolutas seriam insanáveis, e as relativas, sanáveis (PONTES DE MIRANDA, 1979, Pp. 452-453).

Pelo que podemos perceber, se houver regra de cominação haverá nulidade, pois do contrário essa possibilidade não existirá. Em comparação com a questão incidente, de dispensa da realização da audiência de conciliação/mediação durante

o procedimento, essa teoria não nos traz uma baliza adequada para tratarmos da nulidade da convenção. Pois como já verificado, não é possível enquadrar a hipótese diretamente ao suporte fático da norma, em razão da necessidade de averiguação pelo juiz, tendo em vista que inexistente uma previsão cominada específica para a circunstância determinada.

Nessa senda, Galeno Lacerda indica como critério para a caracterização do seu sistema de nulidades a identificação da norma violada, que seria verificada por intermédio de uma análise teleológica. Desta maneira, se o ato atacar um interesse público²¹²²¹³²¹⁴ protegido pela norma, então o defeito seria absoluto e insanável. Este tipo de vício deve ser declarado de ofício, e qualquer dos litigantes poderá invocá-lo. Se o vício desrespeitar norma cuja finalidade seja correspondente a um interesse da parte, então o ato seria sanável, surgindo desta perspectiva os elementos nulidade relativa e anulabilidade. Neste último caso é possível retirar a característica que as distingue, pois se a norma for cogente, a violação produz uma nulidade relativa. Já a anulabilidade teria pertinência a um interesse particular guardado pela norma, pois destaca a possibilidade de sanabilidade do ato por sua repetição ou ratificação. Desta forma, ao anunciar-se a anulabilidade se reconheceria a violação de uma norma dispositiva, que pertence à esfera de disposição da parte, submetendo sua decretação à manifestação do particular (LACERDA, 1990, Pp.72-73).

²¹² Trícia Cabral além de identificar a ordem pública processual, também a diferencia do interesse público, já que: “Em linhas gerais, pode-se dizer que enquanto a ordem pública é um estado de coisas a ser perseguido, por meio da observância dos valores e das técnicas que pairam sobre o sistema jurídico pátrio, o interesse público possui natureza normativa e está relacionado ao proveito coletivo ou geral. Entretanto, esse último aspecto do interesse público é apenas um dos fundamentos que justificam a ordem pública, sendo esta mais complexa, mas abrangente e mais imperativa do que aquele. (...) Assim, enquanto a ordem pública traz consigo elementos que conferem um caráter absoluto e intransponível à violação de seus preceitos, o controle à mácula ao interesse público deverá levar em consideração os escopos e as finalidades do processo, possuindo, assim, um caráter instrumental” (CABRAL, 2015b, Pp. 121; 123).

²¹³ Ricardo de Carvalho Aprigliano forma sua concepção a respeito da ordem pública processual por meio de um rol taxativo de “regras processuais”, formadas pelas condições da ação, dos pressupostos processuais e das nulidades processuais absolutas. No entanto, sua atuação seria resultado do cumprimento das finalidades do processo (APRIGLIANO, 2011, Pp. 75-76; 104-106). Deste modo, embora cite as regras processuais, não diferencia interesse público de ordem pública processual.

²¹⁴ Nesta linha de raciocínio, Flávio Luiz Yarshell certifica que o objeto das convenções processuais deveria ser limitado pelo princípio do devido processo. Ademais, refere que as convenções teriam de respeitar às normas cogentes, que nem sempre se conectam com o devido processo legal, assinalando entre essas normas as que poderiam ser intituladas como de “ordem pública” (YARSELL, 2017, Pp. 82-83).

Pode-se sintetizar o sistema de nulidade de Galeno Lacerda a partir do seguinte excerto:

Esquematisamos as nulidades processuais desta maneira: a) Nulidades absolutas – infração de norma imperativa que visa ao interesse público. b) Nulidades relativas – infração de norma imperativa, protetora do interesse da parte. c) Anulabilidades – infração de norma dispositiva em relação à parte (*Ibidem*, p. 160).

Entretanto, discordamos desse entendimento, pois como bem assevera José Carlos Barbosa Moreira, a distinção entre regras processuais cogentes e dispositivas não pode ser critério para definir o que poderá ser objeto de uma convenção, uma vez que não há uma nítida separação entre elas (BARBOSA MOREIRA, 1984, Pp. 184-185).

5.2 O sistema de nulidades processuais de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Maria Rosa Tesheiner

Teresa Aruda Alvim Wambier defende que a nulidade seria a condição pela qual um ato deixa de produzir seus efeitos, ou findaria com os eventualmente produzidos. Deste modo, releva que o sentido de eficácia que adota envolve os efeitos pretendidos pelo agente, se devidamente realizados. Além disso, discorda do conceito nulidade como sanção, pois acredita que a nulidade é decorrente de uma irregularidade que resulta em ineficácia. Esta sim, posto que consequência da decretação de nulidade, acaba levando à infração de uma lei específica. Ademais, alega que as nulidades absolutas devem ser decretas pelo magistrado, e as relativas, pleiteadas pelo interessado. A partir disto identifica as nulidades por duas espécies, as de fundo, que dizem respeito aos vícios que atacam diretamente as condições da ação ou aos pressupostos processuais, de natureza absoluta, o que permite sejam decretas de ofício pelo magistrado. Por outro aspecto, existem também as nulidades de forma, de natureza relativa, que facultam ao indivíduo a sua alegação, desde que não haja previsão legislativa noutro sentido. Portanto, de forma semelhante à teoria da cominação, haveria uma presunção de prejuízo, contudo, isto não resultaria em insanabilidade. Assim, para que fosse possível convalidar um ato, seria necessária a análise acerca da finalidade que o informa, se privada ou se

pública. Se a finalidade for privada, a convalidação seria permitida, do contrário, no caso de envolvimento de interesses públicos, a sua “sanação” seria inviável (WAMBIER, 1997, Pp. 112-113; 115; 159).

José Maria Rosa Tesheiner e Lucas Pereira Baggio seguem a mesma classificação,

Nessa linha de pensamento, acolhe-se a nomenclatura proposta por Teresa Wambier, para distinguir os vícios referentes à constituição da relação jurídica processual dos vícios referentes aos atos do procedimento. Apontam-se como nulidades de fundo os vícios relativos aos sujeitos do processo, aos atos de constituição da relação jurídica processual e aqueles decorrentes de impedimentos processuais, como a litispendência, a perempção e a coisa julgada. Como nulidades de forma, apontam-se os vícios relativos aos demais atos do procedimento. Adotamos essa classificação, porque a decretação da nulidade em razão de um vício de forma ou de um vício de fundo submete-se a requisitos distintos. As nulidades de fundo relacionam-se com os chamados pressupostos processuais, na medida em que se trata da constituição da relação processual e dos requisitos de admissibilidade do julgamento de mérito. O mesmo ocorre com os impedimentos processuais que, em sua ocorrência, há impossibilidade de julgamento do mérito (TESHEINER; BAGGIO, 2008, Pp. 130-132).

Como visto por essas posições, seria um tanto dificultoso estabelecer qual a nulidade que incidiria sobre o regime das convenções processuais e, do mesmo modo, o interesse que vigoraria na hipótese. Isso porque, é inadequada a tentativa de identificar-se a vontade do legislador nos princípios ou nas regras, diante do advento da constitucionalização do direito processual e em consideração às contribuições teóricas da filosofia e da hermenêutica jurídica. Além disso, como já restou consignado neste trabalho, o dogma da irrelevância da vontade não merece defesa, a menos que se negue o conteúdo de algumas normas fundamentais processuais, e de outras tantas espalhadas pelo CPC/2015, como a presente no art. 190, destaque-se. Portanto, assim como é incabível diferenciar quais são as normas de fundo e quais são normas de forma do CPC/2015, também não é possível dar uma resposta ao problema com base nessa conceituação.

5.3 O sistema de nulidades processuais de José Calmon de Passos

Calmon de Passos, é bem verdade, reconhece também o interesse público na legislação objetiva, identificando a necessidade de preservar-se o direito público, do qual pertenceria o direito processual, de acordo com uma correlação da invalidade

com a respectiva consequência, antes mesmo da configuração do suporte fático da norma. Assim, o autor concede um papel de proeminência ao princípio do prejuízo no seu sistema de nulidades. Desta forma, a nulidade seria uma espécie de desconformidade do sistema em relação a certo “suposto”, por compreender que o seu preenchimento não surtiria os respectivos efeitos. Por isso, o que se deve levar em conta será a atipicidade do ato, sua relevância para o sistema jurídico. Desse modo, o dano agirá como um critério definidor da desconformidade. Como ficou evidente, o autor se distancia dos conceitos genéricos de forma, deformidade e vício, e se aproxima do de atipicidade. Por esta razão, o conceito de tipo é mais abrangente do que de forma, porque o direito não regulamentaria formas, mas atividades desempenhadas pelos sujeitos no processo (PASSOS, 2005, Pp. 31-32; 38; 108-109).

Neste caso, como bem observado por Calmon de Passos, a atipicidade ganha relevância para a constatação do atingimento da finalidade do ato, desde que não tenha ocorrido algum prejuízo. Desta forma, se atingido o objetivo do ato sem a ocorrência de dano, ainda que caracterizada a sua inadequação ao tipo objetivo, somente produziria um *minus*, uma irregularidade, o que impedirá a decretação da nulidade. Desta maneira, o ato será nulo pelo preenchimento do “suporte fático” da nulidade, composto pela atipicidade e a incidência de prejuízo, sendo sua eficácia “perfectibilizada” pela decretação do magistrado. Outro, porém, é o efeito da irregularidade processual, pois ainda que represente um prejuízo, sua atipicidade seria insuficiente para eivar o ato de um vício insanável (*Ibidem*, p. 111).

É interessante a proposta do autor. Ao contrário da abordagem dos anteriores, em que o prejuízo está de certa forma subsumido ao descumprimento de uma forma legal ou substancial, Calmon de Passos deixa de relacionar o prejuízo à forma, passando a correlacioná-lo com a “atipicidade sem finalidade”. Ademais, levando-se em consideração sua concepção, o dano e a atipicidade sem finalidade são indispensáveis ao preenchimento do suporte fático da nulidade processual.

Apesar das contribuições do autor baiano, o tipo de convenção tratada parece, ao menos, ser uma exceção ao seu sistema de nulidades. Em primeiro lugar, porque no caso, a atipicidade é permitida pelo art. 190, uma cláusula geral. Em segundo lugar, pois o suposto prejuízo poderia levar à decretação de uma irregularidade, ao invés de nulidade, como inclusive referido por ele. Desta forma, a finalidade atenderia aos requisitos do “direito objetivo”, considerando que o

hipotético prejuízo não acarretaria à imediata decretação de nulidade, que ainda teria de passar pelo crivo do magistrado.

5.4 O sistema de nulidades processuais de Eduardo Scarparo

Antes de prosseguir, cabe refletir acerca da noção que possui Eduardo Scarparo sobre prejuízo processual. Além de outros princípios, o princípio do prejuízo acaba por influenciar toda a sua sistemática de nulidades, pois está intimamente ligado com as suas diretrizes. Por isto, o prejuízo pode dar-se tanto pela mácula dos objetivos veiculados no ato como em relação aos valores que lhe conferem sentido. Na verdade, seria impossível verificar-se o conteúdo do prejuízo sem que se notasse a carga axiológica que circunda o tipo (SCARPARO, 2013, p. 135).

Scarparo quando edifica seu sistema de nulidades processuais, que tentaremos simplificar na medida do possível, assevera que o suporte fático da invalidade processual seria composto por quatro elementos: a atipicidade, a iniciativa legítima, o não aproveitamento e o decreto. Assim, a condição é de que todos os elementos arrolados estejam presentes e verificados, inclusive, a decretação de “invalidade”²¹⁵ pelo magistrado. Até porque, considera que a invalidade de um ato sem a verificação do seu defeito seria tão irrelevante quanto a de um ato que não apresentasse prejuízo. Deste modo, o tipo indica um núcleo mínimo a que deve corresponder o ato praticado, exigindo o cumprimento de uma finalidade objetivamente albergada, e a observância de uma determinada forma. Portanto, em relação à atipicidade poderiam acontecer três situações: a primeira, em que seria permitido ao Estado decretar de ofício a nulidade aferida, desde que presente um prejuízo à ordem pública; uma segunda, na situação de ocorrer um prejuízo eminentemente privado, pela atipicidade do ato, em virtude da proteção

²¹⁵ “Assim, enquanto os atos contratuais de Direito Privado têm sua validade determinada por uma análise da vontade dos pactuantes; no Direito processual Civil, a validade busca anteparos em sua função de possibilitar a prestação de tutela, mediante um justo processo. Em todos os casos, não se permite que determinado ato produza as consequências jurídicas pretendidas, porque o modo como o ato foi praticado vai de encontro aos fundamentos do sistema ao qual se filia” (SCARPARO, 2013, p. 138).

havida em relação à autodeterminação dos indivíduos, o que deslegitimaria a decretação por iniciativa oficial; e uma terceira, em que seria permitida a intervenção Estatal para o controle de validade dos atos privados, com a condição de que o prejuízo se reflita sobre a dimensão objetiva dos direitos fundamentais dos particulares. A primeira hipótese ocorreria quando não observadas às condições da ação e os pressupostos processuais. Já a segunda situação, considerando que no processo a isonomia é a regra, seria equivalente as posições atribuídas às partes, onde as oportunidades e chances processuais são equivalentes. Deste modo, ainda que presentes algumas desigualdades, como a de natureza econômica, por exemplo, por determinação legislativa seria assegurada à paridade de armas, regra esta que deveria ser atentada pelo magistrado. Assim, os atos que pertençam à esfera privada dos sujeitos só seriam passíveis de invalidade se afetassem a autodeterminação dos indivíduos. Para tanto, é respeitada a vontade das partes e excepcionada a atividade estatal. A última situação não decorre exclusivamente da constatação de um prejuízo público, mas do dever que incumbe ao Poder Público de proteger os direitos fundamentais dos particulares (*Ibidem*, Pp. 182; 184; 202; 204-205).

Analisada sucintamente a atipicidade, vejamos o que pensa Scarparo a respeito dos demais elementos. O legítimo interesse restaria configurado pela demonstração pelo requerente de seu interesse e, contanto que o prejuízo não fosse de sua autoria. Ainda há que se dizer sobre o requisito aquiescência. Esta poderia ser configurada pela manifestação do interessado no sentido de manter o ato defeituoso. Tal aceitação se encontraria ao redor da aceitação tácita, que poderia ocorrer através de uma omissão, ou pela aquiescência estrita, em que se renuncia expressamente às consequências do vício. A aquiescência só abrangeria os danos privados, pois seria vedada aos demais danos. Diga-se de passagem, que, a aquiescência autorizaria, no caso de afetação a direito fundamental, a atuação do Estado por intermédio de uma legitimação extraordinária (*Ibidem*, Pp. 219; 221-222).

Segundo Scarparo,

Diante disso, constatada a atipicidade e atestada a iniciativa legítima para a perquirição da invalidade, deverá o juiz certificar-se da inoccorrência das formas de aproveitamento do ato, que se dará conforme a repercussão da atipicidade, podendo depender ou não da vontade dos particulares. No caso, há formas ordinárias de aproveitamento como a inoccorrência de prejuízo e o alcance da finalidade. Se, por outro lado, a iniciativa legítima para a invalidação é atribuída em razão da proteção da autonomia privada, poder-se-á verificar a ocorrência de aquiescência, de legítimo interesse e de

preclusão, formas extraordinárias de aproveitamento e convalidação. De qualquer modo que o seja, ordinário ou extraordinário o aproveitamento, a sua não incidência é requisito inafastável do suporte fático de invalidez (*Ibidem*, p. 233).

No que concerne à convalidação, em função de sua teoria basear-se sobre o formalismo valorativo propugnado por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, partindo deste marco teórico, o autor tenta conciliar a aferição da distribuição dos poderes com o respeito ao conteúdo mínimo do tipo, dos valores e dos interesses das partes. Desta forma, se a atipicidade não acarretar prejuízo, a constituição da invalidez estará impedida, tendo de passar, inclusive, pelo exame do alcance da finalidade do ato. Então, finca-se a premissa de que os valores têm um sentido objetivo, por esse motivo o juiz deverá atendê-los no exercício de sua atividade. Pois o magistrado não estaria usurpando uma função que não lhe pertence (do legislador), mas aplicando valores, os quais não dispensariam à observância do formalismo e da técnica jurídica. Portanto, vista a possibilidade de convalidação do vício por meio da estrutura axiológica do tipo, assim, a finalidade do ato ganharia relevância para o desenvolvimento do processo (*Ibidem*, Pp. 207; 213-214).

A partir do resumo de sua fundamentação podemos realizar alguns apontamentos. Pela sua exposição é possível entender que a prejudicialidade bem como a finalidade possuem, ainda que listados outros aspectos, suma importância para análise da nulidade do ato. Deste modo, considerando a dispensa à audiência de conciliação/mediação durante a demanda, se não for aventado prejuízo por nenhuma das partes e, combinando-se o elemento aquiescência em relação ao ato, a atipicidade não persiste. Aliás, embora seja permitida uma intromissão Estatal para a proteção de um direito fundamental afetado, a finalidade do ato seria alcançada pela realização da liberdade negocial de ambos os partícipes. Tais aspectos, inclusive, dispensariam a análise da convalidação ordinária e extraordinária.

Em relação à busca da finalidade do ato pelo julgador, hipótese que poderia surgir com a dificuldade de regular o prejuízo, compete arguir mais um aspecto do argumento de Scarparo,

A finalidade das exigências do tipo não é tutelar algum valor intrínseco ao ato processual. Afinal, as formas, formalidades, determinações de capacidade, de legitimação e de exposição da vontade não possuem valor próprio. Contudo, os atos processuais, reunidos e praticados com vistas aos objetivos do processo, protegem valores. Isso porque o tipo é instituído para proteger valores e jamais para proteger o processo da axiologia, por isso a busca da finalidade está intimamente vinculada aos valores do processo presentes no formalismo processual. O núcleo propositivo do Direito processual Civil está nos valores fundamentais que o processo alberga e na

sua função primordial: a pacificação com justiça, devendo, para tanto, coordenar harmonicamente segurança jurídica e efetividade. Sendo o processo um meio para atingir essa finalidade, salta aos olhos a característica de instrumentalidade das formas processuais, que repercute em diferentes considerações sobre a teoria das invalidades (SCARPARO, 2013, Pp. 137-138).

Conquanto o objetivo empreendido aqui seja outro, cabe registrar, porém, nossa diferença em relação à pesquisa de valores pelo julgador, segundo as premissas do formalismo valorativo²¹⁶²¹⁷. Talvez fosse mais útil compreender os valores sobre um norteador deontológico, e não meramente axiológico. Ao realizar-se a distinção da noção de formalismo (tomado aqui em seu sentido amplo, como organização procedimental) em detrimento do de técnica processual, no que tange aos seus fins e meios, reconheceu-se uma neutralidade à técnica e uma valoratividade à forma. Neste sentido, desconfia-se da plena capacidade do magistrado em “descobrir” a finalidade dos atos pela influência dos valores considerados “mais importantes”. É inconteste a importância do reconhecimento do direito como fenômeno cultural. Todavia, ao ser atribuído ao juiz o papel de

²¹⁶ “Realmente, se o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não pode ser compreendido como mera técnica mas, sim, como instrumento de realização de valores e especialmente de valores constitucionais, impõe-se considerá-lo como direito constitucional aplicado. Nos dias atuais, cresce em significado a importância dessa concepção, se atentarmos para a íntima conexão entre a jurisdição e o instrumento processual na aplicação e proteção dos direitos e garantias assegurados na Constituição. Aqui não se trata mais, bem entendido, de apenas conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício da função jurisdicional, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão judicial e na maneira como o processo é por ele conduzido. Este último aspecto, ressalte-se, de modo geral é descurado pela doutrina. Tudo isso é potencializado por dois fenômenos fundamentais de nossa época: o afastamento do modelo lógico próprio do positivismo jurídico, com a adoção de lógicas mais aderentes à realidade jurídica, como a tópica-retórica, e a conseqüente intensificação dos princípios, sejam eles decorrentes de texto legal ou constitucional ou não” (ALVÁRO DE OLIVEIRA, 2003, Pp. 83-84).

²¹⁷ Apesar de não dividir as mesmas premissas, o “jurisprudencialismo” de António Castanheira Neves prima pela atenção às normas, sem descuidar da influência dos valores sociais, porém, delega um grande protagonismo ao magistrado, que deverá cumprir a tarefa de “atualizar” o direito, de modo a conformar a solução atribuída ao caso com a noção de direito “fenômeno cultural”. Isso ocorrerá, é claro, com vistas à resolução do caso concreto, consoante um ontologismo radical, poderíamos assim dizer. Procurar estabelecer uma metodologia jurídica com base na *práxis* parece interessante, mas os questionamentos vêm em relação à uniformidade das decisões, dado que cada julgador deverá preocupar-se somente com a solução do caso sob sua jurisdição. Além disso, registre-se o inconveniente do “movimento” da “funcionalização” do direito, que como descreve o autor, passaria a condicionar à esfera jurídica aos imperativos sociais. Dessa forma, o juiz se encontraria nesse limiar, devendo cumprir simultaneamente as finalidades da *ratio legis* e os valores sociais, tudo de acordo com uma *ratio iuris* ou normativismo-axiológico, a síntese conceitual que poderia definir a sua estruturação teórica. Em outros termos, a solução conferida ao caso terá de cumprir a um só tempo com a finalidade do direito e com as expectativas sociais vigentes à época da decisão. Mas será que o magistrado ao incorporar os valores sociais, ainda que com vistas a “reciclar” a juridicidade, não estará “funcionalizando” o direito? Neste sentido, como será possível definir exatamente os valores sociais? Como crer, mais uma vez, na capacidade do juiz em desempenhar os papéis de sociólogo, de cientista e de intérprete? De qualquer modo, merece registro a contribuição do doutrinador português (CASTANHEIRA NEVES, 1998, Pp. 16-18; 25-40).

realizador dos “fins mais importantes do processo”, se condescende, ao menos, com a possibilidade de retorno do socialismo processual (CRUZ; NUNES; DRUMMOND, 2016, p. 114)²¹⁸.

Deste modo, mesmo admitindo-se uma “faculdade” conferida ao magistrado para enquadrar uma finalidade materialmente relevante, a fim de que o ato possa vir a ser convalidado, tal situação parece não se adequar à hipótese trabalhada no presente, ainda mais considerando às posições jurídicas que adotamos.

5.5 O sistema de nulidades processuais de Antonio do Passo Cabral

Antonio do Passo Cabral para a formulação do seu sistema de nulidades, parte de um conceito baseado em uma **significação comunicativa** do ambiente discursivo, onde é desenvolvida a relação processual, portanto, considera os vícios segundo os parâmetros dessa noção de influência reflexiva. Assim, o conceito de atipicidade só teria relevância se pudesse **interferir nas chances** havidas pelas partes para condicionar a decisão. Neste sentido, a noção de contraditório relevante à avaliação das atipicidades seria aquela que passa pelo filtro da influência reflexiva, composta pelo **binômio informação-reação e participação**. E considerando a inerência do contraditório na cadeia procedimental, mais eficaz seria analisá-lo por seu aspecto dinâmico (CABRAL, 2010, Pp. 278-279, grifo nosso).

Segundo Cabral, o “contraditório-influência” é compreendido sob um contexto argumentativo em que o exercício das posições processuais é o foco da relação jurídica, refletindo a democracia deliberativa. Pois a dinâmica de poder também pode ser resultado das manifestações das partes e dos atos no decurso do procedimento, o que acabaria por condicionar o poder do Estado. Nesse diapasão, o contraditório cumpre no processo um papel de abertura democrática. Assim, o contraditório assegura às partes que sua participação seja levada em consideração por intermédio da realização dos atos processuais. À vista disso, a mútua implicação entre a participação e a consideração conduziria as condutas subsequentes (*Ibidem*, p. 122)²¹⁹.

²¹⁸ Dividindo este entendimento crítico (FARIA, 2016, Pp. 211-213).

²¹⁹ Nesta toada também: (FEIJÓ, 2016, Pp. 228-230) e (MESQUITA, 2016, Pp. 602-606).

Cabral nos esclarece ainda a este respeito,

Ao lado do direito de informação, outra importante característica do contraditório como influência reflexiva é o direito de consideração, correlato ao denominado dever de atenção. O direito de consideração à linha argumentativa adotada pelo agente exige que os demais sujeitos, ao decidirem sobre a conduta a ser tomada, avaliem as atitudes dos demais. Isso inclui as projeções comportamentais que o prognóstico da influência reflexiva permite quando da tomada de conduta, ou seja, a virtual antecipação das reações futuras dos outros sujeitos do processo. O direito que cada litigante tem de ver sua linha argumentativa considerada atua para impedir que os sujeitos do processo desprezem comunicativamente os demais. A primeira referência cabível aqui é que o direito de consideração depende do direito à informação. Caso não cientificado sobre as condutas dos outros, não poderá um agente praticar um ato processual com a devida consideração da atividade dos demais (*Ibidem*, p. 292).

Em razão desse *prius* democrático, o procedimento abrange vários sujeitos cuja participação baseia-se na argumentação motivada, essencial para a construção da intersubjetividade processual. Diante disso, o autor coloca em evidência três argumentos que importariam para o reconhecimento dessa influência. Em um primeiro aspecto, em virtude da argumentação, cada um dos participantes sob a defesa do seu ponto de vista faz uso de uma estratégia que propiciaria à conquista de sua pretensão. Em segundo aspecto, ao argumentar racionalmente, o sujeito passa a partilhar suas razões, incluídas também aí suas objeções, o que anteciparia a noção de reflexividade. Desse modo, o conceito de sujeito processual amplia-se em função da participação não só das partes e do juiz, mas de todos os sujeitos que contribuam para o desenlace do iter procedimental, pois todos os atuantes nesta seara incidem de maneira a fortalecer o caráter dialógico e comunicativo da relação processual. A terceira e última razão poderia ser reconhecida pelo resultado da participação dos atores no procedimento, gerando uma cadeia de condicionamentos entre o suporte fático que compõe o ato anterior e as posteriores condutas produzidas no processo. Portanto, as posições argumentativas e a estrutura das estratégias de cada parte seriam concatenadas em uma estrutura dialógica, por esta razão, os comportamentos exercidos pelos partícipes da relação processual não seriam individuais, mas reciprocamente considerados (*Ibidem*, Pp. 123-125; 127-129).

A respeito da natureza de ato processual, Cabral revela:

Na nossa concepção, ato processual é definido por um conceito finalístico: é aquele comportamento destinado a produzir efeitos e influenciar o processo. Portanto, atos processuais são as condutas dos sujeitos do processo, enquadradas em categorias previstas na lei, e com eficácia constitutiva, modificativa ou extintiva sobre a relação processual. Para justificar, sob o prisma da influência, o tratamento comum das condutas do Estado e dos

particulares, algumas linhas sobre as classificações dos atos processuais podem ser úteis. A abordagem que nos parece interessante é aquela que divide os atos do processo de acordo com sua aptidão para autonomamente produzir os efeitos pretendidos pelo agente. Por esse critério, Goldschmidt classificou os atos processuais em atos estimulantes e atos determinantes (*Ibidem*, p. 133).

Nessa linha, os atos estimulantes poderiam ser classificados como aqueles atos cuja atividade do agente necessita, para atingir seus fins, da provocação de outros meios, como o judicial por exemplo. Assim sendo, demonstram-se insuficientes para a realização da finalidade do sujeito que os pratica. Por outro lado, os atos determinantes poderiam ser considerados como aqueles que na cadeia procedimental atingem os seus efeitos processuais de *per se*. Por estas diferenças, os atos determinantes jamais poderiam ser condicionais, porque fazem surgir novas posições jurídicas. Por sua vez, os atos estimulantes admitiriam essa condição. Também difeririam, diga-se, em relação ao momento da sua avaliação. Os atos estimulantes deveriam ser analisados antes da ocorrência dos seus efeitos, para que se soubesse se são ou não admissíveis. Os determinantes seriam examinados apenas em relação à sua eficácia, geralmente, após a produção de seus efeitos (*Ibidem*, Pp. 133-135).

Assim, para realizar o exame da atipicidade dos atos seria necessário discernir a sua natureza, ou seja, perceber se estamos diante de um ato estimulante ou determinante. Dessa forma, a admissibilidade de tais atos passaria pelo formalismo, pois os atos determinantes assim como estimulantes são analisados em relação a sua admissibilidade, e somente depois da avaliação deste requisito é que se verificará a pertinência do que é solicitado. Por isso a formalidade importa, sendo de pouco ou nenhuma valia a análise de outros critérios, como forma de custos, celeridade, preclusão etc. Desse modo, a forma não seria compreendida no seu valor em si, mas ajustada com outros interesses pertencentes à forma-função, antes ou depois de os efeitos já terem sido produzidos no processo. Com essa inflexão a forma passaria a receber um sentido composto, pois caso apurada a atipicidade, esta seria avaliada conjuntamente com outros valores (*Ibidem*, Pp. 299-300).

Considerando o raciocínio acerca da mitigação da forma em razão de outros valores, o argumento faria concluir que existe uma preferência normativa pela validade dos atos processuais. Assim, os atos processuais seriam *prima facie* válidos, ainda na hipótese de nulidades absolutas. Portanto, todos os vícios processuais seriam convalidáveis, pois se os direitos fundamentais permitem sua relativização, o

mesmo valeria em relação aos atos processuais. Por conseguinte, a classificação das nulidades teria de levar em conta quais são os atos sanáveis e quais não o são, já que o critério da sanabilidade seria o único capaz de ser caracterizado sob o enfoque desse regime (*Ibidem*, Pp. 188-189).

Consoante Cabral,

As preferências normativas fixadas pelo ordenamento são apenas apriorísticas ou *prima facie*, vale dizer, não são absolutas ou inalteráveis, podendo ser invertidas no caso concreto pelo juiz. Todavia, posto que não definitivas, as prioridades normativas têm o efeito de impor um ônus ou peso argumentativo (*Argumentationslast*) em prol do interesse aprioristicamente protegido ou priorizado pelo legislador. Se o magistrado desejar infirmar a prioridade *prima facie*, terá sobre ele um peso que o obriga a um esforço de justificação mais acentuado. O juiz deve ter “razões mais fortes” para inverter, no caso concreto, a direção apontada pela norma. (*Ibidem*, p. 189).

Nesse sentido, atos processuais possuiriam uma validade presuntiva, acarretando um aumento do controle jurisdicional, que também passaria a ser limitado pela fundamentação das decisões. Então, o ônus argumentativo passaria a valer para a verificação das atipicidades e para o debate, em razão do controle da fundamentação do juiz. Seria necessário identificar a diferença entre a fundamentação que o juiz utiliza para formular o seu convencimento acerca da validade de um ato, e a manutenção normativa deste ato. No caso, a sua motivação seria complementada pela força inicial da lei. Ademais, a fundamentação da decisão contaria com a participação das partes, o que por si só afastaria a possibilidade de o magistrado cometer uma análise descontrolada do caso (*Ibidem*, Pp. 190-191).

Cabral encerra o tema referindo que,

Portanto, conceber a existência de um princípio de validade apriorística dos atos processuais ressalta um aspecto político relevante ao processo. Ao mesmo tempo em que somos contrários à vassalagem ao juiz, detentor solitário do poder de decidir sobre a nulificação (até mesmo de ofício!), constatamos, pela insuficiência dos modelos normativos exaustivos, a impossibilidade de uma rigidez formal absoluta. Se a lei não pode esgotar, a priori, o sistema de nulidades, dependemos sempre da concretização casuística para verificar a configuração de atipicidades formais relevantes. Veja-se que, no conceito de ônus argumentativo, norma e fato se completam no iudicium. A norma que indica a tendência normativa *prima facie* não conclui sozinha, numa generalização que poderia vilipendiar as particularidades do debate processual, único e singular em cada hipótese. Ao revés, a prioridade normativa se une à força das razões judiciais do caso concreto. Nesse contexto, a teoria das nulidades passa a ser compreendida dentro de um formalismo presuntivo ou pressionado, equilibrando a importância das formas (previsibilidade, estabilidade) com a necessidade de eficiência do procedimento (*Ibidem*, p. 191).

É interessante perceber a perspectiva reflexiva na formulação de Cabral, um pouco mais voltada ao caráter procedimental é verdade - caracterizado na obra de Habermas, mas que possui conexões com o que ora se propugna. Apesar de nossa concordância, é preciso frisar que sua teoria não está infensa a algumas críticas. Por exemplo, a partir do argumento de presunção de validade de todos os atos, os princípios processuais seriam subsumidos à fórmula da proporcionalidade, tendo em vista que caberia ao juiz superar o ônus argumentativo para decretar a invalidade do ato. Além disso, embora a intenção não seja desprezar às normas, a sua proposta acabaria facultando ao juiz à superação da forma prevista em lei segundo o reconhecimento de outros valores “mais importantes” para solução do caso concreto, na linha do que foi demonstrado quando tratou-se do formalismo-valorativo. Mas isto não significa uma defesa do formalismo puro e simples, porque se há regra, prevalece a regra. Se há regra e princípio, é necessário verificar-se até que ponto a regra recepciona a carga axiomática do princípio. Em se tratando de princípios, bem, é necessário questionar se possuem ou não a mesma hierarquia, e qual é a sua categoria eficaz, para a partir daí, então, ser possível utilizar-se o postulado da proporcionalidade. Como visto, a diferença reside mais ao nível de graus do que de premissas propriamente.

5.6 A atuação reflexiva do princípio da Função Social das Convenções Processuais

Pontuadas as observações acerca das teorias dos sistemas de nulidades, e, realizadas algumas observações a respeito, reconhecemos pelo contraditório-influência e participação, sob o prisma da reflexividade, uma excelente noção para que compreendamos o princípio da função social das convenções processuais.

Necessário, deste modo, que verifiquemos a influência do sentido democrático no conceito, e após, a própria noção de contraditório, cerne da tese de Cabral.

Para o doutrinador português José Joaquim Gomes Canotilho, o que poderia mais bem traduzir a essência da democracia seria a fórmula ou máxima cunhada pelo presidente Abraham Lincoln, que coloca o povo como sustentáculo, fundamento

e objetivo da democracia. Desta forma seria possível situar o princípio democrático como um princípio não somente material, mas com viés organizativo procedimental²²⁰. Isso porque, com base na edição da Constituição portuguesa de 1976, alega que o documento resolveu os problemas de legitimidade-legitimação em termos substanciais e procedimentais, tendo em vista que aquela Carta previu em relação aos princípios de domínio político, a prossecução de determinados fins e valores constitucionais, como a soberania popular, o pluralismo de organização política etc. Além do mais, vinculou no âmbito processual a legitimação do poder à estrita observância de regras e processos. Segundo Canotilho, foi através das previsões substanciais como as de carácter normativo-procedimentais²²¹ que a Constituição portuguesa conseguiu resolver os problemas relativos à legitimidade-legitimação, ao racionalizar o processo político como forma de poder. Foi constituído como um verdadeiro princípio normativo, e que se tornou um impulsionador da sociedade, pois seria imbuído dos demais aspectos políticos, tais como os económicos, sociais e culturais (CANOTILHO, 2003, Pp. 287-288).

Portanto, em razão da normatividade do princípio democrático ser direta ou indiretamente refletida em todos os aspectos da vida em sociedade, sua atuação deveria ser compreendida de uma forma mais abrangente, através do espraiamento de seus efeitos sobre a teoria democrática representativa, local em que atua sobre os órgãos e organizações representativos da cidadania (partidos políticos, eleições, separação de poderes, entre outros). Ademais, o princípio democrático estrutura os processos que permitem aos cidadãos participarem da decisão pública, de exercerem divergência de ideias, afinal, possibilitando os “*inputs* democráticos”. A instrumentalização da dimensão representativa da democracia afetou diretamente os Estados modernos, o efeito disso foi a necessidade de eficiência e racionalidade do princípio democrático, faceta da democracia reconhecida pelo autor como “orientação *output*”. Para além da estruturação, essa nova acepção do conceito afastou concepções arbitrárias, permitindo que a participação seja uma nova componente integrativa do núcleo da democracia (*Ibidem*, Pp. 288-289).

Aquele texto constitucional apostou num conceito de democracia complexo, traduzido a partir da combinação dos seus elementos representativo e participativo. Porque ao invés de adotar um conceito de democracia reduzido à participação ou à

²²⁰ Sobre este tema, remete-se à leitura do subcapítulo 4.3.1.3, Pp. 108-113.

²²¹ Nesta senda: (MITIDIERO; SARLET; MARINONI, 2016, Pp. 268-269).

otimização da participação, preferiu integrá-los, seguindo o preceito antropológico de homem social. É cabível compreender que o princípio democrático não se satisfaz pela adoção de um conceito estático de democracia, uma vez que o processo democrático é dinâmico²²², se prolonga no decorrer dos tempos²²³, por isto não se vincula a determinadas pessoas ou específicas agremiações. Aliás, é um processo inerente a uma sociedade aberta, em que os cidadãos são independentes e cuja possibilidade de desenvolvimento é acompanhada pela liberdade de participação²²⁴, sob as mesmas condições, em função do tratamento igualitário (*Ibidem*, p. 289).

O princípio democrático não elimina à existência do poder, mas exige uma organização desse poder. É por causa disso que se afirma que o texto constitucional português determinou uma “democratização da democracia”. Isso se dá em razão da legitimidade do povo, que é indivisível entre os que são governados e os que são governo, haja vista ele é uno, e sua identidade encontra-se no autogoverno²²⁵, legitimado pelo processo democrático e intermediado pelas eleições, mas controlado pelos cidadãos²²⁶ e pelas demais instituições democráticas²²⁷, com a finalidade de organizar a forma de Estado e de governo (*Ibidem*, p. 290).

A sua correlação com os direitos fundamentais se dá, prefacialmente, pelo princípio da igualdade e também o da participação política; em um segundo ponto, pois está implicado na liberdade dos cidadãos e nas garantias de seu exercício, pela liberdade de associação, de formação de partidos etc.; sob um terceiro argumento, o princípio democrático envolve a abertura do processo democrático à criação de direitos sociais, econômicos e culturais. Nesse sentido, quando o princípio democrático se alia com os direitos subjetivos de participação, torna-se direito fundamental da democracia. Os direitos fundamentais agindo como direitos subjetivos de liberdade podem criar um espaço para o exercício arbitrário do poder. Por isso, ao atuarem como direitos legitimadores de um domínio democrático, exigem a garantia de organização e processo de transparência. E, quando na função

²²² Também defendido por: (SILVA, 2013, Pp. 127-128).

²²³ (*Ibidem*, Pp. 130-131).

²²⁴ Por caminhos diferentes, mas que levam à igual conclusão: (REALE, 1987, p. 50).

²²⁵ Presente também em (MITIDIERO; SARLET; MARINONI, p. 270).

²²⁶ “(...) e somente ele, que sabe o que é melhor para si, e conseqüentemente, para os outros. Não há transferência de legitimidade a outros, pois só se transfere legitimidade, num regime verdadeiramente democrático, quando não se é capaz de, por si só, concretizar a realização de uma sociedade livre, justa e solidária” (RIBEIRO, 2010, p. 104).

²²⁷ Outrossim: (REALE, 1987, p. 45).

de direitos subjetivos a prestações sociais, em virtude da atribuição conferida pelo legislador democrático, constituem dimensões impositivas (*Ibidem*, Pp. 290-291).

Considerando que o sentido do princípio democrático também se reflete sobre a forma de organização do poder, veja-se o entendimento de José Luiz Bolzan de Moraes e Lênio Luis Streck acerca nas noções de Estado,

[...] como liberal, o Estado de Direito sustenta juridicamente o conteúdo próprio do liberalismo, referendando a limitação da ação estatal e tendo a lei como ordem geral e abstrata. Por outro lado, a efetividade da normatividade é garantida, genericamente, através da imposição de uma sanção diante da desconformidade do ato praticado com a hipótese normativa. Transmutado em social, o Estado de Direito acrescenta à juridicidade liberal um conteúdo social, conectando aquela restrição à atividade estatal a prestações implementadas pelo Estado. A lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica. Em ambas as situações, todavia, o fim ultimado é a adaptação à ordem estabelecida (BOLZAN DE MORAIS; STRECK, 2010, p. 91).

Diante disto, quanto mais evidente a separação entre a sociedade civil e o Estado, como anteriormente referido, mais afetada é a cidadania, que se converte em uma relação hierarquizada, tipicamente de clientela, sendo relegado um papel secundário²²⁸ ao cidadão. Assim, sob a influência de uma ideologia voltada a imperativos democráticos, o Estado acaba realizando um reconhecimento, e também permitindo uma maior participação de grupos da sociedade em relação às decisões políticas mais relevantes, a partir da recondução de tais decisões à vontade popular. Então fomenta-se uma maior participação dos cidadãos nos rumos políticos do país, sendo convertido o seu papel anterior, de meros recebedores da ação interventiva do Estado, para o desempenho de um papel mais ativo no processo democrático (RAATZ, 2017, p. 86).

Assim, a relação hierarquizada característica do Estado social é alterada para uma noção mais horizontalizada entre o cidadão e o Estado. Pois o Estado social acabou transformando-se em uma grande empresa sobre as demais empresas, o que não condiz com uma concertação de interesses, imprescindível, devido à complexidade da sociedade atual. Na verdade, toda a modificação deste cenário irá

²²⁸ “Para tanto, torna-se necessário estabelecer um relacionamento equilibrado e dinâmico entre o Poder Público e a sociedade, de tal modo que o Estado não seja fortalecido em si e por si mesmo, isto é, em função dos fins que lhe são próprios, mas sim em razão das finalidades dos indivíduos, dos grupos naturais e da coletividade em seu conjunto. Por outras palavras, as regras de direito devem ter a sociedade civil como sua principal destinatária, e não os órgãos administrativos, como ora acontece, com crescente diminuição do poder de decidir conferido aos cidadãos, às vezes reduzidos a meros instrumentos dos planos governamentais” (REALE, 1987, p.40).

colaborar para que volte à tona a discussão entre o que pertence conceitualmente à esfera privada ou à pública, tendo em vista que os grupos sociais, os quais formam a sociedade civil, passam a representar, à mesma medida que o Estado, a defesa de um interesse²²⁹ público (*Ibidem*, p. 87).

Deste modo, a autonomia democrática da sociedade se insere no cenário limitado por uma vinculação material, em razão da autonomia privada, fundada na liberdade e pelos demais direitos fundamentais²³⁰. Isso ocorre por uma implicação constante entre os conteúdos do Estado e do direito, não sendo suficiente a mera promoção dos direitos, mas uma verdadeira mudança das situações estabelecidas. Por isso no atual estágio da democracia, ou melhor, no estágio do Estado Democrático, as liberdades pessoais são importantes para o desenvolvimento da economia, na justa medida em que também contribuem para a satisfação do comerciante; entretanto, a salvaguarda da liberdade rege-se sob o fundamento da dignidade humana e não do mercado (*Ibidem*, p. 89).

Por sua vez, os conceitos de liberdade positiva e negativa justificam posições antagônicas²³¹ no debate político travado pelas correntes liberal e a corrente a qual denominaremos democrática²³²²³³. Para os liberais clássicos, a liberdade é

²²⁹ “A não convivência social nas democracias modernas é o resultado dos compromissos necessários entre essas duas esferas. Público e privado têm de ser redefinidos numa relação de tensão e complementaridade. Delineia-se, pois, um novo paradigma, onde o cidadão deverá ter a oportunidade de influir nos centros decisórios e **onde o público não se resume ao estatal**. Como defende Menelick de Carvalho Netto: ‘o interesse público é o de todos os afetados pelo exercício do poder e não, necessariamente, o de uma determinada administração’. E mais do que isso, seguindo as ideias de Menelick de Carvalho Netto, não apenas é impossível agora partir de uma natural definição do que é público e do que é privado, mas que essa indefinição supõe o fato de que ambas dimensões estão em **tensão**, sendo **co-originais**” (BAHIA, 2009, p. 263, grifos do autor).

²³⁰ Conforme Jorge Reis Novais: “Nessa perspectiva, a consagração constitucional de um elenco de direitos fundamentais de que o Estado não dispõe, mas que deve respeitar, proteger, garantir e promover, enquadra-se perfeitamente no desenvolvimento e atribuição de força normativa, vinculativa e concretizador a essa ideia de República baseada na dignidade da pessoa humana” (NOVAIS, 2016, p. 72). Semelhantemente, Ingo Sarlet defende que os direitos fundamentais, assim como as definições de sistema de governo, de organização de poder e de Estado, constituem o núcleo dos sentidos material e formal da Constituição (SARLET, 2009, Pp. 59-60).

²³¹ Segundo Lênio Streck, o Estado deixou para trás os paradigmas liberal e social, já que: “Não é por nada que a Constituição estabelece que o Brasil é uma República e que tem objetivos de erradicar a pobreza, promover justiça social, colocando a ideia de *Welfare State* como núcleo essencial da Constituição (art. 3º), além dos dispositivos que tratam da intervenção do Estado na economia, no papel do Estado na promoção de políticas públicas, etc. Este é o ponto: em um país como o Brasil, em que o intervencionismo estatal até hoje somente serviu para acumulação das elites, a Constituição altera esse quadro, apontando as baterias do Estado para resgate das promessas cumpridas da modernidade. D’onde é possível dizer que não será a iniciativa privada que fará a redistribuição de renda e a promoção da redução de desigualdades, mas, sim, o Estado, no seu modelo alcunhado de Democrático de Direito, *plus* normativo em relação aos modelos que o antecederam. Deixemos de lado, pois, tanta desconfiança com o Estado” (STRECK, 2009, p. 143).

²³² Gregorio Peces-Barba preconiza três tipos de liberdade existentes nos ordenamentos jurídicos, segundo a influência recebida por cada uma das escolas de pensamento que plasmaram a

entendida como um *laissez-faire*, que não deveria sofrer a intervenção do Estado. Para a corrente democrática²³⁴, a liberdade não significaria a liberdade em si mesma, mas o respeito do cidadão pelas leis que ele mesmo criou. Então, como é perceptível, para os liberais a liberdade significaria uma não interferência, com o seu alcance contíguo ao atribuído à licitude, ou seja, o limite da liberdade poderia ser configurado aqui pela máxima bastante conhecida: aquilo que não sendo nem obrigado nem proibido é permitido. Em relação à doutrina democrática, ter-se-ia a ideia de que a liberdade significa autonomia acompanhada de vontade livre (*Ibidem*, p. 95).

Portanto, o povo não exerce seu poder político única e exclusivamente por meio de representantes, mas através de sua vontade individual. Assim, a cidadania²³⁵ tem um papel fundamental para a democracia, porque esta é realizada pelo exercício efetivo daquela. Inclusive, é de se atentar para o comando inscrito no art. 1º, inciso I da Constituição de 1988²³⁶, que consagra a cidadania como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Além disso, temos algumas possibilidades legislativas que têm uma maior consideração com a autonomia do

compreensão que temos hoje dos direitos humanos, ou seja, conforme o liberalismo, o socialismo e o pensamento democrático. Deste modo, a primeira escola primária pela liberdade de não intervenção; a segunda pretenderia incorporar o conceito de igualdade material à liberdade; a terceira, posterior às outras duas, tentaria conciliar o exercício da liberdade com a criação de condições para que todos pudessem usufruir de liberdade (PECES-BARBA, 1989, Pp. 276-277, online).

²³³ Podemos identificar alguns autores nesta corrente como Jürgen Habermas, Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gunther Teubner, para citar alguns.

²³⁴ Nesta perspectiva: “Tanto quanto o desenvolvimento, é a democracia, por igual, direito do povo; direito de reger-se pela sua própria vontade, e, mais do que na forma de governo, se converte sobretudo em pretensão da cidadania à titularidade direta e imediata do poder, subjetivado juridicamente na consciência social e efetivado, de forma concreta, pelo cidadão, em nome e em proveito da Sociedade, e não do Estado propriamente dito – quer o Estado liberal que separa poderes, quer o Estado social, que monopoliza competências, atribuições e prerrogativas” (BONAVIDES, 2001, p. 161).

²³⁵ Cabe colacionar, neste sentido, entendimento de Igor Raatz: “Tendo como pressuposto que o conceito de processo deve ser desenhado a partir do núcleo de princípios constitucionais que formam a noção de devido processo – também denominado processo justo, processo equo ou processo democrático - pode-se traçar um primeiro elemento para limitar o objeto dos negócios jurídicos processuais. A concepção de processo desenvolvida ao longo do presente trabalho, segundo a qual o processo é demarcado por um procedimento estruturado por regras que visam a densificar toda a principiologia constitucional que fundamenta a noção de processo democrático, permite que se estabeleça uma sutil distinção em relação ao objeto do negócio jurídico processual: não é lícito às partes negociarem sobre o processo (entendido como estrutura procedimental alicerçada por direitos fundamentais processuais mínimos); é lícito negociar acerca do procedimento. Dito de outro modo, não é possível que, por um negócio jurídico processual, as partes desnaturem a própria concepção democrática de processo, sepultando princípios constitucionais como, por exemplo, os princípios do contraditório, da fundamentação, da publicidade, do juiz natural dentre outros. As partes têm ampla margem de liberdade para reger o procedimento desde que não venham a reestruturá-lo de modo desconforme ao núcleo de princípios que fundamenta a concepção constitucional e democrática de processo” (RAATZ, 2017, Pp. 262-263).

²³⁶(BRASIL, 1988, online).

indivíduo e sua ascendência para o exercício da cidadania, como é o caso da iniciativa popular, do plebiscito e do referendo, todos previstos no art. 14 da CF/88²³⁷. Por fim, tratando-se da função jurisdicional, os conceitos de democracia e cidadania prelecionam que o jurisdicionado tem o poder de fazer valer sua vontade, no sentido de participar e influir efetivamente na edificação da decisão judicial, tendo em vista que este é um ato que exterioriza o poder estatal (BARREIROS, 2013, Pp. 232-233).

Desse modo, todo o debate acerca da noção de democracia atrelada à autonomia incidu sobremaneira no direito processual civil, atribuindo um novo papel não apenas às partes e a sua “adquirida” autonomia, como ao contraditório incidente na relação processual.

Para Piero Calamandrei a relação processual seria constituída pela relação existente entre as pessoas. Dessa maneira, quando se diz que o processo se exterioriza pela relação jurídica entre as pessoas e o juiz, há um reconhecimento aos sujeitos de uma vontade autônoma e juridicamente relevante, e de que não há apenas uma pessoa nessa relação, mas três. Deste modo, o processo não se traduz em um monólogo, mas em um diálogo, pelo qual as partes trocam estímulos e contraestímulos. E é esta dialeticidade que caracteriza o processo moderno, que pode ser identificada pela limitação dos poderes do magistrado, cuja soberania não é absoluta, pois fica condicionada aos movimentos das partes. A dialética do processo seria semelhante a presente na democracia parlamentar, pois assim como ocorre nas disputas legislativas, o princípio dispositivo permitiria às partes construir sua própria vitória, sob sua iniciativa e responsabilidade (por meio de suas razões e habilidade processual). Além disso, veja-se que a democracia é um sistema dinâmico em que o objetivo é sempre a melhora, norteadas pelo critério da persuasão argumentativa das razões, vista tanto no âmbito processual como legislativo. Por isso o contraditório se pareceria com o princípio da oposição parlamentar, pois ambos fincariam suas bases em ideias semelhantes, como a que reconhece aos homens a capacidade de dissuadir ou persuadir por intermédio de boas razões, e a que estabelece o conhecimento da verdade a partir de uma observação não fragmentária da realidade (CALAMANDREI, 2018, Pp. 84-85; 87).

²³⁷ (*Ibidem*, online).

Nesse espeque, o processo não dispensaria o contraditório, porque é através dos mais diversos ângulos suscitados pela discussão entre as partes que a justiça poderia ser encontrada, se não completamente, da forma mais abrangente possível. Conseqüentemente, a responsabilidade das partes envolvidas propulsiona o processo, que concede primazia à autodeterminação da vontade. Tendo em vista que a parte já não é objeto de investigação, tampouco tem o dever de comparecer, nem de responder interrogatório, e sequer a obrigação de dizer a verdade. Ainda que estas ações possam vir a trazer um prejuízo a sua estratégia, ou mesmo acarretar-lhe a derrota, esse modelo dialético processual demonstra um dever de responsabilidade dos interlocutores, graças ao prestígio conferido à autonomia da vontade (*Ibidem*, Pp. 88; 107-108).

Elio Fazzalari, cuja obra é referência no tema do contraditório, revela,

Como ressaltado, quando se fala procedimento “plurissubjetivo”, refere-se ao esquema de atividade em seqüência, movida por mais sujeitos, que se distingue do esquema do verdadeiro e próprio processo. [...] É necessária alguma coisa a mais e diversa; uma coisa os arquétipos do processo nos permitem observar: a estrutura dialética do procedimento, isto é, justamente, o contraditório. Tal estrutura consiste na participação dos destinatários dos efeitos do ato final em sua fase preparatória; na simétrica paridade das suas posições; na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente, a promover e impedir a emanção do provimento); na relevância das mesmas para o autor do provimento; de modo que cada contraditor possa exercer um conjunto – conspícuo ou modesto, não importa – de escolhas, de reações, de controles, e deva sofrer os controles e as reações dos outros, e que o autor (FAZZALARI, 2006, p. 119).

Assim, o contraditor – ou aquele que realiza o contraditório - cumpre um papel de simetria em relação ao autor, pois durante a fase preparatória do processo está em pé de igualdade com os demais contraditores. Ademais, o contraditório não se consubstancia em poderes, deveres ou atos de similar conteúdo e forma, pelo contrário, pode ser predisposto pela lei de maneira diversa quanto à natureza do ato a que põe termo. Porém, o processo é reconhecível mesmo que reduzidos os poderes dos contraditores, contanto que seja garantida simetria entre eles (*Ibidem*, p. 124).

Neste sentido, para Fernanda Gonzaga Jayme e Marcelo Veiga Franco, o contraditório é uma garantia decorrente da Constituição Federal, conforme o art. 5º da CF/88²³⁸. Desta feita, tanto a liberdade como igualdade se fazem presentes nesta conceituação. Isso, porque ao indivíduo é concedida a liberdade para participar em

²³⁸ (*Ibidem*, online).

igualdade de condições com a contraparte na construção da sentença, que poderá vir a afetar o seu patrimônio jurídico. Veja-se que a permanência ou participação do sujeito processual não é compulsória, já que se lhe permite não integrar a relação processual, desde que se responsabilize pelo ônus de sua decisão. No que concerne à paritária participação ou igualdade, tal elemento estaria consubstanciado na igualdade de oportunidades entre às partes. Como é possível perceber, essa noção não só comporia o contraditório como a ordem jurídica democrática (JAYME; FRANCO, 2014, p. 341).

Daí surge a noção de contraditório estático, que possibilita aos participantes da relação processual deduzirem suas razões de fato e de direito que melhor lhes convenha em sua estratégia jurídica, é claro, sujeitas à ciência da contraparte. Não obstante, tal concepção não abrange a amplitude da noção que se tem do contraditório, pois deixa de contemplar a necessidade da expressão da simetria de posições das partes, fundada na necessidade de igualdade de oportunidades. Além da igualdade, a liberdade permite a reação das partes, o que maximiza o respeito à convivência. A liberdade revela-se na autodeterminação das partes, no modo e pela intensidade que conduzirão os preparativos para a decisão final. Desta forma, a concepção dinâmica abarcaria a concepção estática, pois poderia ser compreendida tanto pelo direito de conhecimento e simétrica paridade, como a partir da possibilidade de fiscalização da atividade do juiz (*Ibidem*, p. 345).

Tendo sido visto o contraditório em seu sentido dinâmico e estático, necessário compreender os tipos de contraditório.

De acordo com Darci Guimarães Ribeiro pode-se classificar o contraditório como prévio, diferido ou eventual. Na hipótese em que incidente o tipo prévio, o contraditório seria apresentado pela forma conhecida de direito à audiência, ou seja, o juiz ouve às partes e depois toma a sua decisão. Se for diferido, o magistrado, em decorrência de justo motivo, atenderia parcialmente ao contraditório, como no caso de urgência da concessão de medida liminar *inaudita altera parte*, por exemplo. Na circunstância de incidir sob a modalidade eventual, o contraditório somente poderia ser aferido se o interessado propor uma demanda para ampliar ou exaurir uma cognição, portanto, o contraditório irá ocorrer em outro processo, podendo ser citado a modalidade de tutela satisfativa antecipada como sua espécie (RIBEIRO, 2014, p. 20).

Ribeiro menciona que para desvelar-se o sentido do contraditório seria necessário avaliá-lo sob a perspectiva de seu desenvolvimento conceitual, identificado por três fases. A primeira fase é caracterizada como formal, pois exigiu do conceito apenas o dever de informar; a segunda já partiu de uma consideração material, uma vez que impôs a participação mais efetiva dos litigantes; a terceira, de natureza constitucional, é identificada pelo direito conferido às partes de influenciar a cognição do juiz (*Ibidem*, Pp. 20-21).

Pelo exposto, vejamos.

O conceito de contraditório exige, a partir de uma **noção reflexiva**, o cumprimento dos requisitos **influência-reação** e **participação**. Nestes elementos encontram-se os dois possíveis vieses pelos quais se exterioriza o contraditório, por intermédio de um aspecto estático e outro, dinâmico. O primeiro pode ser tomado pela forma como se desenvolve o processo, em um verdadeiro sentido dialético, de estímulo e contraestímulo, como afirmou Calamandrei. O segundo, sob a noção de limitação ou de fiscalização da atividade do juiz. Ou a partir do que pensa Cabral, pela formação de uma cadeia interligada de suportes fáticos e efeitos processuais, realizados em reflexividade, em que tanto é devido às partes veicularem suas razões e contrarrazões (direito de informação), como considerarem (direito de consideração)²³⁹²⁴⁰ o que foi dito e havido durante a relação processual.

²³⁹ Na Alemanha, o contraditório passou a exigir do magistrado a observância de um dever de consulta para formular a sua decisão, uma vez que: “Esse entendimento impõe o direito à consideração dos argumentos (*Recht auf Berücksichtigung von Äußerungen*). O princípio assim, nos termos do art. 103, §1º, da *Grundgesetzes*, inclui não só o direito de se expressar, mas também o direito a que essas declarações sejam devidamente levadas em consideração. Julgados do Tribunal Constitucional Federal (por exemplo, BVerfGE 70, 288 NJW 1987, 485) localizam esse dever como decorrência do contraditório (*Anspruch auf rechtliches Gehör*), apontando que ele assegura às partes o direito de ver seus argumentos considerados, o que atribui ao magistrado não apenas o dever de tomar conhecimento das razões apresentadas (*Kenntnisnahmepflicht*), como também o de considerá-las séria e detidamente (*Erwägungspflicht*)” (BAHIA *et al.*, 2016, Pp. 227-228).

²⁴⁰ O que ensejaria sua tutela pelo Estado, como já considerou o Supremo Tribunal Federal: “EMENTA: Recurso em Mandado de Segurança. 2. Anulação de processo administrativo disciplinar e reintegração ao serviço público. Alteração da capitulação legal. Cerceamento de defesa. 3. Dimensão do direito de defesa. Ampliação com a Constituição de 1988. 4. Assegurada pelo constituinte nacional, a pretensão à tutela jurídica envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o objeto do processo, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. Direito constitucional comparado. 5. Entendimento pacificado no STF no sentido de que o indiciado defende-se dos fatos descritos na peça acusatória e não de sua capitulação legal. Jurisprudência. 6. Princípios do contraditório e da ampla defesa observados na espécie. Ausência de mácula no processo administrativo disciplinar. 7. Recurso a que se nega provimento (RMS 24536, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 02/12/2003, DJ 05-03-2004 PP-00033 EMENT VOL-02142-04 PP-00688)” (BRASIL, 2003b, online).

A hipótese cerne deste estudo é: a veiculação do pacto de convenções processuais em contratos de adesão, em que se exclui a possibilidade de audiência de mediação ou conciliação durante o iter procedimental.

Pela noção de **contraditório-influência**, e tendo em mente a classificação do contraditório segundo Ribeiro, principalmente sob o seu **tipo diferido ou eventual**, não há, no caso, nenhuma supressão de direito fundamental. Isso se dá, pois o acordo é realizado em prol da estratégia processual de ambas as partes.

Além disso, o contraditório poderá ser realizado no decorrer de todo o restante do procedimento, oportunizando-se às partes conhecer, debater, dialogar, e cambiar respostas, inclusive redargui-las.

Mas não só, se concebermos o objeto do contraditório tal como Fazzalari²⁴¹, a convenção, que neste caso versa apenas sobre regras procedimentais, poderia ser considerada como uma *quaestio*, porque nada tem a ver com o mérito do conceito. Deste modo, a veiculação em uma convenção cuja etimologia e conteúdo eficaz estão relacionados com acordo, nenhum prejuízo traria, pois não chega adentrar em questão controvertida do contraditório.

Desta forma, sob o **contraditório-influência**, a situação elencada não traria quaisquer danos a este elemento do conceito.

Mas ainda restaria o **elemento participação** ou **contraditório em sentido dinâmico**.

Pelo critério que o identifica na fiscalização da atividade do magistrado, não se teria muito a dizer, pois referido elemento está abarcado pela **noção cooperativa** adotada neste trabalho, como pela percepção participativa²⁴² instrumentalizada por Jayme e Franco. Se tomada pela **influência reflexiva**, a participação, que respeita os princípios democrático e dispositivo, estaria absolutamente contemplada, tendo em vista que permite às partes agirem conforme seus interesses, já que são

²⁴¹ Para o autor, não cabe esquecer, o contraditório é elemento fulcral do procedimento, daí a razão para diferenciar simples “questão” de “questão controversa”, já que esta última seria mais contundente ao mérito do contraditório, portanto, com maior potencial para refletir prejuízos ao trâmite (FAZZALARI, 2006, p. 125).

²⁴² “Se um contraditório dinâmico como garantia de influência fosse assegurado, com base em uma lógica policêntrica e participativa; se os sujeitos processuais soubessem manejar as técnicas processuais de modo responsável e interdependente; se se acabasse com a busca tão-somente do protagonismo judicial, da alta produtividade decisória e da rapidez procedimental a qualquer preço; se se parasse de enxergar o processo como um instrumento técnico a serviço do juiz e que se constitui em entrave formal para o cidadão-cliente de serviços, a democratização processual se imporá nos discursos de aplicação normativa” (NUNES, 2012, p. 247). Exarando o mesmo entendimento (FARIA, 2016, Pp. 216-217).

livres e responsáveis por suas condutas. **A igualdade de oportunidades** também seria considerada, pois a supressão de um ato procedimental seria insuficiente para configurar uma afetação à simetria de chances ou oportunidades.

Até seria possível aventar que essa situação tiraria do juiz a possibilidade de conhecer previamente as razões das partes, ou pelo menos do autor. Muito embora conheça da inicial antes de determinar a citação, os argumentos do citado que poderiam ser suscitados na audiência serão em alguma medida contemplados durante o percurso processual. Ademais, as audiências de mediação/conciliação prezam pela autonomia e vinculatividade entre as partes, tendo em vista que foi previsto no Código de Processo Civil que as audiências de conciliação e mediação serão presididas por conciliadores e mediadores legais²⁴³. Portanto, parecem extrapolar os poderes de interferência do magistrado, configurando sua **pertinência ao âmbito privado dos mediandos ou concilientes**.

Todavia, há que considerar-se o preâmbulo de nossa Constituição, previsão que informa todo o sistema jurídico, onde prevê-se:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com **a solução pacífica das controvérsias**, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (BRASIL, 1988, online, grifo nosso).

Apesar da ciência em relação à decretação pelo Supremo Tribunal Federal da não vinculação do **preâmbulo**²⁴⁴ de nossa Carta, na ocasião, os ministros também

²⁴³ “CPC/15, Art. 334, § 1 O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária” (BRASIL, 2015a, online).

²⁴⁴ “EMENTA: CONSTITUCIONAL. CONSTITUIÇÃO: PREÂMBULO. NORMAS CENTRAIS. Constituição do Acre. I. - Normas centrais da Constituição Federal: essas normas são de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro, mesmo porque, reproduzidas, ou não, incidirão sobre a ordem local. Reclamações 370-MT e 383-SP (RTJ 147/404). II. - Preâmbulo da Constituição: não constitui norma central. Invocação da proteção de Deus: não se trata de norma de reprodução obrigatória na Constituição estadual, não tendo força normativa. III. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente”. Conforme excerto da decisão: “O preâmbulo, resai das lições transcritas, não se situa no âmbito do direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte. É claro que uma constituição que consagra princípios democráticos, liberais, não poderia conter preâmbulo que proclamasse princípios diversos. Não contém o preâmbulo, portanto, relevância jurídica. O preâmbulo não constitui norma central da Constituição, de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro. O que acontece é que o preâmbulo contém, de regra, proclamação ou exortação no sentido dos princípios inscritos na Carta: princípio do Estado Democrático de Direito, princípio republicano, princípio dos direitos e garantias etc. Esses princípios, sim, inscritos na Constituição, constituem normas centrais de reprodução obrigatória, ou que não pode a Constituição do Estado-membro dispor de forma contrária, dado que, reproduzidos,

deixaram claro que o seu conteúdo é uma exortação dos princípios republicanos. Ora, se o preâmbulo traz a previsão de princípios já consagrados, pelo menos seria possível compreender que ali também podem residir outros princípios, como o da solução pacífica das controvérsias. Mas não é o caso de verificarmos esta possibilidade. Neste momento nos interessa que, muito embora seja um **texto enunciativo**, possui papel relevante para o âmbito de aplicação do texto constitucional.

Assim também pensa o min. Gilmar Ferreira Mendes²⁴⁵,

Ao desvendar as linhas estruturantes da Constituição, os objetivos que movem a sua concepção, o Preâmbulo se torna de préstimo singular para a descoberta do conteúdo dos direitos inscritos na Carta e para que se descortinem as finalidades dos institutos e instituições a que ela se refere; orienta, enfim, os afazeres hermenêuticos do constitucionalista (MENDES, 2011, p. 89).

Desta forma, poderá ser utilizado como reforço argumentativo²⁴⁶, tal qual o realizamos neste momento. Soma-se a este reforço, as previsões dos artigos 1º e 3º, §§ 2 e 3 do CPC/2015, neste exato sentido:

Art. 1. O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme **os valores** e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código” [...] Art. 3 Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. [...] § 2 **O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.** § 3 **A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados** por juízes, advogados, defensores públicos e membros do

ou não, na Constituição estadual, incidirão na ordem local” (ADI 2076, Relator(a): Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2002, DJ 08-08-2003, PP-00086, EMENT VOL-02118-01, PP-00218)” (BRASIL, 2003a, online).

²⁴⁵ Ao tratar de uma solução para a antinomia entre critérios interpretativos, Juarez Freitas faz a seguinte observação: “A solução, mesmo para as assim chamadas antinomias de segundo grau (aquelas que se processam entre os próprios critérios usuais – cronológico, hierárquico e de especialidade), há de fazer preponderar o critério hierárquico-axiológico, admitindo-se, sem vacilações, uma mais ampla visão de hierarquia, a ponto de escalonar princípios, valores e regras no seio da própria Constituição, no escopo de solucionar as contrariedades nefastas, mesmo as que, excepcionalmente, ocorrem em processos objetivos e sem partes contrapostas” (FREITAS, 2010, p. 103).

²⁴⁶ “EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA VISUAL. AMBLIOPIA. RESERVA DE VAGA. INCISO VIII DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. § 2º DO ART. 5º DA LEI Nº 8.112/90. LEI Nº 7.853/89. DECRETOS NºS 3.298/99 E 5.296/2004.1. O candidato com visão monocular padece de deficiência que impede a comparação entre os dois olhos para saber-se qual deles é o ‘melhor’. 2. A visão univalente -- comprometedoras das noções de profundidade e distância -- implica limitação superior à deficiência parcial que afete os dois olhos. 3. A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988. 4. Recurso ordinário provido (RMS 26071, Relator(a): Min. Carlos Britto, Primeira Turma, julgado em 13/11/2007, DJe 018-DIVULG 31-01-2008, PUBLIC-01-02-2008, EMENT VOL-02305-02, PP-00314 RTJ VOL-00205-01 PP-00203 RMP n. 36, 2010, p. 255-261)” (BRASIL, 2007, online).

Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (BRASIL, 2015a, online, grifo nosso).

Aliado a constatação de conformidade axiológica entre a Constituição e o CPC/2015, caso não comprove a imperatividade do preâmbulo, permite o estabelecimento de um critério de hierarquia em relação à previsão da “solução pacífica das controvérsias” para fins de interpretação, o que nos revela a necessidade de prioridade na implementação da mediação e da conciliação como objetivo político encartado na Lei maior, presente simetricamente no CPC/2015.

Além disso, retoma-se a análise do outro elemento característico do direito à informação – presente no princípio do contraditório, o da **consideração**, a partir do qual realiza-se a dialogicidade e exterioriza-se mais claramente a reflexividade do conceito.

Antes de mais nada, é importante salientar a previsão contida no caput do art. 54 do Código de Defesa do Consumidor: “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas **unilateralmente** pelo fornecedor de produtos ou serviços, **sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo**” (BRASIL, 1990, online, grifo nosso).

Em virtude do dispositivo normativo anterior, fica claro a natureza do consentimento nessa espécie de contrato, pois uma das partes tem de aceitar, *in totum*, as cláusulas estabelecidas pela outra. O consentimento do aderente manifesta-se no sentido de se vincular a uma pré-disposição, sem que participe da formação do contrato. Portanto, poderia se alegar que o traço distintivo dos contratos de adesão é a imposição ou prevalência da vontade de uma das partes em relação à outra, incumbindo à parte cuja vontade foi sobreposta, aceitar ou não as cláusulas do contrato (GOMES, 2008, p. 128)²⁴⁷.

Sendo assim, o contrato de adesão, por definição, afeta a necessidade de consideração das razões da contraparte (aderente). Veja-se que nessas situações o consenso é obtido, e não conjugado.

Deste modo, a consideração deixa de ser observada à priori, haja vista que o instrumento que veicula a convenção caracteriza-se pela imposição de razões.

²⁴⁷ Esclareça-se que há muita divergência a respeito da conceituação dos contratos de adesão, inclusive, no que concerne à sua similaridade ou distinção com os contratos realizados por cláusulas gerais. De qualquer modo, salienta-se a opção pela definição apresentada.

Contudo, é possível que, de alguma forma, o aderente venha a reconhecer e concordar com a disposição da cláusula.

Neste último caso, ainda que a noção de democracia releve a liberdade, e desde que a convenção não afete à igualdade, esse é um poder indivisível que no processo é compartilhado pelas partes, e ao juiz, submete a atividade. Assim como na democracia²⁴⁸ em que um homem vale um voto, no processo cada qual deve usufruir da mesma consideração, de modo a desenvolver seus deveres e faculdades, a fim de que seja alcançado o provimento estatal. E, ainda que não queira participar, sua posição deverá ser igualmente respeitada, devendo arcar com os efeitos de sua omissão. Desta forma, quando se analisa a perspectiva do contraditório por um viés reflexivo, mesmo considerando nossas críticas há alguns aspectos de sua formulação, é possível vislumbrar uma contiguidade que não se subsume, mas se intersecciona com o princípio estruturado no atual. Isso porque, nem todos os elementos do contraditório são afetados pela adoção das convenções processuais na espécie admitida, apenas a variável consideração, abrangida pelo contraditório-influência. Pois no momento em que se suprime a possibilidade das audiências de conciliação ou mediação, se está deixando de considerar as posições da contraparte, ficando evidenciado um desprezo à perspectiva de divisão de trabalho encartado na noção de cooperação processual.

Esse aspecto exemplifica a importância da noção das **funções sociais externas do direito reflexivo**, elemento pelo qual se retira mais claramente a ideia da função social das convenções processuais, pois é onde se articula tanto os procedimentos de discurso interno como as relações com outros sistemas, no caso, entre a ação legitimada pelo direito e as expectativas sociais (ou limites), considerando que o direito reflexivo reestrutura os sistemas sociais, de forma a facilitar a sua integração. Logo, ao promover mecanismos integradores, cria as premissas estruturais para uma descentralização da “vontade estatal”. Ou seja, não se pretende substituir o Estado, nem tampouco arrogar-se de suas funções, haja vista que a intenção é fomentar um instrumento que combine a autorização do direito e as expectativas da sociedade, sem submeter uma a outra, ou diferenciá-las em grau de “relevância”.

²⁴⁸ Atribuindo a modificação do contraditório pelo conceito jurídico de democracia: (PEREIRA, 2016, Pp. 538-542) e (GÓES, 2016, Pp. 555-556; 558).

Em outros termos, a racionalidade das funções externas do direito reflexivo ao passo que permite a autonomia dos jurisdicionados, impõe a observância de certos critérios para o desenvolvimento desta espécie de liberdade, especialmente, no que concerne à construção da cognição do magistrado, espaço em que todos são iguais, devem partilhar as suas razões e contrarrazões, mas acima de tudo, considerar as razões da contraparte. Até porque, quanto mais as partes se envolverem no procedimento, maiores serão as chances de aceitarem o provimento final. Assim, resulta que essa participação democrática levará a uma maior legitimação do processo, porque a soberania presente no exercício do poder judicial passa a ser dividida entre todos os sujeitos processuais, com a mesma importância, e cujo desempenho será realizado conforme os seus deveres e faculdades.

Por estas razões, o princípio da função social das convenções processuais quando incide na hipótese em questão compreende ao pactuado (em função do autorregramento da vontade, que autoriza a dispensa da audiência de mediação/conciliação durante o procedimento, correspondendo a **estrutura interna do direito reflexivo**), mas também representa um limite (o conteúdo do princípio age de maneira a limitar à liberdade garantida pelo primeiro elemento, constituindo parte do acordo – **funções externas ao direito reflexivo**) alicerçado em valores que estruturam o ordenamento jurídico (como o elemento da função social, instrumentalizado pela incidência da democracia, consideração (pertencente ao contraditório-influência), e os meios consensuais de resolução de conflitos, os quais representam a **justificação da norma do direito reflexivo**).

Portanto, a convenção processual que dispensa a audiência de conciliação/mediação no decorrer do procedimento adequa-se à estrutura reflexiva do princípio da função social das convenções processuais, no que tange à sua estrutura interna, e em certa medida ao elemento funções externas, que atua na limitação do acordo; porém, não consegue preservar outros valores caros à Constituição e ao processo - principalmente, a consideração das razões da contraparte-, que envolvem por sua vez o elemento justificação da norma, sendo, por isso, alcançada pelos efeitos da invalidação.

6 Conclusão

A título de conclusão, pelo que até aqui foi pesquisado, podemos dizer que:

1. O devido processo legal possui dois sentidos, os quais, apesar de seus caracteres específicos, acometem sobretudo os demais princípios que lhe são decorrentes. Além disso, a partir de sua abrangência conceitual, o devido processual legal é um sobreprincípio em nosso ordenamento jurídico;
2. O acesso à justiça como garantia processual que é, sofre a influência do sobreprincípio do devido processo legal, que acaba lhe conferindo um novo sentido, pois o acesso à justiça é meio para promoção e proteção de direitos e garantias fundamentais, segundo a leitura dos princípios constitucionais;
3. Diante da alteração do sentido do acesso à justiça, a justificativa para uma maior participação dos litigantes passa a ganhar força no processo, dado que somente por intermédio da dialogicidade será possível alcançar-se um acesso à justiça qualificado;
4. Considerando a nova lógica incidente sobre o conceito de acesso à justiça, a dialogicidade pode ser entendida por um viés reflexivo, ainda que a reflexividade tenha sua limitação conceitual mais pertinente à racionalidade do direito, pelo menos foi desta maneira que a utilizamos no presente;
5. Assim, o direito reflexivo, e o traduziremos de forma bastante ampla, permite que sua racionalidade opere na conciliação entre expectativas sociais e a autonomia do indivíduo, ou do direito, como se queira;
6. Resultado desta racionalidade é a disposição prevista no artigo 190 do CPC/2015, que permite a adoção das convenções processuais no ordenamento pátrio;
7. Contudo, as convenções processuais foram negadas por grande parte da doutrina e por muito tempo, evidenciando-se um debate acerca do publicismo e privatismo processuais, pertinente para compreender o elemento que identifica às convenções processuais, o autorregramento da vontade;
8. Pelo debate ideológico que envolve os tipos ideais processuais, e em virtude da análise dos elementos que compõem a esfera de existência das convenções processuais, primordialmente, dos seus fundamentos normativos, o autorregramento

da vontade e a cooperação processual, permite-se vislumbrar uma relativização da diferença entre o direito processual e o material;

9. Pela leitura do art. 2035, parágrafo único do Código Civil, verifica-se o termo literal “convenções”. Como demonstrado, a cláusula do art. 190 tem uma característica mais voltada ao acordo, devido às vontades convergentes para um único fim, razão pela qual nos referimos a ela desta maneira, sem que isso, obviamente, exclua a hipótese de contratos processuais. Mas esta não é a questão. Na verdade, quando a autonomia privada é substituída ou atenuada pela função social, como ocorre na previsão do artigo a que nos referimos, a função social passa a fazer parte da ordem pública. Isto, pois a função social possui um sentido de interesse coletivo que acaba em certa medida superando o interesse particular. Além do mais, a racionalidade reflexiva opera exatamente neste sentido, permitindo uma covariação entre esferas tidas “como opostas” - os interesses coletivos e a esfera privada dos sujeitos. Daí surge a função social dos contratos como limite a ser aplicado sobre o objeto das convenções processuais, pela virtude de trazer em seu conceito dois aspectos, a autonomia ou liberdade dos indivíduos e às expectativas da sociedade. Cumpre um último ponto a este respeito, uma vez que esta construção teórica, muito embora implícita, não se encontra em dissonância com às disposições do CPC/2015, tendo em vista que ambas dividem a Constituição como premissa teórica. Deste modo, tendo em vista que toda a interpretação é de alguma forma constitucional e, em razão da expressa disposição do art. 1º do CPC/2015, cremos que o diálogo entre os conceitos apresentados passa a ser referendado;

10. Também foi possível identificar uma imprecisão técnica na individualização dos conceitos de processo e procedimento. Na verdade, a indistinção entre eles parece ser a interpretação mais adequada, considerando as tentativas da doutrina para diferenciá-los, as quais recaem, na maioria dos casos, em demarcações um tanto quanto tênues. Além disso, o art. 190 traz a possibilidade de “estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa” (BRASIL, 2015a, online), o que inicialmente já permitiria concluir no sentido proposto;

11. Levando-se em consideração o entendimento de muitos autores, percebeu-se que a audiência que dá início ao procedimento não ocorrerá quando pretendida por somente um dos litigantes, em virtude do princípio da autonomia da vontade, que atribui sentido a toda a sistemática dos meios consensuais de resolução de conflitos;

12. A igualdade processual é um conceito que deve ser pensado para a verificação do equilíbrio da relação jurídica, especialmente no momento da conjugação de vontades. Entretanto, a igualdade processual não é sensibilizada pela espécie de convenção ora trabalhada, e com menos acerto o próprio processo. Pois os efeitos do acordo não repercutem de modo algum sobre a defesa, ou às posições atribuídas às partes, mas apenas sobre um ato determinado, que deixa de integrar o processo e, sobre alguns pontos de vista, até poderia ser considerado benéfico à estratégia das partes;

13. A vulnerabilidade material não é capaz de acarretar *ex officio* a invalidação da convenção processual que dispense a realização de audiência de mediação/conciliação. Por isso, quando incidir sobre o procedimento, graças à previsão do art. 190, parágrafo único do CPC/2015, deverá respeitar a necessidade da análise em concreto pelo magistrado, por consequência da noção de prejudicialidade, incidente em todos os casos em que haja a suposição da existência de nulidade;

14. Assim, a vulnerabilidade material quando presente no processo possui uma conformação diferente da prevista na legislação extraprocessual. Por isto, ao invés de agir como uma presunção na seara processual, passa a ser identificada como uma condição que só acarretará nulidade em caso de identificação do prejuízo, já que a vulnerabilidade é uma condição que embora inerente, não resulta em quebra imediata da relação de igualdade entre às partes. Desta forma, ao magistrado caberá a análise *in concreto* da condição do convenente consumidor, ou do aderente, participante de uma relação jurídica civil;

15. Realizada uma análise sucinta sobre algumas teorias acerca das nulidades processuais, viu-se a impossibilidade de identificar um critério capaz de solucionar de forma eficaz o problema da limitação do poder facultado pelo autorregramento da vontade;

16. Entretanto, a partir da análise do sistema de nulidades processuais sob um viés reflexivo, vislumbra-se o contraditório no desempenho de um papel de destaque, haja vista que em sua composição encontraremos elementos como: participação, influência e consideração. Desta forma, diante da noção dialógica do conceito, que estrutura todo o sistema, foi possível travar alguns pontos de convergência com o princípio da função social das convenções processuais;

17. Aliás, o princípio democrático também modifica o contraditório, já que atribui um aspecto relevante não apenas à igualdade, mas à liberdade. Assim ocorre, pois no processo a soberania do poder estatal deixa de ser exercida apenas pelo juiz, e começa a ser contemplada na divisão de tarefas entre todos os sujeitos processuais, local onde encontrar-se-á dissolvida. Dessa maneira, o equilíbrio entre as partes é importante para que o poder seja igualmente dividido com o juiz, e para liberdade, no intuito de que as partes assumam maiores responsabilidades no trato dos seus posicionamentos processuais;

18. Tendo em vista que o ambiente processual deixa de ser estruturado sobre a vontade prevalecente do julgador, então, passa a vigorar uma perspectiva dialógica, baseada na construção racional do provimento por meio da argumentação das partes, pelo que se realiza um compartilhamento de fundamentos e considerações;

19. Dessa maneira foi possível identificar que o aspecto da consideração, um dos elementos estruturantes do contraditório sob a perspectiva reflexiva, impõe a decretação de nulidade da convenção na espécie aventada, em função da afronta ao aspecto justificação da norma, que corresponde a um dos elementos reflexivos do princípio da função social das convenções processuais (pela implicação direta aos valores da democracia, métodos consensuais de conflitos e consideração – elemento do contraditório-influência);

20. *Ex positis*, o aplicador poderia aferir a invalidade da hipótese ventilada (inserção de cláusula processual em contrato de adesão em que é pré-excluída a possibilidade de audiência de conciliação e mediação durante um processo futuro) segundo a construção dogmática que ora se propõe: o princípio da função social das convenções processuais.

7 Referências

ABREU, Rafael Sirangelo de. A igualdade e os negócios processuais. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, Pp. 315-336.

ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Novamente o princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. *In*: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Orgs.). **Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos**. 2.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, Pp. 925-951.

ALVÁRO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro, n. 24, Pp. 81-101, 2003.

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7. ed. rev. mod. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. **Ordem pública e processo**. São Paulo: Atlas S.A., 2011.

ARRUDA ALVIM. **Manual de Direito Processual Civil. Parte geral**. v.1. 12.ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2008.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Negócios jurídicos materiais e processuais – existências, validade e eficácia – campo invariável e campos dependentes: sobre os limites dos negócios jurídicos processuais, **Revista de processo**. São Paulo, n. 244, Pp. 393-423, 2015.

AVELINO, Murilo Teixeira. Normas processuais e normas materiais: uma dicotomia enfraquecida. *In*: JÚNIOR, Marcos; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). **Direito Civil**. Salvador: Juspodivm, 2017, Pp. 401-426.

ÁVILA, Humberto B. Neoconstitucionalismo: entre a 'ciência do direito' e 'o direito da ciência'. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador: Instituto

Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan.-fev.-mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/neoconstitucionalismo-entre-a-ciencia-do-direito-e-o-direito-da-ciencia>>. Acesso em: 03.01.18, às 9:32.

ÁVILA, Humberto B. O que é devido processo legal? **Revista de Processo**. São Paulo, n. 163. Pp. 50-59, 2008.

ÁVILA, Humberto B. Subsunção e concreção na aplicação do direito. *In*: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). Faculdade de Direito: **O Ensino Jurídico no limiar do novo século**. v.1. 1.ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997, Pp. 413-456.

ÁVILA, Humberto B. **Teoria da igualdade tributária**. 3.ed.São Paulo: Malheiros, 2015.

ÁVILA, Humberto B. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. **Recursos extraordinários no STF e no STJ: conflito entre interesse público e interesse privado**. Curitiba: Juruá, 2009.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco *et al.* Contraditório como garantia de influência e não surpresa no CPC-2015. *In*: FREIRE, Alexandre; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Normas Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016, Pp. 212-240.

BAHIA, Alexandre; NUNES, Dierle. **Processo e República: uma relação necessária**. Justificando: mentes inquietas pensam direito, 9 de outubro de 2014. Disponível em: <http://justificando.com/2014/10/09/processo-e-republica-uma-relacao-necessaria/>. Acesso em: 11.01.2018, às 14:17.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. 22. tir. São Paulo: Malheiros, 2012.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. v.1. 7.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Convenções das partes sobre matéria processual. **Revista de processo**. São Paulo, n. 33, Pp. 182-191, 1984.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en el proceso civil. **Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal**. vol. 5, n. 5, Pp. 55-67, 1986. Disponível em:<http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/321>. Acesso em: 06.11.2018, às 20:44.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Convenções processuais e poder público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. **Fundamentos constitucionais do princípio da cooperação processual**. Salvador: Juspodivm, 2013.

BEDAQUE, José Roberto. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 4.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

BERALDO, Leonardo de Faria. O dever de cooperação no novo Código de Processo Civil. *In*: FREIRE, Alexandre; DIDIER JR., Fredie; NUNES, Dierle (Coord.). **Normas Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016, Pp. 360-384.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Campinas: Servanda, 2008.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. O Princípio da Solidariedade. *In*: FILHO, Firly Nascimento; GUERRA, Isabella Franco; PEIXINHO, Manoel Messias (Orgs.). **Os Princípios da Constituição de 1988**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, Pp. 157-176.

BOLZAN DE MORAIS, José Luiz; STRECK, Lênio Luiz. **Ciência política e teoria geral do estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BORELLI, Rafael de Souza. **A incidência do devido processo legal nas relações privada: estudo à luz do acesso à justiça e da eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. 2013. 158f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Centro de Estudos Sociais, Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2013. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.uel.br/document/?code=vtls000186868>. Acesso em: 09.01.17, às 10:35.

BRAGA, Paula Sarno. Competência legislativa dos estados-membros em torno dos negócios processuais. *In*: MARCATO, Ana *et al.* (Orgs.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2017, Pp. 431-460.

BRANCO, Gerson Luis Carlos. **Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n. 2.076 – Acre**. Supremo Tribunal Federal. Tribunal do Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, 08 de agosto de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375324>. Acesso em: 01.03.2018, às 13:35.

BRASIL. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n. 2.139 – DF**. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. Relator Marco Aurélio Mello. Brasília, 13 de maio de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=604545>. Acesso em: 25.08. 2018, às 20:18

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL**. Constituição. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06.03.2018, às 16:45.

BRASIL. **LEI Nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em: 03.03.2018, às 15:06.

BRASIL. **LEI Nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 01.03.2018, às 10:23.

BRASIL. **LEI Nº 13.105**, de 16 março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 02.03.2018, às 09:23.

BRASIL. **LEI Nº 13.140**, de 26 de junho de 2015. Lei de Mediação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 02.03.2018, às 11:42.

BRASIL. **INFORMATIVO Nº 0510**. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Brasília, 18 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%28%22NANCY+ANDRIGHI%22%29.min.&processo=1195642&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em: 17.09. 2018, às 22:17.

BRASIL. **RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA, n. 26071 – DF**. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Relator Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 13 de novembro de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506599>. Acesso em: 02.03. 2018, às 19:32.

BRASIL. **RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA, n. 24.536 –DF**. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Relator Ministro Gilmar Ferreira Mendes. Brasília, 02 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116098>. Acesso em: 18.10.2018, às 22:07.

BRASIL. **RESOLUÇÃO 125**, de 29 de novembro de 2010. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 02.03.2018, às 14:24.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v.1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CABRAL, Antonio do Passo. **Convenções Processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016.

CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo moderno: contradição, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (*collaborative law*): “mediação sem mediador”. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 259, Pp. 471-489, 2016.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Convenções em matéria processual. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 241, Pp. 489-517, 2015.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. O poder de autorregramento da vontade no contexto da mediação e da conciliação. In: MARCATO, Ana et al (Orgs). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2017, Pp. 569-587.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Ordem pública processual**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

CADIET, Loïc. **Los acuerdos procesales en derecho francés: situación actual de la contractualización del proceso y de la justicia en Francia**. Civil Procedure Review, v.3, n. 3, ago.-dez., 2012. Disponível em: http://www.civilprocedurereview.com/busca/baixa_arquivo.php?id=59&embedded=true e. Acesso em: 06.01.18, às 15:27.

CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia: conferências realizadas na faculdade de direito da universidade nacional autônoma do México**. 2.ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

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

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPONI, Remo. Autonomia privada e processo civil: os acordos processuais. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 237, Pp. 359-376, 2014.

CARDOSO, Simone Tassinari. Judiciário multiportas: a mediação como ferramenta efetiva para tratamento de conflitos – uma análise a partir dos movimentos de ADR's (*Alternative Dispute Resolution*). In: GASTAL, Alexandre Fernandes; BERTOLDI, Márcia Rodrigues; CARDOSO, Simone Tassinari (Orgs.). **Direitos fundamentais e vulnerabilidade social**: em homenagem ao professor Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, Pp. 309-333.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. v.1. São Paulo: Classik Book, 2000.

CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “Legislador”, a “Sociedade” e o “Juiz” ou entre “Sistema”, “Função” e “Problema” – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. **Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra**. Coimbra, n.74, Pp. 1-44, 1988.

CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis; MAZZEI, Rodrigo. Breve ensaio sobre a postura dos atores processuais em relação aos métodos adequados de resolução de conflitos. *In*: ZANETI JR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Orgs.). **Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos**. 2.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, Pp. 67-89.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. 1. 3. ed. Campinas: Ed. Bookseller, 2002.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. 421f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/1512>. Acesso em: 10.01.17, às 17:01.

COSTA E SILVA, Paula. Pactum de non petendo: exclusão do direito de acção e exclusão convencional da pretensão material. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, Pp. 443-480.

CRUZ, Clenderson Rodrigues da; NUNES, Dierle; DRUMMOND, Lucas Dias Costa. A regra interpretativa da primazia do mérito e o formalismo processual democrático. *In*: FREIRE, Alexandre; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Normas Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016, Pp. 101-140.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no processo civil brasileiro. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, Pp. 39-74.

CURY, Cesar Felipe. Mediação. *In*: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Orgs.). **Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos**. 2.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, Pp. 495-520.

DALL'AGNOL, Antonio. **Comentários ao Código de processo civil: do processo de conhecimento, arts. 102 a 242**. v. 2. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2007.

DE PLACIDO E SILVA. **Vocabulário Jurídico**. v.1. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil e processo conhecimento**. v. 1. 16. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo**. v. 4. 9. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2014.

DIDIER JR., Fredie. Negócios jurídicos processuais atípicos no CPC-2015. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, Pp. 105-125.

DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, Pp. 31-37.

DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013.

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

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. v. 3. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DWORKIN, Ronald. **Justiça para ouriços**. Coimbra: Almedina, 2012.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DUARTE, Zulmar. **A difícil conciliação entre o NCPC e a lei de mediação**. Jota: 17 de agosto, 2015. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/novo-cpc/a-dificil-conciliacao-entre-o-novo-cpc-e-a-lei-de-mediacao-17082015>. Acesso em: 05.03.18, às 16:27.

ENGLISH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 7.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1961.

FABBI, Alessandro. **“Privatizing” civil justice trough procedural agreements: a comparative analysis**. New York University: School of Law, on October 22, 2013. Disponível em: www.law.nyu.edu/sites/default/files/upload_documents/AlessandroFabbi2.pdf. Acesso em: 12.06.18, às 19:28.

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

FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual**. 8.ed. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O poder judiciário e(m) crise**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FEIJÓ, Maria Angélica E. F. A visão de jurisdição incorporada pelo Novo Código de Processo Civil. *In*: FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi. (Coord.) **Parte geral**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, Pp. 209-240.

FPPC (Fórum Permanente de Processualistas Civis). **Enunciados**. Florianópolis: 24-26 de março, 2017. Disponível em: <http://portalprocessual.com/wp->

content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf. Acesso em: 01.10.2018, às 17:04.

FREIRE, Ricardo Maurício. **Devido processo legal: uma visão pós-moderna**. Salvador: Juspodivm, 2008.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & judiciário no Brasil e nos Eua: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GADAMER, Hans-Georg. **O problema da consciência histórica**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Flexibilização procedimental: um novo enfoque para o estudo do procedimento em matéria processual**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2008.

GALVÃO FILHO, Mauricio Vasconcelos. Audiência(s) e sessão (ões) de mediação na lei de mediação (lei nº 13.140/2015) e no novo Código de Processo Civil brasileiro (lei nº 13.105/2015). *In*: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Orgs.). **Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos**. 2.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, Pp. 521-544.

GARCIA, Emerson. Conflitualidade imanente e resolutividade construída: perspectivas da lei de mediação sob as lentes da oralidade. *In*: ZANETI JR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Orgs.). **Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos**. 2.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, Pp. 557-574.

GARTH, Bryant G.; CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Editor Sergio Antonio Fabris, 1988.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. Coleção Prof. Agostinho Alvim. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOÉS, Ricardo Tinoco de. Contraditório, argumentação e mandamentalidade. *In*: FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi. (Coord.) **Parte geral**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, Pp. 547-559.

GOLDSCHMIDT, James. **Teoría General de Proceso**. Barcelona: Editorial Labor S. A., 1936.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GORETTI, Ricardo. **Mediação e acesso à justiça**. Salvador: Juspodivm, 2017.

GRECO, Leonardo. **Os atos de disposição processual - primeiras reflexões**. In: Revista Quaestio Juris – UERJ - Rio de Janeiro, v. 4, n.1, Pp. 720-746, 2011. Disponível em: <http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/quaestiojuris/article/view/10206/798>. Acesso: 13.06.18, às 14:35.

GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. In: FREIRE, Alexandre; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Normas Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016, Pp. 301-310.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

JAYME, Fernanda Gonzaga; FRANCO, Marcelo Veiga. O princípio do contraditório no projeto do Novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 227, Pp. 335-359, 2014.

JORGE, Flávio Cheim. **Teoria geral dos recursos cíveis**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

KOCHEM, Ronaldo. A fundamentação das decisões judiciais e o controle de racionalidade da interpretação jurídica. In: FREIRE, Alexandre; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Normas Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016, Pp. 475-496.

LACERDA, Galeno. **Despacho Saneador**. 3.ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado *et al.* (Orgs.). **Meios de impugnação ao julgado civil: estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, Pp. 251-258.

LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Teoria geral do processo**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de direito processual civil**. v.1. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 1985.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Dicionário do Código de Processo Civil brasileiro: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. São Paulo: Ed. RT, 1986.

LIMA, Alcides de Mendonça. **Direito processual civil**. São Paulo: Ed. José Bushatsky, 1977.

LIPIANI, Julia Miranda; COSTA, Marília Siqueira. Negócios jurídicos processuais sobre mediação e conciliação. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, n. 68, Pp. 91-116, 2015.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 141, Pp. 99-109, 1999.

LOPES DA COSTA, Alfredo Araújo. **Direito Processual Civil Brasileiro**. v. 2. 2.ed. rev. aum. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

LUNA, Florencia. "**Vulnerabilidad: la metáfora de las capas**". Publicado en Jurisprudencia Argentina, IV, fascículo n. 1, Pp. 60-67, 2008. Disponível em: http://www.saludcapital.gov.co/Capacitaciones%20%20Comit%20de%20tica%20par%20la%20Investigacin/6%20Sesi%C3%B3n%2016%20julio%202014/Luna_F%5B1%5D._Vulnerabilidad_la_metafora_de_las_capas.pdf. Acesso em: 10.11.2018, às 22:42.

MACÊDO, Lucas Buril de. A concretização direta da cláusula geral do devido processo legal processual no Supremo Tribunal Federal de Justiça. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 216, Pp. 377-398, 2013.

MAIA, Maurilio Casas; BARBOSA, Rafael Vinheiro M. Isonomia dinâmica e vulnerabilidade no direito processual civil. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 230, Pp. 349-365, 2014.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. A audiência do art. 334 do Código de Processo Civil: da afronta à voluntariedade às primeiras experiências práticas. *In*: ZANETTI JR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Orgs.). **Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos**. 2.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, Pp. 129-140.

MARIOTTI, Alexandre. **Princípio do devido processo legal**. 2008. 132f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10183/13555>. Acesso em: 12.01.18, às 16:12.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. v.2. 2. ed. ver. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1962.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade à luz da linha decisória da suprema corte estadunidense**. 2001. 357f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2001. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/79998>. Acesso em: 05.01.18, às 14:35.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos fundamentais indisponíveis: limites e padrões do consentimento para a autolimitação do direito à vida**. 2010. 461f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio

de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010. Disponível em:
http://works.bepress.com/leticia_martel/. Acesso em: 30.08.18, às 22:19.

MARTINS COSTA, Judith Hofmeister. O direito privado como um sistema em 'construção' (as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n. 139, Pp. 5-22,1998.

MARTINS COSTA, Judith Hofmeister. O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo Código Civil. **Revista Brasileira de Direito Comparado**. Rio de Janeiro, n.31. Pp. 135-175, 2006.

MARTINS COSTA, Judith Hofmeister. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. **Revista Direito FGV**. São Paulo, n.1, Pp. 41-66, 2005.

MATTOS, Sergio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAZZOLA, Marcelo. **A cláusula opt out de mediação à luz do novo CPC**. Migalhas: 1 de outubro, 2015. Disponível em:
<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI227753,71043-A+clausula+opt+out+de+mediacao+a+luz+do+novo+CPC>. Acesso em: 22.08.2018, às 15:56.

MAZZOLA, Marcelo. Dever de comprometimento do juiz e a audiência de mediação do art. 334 do NCPC. Críticas aos dribles hermenêuticos e à sua designação aleatória. **Revista de processo**. São Paulo, n. 276, Pp. 125-150, 2018.

MEDEIROS, Isabela. **Assistência jurídica gratuita: cidadania e emancipação**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 20.ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da eficácia**. 1ª Parte. São Paulo: Saraiva, 2003.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico: plano da existência**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos à organização e ao procedimento como paradigmas à efetivação dos direitos sociais. *In*: GASTAL, Alexandre Fernandes; BERTOLDI, Márcia Rodrigues; CARDOSO, Simone Tassinari (Orgs.). **Direitos fundamentais e vulnerabilidade social**: em homenagem ao professor Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, Pp. 219-235.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; HARTMANN, Guilherme Kronenberg. A audiência de conciliação ou de mediação no Novo Código de Processo Civil. *In*:

ZANETI JR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Orgs.). **Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos**. 2.ed. ver. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, Pp. 109-128.

MENEZES, Valquíria Maria Novaes. Do negócio jurídico processual e o consumidor: interpretação da vulnerabilidade como limite aos negócios processuais. In: MARCATO, Ana *et al.*(Orgs). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2017, Pp. 589-608.

MENKE, Fabiano. “A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos”. **Revista da AJURIS**. Porto Alegre, n. 103, Pp. 69-94, 2006.

MESQUITA, Maíra de Carvalho Pereira. Da proteção contra surpresa processual e o novo CPC. In: FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buriel; PEIXOTO, Ravi. (Coord.) **Parte geral**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, Pp. 595-618.

MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 2.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do estado e constituição**. Coimbra: Editora Coimbra, 2002.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração processual**. 3. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MITIDIERO, Daniel Francisco; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; **Curso de direito constitucional**. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

MITIDIERO, Daniel Francisco. **Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2005.

MORAES, Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade, no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais**. 3.ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2009.

NALIN, Paulo; STEINER, Renata C.; Aspectos formas dos negócios processuais atípicos (art. 190, NCPC). In: JÚNIOR, Marcos; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). **Direito Civil**. Salvador: Juspodivm, 2017, Pp. 193-213.

NERY JR., Nelson. **Princípio do processo na constituição federal**. 10. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**.10.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2007.

NETO, João Luiz Lessa; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Mediação e conciliação no poder judiciário e o Novo Código de Processo civil. In: FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buriel; PEIXOTO, Ravi. (Coord.) **Parte geral**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, Pp. 383-405.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. O sistema aberto do direito civil e seus diálogos com o novo CPC. In: JÚNIOR, Marcos; MAZZEI, Rodrigo. (Coord.). **Direito Civil**. Salvador: Juspodivm, 2017, Pp. 33-62.

NEVES, Aline Regina das; CAMBI, Eduardo. Flexibilização procedimental no novo Código de Processo Civil. In: FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buri; PEIXOTO, Ravi (Coord.) **Parte geral**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, Pp. 619-657.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios jurídicos processuais**. Salvador: Juspodivm, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Sobre os acordos de procedimento no processo civil brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). **Negócios processuais**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, Pp. 93 -104.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: dignidade e direitos fundamentais**. v. 1. Coimbra: Almedina, 2016.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático: uma análise crítica das reformas processuais**. 1.ed. 4.reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

OLIVEIRA, Thifani Ribeiro Vasconcelos de. **A mitigação do princípio da autonomia da vontade na mediação judicial à luz do Código de Processo Civil**. 2017. 169f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017. Disponível em: <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/22008>. Acesso em: 02.03.18, às 08:25.

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

PECES-BARBA, Gregorio. Sobre el fundamento de los derechos humanos: un problema de moral y derecho In: Mugarza, Javier *et al.* **El fundamento de los derechos humanos**. Debate: Madrid, 1989, Pp. 265-277. Disponível em: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/12917/sobre_Peces_1989.pdf?sequence=1&isAllowed=. Acesso em: 07.11.2018, às 15:58.

PEDRON, Flávio Quinaud. Reflexões sobre o “acesso à justiça” qualitativa no Novo Código de Processo Civil Brasileiro. In: FREIRE, Alexandre; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Normas Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016, Pp. 17-36.

PEIXOTO, Geovane de Mori. **A defesa dos direitos fundamentais pela jurisdição constitucional: entre o substancialismo e o procedimentalismo**. 2012. 251f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012. Disponível em: <http://www.repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/8250>. Acesso em: 08.01.17, às 17:12.

PEIXOTO, Ravi. O princípio da cooperação e a construção de um sistema comunicativo das nulidades sob a ótica da teoria do fato jurídico processual. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, n. 60, Pp. 99-125, 2014.

PEIXOTO, Ravi. Os “princípios” da mediação e da conciliação: uma análise da Res.125/2010 do CNJ, do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. *In*: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Orgs.). **Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos**. 2.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, Pp. 91-107.

PELEJA JR., Antônio Veloso. A adaptabilidade do procedimento: regra ou princípio? **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, n.30. Pp. 40-55, 2004.

PENTEADO, Luciano Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v.1. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PEREIRA, Paulo Sérgio Velten. Por um processo civil comunicativo e dialógico. *In*: FREIRE, Alexandre; MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi (Coord.). **Parte geral**. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, Pp. 531-545.

PERRONE, Cláudia. A vulnerabilidade do consumidor para celebração de negócios jurídicos processuais atípicos. *In*: MARQUES, Claudia Lima; REICHELDT, Luis Alberto (Coord.). **Diálogos entre o direito do consumidor e o Novo CPC**. São Paulo: Ed. RT, 2017, Pp. 103-212.

PIERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação e a necessidade de sua sistematização no processo civil brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. Rio de Janeiro, ano 4, v. 5, Pp. 63-94, jan.-jun., 2010. Disponível: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/7983/5769>. Acesso em: 10.02.2018, às 18:42.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ALVES, Tatiana Machado. A relevância da negociação com princípios na discussão das cláusulas de convicção processual: aplicação concreta dos postulados da advocacia colaborativa. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 258, Pp. 123-152, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil: arts. 151 a 281**. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Parte Geral. Tomo I. 4.ed. 2. tir. São Paulo: RT,1983.

RAATZ, Igor. **Autonomia privada e processo civil: negócios jurídicos processuais, flexibilização procedimental e o direito à participação na construção do caso concreto**. Salvador: Juspodivm, 2017.

RAMOS, Fabiana D'Andrea. Métodos autocompositivos e respeito à vulnerabilidade do consumidor. *In*: MARQUES, Claudia Lima; REICHELDT, Luis Alberto (Coord.). **Diálogos entre o direito do consumidor e o Novo CPC**. São Paulo: Ed. RT, 2017, Pp. 65-79.

REALE, Miguel. **Fundamentos do Direito**. 3. ed. fac símile da 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 1998.

REALE, Miguel. **Liberdade e democracia: em torno do anteprojeto da comissão provisória de estudos constitucionais**. Saraiva: São Paulo, 1987.

REALE, Miguel. **O projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1986.

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**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, Pp. 391-400.

RENTERIA, Pablo. Considerações acerca do atual debate sobre o princípio da função social do contrato. *In*: MORAES, Maria Celina Bodin de (Org). **Princípios do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, Pp. 281-313.

REZENDE FILHO, Gabriel José Rodrigues de. **Curso de Direito Processual Civil**. v.2. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1957.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A dimensão constitucional do contraditório e seus reflexos no projeto do novo CPC. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 232, Pp. 13-35, 2014.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Perspectivas epistemológicas do direito subjetivo. **Revista temas atuais de processo civil**. v.1, n.1, jul. 2011. Disponível em: <http://www.temasatuaisprocessocivil.com.br/edicoes-anteriores/47-v1-no-1-julho-de-2011/105-perspectivas-epistemologicas-do-direito-subjetivo>. Acesso em: 02.01.18, às 11:12.

RODOVALHO, Thiago. A viragem da mediação no NCPC e no Marco Legal da mediação no Brasil. *In*: FREIRE, Alexandre; DIDIER JR., Fredie; MACÊDO, Lucas Buriel; PEIXOTO, Ravi (Orgs.). **Coleção Novo CPC doutrina selecionada – parte geral**. v.1. 2.ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, Pp. 395-405.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de direito processual civil**. v.2. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2003.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v.1. 20.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada**. ESMPU: Brasília, ano 4, n.14, Pp. 167-217, jan.-mar., 2005. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n.-14-2013-janeiro-marco-de-2005/osprincipios-constitucionais-da-liberdade-e-da-autonomia-privada>. Acesso em: 10.08.2018, às 19:49.

SATTA, Salvatore. **Direito processual civil**. v.1. 7.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1973.

SCARPARO, Eduardo. **As invalidades processuais civis na perspectiva do formalismo-valorativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2013.

SCRUTON, Roger. **Como ser um conservador**. Rio de Janeiro: Record, 2018.

SHMITT, Cristiano Heineck. Impactos do novo código de processo civil brasileiro sobre o direito do consumidor. *In*: JÚNIOR, Marcos; MAZZEI, Rodrigo (Coord.). **Direito Civil**. Salvador: Juspodivm, 2017, Pp. 463-480.

SILVA, Irapuã Santana do Nascimento da. Existe possibilidade de acordo no novo CPC? *In*: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Orgs.). **Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos**. 2.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, Pp. 451-470.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. 1.ed. 2.tir. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**. v.1, Pp. 607-630, 2003. Disponível em: <http://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2003-RLAEC01-Principios_e_regras.pdf>. Acesso em: 01.01.18, às 08:11.

SILVA, Ticiano Alves e. O devido processo convencional: levando a sério os direitos humanos processuais. **Revista do Processo**. São Paulo, n. 259, Pp. 55-78, 2016.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. As normas sobre a realização de audiência de conciliação no Código de Processo Civil e sua aplicação aos juizados especiais cíveis. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 275, Pp. 363-394, 2018.

SOARES, Lara Rafaelle Pinho. **A vulnerabilidade na negociação processual atípica**. 2016. 185f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016. Disponível em: <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/19279>. Acesso em: 06.08.18, às 14:59.

SPENGLER NETTO, Theobaldo. A boa fé e a cooperação previstas no PL 8.046/2010 (novo CPC) como princípios viabilizadores de um tratamento adequado dois conflitos judiciais. **Revista do Processo**. São Paulo, n. 230. Pp. 13-32, 2014.

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2004.

STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. *In*: SILVA, Luís Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005, Pp. 11-53.

STRECK, Lênio Luis *et al.* **Aposta na bondade: a cooperação processual é incompatível com a constituição**. Consultor Jurídico: 23 de dezembro, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-dez-23/cooperacao-processual-cpc-incompativel-constituicao>. Acesso em: 10.01.18, às 11:45.

STRECK, Lênio Luis. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. v. 1.14. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2014.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro, Forense, 2012.

TARTUCE, Fernanda. O novo marco legal da mediação no direito brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 258, Pp. 495-516, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Função social dos contratos: do código de defesa do consumidor ao código civil de 2002**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. Método, 2007.

TARTUCE, Flávio. **Teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. v. 3. 12. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Disponível em: <<https://pergamum.ufpel.edu.br/pergamum/biblioteca/integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530974077/cfi/6/22!/4/166/2@0:40.7>>. Acesso em: 04.03.18, às 12:37.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Tomo II. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2006.

TESHEINER, José Maria Rosa; BAGGIO, Lucas Pereira. **Nulidades no processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TEUBNER, Gunther. Elementos materiales y reflexivos en el derecho moderno. In: TEUBNER, Gunther; BOURDIEU, Pierre. **La fuerza del derecho**. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre, 2000, Pp. 81-152.

TORNAGHI, Hélio. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. 2 – Arts. 154 a 269. 2.ed. São Paulo: 1978.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. v.2. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis?. In: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Orgs.). **Justiça multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos**. 2.ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, Pp. 405-436.

VÉSCOVI, Enrique. **Teoria general del proceso**. 2.ed. Bogotá: Temis, 1999.

VIANA, Salomão. Regras fundamentais decorrentes do art. 2 do CPC. In: FREIRE, Alexandre; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie (Coord.). **Normas Fundamentais**. Salvador: Juspodivm, 2016, Pp. 37-58.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Nulidades do processo e da sentença**. v.16. 4. ed. rev. atual. e ampl. Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tulio Liebman. São Paulo: Ed. RT, 1997.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. 2. ed. São Paulo: RT, 2009.

WATANABE, Kazuo. Assistência judiciária como instrumento de acesso à ordem justa. **Revista da PGE/SP**. São Paulo, n. 22, Pp. 87-89, 1994.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 2004.

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**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017, Pp. 75-92.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. 8. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2008.