

PROCESSO COOPERATIVO E NEGÓCIO PROCESSUAL: A AUTONOMIA DA VONTADE COMO REVIGORAMENTO DA COMPREENSÃO DE CONDUÇÃO DO PROCESSO

Kennedy Barbosa de Vasconcelos Filho¹

Márcio Oliveira Rocha²

Direito



ISSN IMPRESSO 2317-1693

ISSN ELETRÔNICO 2316-672X

RESUMO

O presente estudo pretende explicar brevemente sobre os modelos de processo – mais precisamente a partir do século XVII –, bem como a conseqüente relação destes com o tratamento do autorregramento da vontade no processo. Assim, partindo de uma análise do modelo do praxismo, do processualismo, do instrumentalismo e da cooperação, analisar-se-ão as especificidades de um processo cooperativo tal qual adotado pelo Código de Processo Civil de 2015, e a importância do fortalecimento do negócio jurídico como fator concretizador de um processo menos preocupado com a forma e mais preocupado com a resolução de mérito, sem que com isso se sacrifique direitos fundamentais de um Estado Democrático de Direito.

PALAVRAS-CHAVE

Processo Cooperativo. Negócio Processual. Autonomia da Vontade.

ABSTRACT

This study intends to explain about the process models – especially about from seventeenth century until present days –, as well as the relation of these between the treatment of freedom of choice in a judicial process. Thus, starting from a quick analysis about the praxism, processualism, instrumentalism and cooperative models, we will analyze the peculiarities about the cooperative process as adopted by Brazilian Civil Procedure Code of 2015, and the relevance of contract procedure, that operates like a process with a less concerned with formalities and more vigilant with the merit resolution, without sacrificing the fundamental rights of a Democratic State of Law.

KEYWORDS

Cooperative Process. Procedural Negotiate. The Principle of Freedom of Choice.

1 INTRODUÇÃO

O excesso de demandas no Judiciário requer, sempre que possível, objetividade e cordialidade entre as partes, para que além de evitar o sobrecarregamento da máquina judiciária, haja cooperação entre si, tendo em vista os custos e desgastes inerentes a qualquer ação judicial.

É com essa premissa que, com o advento do atual Código de Processo Civil, o processo passou a assumir um teor mais flexível e aberto ao que era anteriormente, sobretudo ao constatar-se o fortalecimento dos negócios processuais, que encontram seu encartamento como cláusula geral no artigo 190 do CPC, embora muitas dessas premissas estejam dispostas em diversos trechos ao longo de sua redação.

Ao partir-se, então, do pressuposto de que o processo é um peso para os litigantes, sobretudo para pessoas físicas, com quase sempre eventuais contratemplos e grande gasto financeiro e emocional, é que fica mais nítida a necessidade de se flexibilizar a forma de exercício dos atos processuais, marcados por um inerente formalismo.

Ademais, a forma não deve ser de todo demonizada, já que possui a importante função ordenadora dos atos necessários à consecução dos fins desejados, garantidora das prerrogativas fundamentais estabelecidas não apenas na legislação infra-constitucional, como também nos dispositivos constitucionais, dentre tantos outros desideratos. Assim, deve adequar-se às especificidades de cada causa e à condição das partes, evitando processos estáticos e herméticos, alheios aos seus participantes.

Referido estudo limitar-se-á a discorrer acerca deste instituto e sua relação com o processo cooperativo, e embora referido tópico não seja uma inovação – principalmente considerando que o código anterior já possuía dispositivos que reconheciam os negócios jurídicos –, traça novos pontos a serem objeto de disposição de vontade das partes, promovendo uma maior autonomia da vontade destas em face do formalismo processual moderno.

Além de existirem variados trechos legais que albergam referida categoria, o foco assumido neste escrito será não o de esgotar cada uma das possibilidades de negociações processuais previstas, tampouco concentrar-se em apenas uma das formas possíveis, mas sim de analisar o tema de forma geral, sempre com atenção às consequentes especificidades dogmáticas a serem questionadas, tais como o outrora excessivo apego à forma, e o mais recente instrumentalismo, numa visão de que o processo é meio pelo qual se chega à satisfação de um fim (reconhecimento de um direito material), bem como a consequente perda de espaço deste modelo de processo para o modelo cooperativo.

Para isso, proceder-se-á, no primeiro capítulo, a um breve histórico acerca do entendimento do processo em meados do século XVII, bem como a virada dogmático-jurídica no século XIX, quando passou a ser autônomo ao direito material, além de ter sofrido outras mudanças que influíram na forma como os litigantes se relacionavam perante o juiz.

Por fim, no segundo capítulo, para demonstrar uma perspectiva dialética que torna ainda mais provável a obtenção de uma decisão de mérito, algumas figuras negociais já existentes e outras inéditas serão expostas e discutidas a fim de demonstrar as evoluções sofridas em determinadas figuras negociais, bem como as mudanças de perspectivas necessárias para que o processo cooperativo se consolide no ordenamento jurídico brasileiro.

2 CONSIDERAÇÕES DOGMÁTICO-JURÍDICAS: AS FASES METODOLÓGICAS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

Apesar de o Direito Processual Civil, hoje, ser ramo autônomo da ciência jurídica, nem sempre assim o foi. A jornada de sua desvinculação à dependência inerente ao direito material é construção teórica e histórica. Por isso merece ser visualizada pormenorizadamente, para que melhor se entenda o atual modelo de cooperação.

Fundamental, pois, desvelar as especificidades do direito de ação, que apesar de teoricamente posterior ao surgimento do processo como o exercício pelo qual se pleiteia direito reconhecido legalmente, não tinha reconhecida sua independência científica.

O direito de ação relaciona-se à ideia de jurisdição – poder-dever do Estado em decidir conflito de interesses. Sendo dever estatal, corresponde também ao direito do cidadão em requerer a prestação jurisdicional. Trata-se, pois, do direito de invocar a jurisdição num complexo de atos que se denomina por processo, meio pelo qual se presta tal função mediante pedido feito pela parte. Nesse sentido, o está previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, incrustado sob a máxima de que nenhum direito ameaçado ou com ameaça de lesão pode ser afastado de análise por parte do Judiciário, quando devidamente provocado (DIDIER JR., 2015, p. 77)

Entendendo-se o direito de ação como o direito à pronúncia do juiz a fim de que se resolva determinada divergência de interesses (CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2013, p. 285), tem-se que o direito de ação pertence ao autor, ao réu (vez que possui interesse em desvincular-se do conflito de interesses posto sob o crivo judicial) e à eventual terceiro interessado, a exemplo do que ocorre na oposição, modalidade de intervenção de terceiros (GRECO FILHO, 2008, p. 135).

Ademais, o direito de ação é caracterizado pelo fato de ser um direito público por natureza, tendo em vista que é o Estado, em regra, quem tem o encargo de prestar resposta ao que lhe é solicitado, vez que algumas demandas de direito disponível comportam a interferência de um árbitro.

A um direito de ação, existe a obrigação/dever de prestação jurisdicional, por isso que é comum dizer que a jurisdição não é apenas um poder, mas um dever, já que não pode haver o esquivamento em prestá-la, sob a alegação, por exemplo, de lacuna ou obscuridade legal (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 164).

O direito de ação também é um direito subjetivo (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 283), visto que todo cidadão tem acesso à justiça quando diante de lesão ou ameaça a direito seu, ingressando em juízo a fim de ter para si uma prestação, por meio da demonstração de que necessita de amparo jurisdicional à sua pretensão.

Também é um direito abstrato (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 281), isto é, mesmo com a negativa ao pedido formulado, o direito de ação é exercido, visto que a resposta foi dada e, portanto, prestada a jurisdição.

Ademais, é um direito autônomo, visto que para ser exercido não é necessária a existência de um direito material, daí em se falar que “[...] não deixa de haver ação quando uma sentença justa nega a pretensão do autor ou quando uma sentença injusta a acolhe sem que exista na realidade o direito subjetivo” (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 282).

Delineados os pontos preliminares, tem-se que o *praxismo* (MITIDIERO, 2016, p. 29) inaugura a visão de processo como hodiernamente se conhece, embora essa

fase “pré-histórica” (MITIDIÉRO, 2016, p. 29) tenha o processo meramente como um procedimento, e não como um efetivo direito de ação, independente em si mesmo. Não havia, pois, distinção entre ação e direito subjetivo material – tais conceitos se confundiam, sendo a ação a mera reação do direito à sua violação (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 280).

Daí que era sintomático visualizar o processo “apenas em sua realidade física exterior e perceptível aos sentidos” (MITIDIÉRO, 2016, p. 30), esquecendo-se de observar o fenômeno processual numa perspectiva atenta à relação jurídica estabelecida entre os sujeitos processuais. Havia, então, uma notável influência do teor privatista do direito material sobre o direito processual, sendo tênue a diferenciação entre ambos (MITIDIÉRO, 2016, p. 31), já que um servia tão somente para satisfazer o outro.

Constata-se, pois, que embora o Direito, em referida fase, já estivesse próximo à sua autonomia científica, em virtude de influências do advento da Modernidade (MITIDIÉRO, 2016, p. 31), o direito processual e seus fundamentos tão somente germinavam, para só futuramente dar seus frutos.

É apenas em meados do século XIX que, com o caráter puramente de ciência, o Direito passou a gozar de uma autonomia teórica, sobretudo pelo desenvolvimento da Teoria Pura do Direito (KELSEN, 1988), do austríaco Hans Kelsen, o que acabou refletindo no ambiente processual.

Não à toa que na segunda metade do século XIX o praxismo entrou em declínio, emergindo dali o *processualismo* (MITIDIÉRO, 2016, p. 32), responsável pela noção de processo como relação jurídica, ecoando influências até os presentes dias, embora criticado por partidários de Goldsmith – que ao contrário, vê o fenômeno processual como uma situação jurídica (LOPES JR.; SILVA, 2010, p. 180).

De qualquer forma, discussões à parte de se o processo, juridicamente, é uma situação ou relação – como assim pontificava Oskar Bülow –, deu-se início a uma fase teórica em o processo não era mais mero meio de satisfação do direito previsto legalmente. Assim, o processo assumiu um verdadeiro teor científico, definindo conceitos até hoje de grande relevância teórica e prática, tais como o de ação, atos processuais, litispendência, eficácia de sentença e coisa julgada (MITIDIÉRO, 2016, p. 34).

Aliado a todo o refinamento teórico, no processualismo “a jurisdição assume a condição de poder vocacionado já não mais à tutela dos direito subjetivos, mas sim voltada à função de realizar o direito objetivo estatal e pacificar a sociedade” (MITIDIÉRO, 2016, p. 34).

Tratou-se, inegavelmente, de uma ruptura conceitual e prática entre ação e direito material, passando a existir uma conformação de uma série de requisitos para

o direito de ação ser legítimo e posteriormente, depois de todo o rito processual, se ter o direito material reconhecido. Neste interregno temporal, o Estado passou a assumir papel de maior destaque quando da prolação de uma decisão dotada de força normativa, visto que derivado de uma prerrogativa do cidadão, qual seja, do “direito público subjetivo autônomo de ir a juízo e obter sentença” (MITIDIERO, 2016, p. 34).

É passível de visualização, destarte, que o ponto nevrálgico dessa fase metodológica é a relação jurídica derivada do processo, em que o juiz estava no vértice e as partes deveriam tão somente aguardar sua decisão de mérito, sem muito poder influenciar na construção desta.

Em virtude desta limitação, tal perspectiva entrou em declínio, sobretudo pelo fato de a intensa construção teórica e técnica terem engessado a realidade processual e o acesso à justiça (MITIDIERO, 2016, p. 34), consequências que são fruto de uma cultura processual que criou estigmas em relação ao julgador, tornando-o mais inacessível do que realmente era aos olhos do senso comum.

O processo havia se distanciado de uma de suas finalidades essenciais (MITIDIERO, 2016, p. 34), qual seja, a decisão de mérito acerca de um direito material. É que embora tenha se autonomizado em relação a este, deste não se desvinculou. O propósito central ainda continuava sendo sua satisfação, no entanto, o rigor técnico processual estava se tornando um fim em si mesmo.

Neste cenário, aclararam-se concepções mais brandas acerca do rigor técnico e formalístico, mas sem perder de vista as contribuições de inegável valor trazidas pelo processualismo. Daí que o *instrumentalismo* (MITIDIERO, 2016, p. 34) surgiu como um meio termo entre o praxismo (sem, contudo, seu desleixo conceitual) e o rigor técnico e formal do processualismo, responsável, de certa forma, pelo estorvo do processo.

Neste diapasão, mantiveram-se os conceitos oriundos da fase anterior, mas passou-se a ter maior preocupação com os “escopos sociais, políticos e jurídicos a se alcançar, rompendo com a ideia de que o processo deve ser encarado apenas pelo seu ângulo interno” (DINAMARCO, 2000, p. 153-154). Daí que embora tenha havido algumas reestruturações ligadas à teleologia do processo, a perspectiva da relação jurídica processual manteve-se como um dos pilares do processo, com a diferença de que o processo se expandiu para além desse conceito, assumindo grande relevo em aspectos sociais e políticos, como do processo como instrumento de paz social, de fortalecimento da autoridade do Estado, da liberdade do cidadão, bem como de um ambiente apto a concretizar a previsão legal abstrata (MITIDIERO, 2016, p. 35)

O meio processual deixou de ser um meio em si mesmo, como uma espécie de ambiente propício a teorias científicas, em que funcionava como verdadeiro labo-

ratório, e passou a assumir um teor mais prático, mas sem esquecer da técnica e do rigor necessário apto a consignar a autoridade estatal, que porquanto tivesse papel relevante no exercício da jurisdição e sua conseqüente influência de pôr em destaque um Estado dotado do poder de dizer o direito, também levaria em conta não só a vontade das partes, mas a finalidade de determinado ato processual a ser praticado (MITIDIERO, 2016, p. 34).

Daí em se falar que a forma é uma garantia das partes face não só à arbitrariedade estatal, mas também contra a desídia da parte contrária. No entanto, generalizar tal constatação é assumir o risco de um processo de feições autoritárias. Deste modo, se determinado ato puder ser realizado de outra forma sem que haja prejuízo à outra parte, nem ao exercício da jurisdição, sendo apta a atingir suas finalidades, motivo não há a que se opor a uma quebra da formalidade.

Tal concepção instrumentalista ecoa até os dias atuais. No CPC de 1973, dotado de tais características, nota-se nítida influência dessa metodologia, que assumiu relevante destaque ao proporcionar, em tese, maior celeridade e economia processual.

No entanto, tal feição processual ainda tinha o juiz como protagonista do processo, como um filtrador do que deveria ser ou não produzido nos autos processuais, diferenciando-se, pois, do que consigna o atual CPC, que privilegia não o mero diálogo entre as partes (elemento crucial e inevitável em qualquer processo que se tenha por democrático), mas entre os sujeitos processuais, incluindo-se aí o julgador (DIDIER JR., 2015, p. 131).

Sob tal perspectiva, pode parecer, se lido de forma não analítica, que diversos aspectos dos negócios processuais trazidos à baila com o novo diploma não sejam nenhuma novidade, já que o anterior trazia inúmeros dispositivos que rompiam com o excessivo apego à forma. Tal afirmação não deixa de ser verdade, tornando verdadeira a afirmação de que diversas figuras negociais já positivadas caracterizavam um maior interesse e respeito ao autorregramento da vontade e à real finalidade da forma, em contraponto a um seguimento fiel das prescrições legais, sendo a cláusula de eleição de foro um dos exemplos mais clássicos a respeito.

Ademais, encarar a lei processual como um manto sagrado, impassível de modificações, é de todo irreal e inviável, sobretudo levando-se em conta as peculiaridades presente em cada caso concreto, bem como a dificuldade não só estrutural, mas inclusive prática de serem colocados integralmente em prática, tanto que não impressiona a defesa, por alguns autores, dos costumes processuais. Ou seja, depreende-se que o apego à forma nunca foi totalmente seguido à risca (nem poderia), mas a concepção de um juiz protagonista, ao contrário, era o que ditava o trâmite processual, inclusive no instrumentalismo.

Assim, esclarecedora a afirmação de Dinamarco de que o instrumentalismo “pressupõe a relativização do binômio direito material e processo, uma maior interação entre Constituição e o direito processual civil e a colocação da jurisdição como instituto-centro do sistema processual” (2000, p. 77-82), fortalecendo-se uma visão publicista do processo.

Nessa esteira, com o advento da Constituição de 1988, a valorização dos direitos fundamentais ecoou no processo e foi responsável por uma gradual mudança no tratamento teórico da jurisdição, daí que só por uma questão de tempo se deixou de ser o centro da teoria do processo civil, tornando-se a própria noção de processo (MITIDIERO, 2016, p. 45).

Desta forma, a quarta fase metodológica é o da *cooperação* (MITIDIERO, 2016, p. 52), em que o processo é uma comunidade de trabalho entre partes e juiz. Aqui, o processo não se funda somente na ideia de alguém insatisfeito com um fato da vida que aciona o judiciário, que ao estabelecer o contraditório por meio da citação e oportunizar produção de provas por meio de instrução processual ou por outros meios, deságua na decisão final da primeira fase do módulo processual (sentença).

Assim, o processo cooperativo atenua, ao menos teoricamente, um modelo de processo hermético e burocrático que muitas vezes sequer resulta em análise de mérito.

Ao contrário, a cooperação rompe a barreira que hábitos burocráticos criam na relação fria entre partes e julgador. Para isso, traz consigo elementos basilares que caracterizam esse novel modelo de processo no direito brasileiro, quais sejam: dever de esclarecimento, dever de prevenção, dever de auxílio e dever de diálogo/debate.

O *dever de esclarecimento* (DIDIER JR, 2015, p. 128) objetiva evitar dúvidas no ambiente processual, evitando desperdício de tempo com eventuais decisões de re-tratação decorrentes de equívocos por falta de diálogo entre os sujeitos processuais, principalmente levando em conta o atual panorama de novos juízes investidos no cargo: concursados e quase nunca provenientes da cidade e/ou estado-membro de origem, trazendo consigo o desconhecimento, por exemplo, de alguma data específica em que não se contaria determinado prazo processual ou extraprocessual. Daí que salutar a oportunidade do *diálogo* antes de decisão que possa prejudicar uma das partes, sendo o correto a ser feito, determinar, neste caso, a intimação da parte para esclarecer o escoamento do prazo sem manifestação em situações que levariam o processo à extinção, por exemplo. Estar-se-ia cumprindo o *dever de diálogo*, bem como de esclarecimento.

Já o *dever de prevenção* consiste em que o juiz previna as partes do perigo de o êxito de certos pedidos restarem frustrados pelo uso inadequado do processo (MITIDIERO, 2016, p. 69). Entretanto, mesmo que se já se constatasse tal característica

anteriormente ao atual CPC, a mesma não se transfigurava de forma tão categórica como agora, sendo o anterior dever de prevenção visualizado de forma mais vaga ou por meio de conversas informais. Assim, mesmo que não estivesse a petição inicial em ordem e tendo o juiz o dever de informar a parte da necessidade de, por exemplo, mudar o valor da causa, referidos atos geralmente tinham (e ainda continuam tendo com o atual CPC) cunho de satisfação perante o Estado-Juiz.

O ineditismo do atual CPC é não apenas as previsões expressas de tais elementos, mas por denotar um efetivo sistema em que o juiz aja de forma cautelosa, ao informar, por exemplo, em despacho, que a parte não poderá cumular um pedido com outro, sob pena de extinção do feito sem resolução de mérito, pelo que deve sugerir que se mude alguns pontos do pedido para que haja a adequação ao rito procedimental. Trata-se, pois, tanto do dever de prevenção quanto do *dever de auxílio*, o qual consiste no dever que o juiz tem de “auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais” (MITIDIERO, 2016, p. 70)

Ironicamente ou não, referidos deveres apresentam ainda situações que deságuam na preocupação com um rigor formalístico (mais atenuado, é verdade), como no exemplo do parágrafo anterior. Mas o fato é que embora o atual CPC traga em seu bojo uma maior flexibilização do procedimento, dando às partes um grande poder de adaptar o procedimento às suas vontades, sendo os negócios processuais os principais elementos caracterizadores dessa nova realidade, o referido rigor existe para organizar o processo, e em tese, beneficiar as partes, não sendo apenas um fim em mesmo.

Até porque o processo cooperativo, que tem como uma de suas prioridades a organização processual, deve funcionar com a premissa de que quanto mais clareza houver nas pretensões das partes, mais célere e bem fundamentada a decisão ou sentença.

Assim, Fredie Didier (2015, p. 22) dá um panorama geral acerca do processo cooperativo, sendo importante não confundir o modelo de juiz de processo cooperativo com o de um juiz espectador:

O modelo cooperativo de processo caracteriza-se exatamente por articular os papéis processuais das partes e do juiz, como propósito de harmonizar a eterna tensão entre a liberdade e o exercício do poder pelo Estado. [...] o processo cooperativo nem é processo que ignora a vontade das partes, nem é processo em que o juiz é um mero espectador de pedra.

Frise-se que mesmo com a nova premissa a ser seguida referente ao processo cooperativo e à flexibilização do rito procedimental mediante a ampliação dos negócios processuais, estes, mesmo assim, necessitam de uma *forma* de feitura. É o que

constata Flávio Yarshell (2015, p. 73) ao afirmar que por ser uma espécie de negócio jurídico, o negócio processual “deve obrigatoriamente ter forma escrita, ainda que eventualmente apresentado de forma oral”.

Daí que a forma não deve ser demonizada, já que existe para garantir a liberdade das partes frente à autoridade estatal (neste caso, apresentada pelo juiz) e também para facilitar não só a situação jurídica das partes, mas também do próprio juízo (incluindo aí magistrados e todo o serviço cartorário).

Destarte, sendo um paradoxo ou não, o fato é que a formalidade pode ser atenuada ou inflacionada com o decorrer do tempo, mas nunca abandonada.

3 A AMPLIAÇÃO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL SOB A PERSPECTIVA DA COOPERAÇÃO

Assentados os elementos de um processo cooperativo, mister visualizar os instrumentos que o concretizam no atual CPC, o qual, como já visto, confere especial atenção ao autorregramento da vontade, que é, inegavelmente, quando se trata de negócios jurídicos processuais, o ponto nevrálgico que o fundamenta.

Assim, de caráter imprescindível a explanação anterior a respeito do processo cooperativo, já que como explicado, o anterior modelo de processo outorgava ao juiz grandes poderes, tolhendo, por vezes, o diálogo entre os sujeitos quando da prática de atos processuais, o que caracterizava o publicismo, o estatismo e o protagonismo do juiz (CUNHA, 2015, p. 37).

Com o modelo cooperativo e a ampliação dos negócios jurídicos, assume-se no processo não só a realização de atos processuais, mas também de negócios processuais, que tem como principal diferença em relação àqueles, o fato de que é originado da manifestação de vontade de todos os sujeitos processuais em conjunto ou entre as partes e referendado pelo magistrado quando necessário, ao passo que os atos processuais obedecem ao estabelecido em lei, podendo, obviamente, como já o podia anteriormente, ser adaptada a sua realização dependendo do caso concreto, sempre tendo em vista a obtenção da finalidade visada (CUNHA, 2015, p. 30).

Desta forma, mesmo sendo uma herança do instrumentalismo, diferencia-se deste por permitir às partes o ajuste do procedimento estabelecido em lei, podendo o juiz, na forma do parágrafo único do art. 190 do CPC, controlar a validade dos negócios jurídicos de ofício ou a requerimento, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

No que concerne ao modelo cooperativo, o autorregramento da vontade assume especial relevo no vigente diploma, tendo em vista o reconhecimento da insuficiência não só estrutural, física e de pessoal do Judiciário ao ter que abarcar para si a responsabilidade na condução de um processo, mas também na aceitação de um processo democrático fruto de uma Constituição Federal que aos poucos vai amadurecendo e necessita ter seus preceitos e princípios *magnos* refletidos pela legislação infraconstitucional.

Sob esse viés, o processo, inegavelmente, é espaço para o desenvolvimento não só da cidadania, mas também de alguém de ter sua pretensão satisfeita com o máximo de eficiência e comodidade possível, garantido por um rito procedimental que oportunize não só agilidade como um fim em si, mas um ambiente propício ao diálogo e ao consenso, para que se chegue à pretensão desejada ou, sob o ponto de vista do réu, ao reconhecimento da improcedência do pedido, com a consequente extinção do módulo processual. Daí a necessidade em afirmar a importância da valorização do autorregramento da vontade e do diálogo estabelecido não só entre as partes, mas com o juiz e eventual terceiro interessado que ingresse no processo, como forma de reforçar e concretizar a importância do devido processo legal, sendo de inegável lucidez afirmar que “um processo que limite injustificadamente o exercício da liberdade não pode ser considerado um processo devido” (DIDIER JR., 2015, p. 21).

Deste modo, dispõe o texto do CPC no artigo 190 que “versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, seria lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo”. No entanto, revela-se que tais práticas negociais precisam ser filtradas pelo julgador, daí que embora o modelo cooperativo traga em seu bojo a valorização do autorregramento da vontade, há que se estabelecer, logicamente, alguns limites, sob pena de se ferir o princípio do devido processo legal.

Embora tal disposição possa revelar os mesmos fundamentos presentes no instrumentalismo, tendo o juiz como o centro do processo, onde tudo que é praticado converge para sua anuência, no modelo cooperativo a diferença é que a filtragem pelo julgador visa a garantir o devido processo legal e a consequente utilidade prática visada pelas partes em determinado ato processual. De bom alvitre salientar que no modelo cooperativo ideal e teorizado, tal anuência ou desaprovação deve ser antecedida de diálogo entre as partes e de esclarecimento do magistrado para com as partes e vice-versa, não podendo nenhuma medida que restrinja o autorregramento ser proferida de modo unilateral, conforme art. 9º do CPC.

Trata-se, inclusive, de medida coerente e lógica a ser adotada por qualquer julgador, como uma forma de racionalizar o exercício da jurisdição, evitando que sejam interpostos recursos desnecessários ou que tenha o magistrado que se retratar de

uma decisão equivocada e que poderia ter tido outro teor se houvesse sido dada às partes a oportunidade de esclarecer pontos que ficaram obscuros.

Assim, constata-se que o modelo de um juiz infalível deve ser abolido – por motivos que remontam à falibilidade humana –, devendo emergir daí um julgador que não tenha a necessidade de se mostrar superior por estar revestido de uma autoridade estatal, tendo, inclusive, a oportunidade de errar.

Desse modo, o modelo cooperativo é de grande utilidade, já que pressupondo o dever de diálogo, esclarecimento e auxílio, evita que se cometam equívocos quando da prolação de uma sentença, decisão interlocutória ou liminar ou de um mero despacho, facilitando não só a situação jurídica das partes, como também da máquina judiciária.

É o que se depreende da leitura do art. 9º do CPC (“Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida”), que em sua simplicidade, pode ser interpretado de diversas formas, incluindo sob o ponto de vista dos negócios jurídicos processuais típicos e atípicos, os quais estão intrinsecamente relacionados ao princípio da cooperação e sua concretização.

Portanto, os negócios jurídicos processuais típicos (presente em diversos artigos do CPC) e atípicos (fulcrados na cláusula geral erigida no art. 190) são um dos elementos que mais acentuam a estrutura cooperativa encetada no novo código, muito embora algumas dessas figuras negociais já estivessem presentes anteriormente no sistema processual brasileiro, como já mencionado.

De toda forma, o novo diploma trouxe consigo algumas figuras negociais inéditas, além de ter dado cabo à prática de negócios que embora não tenham previsão legal, devem respeitar os limites inevitáveis que o Estado deve estabelecer para o exercício do autorregramento da vontade.

Assim, embora o acordo judicial e extrajudicial, quando homologados, sejam títulos executivos judiciais e verdadeiros negócios processuais, não há aqui nenhuma novidade em relação à sistemática anterior: os mesmos possuem, por exemplo, o condão de incluir em seus termos matéria não posta em juízo, como assim previa o CPC de 1973 (art. 475-N) e continua prevendo o atual (art. 515, § 2º). O mesmo vale em relação à matéria que será objeto de decisão do juiz, ou seja, não poder apreciar pedidos de ofício (art. 128 do anterior CPC e art. 141 do atual CPC); à cláusula de eleição de foro (art. 111 do anterior CPC e art. 63 do atual CPC); ao negócio tácito de que a causa tramite em juízo relativamente incompetente (art. 114 do anterior CPC e art. 65 do atual CPC); à renúncia a prazo (art. 168 do anterior CPC e art. 225 do atual CPC); ao importantíssimo acordo para a suspensão do processo (art. 265, II, do anterior CPC e art. 313, II, do atual CPC); ao tão usado adiamento negociado da audiência (art. 453,

I, do anterior CPC e art. 362, I, do atual CPC); à desistência da execução (art. 569 do anterior CPC e art. 775 do atual CPC); à desistência e renúncia ao recurso (art. 501 do anterior CPC e artigo 998 do atual CPC), entre diversas outras figuras negociais. Vê-se que desde muito antes, a noção de respeito ao autorregramento da vontade no processo, mesmo que mínima, já existia.

É possível constatar, também, que embora já existissem os negócios processuais, alguns possuíam um teor inerente a uma visão instrumentalista, bem como de uma espécie de aceitação dos acontecimentos que estão fora do controle das partes e da jurisdição. Daí que, por exemplo, sempre comum e natural o pedido justificado de adiamento de uma audiência face ao surgimento de um compromisso inadiável de uma das partes ou de seus advogados.

O mesmo se diga da desistência da execução e do recurso, bem como da renúncia a este último. Aqui, dê-se especial relevo, tendo em vista que a desistência e renúncia a tais mecanismos importam numa diminuição de atarefamento do judiciário – redução ínfima, mas ainda assim uma redução –, não sendo nenhuma grande figura negocial estabelecida entre a figura pública e a figura privada, mas que também não deixa de ser uma modalidade de negociação.

Vê-se, pois, que embora o atual modelo inscrito na legislação, pelo menos idealmente, seja o cooperativo, tal transição se deu de forma gradual, sendo as novidades trazidas pelo novo código, a confirmação de que pelo menos no campo abstrato, nosso sistema não é mais o instrumentalista.

Assim, o autorregramento da vontade assume maior destaque, concretizando os ideais de um modelo cooperativo. E aqui se chega a um ponto crucial dos negócios processuais: embora elevem a concretização de um processo cooperativo, a adoção dos negócios processuais por um código não necessariamente importa a caracterização de um modelo cooperativo, sendo o maior exemplo de tal afirmação o código anterior, o qual de natureza essencialmente instrumentalista.

É que a restrição à autonomia sendo em maior ou menor escala não descaracteriza o ato como negócio (NOGUEIRA, 2015, p. 86), visto que o essencial para tal caracterização “[...] é circunstância de a vontade estar direcionada não apenas à prática de um ato, mas, também, à produção de um determinado efeito jurídico, com poder de autorregramento [...]” (NOGUEIRA, 2015, p. 86-87).

Assim, sintomática a presença no atual diploma jurídico-processual a constante presença do termo *consensual*, seja se referindo à “escolha consensual de mediador, conciliador ou câmara privada de mediação ou conciliação” (DIDIER JR., 2015, p. 24), seja se referindo a “saneamento consensual e escolha consensual do perito” (DIDIER JR., 2015, p. 24).

Parte-se da ideia de que não há razão de limitar a escolha das partes que visem a dar andamento ao processo, como, por exemplo, elegerem consensualmente o perito que entendam ser o ideal para atuar na perícia necessária para o julgamento da causa. Assim, evita-se o trâmite burocrático de o magistrado ter que nomear um perito e ter que aguardar a manifestação do mesmo aceitando ou não a proposta de atuar no processo, e em caso positivo oferecer sua proposta de honorários.

Desta forma, a atual sistemática não apenas abrevia algumas semanas – senão meses – até o momento da realização da perícia, mas também atenua a probabilidade de uma das partes quedar-se insatisfeita com o resultado pericial que seria fornecido pelo perito nomeado pelo juízo, já que em tese um perito escolhido por ambas as partes goza de uma confiança gerada pela maior acessibilidade de ambos os litigantes ao profissional eleito.

No mais, embora o fator imparcialidade do perito no caso da escolha consensual seja, a nosso ver, mais duvidoso, justamente por haver, em tese, maior acessibilidade para com as partes, ao contrário do perito nomeado pelo juiz, e que inevitavelmente, neste caso, proporciona uma maior distância em relação às partes, colaborando com a preservação da imparcialidade, o fato é que o trâmite burocrático é drasticamente reduzido, gozando ainda da vantagem de ter sido escolhido profissional que as partes conhecem e sabem da competência.

Assim, eventuais alegações de fraude no resultado de uma perícia feita por profissional escolhido consensualmente devem ser tratadas sob a perspectiva da boa-fé que rege a relação processual, o que resvala na necessidade de se presumir a boa-fé na realização não só de uma perícia, mas de uma conciliação ou mediação realizada por profissional elegido consensualmente pelas partes e que não faça parte dos quadros do Judiciário.

Desta forma, a visão de um processo regido exclusivamente por princípios do direito público, e fortemente influenciado pela força da jurisdição (CINTRA, GRINOVER E DINAMARCO, 2013, p. 31), vem se transmutando, a nosso ver, numa mescla entre elementos de direito público e direito privado, dando surgimento ao modelo cooperativo. Logo, a constatação de que as civilizações, com o decorrer dos séculos, deixaram de adotar o modelo de justiça privada (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2013, p. 29) e passaram a confiar determinadas funções a um ente público e abstrato, em tese dotado de imparcialidade, mas também detentor de uma soberania (no caso, a jurisdição), passam, em nosso sentir, a ser relativizadas.

Ademais, os postulados do Estado Democrático de Direito erigidos pela Constituição Federal, trouxe consigo grandes responsabilidades ao ente estatal, e conseqüentemente sobrecarregou o mesmo, o qual não consegue suprir a demanda, não apenas por estar insuficientemente suprido estruturalmente, como também ainda

imbuído de uma visão de processo muito centrada na figura do juiz e por vezes ainda regido por um apego à forma que engessa o andamento processual e o caminho para a decisão de mérito.

Consequentemente a esse modelo que já deu sinais de cansaço, e que com a ascensão de uma sociedade consumidora de produtos e serviços massificados gerou processos igualmente massificados e alguns, inclusive, uniformes entre si, sendo um dos maiores exemplos atuais as ações revisionais de contrato, o que resta é a flexibilização da forma prevista em lei. Sem dúvida, os negócios processuais são um dos elementos mais importantes na construção de um processo cooperativo, marcado pela participação dos sujeitos processuais no andamento processual.

Deste modo, também novidade a figura do saneamento consensual, que consiste na possibilidade de as partes juntarem aos autos termo delimitando as questões de fato e de direito acerca de fatos sobre os quais recairão eventual atividade probatória ou as questões de direito relevantes para a decisão de mérito, abreviando o rito procedimental anterior, que previa a necessidade de audiência preliminar, a qual, na maioria das vezes, não frutificava nenhuma conciliação nem delimitação dos pontos controvertidos do processo, sendo alvo de críticas por parte da doutrina, conforme seguinte trecho de Antônio Machado (2007, p. 346):

[...] a figura ora instituída representa duplicação de atos, complicação, e não simplificação do procedimento. Desconfiamos, sobretudo, porque, dada a inexistência da sanção – que não poderia mesmo existir –, o réu, já em pleno clima de beligerância por causa da contestação e da réplica, e por isso mesmo não muito interessado em acordo a essa altura, com maior ou menor frequência não comparecerá a essa audiência.

De toda forma, embora ainda exista a audiência preliminar, esta passará a ser mais restrita, visto que somente será realizada quando questões de fato e de direito forem por demais complexas (art. 357, § 3º, CPC). No entanto, mesmo com tal previsão, processualistas civis chegaram a um consenso de que embora haja tal previsão legal, o juiz poderá, independente da complexidade da causa, definir dia para realização desta audiência, denominada de audiência de saneamento e organização do processo em cooperação com as partes. É o que pontifica o enunciado nº 298 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) nos seguintes termos: “A audiência de saneamento e organização do processo em cooperação com as partes poderá ocorrer independentemente de a causa ser complexa”.

Sobre referido enunciado, Daniel Assumpção (2016, p. 630) afirma ser acertado seu teor, visto que é ao juiz que incumbe definir a melhor forma de sanear o processo,

mesmo que a seu ver não haja razão para acreditar que na prática isso ocorra, crendo que “certamente será mais frequente ver juízes [...] saneando processos complexos por escrito do que vê-los saneando de forma compartilhada processos simples”.

Também de grande importância o enunciado nº 299 do FPPC, ao prever que o objetivo da audiência preliminar poderá ser não apenas para fins de saneamento, mas também – ou tão somente – com o propósito de se definir a calendarização do processo (outra espécie de negócio jurídico e inédito no sistema processual brasileiro).

Ademais, a previsão de saneamento consensual escrito a ser homologado pelo magistrado tornará, além de mais abreviado o rito procedimental, mais objetivo os reais desideratos do processo, acarretando numa cadeia de atos mais ordenados e conseqüentemente desaguando em decisões mais justas e coerentes.

Assim, mesmo que para Daniel Mitidiero (2016, p. 70) não haja no processo cooperativo o dever absoluto e incondicional de cooperação entre as partes, já que não se pode ignorar o fato de que o processo ainda é espaço de “posições antagônicas que denotam diferentes interesses diante da causa”, sendo o conflito algo inerente a um processo, e que na verdade o dever de cooperar seria do juiz, por meio de auxílio, esclarecimento etc. para com as partes, e que estas teriam a função de “[...] colaborar com a pronta realização da decisão da causa” (MITIDIERO, 2016, p. 170), chega-se à conclusão de que a cooperação seria não entre as partes, mas para com o processo e a para com a decisão de mérito (art. 6º, CPC).

Divergências à parte sobre se as partes possuem o dever de cooperar entre si ou não, mas sim para com o processo, o fato é que defender um desses pontos de vista não prejudica o objetivo magno de qualquer processo, que é, reiterar-se, a decisão de mérito, a qual encontra no processo cooperativo e nos negócios processuais meios aptos ao almejamento de tal objetivo, esse sim incondicional.

4 CONCLUSÃO

Com este estudo, visou-se demonstrar, com fulcro nos ideais teóricos do processo cooperativo, a necessidade de mudança no modo de condução do processo civil, sendo o ponto chave de tal desiderato a mudança paradigmática de como as partes devem encará-lo, e de como o juiz deve agir com as partes para que possa haver a solução da lide.

Desta feita, o negócio jurídico é um dos meios que melhor possibilitam a investida não só da doutrina jurídica, mas também do Judiciário, em gerar esforços para mudar uma cultura processual que não mais atende eficientemente a demanda dos jurisdicionados.

Destarte, imperativo superar a ideia do juiz protagonista, e de grande necessidade o desenvolvimento de um processo cooperativo, onde todos os sujeitos desempenhem suas funções e procurem propiciar um território favorável à objetividade e à flexibilidade, objetivo do negócio processual, muito embora, como autêntico negócio jurídico que é, exija um mínimo de rigor formalístico em sua elaboração, até pelo fato de que o mesmo necessita ser válido e eficaz. Daí, a importância da forma como garantia. Mas nesse caso, não para servir a um processo como um ente abstrato, mas para responder a um pedido de reconhecimento de direito posto sob análise e que carece de análise meritória.

REFERÊNCIAS

- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. Negócios jurídicos processuais no Processo Civil Brasileiro. In: CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17.ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade. In: CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**, Salvador: JusPodivm, 2015.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LOPES JR., Aury; SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Breves apontamentos *in memoriam* a James Goldschmidt e a incompreendida concepção de processo como situação jurídica. In: GAUER, Ruth Maria Chittó. **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Rio Grande do Sul: EdiPUCRS, 2010.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de processo civil interpretado, artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 6.ed. Barueri: Manole, 2007.
- MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade. In: CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015.

YARSHELL. Flávio Luiz. Convenção das partes em matéria processual: rumo a uma nova era? In: CABRAL, Antonio do Passo, NOGUEIRA, Pedro Henrique. **Negócios processuais**. Salvador: JusPodivm, 2015.

Recebido em: 5 de janeiro de 2017

Avaliado em: 20 de fevereiro de 2017

Aceito em: 10 de março de 2017

1. Estudante do Curso de Direito do Centro Universitário Tiradentes-UNIT/AL. E-mail: kennedy94filho@gmail.com

2. Mestre em Direito-UFAL. Professor do Centro Universitário Tiradentes-UNIT/AL.