

TRATO FEITO: UMA ANÁLISE DO NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL BRASILEIRO JUSTIÇA: ENTRE A OBSCENIDADE E A ARTE

IT'S A DEAL: AN ANALYSIS OF THE BRAZILIAN PROCEDURAL LEGAL BUSINESS

Vinícius Traleski ¹

Em meio a um sistema judicial conflituoso, inquisitorial e burocrático, os negócios jurídicos processuais surgem como sendo um indício de mudança de mentalidade, visando maior rapidez e efetividade. Nesse contexto, o presente estudo busca analisar, de maneira pormenorizada, além dos negócios jurídicos processuais supracitados, os demais métodos alternativos de solução de conflitos, onde a vontade dos indivíduos – e a conseqüente desjudicialização – possuem importante papel. Assim, busca-se contextualizá-los historicamente, bem como comparar sua aplicação nos países adeptos da civil law e da common law. Após, e como objetivo principal, cumpre destacar a dissonância do negócio jurídico processual proposto pelo ordenamento jurídico brasileiro, quando comparada sua aplicação para com os países do tronco anglo-saxão, a fim de se demonstrar que o negócio jurídico processual aqui proposto constitui uma utopia jurídica (tendo em vista a cultura jurídica já existente, bem como fatores políticos, sociais e históricos). A metodologia utilizada constitui-se na pesquisa do tipo bibliográfica, com estudo explicativo elaborado com base em doutrina, artigos, trabalhos acadêmicos, revistas e sites jurídicos.

Palavras-Chave: Negócio Jurídico Processual. Direito Comparado. Métodos alternativos.

During a conflicting, inquisitorial and bureaucratic judicial system, procedural legal affairs appear to be a sign of a change in mentality, aiming at greater speed and effectiveness. In this context, the present study seeks to analyze, in detail, in addition to the procedural legal affairs, the other alternative methods of conflict resolution, where the will of individuals - and the consequent dejudicialization - play an important role. Thus, we seek to contextualize them historically, as well as to compare their application in civil law and common law countries. After, and as its main objective, it is worth noting the dissonance of the procedural legal business proposed by the Brazilian legal system, when compared its application to the countries of the Anglo-Saxon trunk, in order to demonstrate that the procedural legal business proposed here constitutes a utopia. (in view of the existing legal culture as well as political, social and historical factors). The methodology is constituted in the bibliographic research, with explanatory study elaborated based on doctrine, articles, academic papers, magazines and legal websites.

Keywords: Procedural Legal Business. Comparative law. Alternative methods.

¹ Email: vinitrala@gmail.com

INTRODUÇÃO

O negócio jurídico é um conceito cada vez mais presente no atual cenário jurídico brasileiro, sendo, ao mesmo tempo, um instituto antigo, fruto de longo período de construção histórica, jurídica e social. Essa aparente contradição evidencia o processo mutacional que o direito pátrio – destacando-se o direito civil e o processual – atravessa.

Pode-se conceituar negócio jurídico como sendo um acordo de vontades – que pode se dar inclusive na seara processual – que objetiva a criação/modificação/extinção de direitos. Sua crescente importância deriva do atual cenário jurídico (e processual) brasileiro, caracterizado pela morosidade, conflito e frequente inefetividade.

Dentro desse contexto, a valorização das liberdades individuais (com a consequente desburocratização e informalização de procedimentos legais/judiciais) visa desafogar o cenário jurídico processual brasileiro, baseando-se, principalmente, em institutos bem-sucedidos empregados pelos países do tronco anglo-saxão (adeptos da corrente jurídica *common law*).

O Código de Processo Civil de 2015 consagra, ao longo de seu texto, disposições que impulsionam e incentivam as soluções de conflitos de maneira mais efetiva e informal (tais quais os métodos alternativos de solução de conflitos e os negócios jurídicos processuais).

Contudo, apesar de tal quadro significar um indiscutível avanço no ordenamento jurídico brasileiro, o presente estudo busca investigar a aplicação dos negócios jurídicos processuais, comparando-o com o aplicado na *common law*, onde tal instituto foi construído e desenvolvido.

Tal assertiva se faz relevante devido ao fato de que, o intercâmbio jurídico realizado entre os países adeptos da *civil law* para com os adeptos da *common law*, já se mostrou deveras proveitoso para os dois lados, de modo que, a compreensão plena das diferenças sociais/culturais/históricas/sociológicas existentes permite uma melhor análise do contexto de ambas as correntes.

Dessa maneira, o presente trabalho busca contextualizar os conceitos de negócio jurídico e negócio jurídico processual, conceituando-lhes brevemente e apontando suas principais classificações. Após, busca-se fazer uma análise comparativa para com a *common law* – direito comparado – e destacar também meios alternativos adotados pelo Código de Processo Civil, a fim de se evidenciar as principais diferenças entre os negócios jurídicos desenvolvidos em âmbito nacional e no exterior.

1 RELAÇÕES JURÍDICAS NO DIREITO BRASILEIRO

Para melhor contextualizar o instituto dos negócios jurídicos processuais, se faz necessário recorrer às lições basilares do direito civil e rememorar e diferenciar conceitos básicos, como, por exemplo, atos, fatos e negócios jurídicos.

Tais distinções se fazem importantes porque se sabe que não são todos os acontecimentos, quer sejam causados pelo homem, ou não, que são albergados pelo direito.

PEREIRA na obra de GONÇALVES (2016, p. 324), exemplifica que:

[...] a chuva que cai é um fato, que ocorre e continua a ocorrer, dentro da normal indiferença da vida jurídica, o que não quer dizer que, algumas vezes, este mesmo fato não repercuta no campo do direito, para estabelecer ou alterar situações jurídicas. Outros se passam no domínio das ações humanas, também indiferentes ao direito: o indivíduo veste-se, alimenta-se, sai de casa, e a vida jurídica se mostra alheia a estas ações, a não ser quando a locomoção, a alimentação, o vestuário provoquem a atenção do ordenamento legal.

Conclui-se que, para serem albergados pelo direito, os fatos devem possuir certa relevância, sobretudo, porque, de algum modo, interferirão na esfera particular de uma determinada sociedade.

Os fatos juridicamente consideráveis, num sentido amplo, são os chamados "fatos jurídicos". Segundo FARIAS e ROSENVALD (2020, p. 570):

[...] o fato jurídico é aquele acontecimento capaz de produzir efeitos (isto é, capaz de criar, modificar, substituir ou extinguir situações jurídicas concretas) trazendo consigo uma potencialidade de produção de efeitos, mas não necessariamente fazendo com que decorram tais consequências.

Depreende-se que fato jurídico é todo acontecimento da vida em que o ordenamento jurídico considere seus efeitos (podendo estes depender, ou não, da vontade humana). Como o objeto do Direito são as relações humanas, o ordenamento jurídico somente valoriza acontecimentos que, de alguma maneira, as influenciem (em seu caráter intersubjetivo).

É dizer, então, segundo COELHO, que "O que torna o fato jurídico é a norma" (COELHO, 2010, p. 294).

Hodiernamente, os fatos jurídicos, conforme assevera GONÇALVES (2016), comportam a seguinte classificação: a) em sentido amplo, subdividem-se em a.1) fatos naturais ou *stricto sensu*, que podem ser ordinários ou extraordinários; e b) fatos humanos ou *latu sensu*, que, por sua vez, subdividem-se em b.1) lícitos ou ilícitos.

O ato jurídico em sentido amplo decorre da vontade humana, e se divide em: atos jurídicos em sentido estrito, ato-fato jurídico e negócios jurídicos.

Ato jurídico em sentido estrito (também denominado de ato jurídico lícito), por sua vez, é todo ato que importe em manifestação ou declaração unilateral de vontade (tendo sua predeterminação prevista em lei, não havendo possibilidade de se reconhecer resultado diverso).

Em contrapartida, o ato-fato jurídico é aquele cujos efeitos não são frutos da vontade, da intenção do indivíduo. Como exemplo clássico extraído da doutrina, pode-se citar o achado de um tesouro, no art. 1.264 do Código Civil. Conforme se extrai do próprio nome do instituto, o ato-fato jurídico é uma fusão, possuindo parte de ato (por ser um agir humano), e parte de fato jurídico (tendo em vista a irrelevância da vontade humana).

O exemplo mais claro de ato jurídico (sentido amplo) que se pode trazer ao presente estudo, é o negócio jurídico, cujas bases encontram-se amparadas pelo direito civil.

O negócio jurídico é toda manifestação de vontade voltada para o surgimento, modificação ou extinção de direitos. Destaca-se:

[...] negócio jurídico é aquela espécie de ato jurídico que, além de se originar de um ato de vontade, implica a declaração expressa da vontade, instauradora de uma relação entre dois ou mais sujeitos tendo em vista um objetivo protegido pelo ordenamento jurídico. Tais atos, que culminam numa relação intersubjetiva, não se confundem com os atos jurídicos em sentido estrito, nos quais não há acordo de vontade, como, por exemplo, se dá nos chamados atos materiais, como os da ocupação ou posse de um terreno, a edificação de uma casa no terreno apossado etc. (GONÇALVES, 2016, p. 328).

Vale ressaltar que o Código Civil de 2002 não conceituou, de maneira expressa, tal instituto, tornando sua construção doutrinária e jurisprudencial. Contudo, tais negócios estão regulamentados no Livro III do Código Civil (art. 104-184), e constituem a essência das relações interpessoais (e do direito civil em si).

Assim, é fácil extrair que os negócios jurídicos encontram sua base em princípios basilares do ordenamento jurídico, tais quais: a autonomia da vontade; o consenso; o "pacta sunt servanda"; a relativização de seus efeitos; a liberdade; e a isonomia.

1.1 Origens do negócio jurídico

A origem do negócio jurídico remonta ao final do século XVIII, como sendo resultado do civilismo alemão, cujo sistema de direito era baseado, principalmente, na liberdade dos indivíduos. Seu conceito privilegia a autorregulação e a autonomia da vontade dos particulares. Daí sua definição tradicionalmente estabelecida como: a manifestação de vontade, dirigida a um escopo prático que consiste na constituição, modificação ou extinção de uma situação juridicamente relevante. Evidencia-se, portanto, ser a teoria do negócio jurídico a principal herança da ciência pandectística alemã.

Sua teoria começa a ser arquitetada a partir dos textos romanos do imperador Justiniano (*Corpus iuris civilis*), tendo como fundamento o princípio da autonomia da vontade.

Apesar de os elementos estruturais do negócio jurídico (aproveitados pela pandectística alemã) remontarem à época romana, o direito romano (prático e objetivo) não elaborou um conceito teórico acerca do instituto, ficando a cargo dos alemães tal atribuição.

Por ser um dos poucos instrumentos de consagração da vontade individual, a noção de negócio jurídico, historicamente, deu azo à inúmeras controvérsias doutrinárias, que se fazem sentir até os dias de hoje, ao longo

das diversas fases e graus de intervenção do Estado (Estado Social, Estado Liberal e Estado Democrático de Direito).

Tendo tudo isto em vista, evidencia-se que o conceito de negócio jurídico é um fato histórico (pois representa o desenvolvimento de circunstâncias filosóficas, políticas e econômicas), além de uma categoria lógica (pois une posições distintas no concernente ao papel da manifestação da vontade).

1.2 Fundamentos do negócio jurídico

O negócio jurídico possui duas dimensões, quais sejam: a interna (o querer do agente) e a externa (a manifestação expressa), baseando-se no denominado "dogma da vontade", referente à vinculação direta entre as vontades acordadas e os efeitos do negócio jurídico praticado.

Nesse sentido, vale salientar que os efeitos do ato derivam do negócio jurídico em si, e não simplesmente da vontade das partes, pois mister se faz a incidência da norma sobre a realidade fática.

A declaração de vontade (dimensão externa do ato), constitui um dos elementos essenciais do ato. Neste sentido, PEREIRA (2002, p. 307-308) elucida:

[...] a vontade interna ou real é que traz a força jurígena, mas é a sua exteriorização pela declaração que a torna conhecida, o que permite dizer que a produção de efeitos é um resultado da vontade mas que esta não basta sem a manifestação exterior.

Cabe ressaltar que o ordenamento jurídico pátrio se aproxima, mais uma vez, do direito alemão, no tocante a maior valorização da declaração de vontade do que da vontade em si do agente, nos termos do art. 112 do Código Civil brasileiro.

Ou seja, a interpretação do ato negocial não se restringe à vontade declarada, devendo prevalecer a real intenção do contratante. Nesse sentido:

O Código Civil de 2002 não deseja, em absoluto, que prevaleçam os erros, os lapsos, os equívocos, as incorreções, as manifestações dúbias e imprecisas. (...) O legislador quer que o intérprete se atenha à intenção que inspirara os contratantes, induzindo-os, de modo precípuo e decisivo, à criação do negócio jurídico. (...) recomenda o legislador pátrio que, de preferência, se tenham em mira o espírito, a intenção, e não o sentido literal da linguagem. (...) Uma vez aclarada a vontade, interpretado estará o negócio jurídico, espancando-se as dúvidas acaso suscitadas (MONTEIRO, p. 38 - 39).

Foi assim que, aliando as praxes do direito civil e do direito processual civil, o legislador criou a figura do negócio jurídico processual, imiscuindo técnicas de direito processual e de direito material.

Convém rememorar, outrossim, que no plano material, para surtir seus efeitos, é imprescindível que o negócio jurídico se revista de três planos dicotômicos, fundados na existência, validade e eficácia, de acordo com o que leciona GONÇALVES (2016, p. 356 - 357):

No plano da existência não se indaga da invalidade ou eficácia do negócio jurídico, importando apenas a realidade da existência. Tal ocorre quando este sofre a incidência da norma jurídica, desde que presentes todos os seus elementos estruturais. Se faltar, no suporte fático, um desses elementos, o fato não ingressa no mundo jurídico: é inexistente. Nele podem, porém, ingressar todos os fatos jurídicos, lícitos ou ilícitos. [...] O plano da validade é o dos requisitos do negócio jurídico, porque estes são condição necessária para o alcance de certo fim. Pode, também, o negócio jurídico existir, ser válido, mas não ter eficácia, por não ter ocorrido ainda, por exemplo, o implemento de uma condição imposta. O plano da eficácia é onde os fatos jurídicos produzem os seus efeitos, pressupondo a passagem pelo plano da existência, não, todavia, essencialmente, pelo plano da validade.

Dessa tricotomia decorrem outras subclassificações, isso porque o plano da existência está umbilicalmente ligado com a vontade das partes, a finalidade negocial e a idoneidade do objeto.

Já o plano da validade, interliga-se com os requisitos elencados no art. 104 do Código Civil de 2002, que pressupõem, por sua vez: a capacidade do agente; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e a forma prescrita ou não defesa em lei.

Um negócio jurídico, sendo existente e válido, pode ser ineficaz enquanto pender sobre ele uma condição suspensiva, por exemplo. Sendo opcional ao negócio jurídico, este último plano é composto de elementos acidentais (não essenciais).

Os defeitos do negócio jurídico se dividem em vícios de vontade ou consentimento: Erro, Dolo, Coação, Lesão e Estado de Perigo. E vícios sociais: Fraude contra Credores e Simulação. Enquanto aqueles tratam de hipóteses em que a vontade não é expressa de maneira absolutamente livre (sendo causas de anulação do referido negócio), estes tratam de hipóteses em que a vontade manifestada não é livre, espontânea ou de boa-fé (causando a absoluta nulidade do ato praticado).

Diante do até aqui exposto, tem-se o suporte necessário que possibilitará a análise do negócio jurídico no plano processual, que será objeto de estudo mais adiante no próximo capítulo.

2 NEGÓCIO JURÍDICO NO DIREITO PROCESSUAL

Tendo em vista a conceituação trazida acerca do negócio jurídico material, resta evidente que, para sua conceituação na seara processual, basta uma "transposição" de tal conceito.

Visando uma melhor compreensão do tema em estudo, convém fazer uma breve síntese histórica, acerca do direito processual civil como um todo.

2.1 Concepções de Estado e a evolução do negócio jurídico processual

A concepção moderna do direito processual civil (como um ramo do direito público, e não privado) advém,

dentre outros fatores, da extinção do estado chamado liberal. Nesse sentido:

[...] a superação do Estado liberal se dá com o surgimento do Estado de serviço, que emprega o seu poder supremo e coercitivo para suavizar, por uma intervenção decidida, algumas das consequências mais penosas da desigualdade econômica e social, devida ao liberalismo puro (BITTAR FILHO, 1988, p. 13 - 14).

Em contrapartida, no Estado denominado social, há maior valorização das relações público-sociais, com a flagrante diminuição do poder exercido pelo Estado, que, teoricamente, passa a se ocupar tão somente com questões de interesse público essenciais, tais quais saúde, educação e segurança.

Com a insuficiência do Estado liberal, bem como a crise do Estado social, ensejou a construção do Estado Democrático de Direito (predominante nos principais sistemas jurídicos mundiais), cuja ideia central reside no livre exercício da cidadania, em sua plenitude, visando o bem comum. Nesse sentido:

[...] esse Estado tenderia a destruir paulatinamente um paradigma, comum aos dois modelos anteriores – o que fazia diluir público no estatal – por meio do resgate da esfera privada e das pretensões de autonomia e de liberdade. Se, no paradigma do Estado liberal e do Estado social, as esferas do público e do privado eram tratadas como opostas, no Estado Democrático passam a ser encaradas como complementares [...] (BACELLAR FILHO, 2015, p. 31 - 53).

A consolidação do ente estatal fortaleceu a quase absoluta exclusividade estatal no exercício da função pacificadora (inclusive na seara processual).

Contudo, diante da insuficiência do Estado liberal, da crise do Estado social e do surgimento do Estado democrático de direito, evidenciou-se a paulatina diminuição deste poder do Estado, relativizando sua função pacificadora.

Neste modelo de Estado, como o próprio nome sugere, há uma crescente relevância do bem-estar da comunidade (com a conseqüente diminuição do monopólio estatal). Frisa-se que passou-se a buscar, tão somente, a pacificação das relações sociais.

Com a desvinculação do poder absoluto do estado nas relações sociais, dispositivos como os negócios jurídicos, bem como demais convenções sociais-processuais ganharam espaço, sem, contudo, retirar a característica do processo quanto a ser um instrumento a serviço do Estado.

Pode-se afirmar que esta é a essência das convenções processuais, ou seja, a harmonização entre a autonomia das partes/dos indivíduos para com o poderio estatal. É conferido aos particulares maior autonomia nas relações sociais, exigindo-se assim o devido equilíbrio entre a cooperação das partes para com os limites jurisdicionais.

Tendo isso em vista, observa-se que a evolução histórica (bem como a divisão) dos ramos do direito proporcionou a criação e o desenvolvimento de um Estado Democrático de Direito.

Vale ainda uma digressão histórica acerca do surgimento e posterior desenvolvimento do caráter negocial do processo civil, que, conforme se demonstrará, não trata de uma inovação do Código de Processo Civil de 2015.

O caráter negocial e convencional do processo remonta mais uma vez ao direito romano (*Corpus iuris Civilis*).

Logo no início do procedimento judicial, às partes era facultado o comparecimento perante o magistrado/pretor, a fim de convencionar acerca da solução do litígio.

No Brasil colônia, as Ordenações do Reino (Affonsinas, Maelinas e Filipinas) não davam espaço para tais acordos de vontades, com eventuais exceções, como, por exemplo, a livre estipulação da eleição de juízes árbitros para o julgamento da causa (Ordenações Filipinas, Livro III, Título XVI).

A partir do Regulamento nº 737, de 1850, tido por muitos como o primeiro Código Processual nacional, as convenções de vontade passaram a ter maior representatividade (importância e relevância).

Foi somente com o Código de Processo Civil de 1939, contudo, que tais convenções ganharam status legal. O referido código trouxe inúmeras figuras negociais-processuais, tais quais a transação, desistência da demanda, suspensão da instância por convenção das partes etc. (CARVALHO, 2016).

O Código de Processo Civil de 1973, além de consolidar tais inovações, estabeleceu novas convenções processuais típicas, destacando-se a possibilidade de convencionar-se quanto ao foro da demanda, ao adiamento de audiência e à dilatação de prazos.

Dessa maneira, observa-se claramente que, quando o Código de Processo Civil de 2015 trata de maneira mais ampla dos negócios jurídicos processuais (principalmente de sua figura atípica), não trata de uma novidade trazida por este, haja vista que tal temática já há muito existe no ordenamento jurídico pátrio, posição esta defendida por célebres juristas, tais quais DIDIER JR e MARINONI. Nesse sentido:

Os negócios jurídicos de caráter processual, a despeito de incomuns, não são exatamente novidade no direito processual civil brasileiro: as hipóteses de suspensão convencional do processo (CPC, art. 265, II, repetido no art. 313, II do NCPC) e de convenção acerca da distribuição do ônus da prova (respeitando os limites impostos pelo art. 333, parágrafo único, do CPC/73, e pelo art. 373, 3º e 4º, do NCPC) perfazem exemplos de negócios jurídicos de caráter processual (WAMBIER; CONCEIÇÃO; RIBEIRO; MELLO, 2015, p. 352).

O que o referido Código Processual Civil inova, em verdade, é quando do trato dos chamados negócios jurídicos processuais atípicos, conforme art. 190, que será melhor analisado ao longo deste trabalho.

Pode-se dizer que negócio jurídico processual é toda manifestação de vontade voltada para o surgimento, modificação ou extinção de direitos no campo processual. Segundo os juristas DIDIER JR e NOGUEIRA (2012, p. 59 – 60):

Negócio processual é o fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se confere ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento.

Para alguns juristas, como BARBOSA MOREIRA, a expressão “convenções processuais” é mais adequada, por possuir cunho mais técnico e estar em consonância à linguagem do Código, que já em 1973 utilizava o termo nos arts. 111, 181, 265, II, 333, 454, §1.º, 606, I, 656, 792, 1.028, 1.031, I, e 1.113, §3º.

Os negócios jurídicos processuais são modernamente classificados em: a) típicos ou atípicos, b) unilaterais (renúncia e desistência), bilaterais (acordo) ou plurilaterais (litisconsórcio), c) expressos (escrito ou oral) ou tácitos (comissão e omissão), d) dependentes ou não de homologação (a necessidade de homologação judicial deve constar expressamente em Lei, sendo que, inexistindo previsão legal, prevalece a regra da desnecessidade de homologação).

De maior relevância para o presente estudo, os negócios jurídicos processuais típicos/atípicos, como o próprio nome sugere, são aqueles cuja previsão está expressa (ou não) na legislação.

Os negócios típicos já estavam presentes na conjuntura processual brasileira (conforme explicitado), e seu regramento encontra-se expressamente previsto em lei. Os atípicos, por sua vez, diferentemente daqueles, são estabelecidos em comum acordo pelas partes processuais.

Como exemplos de negócios processuais típicos, podemos citar, dentre outros, a eleição de foro (art. 63 CPC); a renúncia ao prazo (art. 225 CPC); o acordo para suspensão do processo (art. 313, II CPC); a convenção quanto ao ônus da prova (art. 373, §3º e §4º CPC) e o calendário processual (art. 191, §1º e §2º CPC).

2.2 Negócio jurídico processual no CPC de 2015

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, tornou-se possível a realização de negócios processuais que não têm previsão expressa na legislação, os chamados negócios processuais atípicos (os quais encontram previsão, principalmente no art. 190 do supracitado Código). Destaca-se:

O art. 190, caput, do Novo CPC, prevê em seu caput a possibilidade de as partes, desde que plenamente capazes e em causa que verse sobre direito que admitam a autocomposição, estipularem mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. O novo diploma legal, seguindo tendências do direito inglês (case management) e francês (contrat de procédure), cria uma cláusula geral de negociação processual, que pode ter como objeto as situações processuais das partes e o procedimento. Diferentemente do diploma legal revogado, o Novo Código de Processo Civil passou a prever de forma expressa uma verdadeira cláusula geral de negócio jurídico processual

típico, que continuam entre nós, a celebração de acordo entre as partes de forma geral, envolvendo tanto o procedimento como as suas situações processuais (NEVES, 2016, p. 319).

O dispositivo transcrito trata da possibilidade de, em determinados processos judiciais (que tratem de direitos disponíveis), as partes compactuarem alterações no procedimento, quanto aos ônus, aos poderes, às faculdades e aos deveres processuais. Assim, torna-se possível aos sujeitos processuais influenciar no desenrolar da atividade procedimental, observando-se os requisitos formais do negócio jurídico processual (elencados no mesmo artigo).

O empoderamento das partes processuais fica evidente quando, por exemplo, o art. 3º do CPC, traz a preponderância da autonomia da vontade, privilegiando formalmente a solução amigável de conflitos (FERNANDES, 2017).

Na sequência, em consonância com o direito material, traz o CPC em seu artigo 5º, o dever de obediência ao princípio da boa-fé e, no artigo 8º, classifica como princípios orientadores do processo civil: a dignidade da pessoa humana, a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

O instituto em comento decorre dos princípios da boa-fé processual e da cooperação entre as partes, dispostos nos arts. 5º e 6º do NCP. Contudo, o referido instituto obriga, além dos negociantes, também os seus sucessores, e a sua celebração pode se dar antes ou durante a instauração do processo (evitando-se ou abreviando-se o processo). Autores como DIDIER e WAMBIER defendem que o momento mais propício para a sua celebração é a audiência de saneamento e organização do processo (fase probatória do processo).

Note-se que não se fala, na negociação do direito em litígio – já que este diz respeito aos negócios típicos. O que se contempla nesta modalidade (o que se negocia) é o processo em si, de modo que poderão as partes, observados certos limites legais, alterar as suas regras. São, em verdade, "negócios que derrogam normas processuais".

Em razão da ausência de regulamentação específica, aplica-se (por analogia), as regras do objeto do negócio jurídico privado (previstos no já supracitado art. 104 do Código Civil – requisitos gerais de todo e qualquer negócio jurídico). Assim, exige agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei, bem como do disposto no art. 190 do CPC.

Não há, *in casu*, que se confundir capacidade civil com capacidade processual. A capacidade a que alude o art. 190 do CPC é a processual, eis que pode o incapaz, desde que devidamente assistido ou representado, firmar negócio jurídico processual atípico. A forma de negociação, em regra, é livre. Contudo, cabe ressaltar que existem casos em que a Lei excetua essa regra, dispondo que determinados negócios jurídicos podem ser celebrados, somente, por escrito. Somente podem ser celebrados em causas que admitem a autocomposição.

A lei delimitará os contornos de seu objeto, que não poderá dispor sobre matéria de reserva legal. Também não serão admitidos os negócios que tenham por escopo afastar regras de direito processual atinentes à proteção do direito

indisponível. Por fim, é permitida a sua inserção em contrato de adesão, desde que este não seja abusivo.

Contudo, eventual declaração de nulidade/anulabilidade do ato jurídico dependerá da demonstração do efetivo prejuízo causado pela não observância dos requisitos legais.

No campo da validade, convém assinalar que uma vez celebrado, o magistrado não poderá recusar-lhe a aplicação. Sua atuação fica restrita, conforme parágrafo único do art. 190, à verificação das hipóteses de nulidade.

Portanto, verifica-se que não se pode transacionar, por exemplo, a supressão de direito de defesa, do contraditório, do direito de interpor os recursos cabíveis e produzir provas etc. Nesse sentido:

Em se tratando de direito a respeito do qual se permite a autocomposição, é possível às partes a celebração de negócio jurídico processual que lhes aprover respeitados os limites da constitucionalidade, e ordem pública da disposição de vontade. São admissíveis, entre outros, negócios jurídicos processuais que: a) estabeleçam a cronologia do procedimento (tal como ocorre no processo arbitral) (CPC 191) b) estabeleçam a cláusula sem recurso, desde que bilateral, isto é, que somente haverá decisão de mérito no primeiro grau de jurisdição c) estipulem renúncia ao direito de interpor recurso d) dispensem determinada prova (HJ pericial) e) convençionem sobre a distribuição do ônus da prova f) eleger o foro em que deve ser processada e julgada a ação g) estabelecer cláusula compromissória para submeter a lide à arbitragem h) estipular a incidência, no processo, da cláusula solve et repete (Carnelutti, Sistema DPC, v. II, n. 420, p. 8) i) renúncia ao direito de recorrer (Bunsen. Lehrbuch CPR, Einleitung, n. I, III, p. 8) j) determinem qual o direito aplicável à hipótese (na convenção de arbitragem é possível: escolher a lei aplicável, escolher, "livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem" [L.ARB. 2º, §2º] escolher-se o idioma no qual se desenvolverá o processo, conferir-se ao tribunal arbitral a possibilidade de decidir por equidade etc.) k) autorizem o juiz estatal a decidir por equidade, mesmo fora dos casos previstos em lei (NERY JUNIOR, 2016, p. 62 - 63).

Vale lembrar que, conforme já explicitado, para que o negócio jurídico processual tenha seus efeitos reconhecidos, precisa ser homologado judicialmente (que não analisará o conteúdo do negócio em si, mas tão somente os seus limites).

Nesse sentido, inclusive, é o Enunciado n. 06 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC): "O negócio jurídico processual não pode afastar os deveres inerentes à boa-fé e à cooperação".

O controle de validade/legalidade exercido pelo judiciário, se atará às hipóteses de: (i) nulidade (dolo, coação, matérias sujeitas a reserva legal ou questões de ordem pública, matérias que não estejam na esfera de disponibilidade das partes, regras que violem direitos fundamentais etc); (ii) inserção abusiva em contrato de adesão (salienta-se que é possível a negociação processual

em contratos de adesão, o que não é permitida é a negociação processual abusiva).

Observa-se, portanto, que a validade e a própria existência dos negócios jurídicos processuais dependem do respeito aos limites supracitados.

A celebração válida e eficaz de um negócio jurídico pressupõe a presença de todos os requisitos legais, dentre os quais está o consentimento espontâneo das partes (ressalta-se aqui a relação existente entre a legalidade/formalidade do processo e a liberdade das partes). O jurista DIDIER JR (2015, p. 21) é enfático, afirmando:

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

No concernente aos negócios jurídicos processuais atípicos, destaca-se:

Com efeito, quando a celebração do negócio jurídico estiver nos limites do propósito do Estado, que é resolver conflitos e afirmar o ordenamento jurídico, e for desejado e pactuado de forma livre pelos sujeitos parciais, a sua realização, ao contrário de confrontar o devido processo legal, é medida que o afirma e, mais do que isso, leva a um regime de colaboração entre os sujeitos processuais que reforça verdadeira corresponsabilidade no processo (MACÊDO; PEIXOTO, 2015).

Por tais motivos é que alguns autores entendem que não existe, na verdade, negócio jurídico processual. O célebre jurista DINAMARCO (2001, p. 469), por exemplo, é um dos autores mais enfáticos nesse sentido, alegando que "a vinculação entre ato e efeito programado é característica dos negócios jurídicos e os atos processuais não tem essa qualificação".

Tal jurista, contudo, reconhece a existência e a legitimidade de eventuais autorregulamentos processuais, sem lhes classificar como negócios jurídicos processuais. Colaciona-se:

Nos limites da disponibilidade dos direitos e situações subjetivas substanciais postas no processo e da observância de regras cogentes de ordem pública inerentes a este (por exemplo, competência absoluta, litisconsórcio necessário), tais acordos processuais são legítimos e vinculam as partes, como declarações de vontades que são (DINAMARCO, 2000, p. 965).

Entretanto, ainda assim existem juristas que chegam até mesmo a duvidar da sua aplicabilidade. Nesse sentido, traz-se o magistério BUENO (2015), que assevera:

Confesso, prezado leitor, que ainda não me convenci sobre a possibilidade de um alcance muito amplo e generalizado do art. 190. Muito pelo contrário. As escolhas feitas pelo legislador nos

mais diversos campos do direito processual civil não podem ser alteradas pelas partes. Sua liberdade com relação ao procedimento, aos seus ônus, poderes, faculdades, deveres processuais fica restrita àqueles casos em que o ato processual não regido por norma cogente. Não se trata de exigir ou deixar de exigir forma específica [...]. Não se trata, insisto, de hipertrofiar o "processo" em detrimento do "direito", mas de ter (cons)ciência dos limites que existem para o exercício da função jurisdicional – sempre e invariavelmente desde "modelo constitucional" –, e que o processo, o procedimento e, de forma ampla, a atuação das partes não estão sujeitos a negociação que atrem com o seu núcleo duro, muito bem representado pelas normas de ordem pública ou cogentes.

No mesmo sentido, é a lição de NEVES (2016, p. 584 - 585):

"O acordo procedimental previsto no art. 190 do Novo CPC poderia ou estar vinculado à ideia de tutela diferenciada clássica, porque ainda que as partes pretendessem modificar o procedimento no caso concreto poderiam fazê-lo independentemente de tais mudanças estarem voltadas às exigências do caso concreto. Poderiam estipular mudanças no procedimento exclusivamente porque nesse sentido é o acordo de vontade celebrado entre elas. Ao criar a correlação mudança procedimental-especificidades da causa, o legislador, entretanto, não consagrou a vontade livre das partes, mas sim uma vontade justificada, condicionada a uma adequação procedimental que atenda eventuais peculiaridades do caso concreto. Por isso não concordo com parcela doutrinária que, apesar de reconhecer a opção legislativa, entende que, diferente do previsto em lei, o acordo não depende de especificidade na causa, bastando que seja conveniente às partes. Trata-se de uma opção legislativa, consciente ou não, acertada ou não, mas ainda assim uma opção legítima, que não pode ser simplesmente ignorada pelos operadores do Direito [...]. Trata-se, portanto, de uma limitação ao poder das partes modificarem o procedimento, porque se não houver especialidade na causa que justifique a alteração procedimental não terá cabimento tal acordo e o juiz deverá anulá-lo [...].

Contudo, apenas com o decorrer dos anos é que chegaremos a uma certeza de sua efetividade. Verifica-se que, após 6 (seis) anos da promulgação do Código de Processo Civil de 2015, tais institutos vêm sendo utilizados com certa timidez, evidenciando, por enquanto, que sua aplicação não ostenta a efetividade pretendida.

Observa-se que a constituição e a consequente valorização dos negócios jurídicos processuais representam uma evidente aproximação para com a common law, significando ainda uma maior celeridade e simplicidade do procedimento judicial, desafogando, ainda que minimamente, o judiciário brasileiro.

3 MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

A tradição processual histórica do Brasil evidencia a figura do Estado como sendo a única fonte para a resolução de conflitos, fato este comprovado pelo atual cenário do judiciário brasileiro: moroso, caro e muitas vezes ineficiente (como se comprova com os recentes e contínuos relatórios "Justiça em Números").

Comprovando a crescente e paulatina valorização da vontade dos indivíduos no âmbito processual (e a conseqüente desvalorização da figura estatal como sendo a única fonte de resolução de controvérsias), destacam-se os chamados métodos alternativos de solução de conflitos. BACELLAR (2016, p. 68) destaca:

Ofertar e estimular meios de resolução alternativas extrajudiciais (desjudicialização) não importam em enfraquecimento ou esvaziamento do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, mas, sim, na busca por efetividade e melhor cumprimento do princípio de acesso à justiça, como acesso à resolução adequada dos conflitos.

Na tentativa de contornar a morosidade da justiça, os meios alternativos **de solução de conflitos**, surgem, objetivando pôr fim aos litígios de forma simples, econômica, célere e eficiente.

Não se trata de as questões não serem levadas ao Judiciário, mas, ao invés disso, que deverão ter sua resolução adequada e respeitados o devido processo legal e eficiência (abreviando-se ou até mesmo evitando-se o andamento judicial).

Resta evidente, mais uma vez, a influência da *common law*, no tocante ao desenvolvimento dos chamados métodos alternativos de solução de conflitos (lá, no direito anglo-saxão, denominados de *Alternative Dispute Resolution*).

Métodos alternativos são mecanismos que oferecem, de acordo com suas respectivas peculiaridades, opções para chegar a um consenso, valorizando-se a autocomposição, e privilegiando a cooperação, tolerância, empatia e o diálogo (evitando ou terminando o deslinde judicial).

Tais métodos privilegiam vários dos princípios que norteiam o pluralismo jurídico, sendo que, dessa forma, procuram garantir a tutela jurisdicional através de meios não judicializados ou, se institucionalizados, por uma via mais fácil.

Advindo de tal pluralismo jurídico (privilegiando a tutela não estatal) fez com que se desenvolvessem entes não necessariamente vinculados ao Estado, com o objetivo principal de desenvolver métodos que pudessem resolver os conflitos de forma simples e célere (abreviando assim mecanismos muitas vezes morosos e burocráticos, característicos do judiciário brasileiro).

As formas alternativas de resolução de conflitos são capazes de proporcionar uma justiça célere e eficaz para resolver conflitos, (podendo ou não depender da tutela estatal).

O Código de Processo Civil de 2015 prevê expressamente no parágrafo 3º do artigo 3º o dever de advogados, defensores públicos, membros do Ministério

Público e juízes estimularem os métodos alternativos de resolução de conflitos, no curso do processo judicial.

Nos termos do preâmbulo da Constituição Federal de 1988, o principal objetivo da República é a instituição de "um Estado Democrático [...] de uma sociedade fraterna comprometida com a solução pacífica das controvérsias".

A Constituição Federal, em seu capítulo II, artigo 4º, determina que compete ao CNJ incentivar a conciliação e a mediação. A Resolução CNJ n. 125 é uma resposta a essa demanda constitucional.

Como exemplos da paulatina e crescente valorização dos métodos alternativos de solução de conflitos, estão: a criação da Semana Nacional da Conciliação; o Prêmio "Conciliar é Legal"; a implantação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs); e a Resolução nº 125 do CNJ, que institui a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse.

Os NUPEMECs são responsáveis pelo desenvolvimento da Política Pública nos Estados e pela instalação e fiscalização dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs). Os CEJUSCs, por sua vez, originaram-se de experiências anteriores, entre elas a Lei dos Juizados de Pequenas Causas (Lei n. 7.244/1984), posteriormente aprimorada pela Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/1995). São as "células" de funcionamento da Política Pública, nas quais atuam conciliadores, mediadores e demais facilitadores de solução de conflitos, bem como servidores do Judiciário.

Dentre os principais meios alternativos, os mais conhecidos são: a mediação, a conciliação e a arbitragem.

3.1 Mediação

A mediação constitui um método utilizado para restaurar a comunicação entre as partes, ou seja, as partes já se conhecem previamente, sendo eleito um terceiro **neutro e imparcial** para resolver o imbróglio (que por sua vez **não pode fazer sugestões para dar fim ao embate**).

A Mediação encontra previsão na Lei 13140/15, no seu art. 1º, parágrafo único, pelo qual:

Art.1º: Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Parágrafo único: Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Neste sentido, destaca-se a lição de BACELLAR (2003, p. 210-211):

Poderão os mediadores atuar na mediação comum independente — ad hoc —, que é aquela mediação privada e extrajudicial que já ocorre na prática, e pode ser conduzida por qualquer pessoa que tenha a confiança dos interessados; ao lado dela pode haver uma mediação comum institucional conduzida por pessoas jurídicas que,

nos termos de seus estatutos, dediquem-se ao exercício da mediação.

Tendo isso em mente, evidencia-se o porquê de a mediação ser recomendada para a resolução de conflitos mais complexos, tais quais casos relativos à família e vizinhança.

3.2 Conciliação

A conciliação, por sua vez, tende a ser utilizada quando o problema é, de fato, o motivo ensejador do litígio e não uma falta/falha de comunicação (salienta-se que aqui, via de regra, as partes não se conhecem previamente). SALES (2007, p. 42) assim define conciliação:

[...] meio de solução de conflitos em que as pessoas buscam sanar as divergências com o auxílio de um terceiro, o qual recebe a denominação de conciliador. A conciliação em muito de assemelha à mediação. A diferença fundamental está na forma de condução do diálogo entre as partes.

Diferentemente do mediador, o conciliador (voluntariamente e após treinamento específico) tem a prerrogativa de interferir ativamente na conciliação, apresentando proposições e sugerindo soluções (verifica-se, portanto, uma participação muito mais ativa do conciliador).

Essa técnica é utilizada em situações mais simples (podendo ser extrajudicial ou endojudicial), onde não há a continuidade de vínculo entre os envolvidos — como, por exemplo, em questões de responsabilidade civil, questões trabalhistas, questões possessórias, questões contratuais etc.

3.3 Arbitragem

Por fim, temos a Arbitragem, que pode ser conceituada como sendo uma técnica utilizada em casos de conflitos, onde um árbitro (eleito por ambas as partes) decide, sem, contudo, possuir poderes de Estado. Nesse sentido:

A arbitragem surge como forma alternativa de resolução dos conflitos, colocada ao lado da jurisdição tradicional. Sua tônica está na tentativa de ladear o formalismo — muitas vezes exagerado — do processo tradicional, procurando mecanismo mais ágil para a resolução dos problemas. Mais que isso, a arbitragem pode representar caminho para soluções mais adequadas para muitas situações concretas de litígio. Com efeito, o fato de que o árbitro pode ser pessoa de outra área, que não a jurídica, pode contribuir para que se obtenha decisão mais adequada e com maior precisão [...] (MARINONI; ARENHART, 2007, p. 761).

Sendo um método heterocompositivo, a Arbitragem se diferencia dos dois métodos anteriormente citados. A instituição da Arbitragem pressupõe o livre acordo contratual das partes (através de uma cláusula de arbitragem), onde, havendo alguma desinteligência, deve ser

decidida pelo árbitro (não cabendo recurso contra ela, inclusive).

A escolha do árbitro (que apesar de não precisar ser formado em direito, deve ter conhecimento sobre o assunto em discussão), geralmente ocorre antes mesmo de haver conflito, por cláusula de compromisso contratual.

NERY JÚNIOR (1999, p. 1723) elucida:

A arbitragem não ofende os princípios constitucionais da inafastabilidade do controle jurisdicional, nem do juiz natural. A Lei de Arbitragem deixa a cargo das partes a escolha, isto é, se querem ver sua lide julgada por juiz estatal ou por juiz privado. Seria inconstitucional a Lei de Arbitragem se estipulasse arbitragem compulsória, excluindo do exame, pelo poder Judiciário, a ameaça ou lesão a direito. Não fere o juiz natural, pois as partes já estabelecem, previamente, como será julgada eventual lide existente entre elas. O requisito da pré-constituição na forma da lei, caracterizador do princípio do juiz natural, está presente no juízo arbitral.

Apesar de apenas recentemente haver uma maior valorização dos métodos alternativos, vale salientar que, no Brasil, o ato de conciliar um litígio (entendido aqui em seu sentido amplo, como sendo um gênero) não é uma inovação jurídica.

Sua origem remonta à época imperial (século XVI e XVII). Nas Ordenações Manuelinas (1514) e Filipinas (1603), por exemplo, já constava o seguinte dispositivo (livro III, título XX, § 1º): “E no começo da demanda dirá o Juiz a ambas as partes, que antes que façam despesas, e sigam entre eles os ódios e dissensões, se devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre é duvidoso [...]”.

Contudo, foi somente com o advento da Constituição Brasileira do Império (1824), que a conciliação ganhou status constitucional (art. 161), com o seguinte texto: “Sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação não se começara processo algum”.

Neste contexto, o Código de Processo Civil de 2015 avançou no tema e instituiu a conciliação e a mediação como pilares de um novo modelo do processo civil brasileiro (observa-se tamanho destaque com uma simples análise da exposição de motivos do mesmo código). THEODORO JÚNIOR (2015, p. 223 – 224) afirma que:

[...] a mediação e a conciliação, de técnicas alternativas, passam a compor um quadro de soluções integradas, de modo que, uma vez proposta a demanda, haveria a possibilidade de escolha da técnica mais adequada para o dimensionamento de cada conflito.

Ainda, POLLETTI (*apud* BETTINI, 2013, p. 193-201) chega a afirmar:

a mediação e a conciliação são apresentadas como mecanismos utilizáveis para a efetividade dos direitos fundamentais e concreta proteção dos indivíduos e sua dignidade, especificamente na solução de seus conflitos, que devem ser entendidos como integrantes do processo objetivo, ou seja, um dos instrumentos passíveis de garantia da ordem constitucional", sendo que "com a utilização dos meios extrajudiciais propostos, chega-se à proteção dos direitos fundamentais de maneira mais célere e com a sensação da efetiva realização dos mesmos, pois houve lugar privilegiado de atenção aos envolvidos no conflito interpessoal que puderam participar na construção da decisão.

Apesar do crescente reconhecimento da importância e da relevância dos métodos alternativos de solução de conflitos, evidencia-se que ainda existe uma considerável confusão no tocante à aplicação de tais métodos, sendo que, após 6 (seis) anos da promulgação do Código de Processo Civil de 2015, não se verifica a eficácia esperada.

4 DIREITO COMPARADO

Tendo tudo isso em vista, resta evidente que o estudo do direito comparado se faz deveras importante, na medida em que o próprio conceito de negócio jurídico processual fora retirado do *common law* (conforme se demonstrará adiante).

A evolução histórica das sociedades romano-germânicas e anglo-saxônicas, bem como de seus sistemas jurídicos (*civil law e common law*), proporcionou o desenvolvimento de uma corrente jurídica voltada à supremacia do interesse público e autonomia do Direito Processual.

Tem-se acusado notável crescimento, nos últimos tempos, entre os juristas da chamada família 'romano-germânica', o interesse pelos ordenamentos anglo-saxônicos. O fenômeno, em si, merece irrestritos louvores, independentemente do fato de que suas razões, em boa parte, guardam evidentiíssima relação com a conjuntura político-econômica de hoje. Como é natural, ele vem-se estendendo ao campo do processo, onde não raro se exterioriza na sugestão de reformas. (...) Não falta quem deposite na absorção de elementos característicos daquela outra família uma grande esperança de imprimir maior eficácia ao funcionamento da máquina judiciária e, em termos genéricos, à atividade de composição de litígios (BARBOSA MOREIRA, 1998, p. 87-104).

Historicamente, na *civil law*, a lei constituía a fonte primária do ordenamento jurídico e os juízes funcionavam como a "boca da lei". Já nos países da *common law* (cita-se como exemplo os Estados Unidos), a lei era criada pelos próprios Juízes (*judge-made*) ou tribunais (*bench-made*).

Ao longo dos anos, evidenciou-se uma aproximação recíproca destas duas correntes, algo que ocorre cada vez mais até os dias de hoje (proporcionando

soluções alternativas e uma melhor visão acerca do direito pátrio).

SZTAJN e GORGA (*apud* GAJARDONI, 2018, p. 276 - 295) acrescentam que:

na prática, existe uma crescente convergência entre as tradições de direito consuetudinário e as de direito romano-germânico, a qual possibilita uma adaptação funcional dos institutos originários de uma tradição em outra. Essa tendência é guiada por uma necessidade de adaptação do aparato normativo perante a complexidade dos fenômenos sociais e busca proporcionar aumento de eficiência, através do 'empréstimo' dos mecanismos promotores de eficiência de outro sistema (com os custos dele decorrentes).

No Brasil, tal aproximação para com o *common law* apresentou resultados, tais quais a criação dos juizados especiais cíveis, bem como o advento dos métodos alternativos de resolução de conflitos, os negócios jurídicos processuais e o sistema de precedentes (cada vez mais utilizado). Isso explica o porquê de alguns autores utilizarem o termo "commonização" do direito pátrio.

Com relação aos negócios jurídicos processuais, suas raízes históricas e ideológicas remetem ao *court case management* do direito inglês, que preconiza o direito das partes de flexibilizarem o procedimento, alterarem a forma dos atos processuais e prevenirem riscos, inclusive os próprios litígios. A inspiração também vem do direito francês, com os denominados *contrats de procédure*.

O procedimento da *common law*, em seu modelo clássico, era caracterizado pela oportunidade do diálogo entre as partes, bem como pela passividade do juiz (GAJARDONI, 2018, p. 276-295). Nesse modelo, as partes tratavam do procedimento em iguais condições, incumbindo ao juiz tão somente o papel de espectador e fiscalizador das tratativas, sendo-lhe vedado intervir no mérito da questão.

Em contrapartida, no modelo moderno, o procedimento possui forte ativismo judicial, restando pouco – ou nenhum – espaço às partes, que, diante da verticalização da relação jurídica (com sua conseqüente desigualdade), configuram meras espectadoras do processo (tendo as do procedimento estabelecidas pela lei ou pelo juiz) (MAZZOLA, 2016).

Com a adoção deste segundo modelo, muitos dos países da corrente *civil law* acabaram por abarrotar seus sistemas judiciários (fato este que deu azo ao crescente processo de aproximação para com a *common law*).

Tendo isso em vista, cabe ressaltar, de maneira mais pormenorizada, o caso específico dos Estados Unidos, onde os envolvidos nos processos têm condição de dialogarem antes mesmo do início da demanda (sendo autorizado e até incentivado o diálogo entre as partes na fase pré-processual).

Como dito, ambas as partes são chamadas pelo magistrado ou pela parte interessada para uma conversa inicial, onde é tentado um acordo (que objetiva abreviar ou evitar a demanda). Não havendo sucesso na celebração do acordo, as partes podem estabelecer peculiaridades para o processo.

Por outro lado, havendo a celebração do acordo (sendo respeitadas a isonomia das partes, bem como a legalidade do processo), este vincula de maneira absoluta as partes (valendo, inclusive, para todas as instâncias).

Evidencia-se, portanto, um autêntico negócio jurídico processual, diferente dos moldes do negócio jurídico brasileiro.

CONCLUSÃO

A crescente valorização de meios bem-sucedidos da common law (tais quais os métodos alternativos de solução de conflitos, o sistema de precedentes e os negócios jurídicos processuais em si), se faz muito benéfica para o direito pátrio.

Como demonstrado, tal aproximação é plenamente capaz de abreviar os conflitos judiciais, bem como de até mesmo evitar que eventuais desinteligências de particulares cheguem às vias processuais/judiciais.

Contudo, faz-se mister destacar que, apesar de tal conjectura ser benéfica para o direito brasileiro, o negócio jurídico processual, nos moldes do adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, constitui uma utopia, que dificilmente será aplicado em sua plenitude (tal qual o aplicado na common law).

Diferentemente do negócio jurídico processual genuíno, criado e utilizado pelos países de common law (onde os indivíduos têm a oportunidade de se reunir previamente e discutir de fato todos os termos do processo, como provas e prazos – conforme item 5), o negócio jurídico processual brasileiro resta limitado de diversas formas, por diversos fatores.

Isso se dá por inúmeras razões, dentre as quais podemos citar a própria tradição processual histórica adotada pelo direito brasileiro (sistema inquisitorial), que vê na parte contrária um inimigo, e no juiz um ente superior, único capaz de resolver o conflito colocado à mesa do poder judiciário.

Tal quadro evidencia, também, o próprio sistema político-econômico adotado pelo Brasil e pelo mundo, que privilegia, acima de tudo, o lucro (resquícios de uma economia mercantilista que marcou a formação nacional no período colonial).

Salienta-se que o comportamento mercantilista se fundamenta, em verdade, no monopólio da atividade econômica pelo Estado (conforme já exposto no presente estudo). Por isso, sempre haverá, ainda que minimamente, desigualdade no campo do direito material/processual (seja técnica, financeira etc).

Ainda, resta evidente que a movimentação da máquina judiciária (com o regular e prolongado andamento processual) gera muito mais riqueza para os cofres do Estado do que se o litígio se resolvesse de forma propriamente rápida e eficaz (antes mesmo do início do procedimento judicial, por exemplo).

Verifica-se que, apesar da crescente aproximação para com a common law, os institutos trazidos por esta corrente jurídica dificilmente serão aplicados em sua integralidade. Isso se dá pelo fato de que os países do tronco anglo-saxão possuem sua cultura jurídica (baseada em costumes, princípios e fundamentos distintos) muito bem fundamentada (historicamente falando).

Dessa forma, um instituto que naqueles países fora desenvolvido com o passar do tempo (fruto de longos períodos de construção normativa e doutrinária reiterada), não tem o condão de simplesmente ser implantado (ou melhor dizendo, enxertado) para o nosso direito.

Cabe ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro – notadamente fundado na ideia de *civil law* – se baseia historicamente em princípios e fundamentos diversos dos que regem a *common law*, não sendo plausível esperar que um instituto jurídico lá desenvolvido se amolde e se aplique de maneira plena e irrestrita.

O raciocínio que rege sistemas jurídicos tais quais o inquisitorial, adotado pelo Brasil, se fundamenta (e se sustenta) na ideia de conflito (onde as partes processuais são tidas como oponentes/inimigas, ao passo que o judiciário – instituição superior, única capaz de solucionar e apaziguar a relação interpessoal – é incumbido de “escolher” o lado vencedor, condenando o perdedor ao ressarcimento/reparação do dano).

Tal pensamento passou a ser construído com a chegada dos primeiros europeus no continente americano, sendo que, desde então, fora incansavelmente insculpido na cultura brasileira, sendo repassado (e renovado) com o passar do tempo; das gerações; das ordenações; das constituições; dos códigos etc.

Diante de tudo isso, resta nítido que diferenças culturais históricas dificultam a aplicação integral de institutos jurídicos bem-sucedidos da common law. Contudo, há que se valorizar tal intercâmbio cultural (paulatinamente crescente), que, sem sombra de dúvida, pode acrescentar – e já vem acrescentando – muito na cultura jurídica brasileira.

REFERÊNCIAS

BACELLAR, Roberto Portugal. **Administração judiciária** – com justiça. Curitiba: InterSaberes, 2003.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A administração pública entre o direito público e o direito privado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. Vol 3. São Paulo: RT, 2015.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos. **Revista de Processo**, vol. 92, 1998, p. 87-104.

BETTINI, Lúcia Helena Polleti. Mediação e Conciliação como instrumental de efetividade da razoável duração dos processos. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. 2013, RDCI 85.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Teoria da imprevisão: dos poderes do juiz**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

BRASIL. **Constituição (1824)**. Constituição Política do Império do Brasil. Rio de Janeiro, 1824.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF: Presidência da República, 2016. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 1 jun. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a Mediação entre particulares como meio de solução de conflitos. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 de junho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 25 set. 19.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BUENO, Cássio Scarpinela. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC – Lei n. 13.105, de 16-3-2015**. Editora Saraiva, v. único, 2015.

CARVALHO, Thiago Mendes de. **Os negócios jurídicos processuais no Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15)**. 40 f. 2016. Trabalho de Conclusão de Curso – Graduação em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais. UFMG: Belo Horizonte, 2016. Disponível em: https://dspaceprod02.grude.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/RDUFGM/1511/THIAGO_MENDES_DE_CARVALHO.pdf?sequence=1. Acesso em: 9 set. 19.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: parte geral**. v. 1. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 17. ed. v.1. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Teoria dos fatos jurídicos processuais**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Acordos judiciais e a perícia contábil**. In fundamentos do processo civil moderno. Tomo II. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 965.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual**. v. II. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 469

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Gestão de Conflitos nos Estados Unidos e no Brasil. **Periódico Quadrimestral da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ**, Rio de Janeiro, Ano 12, v. 19, n. 3, p. 276 – 295, Setembro a Dezembro de 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Parte geral. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MACÊDO, Lucas Buril de. PEIXOTO, Ravi de Medeiros. **Negócio processual acerca da distribuição do ônus da prova**. *In*: Revista dos Tribunais online. v. 241/15 Mar/15.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil: processo de conhecimento**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, v. 2, p. 761.

MAZZOLA, Marcelo. O novo CPC e a COMMONLização do direito: algumas reflexões. **Migalhas**, 18 mar. 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236072,110490+novo+CPC+e+a+COMMONLizacao+do+direito+algumas+reflexoes>. Acesso em: 29 jul. 19.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil, Direito das Obrigações**, 2ª Parte. São Paulo: Saraiva.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado**. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Editora Jus Podvim, Salvador, 2016.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de conflitos: família, escola e comunidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Novo CPC Fundamentos e Sistematização**. 2015, Ed. Forense.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins. RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva. MELLO, Rogério Licastro Torres de. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil – Art. por Art. 1ª**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.