

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

YAGO RIBEIRO

A ADEQUAÇÃO CONVECIONAL DO PROCESSO CIVIL – DO CÓDIGO
BUZAID AO CÓDIGO DE 2015

Porto Alegre

2018

YAGO RIBEIRO

A ADEQUAÇÃO CONVECCIONAL DO PROCESSO CIVIL – DO CÓDIGO BUZAID AO
CÓDIGO DE 2015

Monografia de conclusão de curso apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero

Porto Alegre

2018

YAGO RIBEIRO

A ADEQUAÇÃO CONVECIONAL DO PROCESSO CIVIL – DO CÓDIGO BUZAID AO
CÓDIGO DE 2015

Monografia de conclusão de curso apresentada
na Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul como requisito
parcial para obtenção do título de Bacharel em
Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em 12 de dezembro de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero
(orientador)

Prof. Dr. Sérgio Luís Wetzel de Mattos
(membro da banca examinadora)

Prof. Dr. Daisson Flach
(membro da banca examinadora)

AGRADECIMENTOS

O presente trabalho não teria sido possível sem o apoio de diversas pessoas que, de uma forma ou de outra, contribuíram para a minha formação acadêmica e principalmente como cidadão. Desse modo, gostaria de agradecer:

Inicialmente, aos meus pais, Amauri (in memoriam) e Maira, por terem me ensinado com dedicação e amor, apoiando as minhas decisões, ainda que, por vezes, erradas a fim de que me tornasse quem sou. Aos meu irmão, Bruno e Arthur por toda a preocupação e afeto que sempre têm por mim. Estas, além de serem meu porto seguro, são as pessoas a quem a quem dedico as minhas conquistas.

Aos meus demais familiares pelo incentivo, aconselhamentos e principalmente compreensão nos momentos mais difíceis.

Agradeço, também, ao meu orientador, Prof. Dr. Daniel Francisco Mitidiero, pela atenção, pela relação de horizontalidade que sempre teve comigo e demais colegas, e também pelos ensinamentos e críticas construtivas e instigantes, que sempre me motivaram a melhorar, bem como pela constante troca de conhecimentos.

Agradeço também aos demais professores que participaram do meu aprendizado e do fascínio pelo Direito, especialmente aos Prof. Dr. Eduardo Kochenborger Scarparo, Prof. Dr. Klaus Cohen Koplín, Prof. Dr. Sérgio Luís Wetzels de Mattos, pelos ensinamentos proporcionados nas cadeiras de Direito Processual Civil. Importante mencionar também meus agradecimentos ao Prof. Dr. Rafael Sirangelo Abreu, meu coorientador durante esse início de carreira acadêmica, em especial, na pesquisa de iniciação científica. Este trabalho é fruto, também, dos conhecimentos transmitidos em sala de aula, os quais contribuíram, em grande medida, para a escolha do presente tema.

Manifesto também meus agradecimentos aos demais professores da Faculdade de Direito da UFRGS, que, embora apresente uma estrutura precária atualmente, permanece com uma das cátedras mais brilhantes do cenário nacional.

Por todo aprendizado prático, por todos os esclarecimentos sobre dúvidas, e por toda a atenção em me ensinar, agradeço aos servidores e chefes dos locais onde tive a oportunidade de trabalhar e aprender (Tribunal de Justiça, Procuradoria Regional Federal da 4ª Região e Ministério Público Federal), na prática, tudo aquilo que me fora passado com teoria ao longo do curso. Por sorte, durante toda a minha jornada acadêmica, tive a oportunidade de conhecer profissionais extremamente dedicados e excelentes lideranças que me servirão de inspiração.

Esclarecimento é a saída do homem da menoridade pela qual é o próprio culpado. Menoridade é a incapacidade de servir-se do próprio entendimento sem direção alheia. O homem é o próprio culpado por esta incapacidade, quando sua causa reside na falta, não de entendimento, mas de resolução e coragem de fazer uso dele sem a direção de outra pessoa. *Sapere aude!* Ousa fazer uso de teu próprio entendimento! Eis o lema do Esclarecimento.

Immanuel Kant

RESUMO

O Código de Processo Civil de 2015 (Lei n. 13.105/2015) trouxe consideráveis alterações ao ordenamento processual civil brasileiro, em especial, regulamentou a possibilidade de que as partes estabeleçam uma convenção (acordo) sobre o processo. Observa-se que, embora inicialmente constituído com a função protetiva, o Estado assumiu a atribuição de criar as normas e efetivar a justiça, a princípio através do critério da equidade ou “melhor decisão” e posteriormente por meio da subsunção a lei ou “*directum*”. Em razão da alternância entre o fortalecimento e atenuação do poder monárquico, e da efetivação do direito através de regras abstratas ou concretas, surgem duas teorias: o jusnaturalismo e o positivismo respectivamente. Todo esse período que foi caracterizado como praxismo preprocessualista, que só veio a ser substituído pelo processualismo no início do século XX, quando foi realizada a separação do direito material e processual surgindo a teorização processual. Influenciado pelas teorizações do exterior e buscando conciliar ideais de justiça, o Código de Processo Civil brasileiro de 1973 concedeu muitos poderes ao juízo, restando pouca ou nenhuma autonomia às partes. No entanto, o código não trouxe melhorias significativas ao Processo Civil Brasileiro, que ainda permanecia moroso e oneroso. Através das diversas reformas e do fortalecimento da autonomia privada no Brasil, o processo passou a ser mais flexível e adaptável ao caso concreto; logo, em razão da modernização natural do sistema e da necessidade de resolver o número crescente de processos que tramitam no judiciário, foram criados mecanismos alternativos de resolução de conflitos, dentre eles a Lei de Arbitragem (Lei 9.307), que concedeu às partes a possibilidade de dispor de seus direitos de caráter material, e influenciaram na criação do Novo Código de Processo Civil. Criado sob a concepção publicista, o código traz uma hibridização com o privatismo e concede às partes a disponibilidade de direitos processuais por meio de convenções típicas ou atípicas. A partir desse contexto, o presente trabalho visa à análise da recepção pelo ordenamento brasileiro, da efetivação, dos limites e da extensão do poder geral de disposição das partes sobre seus direitos processuais. Para tanto, serão analisados, de forma sucinta, os períodos históricos, a distribuição de poder e as consequentes modificações normativas. A fim de adentrar propriamente no tema das convenções processuais, é imprescindível a análise da dicotomia entre Estado e indivíduo. Nesse sentido, será apresentada variação da concentração de poderes nas mãos do juízo e a distribuição desse entre as partes, seja através do procedimento arbitral e posteriormente com os acordos processuais. Assim, considerados tais apontamentos, serão verificadas as modificações no cenário processual, as críticas à sistemática das convenções, os pressupostos e os requisitos para as convenções, as limitações à disponibilidade dos direitos processuais pelo entendimento doutrinário, a classificação dos acordos e os efeitos advindos, assim como os resultados que se esperam das convenções.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil. Negócios Jurídicos Processuais. Convenções processuais. Hibridização processual. Redistribuição de poderes.

ABSTRACT

The Civil Procedure Code from 2015 (Law 13.105/2015) brought considerable changes about to the Brazilian civil procedural law, in particular, regulated the possibility for the parties to establish a convention (agreement) about the process. It is observed that, although initially constituted with the protective function, the State assumed the attribution of creating norms and effecting justice, in principle through the criterion of equity or "better decision" and later by subsumption of the law or "*directum*". Due to the alternation between the strengthening and attenuation of monarchical power, and the consummation of the law through abstract or concrete rules, two theories arise: the natural law and positivism respectively. All this period was characterized as preprocessualista praxism, which only came to be replaced by proceduralism in the beginning of the XX century, when the separation of material and procedural law arises, resulting in procedural theorizing. Influenced by foreign theories and seeking to conciliate ideals of justice, the Brazilian Civil Procedure Code from 1973 granted many powers to the court, leaving little or no autonomy to the parties. However, the code did not bring significant improvements to the Brazilian Civil Procedure, which still remained time-consuming and costly. Through a lot of reforms and the strengthening of private autonomy in Brazil, the process became more flexible and adaptable to the concrete case. Therefore, due to the natural modernization of the system and the need to resolve the growing number of cases in the judiciary, alternative dispute resolution mechanisms were created, among them the Arbitration Law (Law 9.307), which gave the parties the possibility of having their rights of material nature, and influenced the creation of the New Code of Civil Procedure. Created under the publicist conception, the code brings a hybridization with privatism and gives the parties the availability of procedural rights through typical or atypical conventions. From this context, the present paper aims at the analysis of the reception by the Brazilian order, the effectiveness, the limits and extension of the general power of disposition of the parties about their procedural rights. In order to this, we going to briefly analyze the historical periods, the distribution of power and the consequent normative modifications. In order to properly begins the subject of procedural conventions, it is essential to analyze the dichotomy between State and individual. In that sense, we going to present a variation of the concentration of powers in the hands of the court and the distribution of this to parties, either through the arbitration procedure and later with the procedural agreements. Thus, considering these notes, changes in the procedural scenario, criticisms of the system of conventions, prerequisites and requirements for conventions, limitations to the availability of procedural rights by doctrinal understanding, classification of agreements and the effects of the expected results of conventions.

Keywords: New Code of Civil Procedure. Contracts procedure. Procedural conventions. Procedural hybridization. Redistribution of powers.

SUMÁRIO

CPC	Código de Processo Civil
NCPC	Novo Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
§	Parágrafo
Art.	Artigo
CF/88	Constituição Federal de 1988
CPC/39	Código de Processo Civil de 1939 (Lei 1.608/1939)
CPC/73	Código de Processo Civil de 1973 (Lei 5.869/1973)
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015) Ed. Edição
EC	Emenda Constitucional
Vol.	Volume
CC	Código Civil
CLT	Consolidação das Leis Trabalhistas
CDC	Código de Defesa do Consumidor

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 DA ADEQUAÇÃO LEGAL A ADEQUAÇÃO JURISDICIONAL	12
1.1 O Dirigismo Estatal e o Direito	12
1.1.1 A origem do Estado: O Estado de natureza.....	12
1.1.2 O solidarismo e as associações de proteção: a evolução natural do Estado.....	13
1.1.3 Um breve histórico do Estado e das normas	16
1.2 O Código Buzaid como Sistema de Adequação Legal do Processo.....	26
1.3 A Passagem do Código Buzaid para o Código Reformado: os Poderes do Juiz para a Adequação do Processo.....	32
2 DA ADEQUAÇÃO JURISDICIONAL À ADEQUAÇÃO CONVENCIONAL	43
2.1 A ABERTURA PARA A AUTONOMIA PRIVADA E O DIREITO.....	43
2.1.1 A liberdade como base da autonomia	43
2.1.2 Autonomia privada no Brasil	48
2.2 A Lei de Arbitragem e a Abertura para as Convenções Processuais.....	51
2.2.1 Métodos alternativos de resolução de conflitos	51
2.2.2 O que é a arbitragem e quais os seus benefícios?	53
2.2.3 Convenção de arbitragem: tipos, elementos e requisitos	56
2.2.4 A efetivação da arbitragem	59
2.3 O Código de 2015 e a Adequação Convencional do Processo	62
2.3.1 Os desígnios do processo civil na contemporaneidade	62
2.3.2 A recepção das convenções no ordenamento brasileiro.....	65
2.3.3 Críticas à sistemática de convenções	69
2.3.4 Pressupostos e requisitos das convenções processuais	70
2.3.5 Os limites para as convenções: aspectos conflitantes quanto à disposição das partes.....	73
2.3.6 A classificação dos acordos e os efeitos advindos da convenção	79
2.3.7 Dos resultados das convenções	81
3 CONCLUSÃO	84
REFERÊNCIAS.....	86

INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil, ao trazer consideráveis alterações quanto possibilidade de convencionar sobre o processo, buscou redistribuir os poderes processuais a fim de que as partes possam adaptar o litígio já instaurado ou futuro às suas necessidades e preferências no caso concreto, de forma a compatibilizar o Processo Civil com os princípios da efetividade e celeridade processual, bem como em meio a observância do devido processo legal. Sendo assim, buscou-se uma hibridização da concepção publicista predominante no Código de Processo Civil de 1973 com as novas influências do privatismo advindas do contratualismo do Código Civil.

Todas essas modificações são consequências de um processo histórico de alternância entre o fortalecimento e atenuação do poder estatal, e da efetivação do direito através de regras por vezes mais abstratas ou mais concretas, que resultaram na divisão do direito em diversas correntes, havendo um destaque de duas teorias: o jusnaturalismo e o positivismo.

Quanto ao Estado, embora tenha sido formado inicialmente com função de garantir a proteção dos indivíduos — tendo em vista sua caracterização como detentor do monopólio do uso da força — no intuito de manter a ordem social de acordo com seus “quase-contratos”, também avocou a atribuição de criar as normas e efetivar a justiça, condições que foram determinantes para surgimento da prevalência de um interesse público em detrimento dos interesses privados. Logo, se estabeleceu um conflito entre Estado em os indivíduos pela busca por maior ou menor concentração de poderes.

No Brasil, embora o Código de Processo Civil de 1973 tenha revogado seu antecessor (de 1939), observa-se que o Código Buzaid foi pouco inovador e não trouxe, de fato, melhorias substanciais ao processo civil brasileiro, razão pela qual necessitou de diversas reformas ao longo do seu período de vigência a fim de torná-lo mais efetivo. Com o mesmo propósito surgiram os mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

Nesse contexto de significativas alterações, tanto do texto legal quanto dos parâmetros principiológicos, observa-se que foi de caráter fundamental a maior participação das partes para resolução dos litígios — na busca efetivação da justiça — bem como a concessão de maior liberdade aos indivíduos, elementos que foram menosprezados pelo Código Buzaid, para a reformulação do sistema de resolução de

conflitos no Brasil. Por conseguinte, a regulação da Arbitragem no ordenamento nacional foi uma das consequências do empoderamento do indivíduo frente ao Estado, que já não é capaz de conceder tutela jurisdicional a todos de maneira qualificada.

Nessa senda, aspecto considerável é busca por maior eficiência através das convenções processuais tendo em vista a insuficiência de formas de prestação da tutela jurisdicional e a necessidade, conforme o caso concreto, de moldar o rito de um processo judicial através de cláusulas negociais. De tal modo, conferiu o legislador uma ênfase maior na atipicidade processual estabelecida no art. 190 do NCPC, fundadas no poder geral de disposição com base em um princípio de autorregramento da vontade, no qual, caso o direito em questão admita autocomposição, bem como seja lícito e as partes plenamente capazes, pode se dispor dos direitos processuais inerentes às partes. Nesse sentido, há que se atentar quanto aos direitos fundamentais garantidos pelo ordenamento e também quanto os efeitos dos acordos para com terceiros, aspectos tendentes a macular os limites legais impostos ao poder convencional, que podem ocasionar a nulidade dos negócios processuais.

Por derradeiro, uma vez traçado todo o panorâma histórico de contraposição entre o Estado e os indivíduos, entre o publicismo e o privatismo, entre o dirigismo e a autonomia, serão analisadas as modificações no cenário processual, as críticas à sistemática das convenções, os pressupostos e os requisitos para as convenções, as limitações à disponibilidade dos direitos processuais pelo entendimento doutrinário, a classificação dos acordos e os efeitos advindos, assim como os resultados que se esperam das convenções.

1 DA ADEQUAÇÃO LEGAL A ADEQUAÇÃO JURISDICIONAL

1.1 O DIRIGISMO ESTATAL E O DIREITO

1.1.1 A origem do Estado: O Estado de natureza

Inicialmente, o ser humano é compreendido como indivíduo absolutamente livre, capaz de tomar suas próprias decisões e de dispor dos bens da forma que deseja sem ter de pedir autorização a qualquer outro indivíduo. Segundo John Locke¹, este seria o Estado de Natureza:

Para compreender corretamente o poder político e traçar o curso de sua primeira instituição, é preciso que examinemos a condição natural dos homens, ou seja, um estado em que eles sejam absolutamente livres para decidir suas ações, dispor de seus bens e de suas pessoas como bem entenderem, dentro dos limites do direito natural, sem pedir a autorização de nenhum outro. (LOCKE, 2001, p. 83)

As Leis da Natureza determinam que “[...] ninguém deve lesar o outro em sua vida, sua saúde, sua liberdade ou seus bens” (LOCKE, 2001, p. 84). Há, entretanto, pessoas que ultrapassam os limites estabelecidos, violando os direitos e prejudicando os outros. Nesses casos, é possível uma reação para defender direito próprio ou alheio. Sendo assim, a parte lesada, pode, além do direito punir, reaver do ofensor o que lhe foi tomado indevidamente; assim como todos os integrantes desse grupo têm o direito de punir os transgressores.

Nesse contexto, Locke refere, *litteris*:

Para que se possa impedir todos os homens de violar os direitos do outro e de se prejudicar entre si, e para fazer respeitar o direito natural que ordena a paz e a “conservação da humanidade”, cabe a cada um, neste estado, assegurar a “execução” da lei da natureza, o que implica que cada um esteja habilitado a punir aqueles que a transgridem com penas suficientes para punir as violações. (LOCKE, 2001, p. 85)

Observa-se, entretanto, que o direito natural, da forma como foi apresentado o estado de natureza por Locke, não atende a todas as contingências, e, em sendo juízes das suas próprias causas, os homens sempre considerarão que a razão lhes acolhe. Desse modo, eles irão superestimar os danos que sofreram, e, acometidos pela paixão, tentarão punir os outros de maneira desproporcional e exigir compensações exageradas, ou seja, em realizando a reparação de forma autônoma, o lesado acabará por violar os direitos de outrem em razão da punição

¹ LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo Civil**. Trad.: Magda Lopes e Marisa Lobo da Costa, 3ª ed., Petrópolis – RJ: Editora Vozes, 2001 (seções 13, 124, 125).

excessiva, causando novas retaliações e um ciclo de violência e danos. Ressalta-se, ainda que uma das partes, de forma unilateral, reafirme o compromisso de não reaver os danos sofridos, não haverá garantias suficientes a outra parte, para que esta se sinta segura, a ponto de saber que uma ação do cotidiano ou, até mesmo, do acaso não é uma retaliação. No estado de natureza ainda, o indivíduo pode não ter o poder de impor seus direitos; e possivelmente alguns não conseguiram punir nem exigir indenização de um outro mais forte que tenha violado a eles².

Logo, a única forma de impedir a troca de agressões permanente entre os indivíduos constituintes de unidade social é através da criação de uma só instituição.

1.1.2 O solidarismo e as associações de proteção: a evolução natural do Estado

Sabendo que as demandas são crescentes e os bens são limitados, os indivíduos passam a se organizar como sociedade onde, de acordo com Arnaud³, o conceito “solidariedade-direito”⁴, proveniente do solidarismo⁵, é base dos benefícios concedidos aos seus integrantes, vejamos:

(...) Segundo alguns, se a sociedade é uma fonte natural, os bens os bens que ela fornece aos indivíduos estão desobrigados de reembolso. Segundo outros, a sociedade é uma personalidade civil e tem direito à restituição de seus adiantamentos, mesmo se esses foram realizados sem visar-se um retorno. Por fim, há quem considere que a sociedade tem direito de reclamar por suas benfeitorias no plano social. De qualquer maneira, os benefícios realizados pela sociedade não constituem um contrato, nem uma doação, nem um empréstimo, mas uma espécie de depósito indevido, mais precisamente de uma dívida quase contratual com as vantagens da boa-fé.

A partir daí, devemos pensar a solidariedade social como uma combinação de quase-contratos, quer a entendamos como uma comunidade indivisível, quer como gestão do negócio de todos por uns poucos, ou como recepção inconsciente de coisa indevida (dívida social). (BRUNOT, apud ARNAUD, 1991, p. 59)

² LOCKE, John. ob. cit., (seções 123, 126).

³ ARNAUD, André-Jean. **O Direito Traído pela Filosofia**. Trad.: Wanda Lemos Capeller e Luciano Oliveira, Porto Alegre. Editor Sergio Antonio Fabris, 1991.

⁴ Segundo Brunot (1903), citado por Arnaud: “por um lado, a sociedade — onde cada um goza da civilização e do patrimônio comum —, pode ser comparada com a situação de co-herdeiros vivendo na indivisão, e constitui um fato que obriga os participantes que se beneficiam das vantagens sociais a contribuir para com o cumprimento dos encargos sociais. Por outro lado, o homem civilizado é resultado de duas categorias de fatores: seus fatores próprios..., e os fatores sociais cuja influência modificou ou enriqueceu sua natureza e suas aquisições” In: ARNAUD, André-Jean, ob. cit., p. 58.

⁵ Aqui denotasse o sentido jurídico do termo extraído da edição de 1798 do dicionário da Académie Française que continha essa definição: “obrigação coletiva dos deveres em relação aos credores, cada um respondendo por todos” In: ARNAUD, André-Jean, ob. cit., p. 57.

A fim de satisfazer as necessidades e limitações individuais, segundo Robert Nozick⁶, as pessoas podem se juntar àquele que fora lesado em associações de proteção⁷ para repelir o agressor ou para persegui-lo. Embora essa seja uma alternativa, há dois inconvenientes que comprometem o desempenho dessas associações de defesa mútua: o fato de todos estarem disponíveis para desempenhar essa atividade protetora; ou a possibilidade de qualquer um da associação poderia recorrer aos demais dizendo que teve os seu direito violado, ou está sendo violado. Essas hipóteses não seriam do interesse das associações, pois ficar à disposição de membros paranoicos ou briguentos — sendo que esses últimos poderiam até mesmo ocasionar conflitos internos da associação, resultando em divisões internas, e culminando com a extinção da própria associação. Ademais, observa-se que as associações poderiam ter que agir contra um indivíduo de outra associação de proteção, que poderia gerar uma contrarretaliação, e a agência de proteção não gostaria de defender seus indivíduos nesse tipo de situação, a menos que tivesse autorizado a retaliação inicial, ocasionando a recusa da agência. Nesse caso, poderia a associação protetora requerer a renúncia de agir de seus indivíduos, a fim de evitar conflitos maiores. Enfim, todo esse panorama poderia causar uma restrição similar a realizada pelo Estado, visto que os indivíduos estariam abrindo mão de sua liberdade em algumas situações, mas com uma série de peculiaridades que dificultariam a resolução da questão de forma pacífica ou até mesmo menos agressiva, levando os indivíduos a grandes conflitos.

Sendo assim, resta a dúvida: seria o sistema de associações privadas um Estado? Não, pois há pelo menos dois aspectos que nos permitem diferenciar o sistema de associações privadas de um Estado mínimo: o esquema que aparentemente permite que alguns indivíduos imponham seus próprios direitos; e a resultante impressão de que nem todos os indivíduos sobre seu domínio espacial estão sob sua proteção. Ademais, para muitos pesquisadores, o Estado tem o poder de decidir quem e quando pode usar a força, podendo estabelecer as condições de uso, tendo ainda a exclusividade para transferir a legitimidade e a permissibilidade do uso da força dentro de suas fronteiras, podendo até mesmo punir aqueles que a utilizam sem a sua autorização⁸.

Cabe aqui mencionar o entendimento apregoado por Norberto Bobbio a respeito do tema:

⁶ NOZICK, Robert. **Anarquia Estado e Utopia**. Trad.: Fernando Santos, 1ª ed., 2ª. Tir, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016.

⁷ Assim caracterizados: “(...) Grupos de indivíduos podem constituir associações de proteção mútua: todos responderão ao chamado de qualquer membro para protegê-lo ou para fazer valer os seus direitos. A união faz a força.”: In: NOZICK, ob. cit., p. 14.

⁸ Ibid., p. 29.

(...) O estado de natureza constitui em estado de anarquia permanente, no qual todo mundo luta contra os outros, no qual — segundo a fórmula hobbesiana — existe um “bellum omnium contra omnes”. Para sair desta condição, é preciso criar o Estado, é preciso, portanto, atribuir toda a força a uma só instituição: o soberano/ Em tal caso, com efeito, eu posso (e devo) respeitar os pactos, não matar etc., em geral obedecer às leis naturais, porque sei que também o outro as respeitará, visto que há alguém a quem não pode se opor, cuja a força é indiscutível e irresistível (o Estado), que o constrangeria a respeitá-las se não o quisesse fazer espontaneamente.⁹

Partindo dessa definição do Estado, cabe aqui conceituar o Estado ultramínimo, e o Estado mínimo (estruturas que antecedem o Estado da forma como conhecemos).

O Estado ultramínimo conserva o monopólio total da força, excetuando aquela necessária à legítima defesa imediata, sendo excluída a retaliação privada (realizada por associações) em caso de crime, infração, e a cobrança de indenização; porém, nesse caso, o Estado fornece proteção e a aplicação das leis somente àqueles que pagam por suas políticas de proteção e de cumprimento das leis¹⁰.

O Estado mínimo (tratado como guarda-noturno) equivale ao Estado ultramínimo; todavia, guarda um caráter redistributivo, na medida em que obriga alguns a pagar pela proteção dos outros, a fim de unificar essa atividade¹¹.

Por fim, chegamos ao Estado da forma mais parecida com a qual conhecemos, que é aquele legitimado a exercer e estabelecer quem pode fazer o uso da força em um determinado

⁹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Trad.: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995, p. 35. Como referiu Bobbio, Hobbes assim tratou do tema: “A única maneira de instituir um tal poder comum, capaz de defendê-los das invasões dos estrangeiros e das injúrias uns dos outros, garantindo-lhes assim uma segurança suficiente para que, mediante seu próprio labor e graças aos frutos da terra, possam alimenta-se e viver satisfeitos, é conferir toda sua força e poder a um homem, ou uma assembleia de homens, que possa reduzir suas diversas vontades, por pluralidade de votos, a uma só vontade. O que equivale a dizer: designar um homem ou uma assembleia de homens como representante de suas pessoas, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos que aquele representa sua pessoa praticar ou levar a praticar, em tudo o que disse respeito à paz e segurança comuns: todos submetendo assim suas vontades à vontade do representante, e suas decisões a sua decisão. Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa pessoa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembleia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações. Feito isso, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, e, latim *civitas*. É esta a geração daquele grande Leviatã, ou antes (para falar em termos mais reverentes) daquele *Deus Mortal*, ao qual devemos, abaixo do *Deus Imortal*, nossa paz e defesa. Pois graças a esta autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é-lhe conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles, no sentido da paz em seu próprio país, e da ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros. É nele que consiste a essência do Estado, a qual pode ser assim definida: *Uma pessoa de cujos atos uma grande multidão, mediante pactos recíprocos uns com os outros, foi instituída por cada um como autora, de modo a ela poder usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum.*” In: HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil**. Trad.: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p.105-106. (grifos no original)

¹⁰ NOZICK, Robert. op. cit., p. 32.

¹¹ Ibid., p. 33.

território, oferecendo proteção a todos, ou seja, o Estado passa a exercer a “justiça distributiva”, onde todos os que estiverem no seu território estão protegidos independentemente da realização de contribuição. Para Nozick, essa seria uma evolução natural da humanidade, saindo do Estado de natureza passando ao Estado ultramínimo e então para o Estado mínimo. Nesse sentido, Arnaud refere a função do Estado como restaurador da justiça:

(...) Que o Estado é limitado pelo direito, isso aparece com a simples reflexão sobre o princípio da solidariedade social. Mas, ainda é preciso saber o que é “justo”. Sobre esse ponto os solidaristas começam por anunciar o princípio no qual “a qualidade do justo ou do injusto não pode ser atribuída a tal ou qual fenômeno, mas somente através do consentimento geral das consciências esclarecidas pela razão universal”. Se encontramos aí uma antiga definição, ao menos pode-se dizer que ela foi transportada do plano individual para aquele da solidariedade. É o que explica Léon Bourgeois, quando diz “A justiça entre indivíduos isolados não é a mesma que entre indivíduos solidarizados em sociedade. A solidariedade é um fato anterior à liberdade, e, em consequência, nem a liberdade, nem a justiça podem definir-se do ponto de vista de ser social, senão em função da solidariedade”. (BRUNOT, apud ARNAUD, 1991, p. 69)

Desse modo, observa-se que a formação do Estado se caracteriza pelo monopólio do uso da força no intuito de manter a ordem social de acordo com seus “quase-contratos”, que, conforme os solidaristas, é o consentimento tácito que vincula os indivíduos enquanto sociedade, assim também refere Arnaud “O Estado não terá outro papel que o de assegurar a execução do quase-contrato, cuja validade advém do consentimento tácito ou retroativo”. (BOURGEOIS, apud ARNAUD, 1991, p. 66).

Resta, porém, saber os contextos históricos que direcionaram a uma superioridade da vontade do Estado, que se caracteriza pela imperatividade sobre os interesses individuais e coletivos no espaço jurídico considerado, perfazendo a soberania do direito calcado principalmente num sistema legal.

1.1.3 Um breve histórico do Estado e das normas

Berço do direito natural (direito que é anterior, mas principalmente superior ao direito estatal) as cidades-gregas deram início à história do direito ocidental principalmente com a criação de normas escritas. Diversos pensadores trataram sobre a teoria do direito nesse período, Platão, Aristóteles, Protágoras, que referia "O homem é a medida de todas as coisas, das coisas que são, enquanto são, das coisas que não são, enquanto não são.", em especial, legisladores como Drácon e Sólon foram os precursores do sistema normativo como conhecemos hoje.

Conforme Cláudio Brandão, há uma retratação, nos poemas homéricos, do direito e da

justiça na civilização grega:

Nos poemas homéricos, os mais antigos da civilização grega, encontram-se muitas referências ao direito e à justiça. Na *Ilíada*, Homero retrata os anciãos da cidade, sentados sobre pedras na praça atuando como juízes em uma causa de homicídio, o que é de veras significativo, pois a justiça representa, no seu pensamento, a linha divisória entre a barbárie e a civilização. Com efeito, a barbárie é retratada na *Odisseia*: no mundo dos Ciclopes, esses seres viviam em um estado de natureza primitiva, em um mundo sem os princípios universais da justiça (*Themis*).¹²

No século VII, Drácon criou a norma escrita que substituiu a aplicação da vingança privada para o homicídio do ofendido (ou na sua família), estabelecendo assim o monopólio da aplicação da justiça nestes casos em Atenas, o referido dispositivo posteriormente foi perpetuado por Sólon. Desse modo, fica estabelecida uma organização e institucionalização do direito a fim de garantir a administração da justiça na sociedade. Esse foi o estabelecimento de uma revolução em relação ao sistema anterior, posto que não se objetivava a aplicação estrita da lei, mas sim uma padronização, uma harmonia decorrente de uma lógica procedimental pré-estabelecida¹³.

A justiça, segundo Aristóteles¹⁴, teria duas espécies distintas: a natural, que é sempre perfeita e igualitária, tendo em vista que não depende do homem; e a legal, que é aplicada segundo as cidades-estado, variando conforme local onde é aplicado.

Da justiça política, uma parte é natural e outra parte legal: natural, aquela que tem a mesma força onde quer que seja e não existe em razão de pensarem os homens deste ou daquele modo; legal, a que de início é indiferente, mas deixa de sê-lo depois que foi estabelecida: (...) ¹⁵

A justiça legal é decorrente do *nomos* estabelecido pelos costumes sociais e reduzido à termo a fim de descrever as condutas humanas e as correspondentes consequências. Porém a generalidade da norma tende dirigir para decisões injustas, posto que não alcança as especificidades das situações cotidianas. Logo, a justiça legal requer uma adequação às

¹² BRANDÃO, Claudio. O Direito Grego Clássico. In: BRANDÃO, Claudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (Coord.). **História do Direito e do Pensamento Jurídico em Perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 111.

¹³ *Ibid.*, p. 114.

¹⁴ ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. Trad.: Leonel Vallandro e Gerd Bornheim, 4ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

¹⁵ *Ibid.*, p. 111.

particularidades feita através da equidade¹⁶.

De acordo com Aristóteles, *in verbis*:

Portanto, quando a lei se expressa universalmente e surge um caso que não é abrangido pela declaração universal, é justo, uma vez que o legislador falhou e errou por excesso de simplicidade, corrigir a omissão — era outras palavras, dizer o que o próprio legislador teria dito se estivesse presente, e que teria incluído na lei se tivesse conhecimento do caso.¹⁷

Posteriormente, com fundação Roma (750 a.C.) e a sua expansão até o período do Imperador Justiniano (550 d. C.), o direito existente foi reunido sob orientação dos professores das escolas de direito de Beirute e Constantinopla. O Imperador Justiniano, anos mais tarde, encarregou Triboniano, que era consultor jurídico do império, de compilar os textos normativos existentes que deu origem ao chamado *Corpus Juris Civilis*, denominado assim por Gothofredus em 1583. O referido corpo normativo foi dividido em quatro partes: o Digesto (Digesta ou Pandecta), o Código, as Institutas e as Novelas.¹⁸

O direito era aplicado como da consequência da existência da justiça (definida como vontade perpétua que atribui a cada um o que lhe é devido) e da jurisprudência (descrito como conhecimento das coisas divinas e humanas, enquanto ciência do justo e do injusto).

Posto isso, é necessário saber como era aplicado o direito às pessoas através do *jus*. O *jus* dividiu-se em dois grandes ramos: o direito público e o direito privado. O direito público trata da constituição do Estado, o direito privado, por sua vez, se refere a regulação entre os indivíduos. Nessa senda, o direito privado é tripartido em: direito natural, direito das gentes e direito civil¹⁹. O cidadão romano, em regra, estava submisso apenas ao Estado, para Brandão “Face ao Direito, nenhum cidadão fica na dependência de outro, excepto no que respeita aos magistrados no exercício de suas funções. É ao ‘Estado’, nos termos da lei, que os cidadãos devem obediência. (BRANDÃO, apud PINTO, 2012, p. 127)”:

O direito da cidade (também denominado *jus civile*), entendido como manifestação de poder do Estado, era aplicado apenas aos cidadãos romanos (condição que viera a ser estendida a totalidade de habitantes do império em apenas no ano 212 d.C. através do *Constitutio*

¹⁶ BRANDÃO, Claudio. O Direito Grego Clássico. In: BRANDÃO, Claudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (Coord.). op. cit., p. 117.

¹⁷ ARISTÓTELES. op. cit., p. 120.

¹⁸ BRANDÃO, Claudio. O Direito Grego Clássico. In: BRANDÃO, Claudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (Coord.). op. cit., p. 122.

¹⁹ Ibid., p. 128.

Antoniniana de Civitate, também conhecida como Édito de Caracala), os que não tinham referida cidadania (bárbaros vencidos e os estrangeiros presentes transitoriamente no território romano) estavam submetidos ao *jus gentium*, também chamado de direito das gentes²⁰. Tal condição era prejudicial aos que não eram considerados cidadãos romanos, posto que estes, como regra, poderiam ficar submetidos às ordens de um cidadão de Roma num regime de escravatura, conseqüentemente todos aqueles que eram tornados escravos perdiam a cidadania.

Entretanto, nessa época, a lei não era a principal fonte do direito, tendo em vista que o direito era a arte do bom e do equitativo (*jus est ars boni et aequi*); para solucionar os casos considerava-se, pois, o pretor, que era o juiz romano, um artista que esse deveria criar uma decisão boa e justa no caso concreto, ou seja, a solução dos conflitos não partia de uma norma geral pré-determinada, mas sim do caso concreto, podendo o pretor, se assim entendesse, não aplicar a lei se a solução a que se chegaria não conduzir a uma decisão boa e justa²¹.

Resta ainda a dúvida de como a lei passou a ser a principal fonte do direito. Nessa senda, Brandão esclarece:

Preliminarmente, consigne-se que, parafraseando Levaggi, ao se formarem as línguas neolatinas, conservou-se o vocábulo *direito*, de *directum*, para designar o ordenamento jurídico e o *jus* desapareceu porque expressava um ato de declaração que não se realizava mais, mas ainda tinham vigência os termos derivados deste último vocábulo: juízo (*judicare* = julgar), quem o fazia (*judex* = juiz) e a faculdade de fazê-lo (*jurisdictio* = jurisdição).

Registre-se, ainda, que os romanos clássicos não se utilizaram da expressão latina *directum*, que origina o vocábulo direito, para designar nossa ciência. Com efeito, os romanos somente utilizaram a palavra *jus*, a qual, como dito, conforma a raiz dos vocábulos *juiz*, *juízo* e *jurisdição*. Parafraseando Rabinovich-Berkman, a palavra *direito* como se fala correntemente nos territórios do Império Romano desde meados do século III de nossa era, formando-se da derivação do latim clássico, influenciado pelos elementos linguísticos dos povos incorporados ao Império; esse substantivo original seria o *Directum* ou o *Derectum*. (BRANDÃO, 2012, p. 130, grifo do autor)

Essa modificação não se refere apenas a nomenclatura, mas a própria visão da prática jurídica enquanto ciência social, visto que o *jus* representava a construção da decisão boa e justa a partir do entendimento do pretor do que seria melhor no caso concreto. O *directum* (que

²⁰ É o que se extrai de GAIUS: “I. DO DIREITO CIVIL E NATURAL. 1. Todos os povos que são regidos por leis e costumes usam um direito que, em parte, lhes é próprio, em parte é comum a todos os homens, pois o direito que cada povo promulga para si mesmo esse lhe é próprio e se chama direito civil, direito inerente a própria cidade, mas o direito que a razão natural constituiu entre todos os homens e entre todos os povos que o observam, chama-se de direito das gentes, como se disséssemos o direito que todos os povos usam. Assim também, o povo romano usa de um direito que, em parte, lhe é próprio, em parte, comum a todos os homens. Quais sejam cada um desses direitos apresentá-los-emos nos devidos lugares (*Quae singula qualia sint, suis locis proponemus*)” In: GAIUS. **Institutas do Jurisconsulto Gaio**. Trad.: José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2004, p. 37.

²¹ BRANDÃO, Claudio. O Direito Grego Clássico. In: BRANDÃO, Claudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (Coord.). op. cit., pp. 125-126.

significa o reto caminho), por sua vez, estabeleceu um padrão, uma lógica de aplicação do modelo abstrato ao caso concreto e nas hipóteses decorrentes do mesmo. Sendo assim, o julgador perdeu a autonomia para construir a “melhor decisão” presente no *jus*, mas passou a ter um molde de aplicação previamente estabelecido.²²

Com a conquista de Roma pelos germânicos no século V, em 476, teve início a Idade Média, também conhecida como Idade das Trevas, tendo em vista a pequena produção intelectual e os diversos retrocessos sociais da época. O Estado deixou de existir como unidade, dando origem aos feudos, assim como deixou de haver um único imperador que detivesse todo o poder. Desse modo, os reis passaram a fazer o necessário para manter seu poder em seus feudos, controlando as forças militares, a administração dos bens disponíveis e principalmente a justiça, a fim de manter a ordem. Sendo assim, a unificação do direito então existente deu origem ao pluralismo jurídico, havendo diversas ordens normativas no mesmo território, ainda que sob o comando do mesmo rei. Nessa época também houve um declínio educacional, que, com o passar do tempo, resultou num analfabetismo generalizado, mesmo os entre os nobres, detentores do poder político-feudal. Esse arrefecimento cultural e intelectual só não foi maior porque houve uma manutenção do ensino nos feudos da igreja, que continuaram a ensinar grego e latim, assim como tinha como principal atividade a cópia de livros para formação de bibliotecas.²³ Todo esse processo teve consequências também no direito, onde o rei passou a determinar o que era justo, e o costume voltou a ser a principal fonte de aplicação jurídica, nas palavras de Brandão:

Nesse Panorama, o arrefecimento cultural teve como consequência natural o declínio da ciência jurídica, pois o nobre que criava e aplicava o direito não tinha a condição intelectual para lidar com o que havia sido construído até então pelo direito romano. A consequência disso é a utilização de critérios largamente arbitrários, que traduziam o próprio poder de controle de uma população servil, em regime de semiliberdade (*rectius*, semiescravidão), na qual o direito se confunde com a vontade e o senso (bom ou não) do senhor feudal de quem, a seu encargo, decide em nome do direito. Grossi registra que o poder político da época foi exercido de maneira muito variada e com uma expressiva efetividade em territórios determinados, não sendo raro constatar poderes ditatoriais nas mãos do príncipes. Nesse Panorama, emerge como principal fonte do direito o costume, por isso não se pode afirmar que, mesmo tendo sido produzidas legislações — sobretudo as dos bárbaros germânicos — havia uma norma geral prévia, produzida pelos detentores do poder político, como principal fonte do direito. (BRANDÃO, 2012, p. 138-139)

Cabe ressaltar, entretanto, uma retomada cultural ocorrida na Baixa Idade Média que

²² *Ibid.*, p. 131.

²³ *Ibid.*, pp. 135-138.

acarretou no surgimento da primeira escolástica com o intuito de responder às exigências da fé resultante do grande poder da Igreja na Idade Média, também da corrente do jusnaturalismo teológico (baseado na onisciência, onipresença e onipotência divina), assim como das universidades no Ocidente. Por conseguinte, em 1088, é criada a Universidade de Bolonha, a primeira universidade do Ocidente, baseada em estudos do direito romano, principalmente no estudo da retórica, utilizando-se do Digesto. Resulta também na fundação da primeira escola de pensamento jurídico medieval, a escola dos glosadores²⁴ (que manteve atividades de 1100 até 1250) quando foi editada a Magna Glosa. No entanto, ainda que estudassem o direito romano baseados na metodologia extraída da cultura romana, os glosadores não se preocuparam a adequação do conhecimento produzido para aplicação no seu tempo, não favorecendo o uso prático desse conhecimento. O período de 1250 a 1400, é conhecido como escola dos pós-glosadores, que, em face da influência da escolástica, utilizaram os conhecimentos de lógica, dialética e metafísica para explicar os conhecimentos extraídos do Digesto; logo, houve uma separação do direito em diversos ramos através de tratados com o objetivo de explicar o direito. Essa escola se caracteriza pela utilização do conhecimento produzido para resolução dos conflitos da sua época.²⁵

Com a chegada da Idade Moderna, no século XVI, teve início a formação dos Estados nacionais impulsionada pelo aumento do comércio o desenvolvimento de uma nova classe social (a burguesia), modificando o modo de vida feudal até então existente, passando por um fortalecimento da figura do rei no século XVII, cujo poder era absoluto e inquestionável, onde os indivíduos tinham poucos ou nenhum direito — visto que as normas partem do rei, que também é responsável por executá-las. O fortalecimento do poder monárquico é consequência do poder de influência de diversos pensadores como, por exemplo, Bodin, Hobbes, Maquiavél; o rei, portanto, detinha poder absoluto, concentrando todos os Poderes do Estado nas suas mãos; o Estado passou a ser extremamente intervencionista na vida dos indivíduos baseando-se no pacto entre súditos e príncipes. O direito, então, era posto como norma estatal, passível de uma única interpretação “verdadeira” — restando, ao juiz, apenas o dever de descobrir a “vontade concreta da lei”, na célebre expressão de Giuseppe Chiovenda.²⁶

²⁴ Conforme Brandao, *in verbis*: “A primeira escola do pensamento jurídico da Baixa Idade Média é assim chamada porque seus integrantes faziam comentários, chamados de glosas, com próprio texto do Digesto, em face a dificuldade de papel por conta das restrições comerciais da época entre a Europa e o norte da África, que tinha sido conquistada por muçulmanos que não comerciavam com os cristãos.” In: BRANDÃO, Claudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (Coord.). op. cit., p. 140.

²⁵ *Ibid.*, pp. 139-145.

²⁶ *Ibid.*, p. 108.

Importante ressaltar que, nessa época, o antropocentrismo toma o lugar do teocentrismo feudal, resultando numa diminuição do poder da Igreja e fortalecimento das estruturas políticas modernas; assim como o surgimento do direito natural racionalista²⁷ (também conhecido como jusnaturalismo racionalista). Com base nas teorias racionalistas, os homens passaram a ser livres por natureza, passaram também a possuir certos direitos inatos que não podem ser ignorados nem mesmo em sociedade. Essa corrente de pensamento, além de ter gerado a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, também estabeleceu garantias contra os monarcas da época, bem como acabou por inspirar o atual sistema internacional de proteção dos direitos do homem.

Observa-se, entre os séculos XVII E XVIII, uma grande influência das teorias racionalistas criadas até então para o direito, sendo esta uma transição, para alguns, ou uma cisão, para outros, entre o pensamento moderno (jusnaturalista) e o pensamento contemporâneo (positivista), que será a base, no século XIX, para que lei formal seja a principal fonte do direito novamente.²⁸

Nesta senda, cabe referir a distinção entre o direito natural e o direito positivo apregoada por Norberto Bobbio, *in verbis*:

Podemos destacar seis critérios de distinção:

a) o primeiro se baseia na antítese *universalidade/particularidade* e contrapõe o direito natural, que vale em toda a parte, ao positivismo, que vale apenas em alguns lugares (Aristóteles, Inst. — 1ª definição);

b) o segundo se baseia na antítese *imutabilidade/mutabilidade*: o direito natural é imutável no tempo, o positivismo muda. (Inst. — 2ª definição —, Paulo); esta característica nem sempre foi reconhecida: Aristóteles, por exemplo, sublinha a universalidade no espaço, mas não acolhe a imutabilidade no tempo, sustentando que também o direito natural pode mudar no tempo;

c) o terceiro critério de distinção, um dos mais importantes, refere-se à fonte do direito e funda-se na antítese *natura-potestas populus* (Inst. — 1ª definição —, Grócio);

d) o quarto critério se refere ao modo pelo qual o direito é conhecido, o modo pelo qual chega a nós (isto é, os destinatários), e lastreia-se na antítese *ratio-voluntas* (Glück): o direito é aquele que conhecemos através de nossa razão. (Este critério liga-se a uma concepção racionalista da ética, segunda a qual os deveres morais podem ser conhecidos racionalmente, e, de um modo mais geral, por uma concepção racionalista

²⁷ Conforme Brandão, *in verbis*: “Como toda corrente do direito natural, direito nacional racionalista se baseia em duas ordens jurídicas que coexistem a um só tempo: ao lado da ordem jurídica do Estado, existirá outra, anterior e superior àquela. Porém, diferente do pensamento grego clássico, que fundamentará o direito natural em princípios éticos, ou do direito natural cristão, que fundamenta a *lex anturialis* teologicamente, na Eterna lei de Deus, o direito natural racionalista se baseia na natureza sociável do homem. É a observação da natureza humana que, com emprego do método cartesiano, fará com que o direito natural seja deduzindo da sociabilidade humana. Aqui há uma guinada na ordem do pensamento, o fundamento do direito natural é o próprio homem, o que trará como consequência o *antropocentrismo*. In: BRANDÃO, Claudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (Coord.). op. cit., pp. 158-159.

²⁸ *Ibid.*, pp. 149-160.

da ética, segundo a qual os deveres morais podem ser conhecidos racionalmente, e, de um modo mais geral, por uma concepção racionalista da filosofia.) O direito positivo, ao contrário, é conhecido através de uma declaração de vontade alheia (promulgação);

e) o quinto concerne ao objeto dos dois direitos, isto é, aos comportamentos regulados por estes: os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou maus por si mesmos, enquanto aqueles regulados pelo direito positivo são por si mesmos indiferentes e assumem uma certa qualificação apenas porque (e depois que) foram disciplinados de um certo modo pelo direito positivo (é justo aquilo que é ordenado, injusto o que é vetado) (Aristóteles, Grócio);

f) a última distinção refere-se ao critério de valoração das ações e é enunciado por Paulo: o direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo estabelece aquilo que é útil.²⁹ (grifos no original)

Constata-se, portanto, que o direito passa a ser o conjunto normas criadas (pelo Poder Legislativo) e impostas aos casos concretos (pelo Poder Judiciário) enquanto atividade assumida pelo Estado, que não mais apenas escolhia “juízes” para dirimir controvérsias entre os indivíduos com base nos costumes e na equidade, mas sim como único criador do Direito existente, devendo este ser conhecido por todos e aplicado sem distinções, conforme o caso concreto.

No final do século XVIII teve início a Idade Contemporânea, onde o capitalismo se consolida como modo de produção. Diversas Revoluções como a Americana, a Francesa, assim como a Revolução Industrial tiveram grande influência no âmbito econômico, político e jurídico. O fortalecimento da burguesia e do capitalismo industrial, superando o capitalismo comercial da idade moderna, estabeleceram uma ideologia liberalista em oposição às estruturas colonialistas, mercantilistas e absolutistas até então predominantes. Observa-se então, nesse período pós absolutismo, uma distinção política severa entre ingleses e franceses, resultando em concepções distintas de Estado e de Constituição. Enquanto os ingleses calcam seu Estado em uma monarquia parlamentar onde tem origem uma “constituição” costumeira, os franceses constroem uma república baseados numa constituição escrita, de onde deriva o restante do sistema normativo. Todo esse período, segundo Daniel Mitidiero, é marcado pelo praxismo preprocessualista, ou seja, os conhecimentos são puramente empíricos, sem qualquer cunho principiológico ou especificação metodológica; logo, não havia, nessa época, qualquer teorização que separasse o processo do direito substantivo, ou seja, direito material e direito processual eram uma coisa só, sendo esse tão somente meio de atividade para resolução de problemas concretos.³⁰

²⁹ BOBBIO, Norberto. op. cit., pp. 22-23.

³⁰ MITIDIERO, Daniel Francisco. Processo e Cultura: Praxismo Processualismo e Formalismo em Direito Processual. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**. Porto Alegre, n. 2, 2004, p. 106. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/49871/31208>. Acesso em: 06 set 2018.

Com a chegada do século XIX, sob a égide dos pensamentos iluministas, assim como sob a pressão da classe burguesa — que passou a exigir a valorização dos preceitos legais aos casos concretos —, mas principalmente em razão da ausência de segurança jurídica durante o antigo regime, o direito positivado vem a predominar no cenário jurídico. Por conseguinte, em razão do advento do Código Napoleônico em 1804, desenvolve-se a Escola da Exegese, dando origem ao legalismo, posto que as transformações sociais e econômicas passaram a acontecer cada vez mais rápido, e o direito costumeiro já não conseguia solucionar as questões atinentes.³¹

A liberdade econômica é instaurada no final do século XIX, sintetizada na frase de “laissez faire, laissez passer”, cuja tradução seria “deixe fazer, deixe passar”. As ideias de pensadores liberais como Hegel, Kant, Rousseau, Adam Smith, de um Estado não intervencionista ou pouco interventor, onde o direito é um meio de manutenção da liberdade dos indivíduos³², onde as leis de mercado fossem uma consequência da “lei da oferta e da demanda”, resultando em uma organização por contratos entre particulares; defendia-se que não houvesse intervenção na resolução dos conflitos entre empregados e empregadores, ou entre diferentes empresas, deixando a livre concorrência recompensar o melhor ator econômico, tiveram repercussão até o século XX.³³ Sendo assim, com o final do século XIX, o praxismo processual — característico até a Idade Contemporânea — dá lugar ao processualismo como forma de tecnicização do direito e de despolitização dos seus operadores, retirando do plano jurídico o problema da justiça e colocando a norma jurídica, que provém do Estado (especificamente do Poder Legislativo, de maneira vertical, autoritária), assim como estabelecendo o processo em campo autônomo de estudo e atividade; porém, tal modificação fragilizou a relação do processo com o direito material, resultando num processo incapaz de evoluir junto com os fatos sociais.³⁴

³¹ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 72-81.

³² Nesse sentido, faz-se importante mencionar o entendimento apregoado por Hegel, *litteris*: “O domínio do direito é o espírito em geral; aí, a sua base própria, o seu ponto de partida está na vontade livre, de tal modo que a liberdade constitui a sua substância e o seu destino e que o sistema do direito é o império da liberdade realizada, o mundo do espírito produzido como uma segunda natureza a partir de si mesmo.” In: HEGEL, G. W. F. **Princípios da Filosofia do Direito**. Trad.: Orlando Vitorino, 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 12.

³³ SALDANHA, Nelson. O Direito Grego Clássico. In: BRANDÃO, Claudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (Coord.). op. cit., pp. 219-225.

³⁴ MITIDIERO, Daniel Francisco. op. cit., 2004, p. 107. A respeito do processualismo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira refere que a separação absoluta entre direito material e do direito processual acabou comprometendo a finalidade centra do processo, que seria a de servir como meio de realização do direito material com justiça. Refere ainda que, em razão da origem pandectista, a ciência processual estaria comprometida com a neutralidade axiológica que era característico a ciência jurídica alemã da época. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**, 4. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 20.

No século XX, após uma grave crise do Estado liberal, teve surgimento o Estado Social com a Constituição de Weimar, que privilegiava os direitos sociais de segunda dimensão/geração, em vez dos direitos individuais, a fim de melhorar a sociedade. Em 1929, a Grande Depressão (também conhecida como Crise de 29) foi o resultado da retomada da economia europeia após a Primeira Guerra Mundial, que gerou a queda das importações dos produtos produzidos nos Estados Unidos, e resultou no novo programa econômico americano conhecido como New Deal. Implantado pelo Presidente Franklin Delano Roosevelt, o New Deal (novo acordo, em português) foi uma série de medidas que passaram a ser concretizadas em 1933. Dentre elas, se destacam: controle sobre bancos e instituições financeiras e econômicas; construção de obras de infra-estrutura para a geração de empregos e aumento do mercado consumidor; concessão de subsídios e crédito agrícola a pequenos produtores familiares; criação de Previdência Social, que estipulou um salário mínimo, além de garantias a idosos, desempregados e inválidos; incentivo à criação de sindicatos para aumentar o poder de negociação dos trabalhadores e facilitar a defesa dos novos direitos instituídos, ou seja, uma série de medidas que concretizaram uma maior atividade do Estado no mercado e também na vida das pessoas. Na Europa, regimes totalitários como o de Benito Mussolini e de Adolf Hitler resultam na máxima concentração de poder organizacional e executório por parte do Estado.

Nesse panorama, estudos capitaneados por Hans Kelsen acarretaram no aprimoramento ao máximo do pandectismo jurídico, ocasionando a constituição de séries conceituais como direito subjetivo, direito de utilização, direito de propriedade, direito das coisas, etc. Caracterizada pela completude dos conceitos, essa teorização se manifestou na elaboração em que ficaram estabelecidos diversos conceitos, divididos em subconceitos de maneira sistemática facilitando a subsunção dos casos concretos à norma.

Com a Segunda Guerra Mundial e com a Guerra Fria, foram criados diversos tratados internacionais, para controle econômico, populacional, bélico, assim como regulamentações nacionais, que diminuíram o âmbito de disposição dos indivíduos; logo, tornaram-se sólidos os poderes do Estado.

Portanto, o Estado expande as suas atividades, deixando de ser apenas uma instituição passiva, para atuar também de forma ativa na distribuição de riqueza, na regulação e participação do mercado, entre outras atividades. Logo, o Estado participa não só como garantidor, mas incentivador e principalmente como organizador social.

Nesse contexto cabe citar o entendimento de Tércio Sampaio Ferraz Junior, *in verbis*:

É verdade que, modernamente, as transformações e o aumento de complexidade da sociedade industrial alteram em parte essa situação. Afinal, hoje, o Estado cresceu para além de sua função garantidora e repressiva, aparecendo muito mais como produtor de mercadorias. Com isso, foi sendo montado um complexo instrumento jurídico que lhe permitiu, de um lado, organizar sua própria máquina assistencial, de serviços e de produção e, de outros, criar um imenso sistema de estímulos e subsídios. Ou seja, o Estado, hoje, se substituiu, ainda que parcialmente, ao mercado na coordenação de economia, tornando-se o centro de distribuição da renda, ao determinar preços, ao taxar, ao criar impostos, ao fixar índices salariais etc. De outro lado, a própria sociedade alterou-se, em sua complexidade, com o aparecimento de fenômenos novos, como organismos internacionais, empresas multinacionais, fantásticos sistemas de comunicação etc.

Ora, neste contexto, o direito, como fenômeno marcadamente repressivo, modifica-se, tornando-se também e sobretudo um mecanismo de controle premunitivo: em vez de disciplinar e determinar sanções em caso de indisciplina, dá maior ênfase a normas de organização, de condicionamentos que antecipam os comportamentos desejados, sem atribuir o caráter de punição às consequências estabelecidas ao descumprimento. Nessa circunstância, o jurista, além de sistematizador e intérprete, passa a ser também um teórico do aconselhamento, das opções e das oportunidades, conforme um cálculo de custo-benefício, quando examina, por exemplo, incentivos fiscais, redução de impostos vantagens contratuais, avalia a necessidade e a demora nos processos judiciais etc.³⁵

Como é possível extrair do breve contexto histórico do Estado e das normas, observa-se que houve uma oscilação de ambos onde, por vezes, o Estado passou a deter maior ou menor poder, assim como as normas, por vezes, resultavam de costumes ou leis escritas. Inegável, no entanto, é a conexão entre o exercício de poder do Estado e a criação das leis.

1.2 O CÓDIGO BUZAID COMO SISTEMA DE ADEQUAÇÃO LEGAL DO PROCESSO

Em meio às correntes filosóficas e aos eventos históricos referidos, o processo civil era visto e tratado somente como meio para a prática judiciária, como uma sucessão de atos formais sem qualquer teorização catedrática. Apenas na metade final do século XIX, com Oskar Bülow, passou-se a estabelecer autonomia ao direito processual.

O Brasil, embora não tenha passado por todas essas transformações, foi fortemente influenciado pelas correntes filosóficas apresentadas. Sendo assim, o sistema processual civil brasileiro precisava ser atualizado para estar de acordo com as inovações científicas da época.

Buscando conciliar os ideais de justiça (cujo foco é a melhor solução para lide posta, ainda que tardia) e paz social (que busca estabelecer a harmonia ao meio da maneira mais célere possível), o processo civil brasileiro, através de um método indutivo de compreensão das necessidades da população, procurava por uma forma para propiciar uma justiça rápida e eficiente, na qual as partes estivessem dotadas de instrumentos seguros e modernos de eliminação de litígios tanto no âmbito civil quanto no administrativo que caibam ao judiciário.

³⁵ FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. op. cit., p. 84.

Restava, no entanto, a dúvida quanto ao que seria melhor: a reforma do código vigente ou a criação de um código completamente novo³⁶.

Alfredo Buzaid (a época Ministro da Justiça e Negócios Interiores) faz críticas ao código vigente no Projeto do que viria a ser a Lei n.º 5.869, vejamos:

3. No Código de Processo Civil vigente podem distinguir-se quatro partes fundamentais: a primeira se ocupa com o chamado processo de conhecimento (artigos 1º a 297); a segunda, a maior de todas, abrange numerosos procedimentos especiais (artigos 298 a 781); a terceira é dedicada aos recursos e processos de competência originária dos tribunais (artigos 782 a 881); e a quarta e última tem por objeto o processo de execução (artigos 882 a 1.030).

O processo de conhecimento, elaborou-o o legislador segundo os princípios modernos da ciência do processo. Serviram-lhe de paradigma os Códigos da Austria, da Alemanha e de Portugal; nesses diplomas, bem como nos trabalhos preparatórios de revisão legislativa feitos na Itália, foi o legislador brasileiro buscar a soma de experiências e encontrar os altos horizontes, que a ciência pudera dilatar, a fim de construir uma sistemática de fecundos resultados práticos.

4. O legislador brasileiro não foi, porém, feliz nas outras partes. Manteve injustificavelmente uma série exaustiva de ações especiais, minuciosamente reguladas em cerca de quinhentos artigos, que compreendem quase a metade do Código. Vergando ao peso da tradição, conservou as linhas básicas dos recursos que herdamos de Portugal, com as distinções sutis que os tornam de trato difícil. O processo de execução, que reproduz o sistema do direito anterior, não avançou senão algumas tímidas inovações.

Os princípios informativos do Código, embora louváveis do ponto de vista dogmático, não lograram plena efetivação. A extensão territorial do País, as promoções dos magistrados de entrância para entrância, o surto do progresso que deu lugar à formação de um grande parque industrial e o aumento da densidade demográfica vieram criar considerável embaraço à aplicação dos princípios da oralidade e da identidade da pessoa física do juiz, consagrados em termos rígidos no sistema do Código. Os

³⁶ Na exposição de motivos do Código, foi apresentada a necessidade de criar um novo código, vejamos: “Foi sob a inspiração e também sob o temor desse conselho que empreendemos a tarefa de redigir o projeto, a fim de pôr o sistema processual civil brasileiro em consonância com o progresso científico dos tempos atuais.

Ao iniciarmos os estudos, depararam-se-nos duas sugestões: rever o Código vigente ou elaborar Código novo. A primeira tinha a vantagem de não interromper a continuidade legislativa. O plano de trabalho, bem que compreendendo a quase totalidade dos preceitos legais, cingir-se-ia a manter tudo quanto estava conforme com os enunciados da ciência, emendando o que fosse necessário, preenchendo lacunas e suprimindo o supérfluo, que retardam o andamento dos feitos.

Mas a pouco e pouco nos convencemos de que era mais difícil corrigir o Código velho do que escrever um novo. A emenda ao Código atual requeria um concerto de opiniões, precisamente nos pontos em que a fidelidade aos princípios não tolera transigências. E quando a dissensão é insuperável, a tendência é de resolvê-la mediante concessões, que não raro sacrificam a verdade científica a meras razões de oportunidade. O grande mal das reformas parciais é o de transformar o Código em mosaico, com coloridos diversos que traduzem as mais variadas direções. Dessas várias reformas tem experiência o País; mas, como observou Lopes da Costa, umas foram para melhor; mas em outras saiu a emenda pior que o soneto.

Depois de demorada reflexão, verificamos que o problema era muito mais amplo, grave e profundo, atingindo a substância das instituições, a disposição ordenada das matérias e a íntima correlação entre a função do processo civil e a estrutura orgânica do Poder Judiciário. Justamente por isso a nossa tarefa não se limitou à mera revisão. Impunha-se refazer o Código em suas linhas fundamentais, dando-lhe novo plano de acordo com as conquistas modernas e as experiências dos povos cultos. Nossa preocupação foi a de realizar um trabalho unitário, assim no plano dos princípios, como no de suas aplicações práticas.” In: BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, v. 1, t.1, 1974. pp. 9-10.

inconvenientes resultavam não do sistema, mas de sua adaptação às nossas condições geográficas, a cujo respeito falharam as previsões do legislador. Não se duvidava, pois, da excelência do princípio da oralidade, mas se apontavam os males de uma aplicação irrestrita e incondicional à realidade brasileira.

Malgrado esses defeitos e outros que serão adiante indicados, reconhecemos que o Código de Processo Civil representa um assinalado esforço para adequar o direito brasileiro à nova orientação legislativa dos povos civilizados.³⁷

Posto isso, o Código de Processo Civil de 1973 foi reformulado passando a estar dividido em cinco livros: o primeiro tratava do processo de conhecimento; o segundo, do processo de execução; o terceiro, do processo cautelar; o quarto, dos procedimentos especiais; e o quinto, das disposições gerais e transitórias.³⁸

A adequação do processo jurisdicional, portanto, era o foco da sistematização estabelecida no CPC/73, onde se fazia necessária uma adaptação às diversas necessidades da jurisdição, posto que, por exemplo, o processo de conhecimento (que trata de reconhecer a qual das partes cabe o direito em questão) requer rito distinto do processo de execução (que trata da efetivação do direito da parte) ou até mesmo do processo cautelar (que busca garantir o objeto da lide)³⁹. Desse modo, observa-se que há, de acordo com Galeno Lacerda, no CPC/73,

³⁷ Ibid., pp. 11-12.

³⁸ No que concerne a estruturação do Código de Processo Civil, o professor Galeno Lacerda comenta: “O princípio de adequação se revela na maneira como foi estruturado o Código. Os títulos dados aos três primeiros livros “processo de conhecimento”, “processo de execução” e “processo cautelar”, denotam a preocupação de ressaltar, na sistematização da matéria, as finalidades da jurisdição, o aspecto teleológico do processo, exatamente aquele que, mais importante, lhe define a essência, como realidade jurídica instrumental, voltada para a causa final.

Já o livro quatro, destinado aos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa e aos administrativos afetos ao judiciário, ditos de “jurisdição” voluntária, surge como necessidade de adaptação do rito, quanto aos primeiros, a peculiaridades típicas de determinadas relações jurídicas materiais, e, quanto aos segundos, a exigências próprias, também, da providencia administrativa requerida.” LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Coord.). **Meios de impugnação ao julgado civil. Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 258.

³⁹ Cabe aqui trazer as considerações de Galeno Lacerda a respeito da diversificação dos procedimentos, *in verbis*: “O procedimento comum ou ordinário pressupõe a existência de lide com controvérsia, motivo por que cumpre assegurar, desde o início, rígida posição de igualdade entre as partes, cabendo o ônus do contraditório ao autor, pois se lhe presume a titularidade do direito. É bem possível que a razão assista ao réu. Daí a ausência de instrução, sem compromisso com qualquer das partes.

Já os procedimentos especiais e cautelares, que se inauguram com mandado liminar coercitivo, pressupõem necessidade pronta e imediata de tutela ao interesse do autor, circunstância que, em certo sentido, desnivela as partes ao umbral do processo, com consequências notórias quanto à alteração do rito. Aliás, esses tipos de procedimento se originam da forma interdital romana, e denotam a coexistência, ao longo da história, de dois sistemas processuais perfeitamente diferenciados, um a reclamar tratamento igual às partes, e outro a justificar a tutela liminar em favor do autor, embora condicional e provisória, ambos, porém, resultantes de adequação condizente com situações e valores distintos da lide material. O mesmo vale para outros tipos de procedimentos especiais, sem mandado liminar, mas cujo rito decorre de peculiaridade da relação jurídica material controvertida, como, por exemplo, nas ações de consignação em pagamento.

O procedimento sumário, por sua vez, atende a conveniências políticas, econômicas e sociais, de rápida eliminação

variações nos ritos dos “processos relativos a cada uma dessas funções resultam também de imperativos de adequação, seja a finalidades distintas de tutela, seja a realidades jurídicas diversas.” (LACERDA, 2007, p. 255)

Para atingir as finalidades necessárias às variações, seriam fundamentais, ainda segundo Lacerda, três fatores: primeiro, a adaptação do instrumento ao sujeito que o maneja; segundo, adequação em relação ao objeto da questão; terceiro, o fim jurídico que se busca. Todos esses fatores de adaptação deveriam funcionar de maneira simultânea, visto que qualquer modificação referente às partes (adequação subjetiva) ou ao objeto (adequação objetiva) muda o plano processual por completo.⁴⁰

As modificações implementadas buscavam, conforme referiu o professor Alfredo Buzaid na conclusão do projeto, “conferir aos órgãos jurisdicionais os meios de que necessitam para que a prestação da justiça se efetue com a presteza indispensável à eficaz atuação do Direito.” (BUZOID, 1973, p. 32)

Pode-se notar, *prima facie*, algumas novidades em relação ao código de 1939, por exemplo, a caracterização do litigante da má-fé (art. 17), o efeito da revelia (art. 319), o julgamento antecipado do mérito (art. 330), a sistematização das cautelares em um livro distinto (L. III, arts. 796 ss.).

Entretanto, o Código de Processo Civil de 1973 nos apresentou o processualismo, impondo um método científico baseado na lógica teórico-positiva, destoando completamente da realidade brasileira. Pode-se notar tal dissintonia através da análise dos elementos estranhos inseridos no código, por exemplo, a positivação de um Processo de Conhecimento (constante

de determinados conflitos. O rito abreviado surge como imposição desses objetivos.

Quanto ao procedimento executório, mais nítida, ainda, se manifesta a necessidade de adaptação à natureza da relação jurídica obrigacional, corresponde ao direito subjetivo, cuja a realização compulsória se pretende. Daí a existência de um rito próprio e específico para a execução das obrigações de dar quantia certa, com devedor solvente ou insolvente; outro, para a liquidação das de quantia incerta; outro para as de dar coisa certa; outro, enfim, para as obrigações de fazer e de não fazer. Seria tão descabido cogitar-se de penhora para entrega de coisa, quando de imissão de posse para pagamento de quantia certa. Para cada espécie executória, o ato processual adequado.

O mesmo, ao que concerne ao procedimento cautelar. Primeiro, a necessidade de pronta segurança obriga a um procedimento sumário. Segundo, esse procedimento há de variar conforme a natureza da medida pleiteada. Claro está que a simples antecipação de prova não requer o procedimento contraditório e mais complexo de uma antecipação de garantia, ou da antecipação provisória do juízo, como ocorre, esta, nos alimentos provisionais.

Demonstrada assim a fundamental importância da adequação do processo, como instrumento aos sujeitos da relação processual, ao objeto da lide e à finalidade da prestação jurisdicional, cumpre que se examine o Código de Processo Civil à luz desse princípio.” LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Coord.). Op. cit., pp. 255-256.

⁴⁰ Ibid. 252-256.

no primeiro livro), seguido de um Processo de Execução rígido (presente no segundo livro).

Logo, o que se pode observar é a presença de dispositivos cogentes inflexíveis, que dificultavam a fluidez e aumentavam a morosidade do processo, por exemplo, o artigo 10⁴¹, que atribuía ao marido, de maneira exclusiva, o direito de contestar as ações que versassem sobre o patrimônio do casal; o artigo 162⁴², que incumbia apenas ao juiz diversos atos, ainda que meramente ordinatórios, que acabava por paralisar os processos e ocupar muitas horas dos magistrados com atos sem qualquer conteúdo propriamente jurídico; o artigo 604⁴³, que acrescentava a atuação desnecessária de um contador, posto que o cálculo poderia ser apresentado pelo próprio exequente com a simples utilização de matemática aritmética. Outra crítica ao projeto é a manutenção injustificada de uma série de procedimentos especiais, regulados por cerca de quatrocentos artigos, mas que também figuram em várias outras leis específicas. Pode-se referir ainda: a manutenção de procedimentos especiais, a fim de prover direitos que já poderiam ser contemplados no direito material com mero remanejamento do processo comum ordinário, e a presença de um procedimento ordinário, considerado fastidioso, anacrônico e demorado.

A respeito do tema, cabe citar a análise de Cândido Rangel Dinamarco, *in verbis*:

O segundo Código de Processo Civil nacional, promulgado no ano de 1973 e vigente desde 1974, foi uma réplica do anterior (o de 1939), com expressivos aperfeiçoamentos formais e algumas relevantes inovações substanciais, mas muito pouco para que nele se pudesse identificar um *novo estilo* de processo civil.⁴⁴

Assim, o CPC/73 representa o suporte sobre o qual os demais institutos processuais civis, e até mesmo alguns de direito material, se pautam como um sistema posto e orientado

⁴¹ CPC/73: Art. 10. Compete ao marido, seja qual for o regime de bens, propor ou contestar ações, ainda as que toquem diretamente à sua mulher; mas, sem o consentimento desta, não pode pleitear acerca de bens imóveis ou direitos reais sobre imóveis alheios. In: BRASIL. Código de Processo Civil. Brasília, DF. 1974.

⁴² CPC/73: Art. 162. Os atos judiciais consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.
 § 1.º Sentença é o ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa. .
 § 2.º Decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso, do processo, resolve questão incidente.
 § 3.º São despachos todos os demais atos judiciais praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma. In: BRASIL. Código de Processo Civil. Brasília, DF. 1974.

⁴³ CPC/73. Art. 604. Far-se-á a liquidação por cálculo do contador, quando a condenação abranger:
 I - juros ou rendimento do capital, cuja taxa é estabelecida em lei ou contrato;
 II - o valor dos gêneros, que tenham cotação em bolsa;
 III - o valor dos títulos da dívida pública, bem como de ações ou obrigações de sociedades, desde que tenham cotação em bolsa. In: BRASIL. Código de Processo Civil. Brasília, DF. 1974.

⁴⁴ DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. I. 9ª.ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2017, pp. 34-35.

pelo Estado com a finalidade de permitir a administração da justiça.

Diante de tal contexto, calha transcrever o seguinte excerto da obra de Galeno Lacerda:

Isto significa que o Código representa, na verdade, o sistema legal de adequação do processo, como instrumento aos sujeitos que o acionam, ao objeto sobre o qual atua e aos fins da respectiva função judiciária, polarizando sempre para a declaração e realização do direito em concreto.⁴⁵

Desse modo, observa-se que o Código de Processo Civil de 1973 foi pouco inovador e não trouxe, de fato, melhorias substanciais ao processo civil brasileiro, tendo permanecido como “(...) refém de formas inúteis e de uma insustentável proliferação de recursos, que atenta contra a promessa constitucional de um processo realizado em tempo razoável (Const., art. 5º, inc. LXXVIII).” (DINAMARCO, 2017, p. 35)

Nesta senda, ainda na década de setenta — quando o código já vigorava — tomou força a corrente de pesquisa referente a tutela constitucional do processo, ou seja, conforme os princípios e garantias estabelecidos na Constituição Federal. Conforme os defensores dessa nova visão processual, o processo deve se caracterizar pelo formalismo não se apegando tanto as questões técnicas desnecessárias, mas sim a efetivação de valores em especial os constitucionais.

Nessa senda, cabe referir o que apregoou Daniel Mitidiero:

É nesse ambiente que se chega ao formalismo no Brasil, como modelo processual próprio do momento que ora se vive. Superado aquele estágio anterior de exacerbação técnica, de vida legal breve entre nós, recobra-se a consciência de que o processo está aí para concretização de valores, não sendo estranho à função do juiz a consecução do justo, tanto que se passa a vislumbrar, no processo, o escopo de realizar a justiça no caso concreto, convocando-se uma racionalidade prática para condução do debate judiciário. Mais: a tomada de consciência de que a força normativa da Constituição deve alcançar todo o direito processual civil, não sendo esse outra coisa que não o próprio direito constitucional aplicado, fez acentuar os poderes do juiz na relação jurídica processual, armando-o de técnicas capazes de proporcionar ao jurisdicionado o efetivo acesso à ordem jurídica justa, sobrando evidente que, nesse panorama, o próprio conceito de jurisdição transforma-se sobremaneira, consoante já tivemos a oportunidade de registrar alhures. A Constituição de 1988 imprimiu o método instrumentalista, próprio do formalismo, bem aproveitando a doutrina o ambiente cultural propício para transformação de nosso processo civil.⁴⁶

Portanto, o se pode observar é que, mesmo com complexa e morosa elaboração, o

⁴⁵ LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Coord.). op. cit., p.258.

⁴⁶ MITIDIERO, Daniel Francisco. op. cit., 2004, pp. 125-126.

CPC/73, desde sua promulgação, recebeu críticas pelos pontos falhos, principalmente pela morosidade na efetivação da tutela jurisdicional e pelo excesso de formalismo, e, por consequência, foi alvo de amplas e significativas reformas que serão sinteticamente abordadas nos próximos tópicos.

1.3 A PASSAGEM DO CÓDIGO BUZAID PARA O CÓDIGO REFORMADO: OS PODERES DO JUIZ PARA A ADEQUAÇÃO DO PROCESSO

Durante a passagem da década de setenta para a década de oitenta, cresceram os movimentos pela efetividade do processo, pela asseguaração das tutelas jurisdicionais em meio ao repúdio pelo formalismo exagerado e aos procedimentos inúteis ou desnecessário.

Sendo assim, o direito processual civil passou por diversas reformas após sua entrada em vigor em 1973, destas, tem especial relevância a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), que pontuou o processo como tutela constitucional.

Sobre o tema, os autores Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, e Daniel Mitidiero referem a finalidade das modificações realizadas, vejamos:

No Código Buzaid, reservava--se ao juiz no procedimento comum ordinário do processo de conhecimento tão somente a tarefa de conhecer das alegações das partes e decidir a controvérsia mediante sentença. Toda e qualquer atividade executiva deveria ser buscada, em sendo o caso, no processo de execução, ao passo que toda e qualquer providência provisória deveria ser postulada mediante o emprego do processo cautelar. As sucessivas reformas a que submetido concentraram no procedimento comum do processo de conhecimento atividades de execução (a título de cumprimento de sentença) e a possibilidade de o juiz tutelar provisoriamente as partes ao longo do procedimento (mediante antecipação da tutela).⁴⁷

Nessa senda, o processo civil ganha nova visão teórica, passando a caracterizar-se como instrumento para realização do direito material. O instrumentalismo (denominação dada a nova teorização processual) passa a requerer do juiz um papel mais ativo, declarando a vontade concreta da lei, preponderando um enfoque técnico e tendo a efetividade como valor máximo a ser buscado.⁴⁸ O direito constitucional, porém, ainda não é destacado, mas visto tão somente

⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 141.

⁴⁸ A respeito da efetividade, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira destaca: “A efetividade está consagrada na Constituição Federal, art. 5º XXXV, pois não é suficiente são somente abrir a porta de entrada do Poder Judiciário, mas prestar jurisdição tanto quanto possível eficiente, efetiva e justa, que conceda ao vencedor no plano jurídico e social tudo a que faça jus. Numa perspectiva dinâmica, implica ainda o direito da parte à possibilidade séria e real de obter do juiz uma decisão de mérito, devendo sempre que possível ser afastados os óbices meramente formais que impeçam esse desiderato.” In: ALVARO DE OLIVEIRA. op. cit., 2010, p. 111.

como salvaguarda dos indivíduos contra o arbítrio do Estado. As ideias defendidas pelo instrumentalismo são de suma importância para o direito brasileiro; no entanto, existem algumas críticas à referida corrente teórica: a primeira é quanto a simples função declaratória da jurisdição, posto que, se assim considerada, caracterizaria uma minimização do papel das partes e do juiz, assim como não reconheceria a atividade reconstrutiva da jurisdição mediante o processo; a segunda se refere a relação entre o processo e a Constituição, pois não se trata apenas de garantias constitucionais do processo, mas sim de uma nova teoria das normas e dos direitos fundamentais; quanto a terceira e última crítica trata da jurisdição como centro da teoria do processo, uma vez que essa seria uma perspectiva unilateral do processo, ignorando a o caráter participativo derivado da democracia constitucional.⁴⁹

A primeira reforma foi efetuada pela Lei n. 5.925, de 1º de outubro de 1973, que retificou dispositivos do próprio CPC/73, por exemplo, o Art. 5º⁵⁰, que trata da relação jurídica que se torna litigiosa; o Art. 10⁵¹, no tocante ao consentimento do cônjuge para propor determinadas ações; e o Art. 22⁵², que se refere às alegações do réu em contestação.

Posteriormente, ainda em 1973 e em 1974, foram promulgadas as Leis n.ºs. 6.014 e 6.071, respectivamente, a fim de compatibilizar o Código com os demais dispositivos normativos existentes; em 1985, com a promulgação da Lei da Ação Civil Pública, iniciaram-se as tutelas coletivas — forma de tutela que ganhou força com a Constituição Federal 1988.

Decorrente do neoconstitucionalismo e calcado em direitos fundamentais, surge o formalismo processual com o cerne de concretizar, na esfera processual, valores previstos na constituição. O Formalismo-valorativo (denominação do formalismo ou ainda da forma, conforme refere o Carlos Alberto Alvaro de Oliveira⁵³) tem como baliza a dignidade da pessoa

⁴⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil. vol. I.** São Paulo: Atlas, 2012, pp.15-16.

⁵⁰ CPC/73: Art. 5º Se, no curso do processo, se tornar litigiosa relação jurídica de cuja existência ou inexistência depender o julgamento da lide, qualquer das partes poderá requerer que o juiz a declare por sentença. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973).

⁵¹ CPC/73: Art. 10. O cônjuge somente necessitará do consentimento do outro para propor ações que versem sobre bens imóveis ou direitos reais sobre imóveis alheios. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1973).

⁵² CPC/73: Art. 22. O réu que, por não argüir na sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, dilatar o julgamento da lide, será condenado nas custas a partir do saneamento do processo e perderá, ainda que vencedor na causa, o direito a haver do vencido honorários advocatícios. (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1.10.1973)

⁵³ De acordo com Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, o formalismo ou forma em sentido amplo abrange "a totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais", investindo-se, assim, na "tarefa de indicar as fronteiras para o começo e o fim do processo, circunscrever o material

humana, tanto para criação legislativa, quanto para o exercício da jurisdição ou da organização e atividade do Estado. Busca, de outro modo também, controlar eventuais excessos de uma parte em face a outra, servindo como instrumento para igualá-las ainda que apenas no aspecto formal. Logo, o formalismo-valorativo impõe, no plano normativo, uma distribuição de poderes equânime e, no plano do fato, sustenta o exercício dos poderes de uma parte, assim como garante o exercício dos poderes da parte adversa; constituindo, pois, poderes, deveres e faculdades durante o procedimento e na atividade cognitiva do juiz.⁵⁴

Diante de tal contexto, calha transcrever o seguinte excerto da obra de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero, no qual bem trata do escopo do formalismo, nos seguintes termos:

Além de equacionar de maneira adequada as relações entre direito e processo, entre processo e Constituição, e colocar o processo no centro da teoria do processo, o formalismo-valorativo mostra que o formalismo do processo é formado a partir de valores – justiça, igualdade, participação, efetividade, segurança -, base axiológica a partir da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação.

Nessa perspectiva, o processo é visto para além da técnica, como fenômeno cultural, produto do homem e não da natureza. Nele os Valores constitucionais, principalmente o da efetividade e o da segurança, dão lugar a direitos fundamentais, com características de normas principais. A técnica passa a segundo plano, consistindo em mero meio para atingir o valor. O fim último do processo já não é mais apenas a realização do direito material, mas a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso, e a pacificação social. A lógica é argumentativa, problemática, da racionalidade prática. O juiz, mais do que ativo, deve ser cooperativo como exigido por um modelo de democracia participativa e a nova lógica que informa a discussão judicial, ideias essas inseridas num novo conceito, o de cidadania processual.⁵⁵

Sendo assim, após a promulgação da Constituição Federal, em 1988, “as normas processuais passam a ser vistas principalmente como limites ao arbítrio do Estado.” (ALVARO DE OLIVEIRA; MITIDIERO, 2012, p. 17). Posteriormente, o processo passa a representar a autoaplicabilidade dos direitos fundamentais, assim como a proibição de proteção insuficiente ou excessiva e também do retrocesso na asseguaração dos direitos fundamentais, devendo, desde logo, a legislação infraconstitucional e a conseqüente interpretação dos dispositivos constantes

a ser formado, estabelecer dentro de quais limites devem cooperar e agir as pessoas atuantes no processo para o seu desenvolvimento". O formalismo "contém, portanto, a própria ideia do processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento" In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. op. cit., 2010, p. 28).

⁵⁴ Ibid, p. 30.

⁵⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. op. cit. 2012, p. 16.

no sistema normativo brasileiro em conformidade com os direitos fundamentais.⁵⁶

Em 1994, por iniciativa dos Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e o Ministro Athos Gusmão Carneiro (ambos do STJ) ocorreram, como diziam eles próprios, diversas minirreformas no processo civil, em razão principalmente da morosidade do sistema, a fim de acelerar a tutela jurisdicional. Nestes esforços de renovação, ganhou relevância a teorização do professor Kazuo Watanabe quanto a observância do trinômio efetividade-adequação-tempestividade com a finalidade de ofertar tutelas jurisdicionais em tempo razoável contida no Pacto de San José da Costa Rica e posteriormente positivado no art. 5º, inc. LXXVIII da CF/88.⁵⁷

Um dos principais projetos revisores resultou na Lei n. 8.952, de 13 de dezembro 1994, que alterou muitos artigos do CPC/73. Dentre eles destaca-se a inserção no ordenamento processual civil do Art. 273⁵⁸, que definiu e regulamentou a antecipação, total ou parcial, dos efeitos das tutelas pretendidas, e o Art. 461⁵⁹, que instituiu a tutela específica nos casos das obrigações de fazer, não fazer e entregar. Em 1995, sob readequação do artigo 524⁶⁰, o agravo de instrumento passou a apresentado diretamente ao tribunal competente e não mais ao juízo de primeiro grau como anteriormente.⁶¹ Essa reforma foi uma modificação de extrema relevância para o processo civil brasileiro, visto que, com a reforma de 1994, em nome da efetividade do direito pleiteado, a segurança jurídica é relativizada (sendo concedida prestação de mérito, em fase procedimental ainda inicial — de caráter sumario — muito longe da fase de

⁵⁶ Ibid., p. 18.

⁵⁷ DINAMARCO, Candido Rangel. op. cit., p. 37-38.

⁵⁸ CPC/73: Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e: (Redação dada pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994)

(...)

⁵⁹ CPC/73: Art. 466. A sentença que condenar o réu no pagamento de uma prestação, consistente em dinheiro ou em coisa, valerá como título constitutivo de hipoteca judiciária, cuja inscrição será ordenada pelo juiz na forma prescrita na Lei de Registros Públicos.

(...)

⁶⁰ CPC/73: Art. 524. O agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente, através de petição com os seguintes requisitos: (Redação dada pela Lei nº 9.139, de 30.11.1995)

⁶¹ DINAMARCO, Candido Rangel. op. cit., 2017, pp. 38-39

cognição decisória — de caráter exauriente).⁶²

Em meio a possibilidade de relativização da segurança em favor da efetividade, ganha importância o dever de motivação das decisões judiciais (que passou a constar expressamente no art. 93, Inciso IX da Constituição Federal após a EC nº 45), onde o emprego dos argumentos mais persuasivos, objetivos e precisos devem formar uma fundamentação capaz de trazer a confiança da sociedade no judiciário, posto que minimiza o “risco do personalismo e da apresentação de convicções pessoais como se fossem direito objetivo.” (ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 101). O formalismo processual, portanto, fortalece o papel da segurança jurídica enquanto elemento disciplinador do processo.

Segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, a ideia de processo justo se refere a uma coexistência pacífica entre segurança e efetividade, posto que há uma conexão direta entre esses valores, vejamos:

No ambiente processual, ganha lugar de destaque o devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição da República), direito fundamental que exige como corolários a imparcialidade do órgão judicial, a proibição de juízos de exceção e o princípio do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), a igualdade (art. 5º, *caput*), aí compreendida a paridade de armas, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV), a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI), devendo o litígio ser solucionado por meio de decisão fundamentada (art. 94, IX) e em prazo razoável (art. 5º, LXXVIII). Daí decorre a norma principal do direito fundamental ao processo justo, com toda sua corte de direitos fundamentais processuais e substanciais, inclusive o da efetividade. Não deve surpreender falar-se em efetividade ao se cuidar da segurança jurídica, pois os valores se *implicam reciprocamente*, no sentido de que nenhum deles se realiza sem influir, direta ou indiretamente, na realização dos demais. O mundo da cultura é sempre um mundo *solidário*, no sentido da interdependência necessária de seus fatores, mas não no sentido da coexistência pacífica dos interesses, que é ideal a ser atingido.⁶³ (grifos no original)

Em de 26 de dezembro de 2001, foi promulgada a Lei nº. 10.352, a qual alterou o código processual nas disciplinas de recursos e reexame necessário e, no mesmo ano, a Lei n. 10.358 alterou institutos diversos, dentre eles o processo de conhecimento. Em 2002, a Lei n. 10.444

⁶² No que se refere ao contraponto entre efetividade e segurança, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira explana sobre instrumentalidade desses valores idealmente tratados no processo, *in verbis*: “Além disso, deve ser ressaltado que a efetividade e a segurança constituem valores essenciais para a conformação do processo em tal ou qual direção, com vistas a satisfazer determinadas finalidades. Poder-se-ia dizer, numa perspectiva deontológica, tratar-se de sobreprincípios, embora sejam, a sua vez, também instrumentais em relação ao fim último do processo, que a realização da Justiça do caso. Como sobreprincípios, podem atuar sobre outras normas, tanto no âmbito semântico quanto no axiológico. Interessante é que ambos se encontram em permanente conflito, numa relação proporcional, pois quanto maior a efetividade menor a segurança, e vice-versa. Assim, por exemplo, o exercício do direito de defesa, princípio ligado à segurança, não pode ser excessivo nem desarrazoado. Nos casos não resolvidos pela norma, caberá ao órgão judicial, com emprego das técnicas hermenêuticas adequadas, ponderar qual dos valores deverá prevalecer.” In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. op. cit., 2010, p. 98.

⁶³ *Ibid.*, p. 102.

alterou significativamente o processo de conhecimento e o de execução. Ainda nesse contexto, cabe ressaltar as reformas estruturais ocorridas em 2005, especialmente quanto a execução de sentença — tratando-se de mais um delicado tema que veio para trazer modificação substancial ao sistema arquitetado por Alfredo Buzaid, pois, pela reforma de nº 11.232 de 2005, permite-se que seja relativizada a grande divisão dos processos em conhecimento e execução, passando essa a ser uma fase de prolongamento daquele (ocasionando assim a minoração do leque de defesas/recursos do executando, sendo inclusive substituída a robusta expressão “embargos à execução” pela menos sintomática “impugnação à execução”).⁶⁴

Também em decorrência das reformas, há uma ampliação do acesso à justiça⁶⁵ no Brasil. Positivado na Constituição de 1988 através do art. 5º, XXXV dispondo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” e reafirmado no inciso LXXIV “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”⁶⁶ em comunhão com a criação da carreira da Defensoria Pública (arts. 134 e 135) assegurando até mesmo no processo administrativo o contraditório e a ampla defesa (art. 5, LV da CF/88) ainda que posteriormente possa a discussão administrativa ser

⁶⁴ Nesse contexto, cabe citar o entendimento de Marinoni quanto a ação do juiz para efetivação da execução, *in verbis*: “Se o Estado possui dever de proteção e, assim, dever de prestar a tutela jurisdicional efetiva, ele não pode tratar a execução como algo que não lhe diz respeito, deixando-a à livre disposição daquele que obteve a sentença. Ora, diante das novas funções do Estado, não se pode pensar que a sua tarefa jurisdicional termina, quando o direito depende de atuação na realidade, no momento em que a sentença é proferida. Não foi por outra razão que os arts. 461 e 461-A do CPC e o art. 84 do CDC dera ao juiz o poder de atuar de ofício, mesmo depois de transitada em julgado a sentença, para estabelecer multa, alterar o seu valor, ou ainda modificar a medida executiva já instituída, libertando o juiz das amarras do legislador, mas não o deixando, como é óbvio, sem controle algum, uma vez que este passou a ser feito pela regra da proporcionalidade.” In: MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**, 4. ed. rev., atual. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2013, p. 99.

⁶⁵ Conforme Cappelletti e Garth referem: “A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico — o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado que, primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não poderemos perder de vista o segundo. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo.” In: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 8.

⁶⁶ A respeito das custas judiciais, Mauro Cappelletti refere que grande parte dos custos derivam do dispêndio necessário com patrocínio de advogados particulares, *in verbis*: “A resolução formal de litígios, particularmente nos tribunais, é muito dispendiosa na maior parte das sociedades modernas. Se é certo que o Estado paga os salários dos juízes e do pessoal auxiliar e proporciona os prédios e outros recursos necessários aos julgamentos, os litigantes precisam suportar a grande proporção dos demais custos necessários à solução de uma lide, incluindo os honorários advocatícios e algumas custas judiciais. (...) A mais importante despesa individual para os litigantes consiste, naturalmente, nos honorários advocatícios. Nos Estados Unidos e no Canadá, por exemplo, o custo por hora dos advogados varia entre 25 e 300 dólares e o custo de determinado serviço pode exceder ao custo honorário. Em outros países, os honorários podem ser calculados conforme critérios que os tornem mais razoáveis, mas nossos dados mostram que eles representam a esmagadora proporção dos altos custos do litígio, em países onde os advogados são particulares. Qualquer tentativa realística de enfrentar os problemas de acesso deve começar por reconhecer esta situação: os advogados e seus serviços são muito caros.” In: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *op. cit.*, pp. 15-18.

reapreciada pelo judiciário, o acesso à justiça (também conhecido através do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou princípio do direito de ação) garante que todos tenham acesso ao judiciário para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativa a um direito. Sendo assim, esses é o principal meio de dirimir os conflitos resultantes das relações sociais, e as pessoas, ainda que bem instruídas, muitas vezes se percebiam obstaculizadas em razão de “Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho.” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 24). Desse modo, o acesso à justiça caracterizou-se como um marco de grande importância no judiciário brasileiro, visto que toda a população, em especial as pessoa que se encontram desprovidas de informação e condições financeiras necessárias à proposição de uma ação ou defender-se em juízo, passou a ter seu direito de manifestação perante um juízo devidamente tutelado; logo, empecilhos econômicos e socioculturais deixaram de ser intransponíveis.⁶⁷

O juiz passou a deter poderes para a adequação do processo, ou seja, a adaptação do procedimento ao fim buscado com o objetivo de atingir “a maior efetividade possível ao direito processual no desempenho de sua tarefa básica de realização do direito material e de outorga da justiça.” (ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 160-161). Diferentemente de outras épocas o juiz não é o único conhecedor do direito como expressava o direito romano no princípio do *da mihi factum, dabo tibi ius* — onde caberia às partes descrever os fatos, e ao órgão judicial, de acordo apenas com a sua vontade, aplicar o direito ao caso — tampouco mera

⁶⁷ Cappelletti refere que, muito embora deva ser garantido o amplo acesso à justiça, principalmente aos mais pobres, não se pode deixar de observar a qualidade do acesso, a fim de garantir não apenas a igualdade formal, mas também material, vejamos o referido excerto: “Esse belo sistema é frequentemente um luxo; ele tende a proporcionar alta qualidade de justiça apenas quando, por uma ou outra razão, as partes podem ultrapassar as barreiras substanciais que ele ergue à maior parte das pessoas e a muitos tipos de causas. A abordagem de acesso à justiça tenta atacar essas barreiras de forma compreensiva, questionando o conjunto das instituições, procedimentos e pessoas que caracterizam nossos sistemas judiciários. O risco, no entanto, é que o uso de procedimentos rápidos e de pessoal com menor remuneração resulte num produto barato e de má qualidade. Esse risco não pode ser nunca esquecido. A operacionalização de reformas cuidadosas, atentas aos perigos envolvidos, com uma plena consciência dos limites e potencialidades dos tribunais regulares, do procedimento comum e dos procuradores é o que realmente se pretende com esse enfoque de acesso à justiça. A finalidade não é fazer uma justiça “mais pobre”, mas torná-la acessível a todos, inclusive aos pobres. E, se é verdade que a igualdade de todos perante a lei, igualdade efetiva — não apenas formal — é o ideal básico de nossa época, o enfoque de acesso à justiça só poderá conduzir a um produto jurídico de muito maior “beleza” — ou melhor qualidade — do que aquele de que dispomos atualmente.” In: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. op. cit., p. 165. Candido Dinamarco apresenta uma visão um pouco diferente quanto ao acesso à justiça baseada no trinômio já referido efetividade-adequação-tempestividade, acentuando a necessidade da prestação jurisdicional de qualidade, garantindo um sistema mais eficiente e capaz de resolver os litígios de maneira mais rápida e efetiva, ressaltando ainda a participação das partes e do juiz, e, ao fim, a necessidade de receber um provimento jurisdicional de acordo com os valores da sociedade. In: DINAMARCO, Candido Rangel. op. cit., pp. 205-206.

boca da lei⁶⁸. Muito embora tenha se mantido constante a vedação ao juiz de poder iniciar uma demanda, principalmente em razão da manutenção imparcialidade — característica essencial da jurisdição —, nota-se um aumento nos poderes do juiz na investigação e apreciação dos fatos. Ultrapassadas as concepções puramente adversariais⁶⁹ e inquisitoriais⁷⁰, o juiz passa a participar de modo mais ativo a fim de garantir, durante o tramite processual, uma igualdade material a parte mais desfavorecida da lide, seja por falta de condição financeira, por ausência de habilidade técnica ou conhecimento. Desse modo, não só pode como deve o juízo informar as partes de irregularidades e lacunas nas alegações e pedidos das partes, deixando de ser mero “árbitro fiscalizador da observância das “regras do jogo”, para alcançar status de ativo participante, com vistas a evitar a perda da causa pela escassa habilidade da parte ou de seu representante.” (ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 187). O magistrado exerce, portanto, o poder-dever de impulsionar o processo com o objetivo de realizar os atos necessários, assim como buscar a verdade das alegações de fato, desde de que sob a observância das normas, a fim de formar convicção a respeito da verdade.⁷¹

Nesse sentido, convém citar o seguinte excerto:

Da mesma forma, busca-se circunscrever e limitar a prepotência estatal com a adoção da ideia de que, ao resolver a controvérsia, o juiz não se deve reportar a cânones de valoração por ele criados arbitrariamente para o caso submetido a sua decisão, mas sim a modelos pré-constituídos (*iura novit cúria*), exigência que evidentemente não impede

⁶⁸ *La bouche de la loi*, expressão francesa amplamente difundida por Montesquieu que define os juízes como apenas “a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar sua força, nem seu rigor”, a fim de justificar o poder jurisdicional por parte do legislativo. In: MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Trad.: Cristina Muracho. 2ª ed. 2ª tir. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000, p. 175

⁶⁹ Fortemente aceita no século XIX, a concepção liberal atribuía as partes não apenas os poderes de início e fim sobre o processo e estabelecimento do objeto, mas também o andamento, desenvolvimento e instrução probatória, reduzindo significativamente os poderes do juiz durante o processo. Nesse sentido Alvaro de Oliveira refere: “Como em outros campos, acreditava-se no livre jogo das forças sociais, conquistando corpo a ideia de que o próprio interesse da parte litigante no direito alegado constituiria eficaz catalisador para mais rápida investigação da situação jurídica. (...) Basta pensar em que a aplicação do princípio dispositivo em sua concepção clássica, impondo exclusiva contribuição das partes no aporte ao processo da matéria de fato, relativiza além do desejável a apreciação da verdade pelo juiz, forçando a contentar-se passivamente com a versão trazida pelas partes. Também restringe a liberdade do órgão judicial, de maneira inconveniente, a adoção do chamado sistema da prova legal ante a rigorosa regulação da apreciação da prova legal ante a rigorosa regulação da apreciação da prova, cujo exemplo mais acabado é fornecido pelo direito comum.” In: ALVARO DE OLIVEIRA. op. cit., 2010, p. 185.

⁷⁰ Alvaro de Oliveira também conceitua essa concepção na qual o juiz detém grande concentração de poderes, *in verbis*: “No extremo oposto, coloca-se a instituição de um processo civil para as relações de direito privado com plena exclusão do princípio dispositivo e absoluto império do princípio da oficialidade em prol da ampla investigação da verdade “real e objetiva”, como aconteceu nos países do mundo socialista, o que acarretaria a quase total absorção do direito civil pelo direito público.” In: ALVARO DE OLIVEIRA. op. cit., 2010, p. 185.

⁷¹ Esse entendimento também é sustentado por Candido Dinamarco que fortalece a ideia de uma conduta ativa do juiz enquanto parte capaz de atuar no processo sem perder a imparcialidade. In: DINAMARCO, Candido Rangel. op. cit., pp. 350-355.

a interpretação criativa do órgão judicial ou o preenchimento de lacunas legais. A questão vincula-se estreitamente, claro está, ao fenômeno da estatização do direito e ao próprio Estado de direito, incluído aí o princípio da legalidade, fundamental aos sistemas políticos de cunho democrático.⁷²

Observa-se então uma conexão entre o poder estatal e os limites da soberania, pois a organização do processo requer a restrição da atividade do Estado, vez que materializado no judiciário, submete-se ao direito constituindo um “equilíbrio de forças suficientemente estável a ponto de se tornar duradoura organização da coletividade.” (ALVARO DE OLIVEIRA, 2010, p. 88). Os limites, por sua vez, garantem a liberdade do indivíduo frente ao Estado, assim como, servem de base a dois princípios básicos do estado de direito que estão presentes em todas as Constituições modernas: o princípio da distribuição (que estabelece a liberdade do indivíduo como aspecto anterior ao poder do Estado, a fim de balizá-lo) e o princípio da organização (responsável pela aplicação do princípio anterior através da divisão de poder num sistema de competências delimitadas). Tais princípios são extremamente relevantes para o estudo do formalismo processual no que se refere a limitação ao exercício do poder, sendo o primeiro vinculado a direitos fundamentais a fim de garantir a realização do indivíduo em meio social, e o segundo conexo a separação de poderes (Executivo, Judiciário, Legislativo), resultando assim num sistema de controles recíprocos de “poderes”. A correlação entre direitos fundamentais e divisão de poderes é existência harmônica do Estado de direito.⁷³

Ainda quanto ao tema Carlos Alberto Alvaro de Oliveira refere:

Ademais, atribuir direitos fundamentais ou de liberdade significa, no plano processual, atender às exigências do direito material, determinada essa realização pela conformação jurídica do procedimento e do processo. A liberdade do cidadão constituiria, na realidade, apenas uma fórmula vã e sem sentido, se não assentada em instrumentos eficazes de garantia, declaração e realização da constelação de direitos que lhe dão forma e substância. Só assim o exercício judicial do poder do Estado adquire legitimação e se realizará no interesse do povo.⁷⁴

Portanto, a eficácia das decisões do juiz fica limitada a normatividade previamente estabelecida, a fim de evitar arbitrariedades.

Conforme exposto, com as reformas ao Código de Processo Civil, e as novas teorias processuais, em especial o formalismo-valorativo — que buscou estabelecer um Âmbito de atividade do órgão judicial e das partes, tanto no que se refere a fatos quanto ao direito,

⁷² ALVARO DE OLIVEIRA. op. cit., 2010, p. 124.

⁷³ Ibid., pp. 87-89.

⁷⁴ Ibid., pp. 91-92.

regulando poderes, deveres, faculdades e ônus das partes ou poderes e deveres do órgão judicial, ordenando ainda os atos procedimentais em sequência e com a observância dos valores e princípios fundamentais do processo civil como: o tramite de um processo justo, o acesso a jurisdição, a igualdade das partes, a paridade de armas, o contraditório, em meio a adequação ao fim específico do processo em questão. Todos esses aspectos visaram uma legitimação dos atos jurisdicionais, posto que, quanto maior for a comunicação entre as partes e entre as partes com órgão judicial, efetivando a dialética do contraditório, maior e melhor será a prestação jurisdicional.⁷⁵

Observa-se que o direito é posto e aplicado pelo Estado enquanto detentor de monopólio legal-jurisdicional desde o surgimento do Estado Moderno. Esse aspecto causa até mesmo uma confusão entre Direito e Estado como representação de uma instituição una; logo, temos dificuldade em imaginar a possibilidade de disposição, modificação e estabelecimento de direitos originados dos indivíduos e da sociedade civil.

Diante de tal contexto, calha transcrever o seguinte excerto da obra de Norberto Bobbio sobre o tema, nos seguintes termos:

A sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispendo de um ordenamento jurídico próprio: o direito aí se apresentava como fenômeno social, produzido não pelo Estado mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se, assim, àquilo que em outro curso chamamos de processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado.

A esta passagem de modo de formação do direito corresponde uma mudança no modo de conceber as categorias do próprio direito. Estamos atualmente tão habituados a considerar Direito e Estado como a mesma coisa que temos uma certa dificuldade em conceber o direito posto pela sociedade civil.⁷⁶

Porém, tanto o crescimento no número de processos que tramitam no judiciário⁷⁷,

⁷⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. op. cit., 2012, pp. 18-19.

⁷⁶ BOBBIO, Norberto. op. cit., p. 27.

⁷⁷ Segundo dados do CNJ, “No período de 2009 a 2017, a taxa de crescimento médio do estoque foi de 4% ao ano. O crescimento acumulado no período 2009-2017 foi de 31,9%, ou seja, acréscimo de 19,4 milhões de processos.

A Justiça Estadual concentra a maior parte do estoque de processos: 63.482 milhões, o que equivale a 79% dos processos pendentes. A Justiça Federal concentra 12,9% dos processos, e a Justiça Trabalhista, 6,9%. Os demais segmentos, juntos, acumulam 1% dos casos pendentes.

Em 2017, cada juiz brasileiro julgou, em média, 1819 processos, o que equivale a 7,2 casos por dia útil - esse é o

quanto a modernização natural do sistema levaram a criação de mecanismos alternativos de resolução de conflitos. A arbitragem, a conciliação e mediação são meios alternativos ao processo ordinário, que já não reflete o trinômio efetividade-adequação-tempestividade apregoado por Watanabe. Utilizando-se de disposições e atribuições acordadas pelos litigantes, observa-se, principalmente através da arbitragem, nesses meios alternativos uma maior atividade das partes a fim de solucionar a lide, ou seja, uma maior autonomia por parte dos indivíduos a respeito dos direitos que lhes cabem. Referida autonomia também foi incorporada ao novo Código de Processo Civil e, ao que tudo indica, representa a evolução da resolução dos conflitos civis.

maior índice de produtividade desde 2009.” In: FARRIELO, Luiza. CNJ apresenta Justiça em Números 2018, com dados dos 90 tribunais. **Conselho Nacional de Justiça**. Brasília, 27 ago. 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/87512-cnj-apresenta-justica-em-numeros-2018-com-dados-dos-90-tribunais>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

2 DA ADEQUAÇÃO JURISDICIONAL À ADEQUAÇÃO CONVENCIONAL

2.1 A ABERTURA PARA A AUTONOMIA PRIVADA E O DIREITO

2.1.1 A liberdade como base da autonomia

A liberdade, que é a essência da autonomia, foi e ainda é objeto de estudo filosófico dos mais diversos pensadores, tendo sido observada sob os mais diversos matizes teóricos existentes desde a liberdade corpórea — que se caracteriza pela possibilidade locomoção — até a liberdade de opinião e pensamento — referente capacidade de expressão e disposição de direitos — do indivíduo.⁷⁸

Primeiramente a liberdade pode ser concebida como a capacidade de não estar submisso a coerção pela vontade arbitrária de outrem. Essa concepção de liberdade refere-se exclusivamente a uma relação existente entre o homem e seus semelhantes, que só é violada quando surge a coerção de um indivíduo por outro indivíduo. Desse modo, concebe-se que o homem livre é o resultado de uma concepção extraída da história ocidental onde existiam duas categorias distintas de homens: a do homem livre e a do homem não livre, distinção essa com significado bem determinado — embora a liberdade tenha variado quanto ao grau de independência, algo que o escravo não dispunha. Logo, esse entendimento sempre significou a possibilidade de um indivíduo poder agir conforme suas próprias vontades, contrapondo-se ao indivíduo que estava condicionado a agir segundo a vontade de um terceiro, cujo qual poderia coagi-lo a agir conforme a maneira determinada.⁷⁹

Outro tipo de liberdade que podemos destacar é a liberdade política, que se caracteriza pela participação dos indivíduos na escolha dos seus governantes, no processo eleitoral. No entanto, não existe uma correlação entre as pessoas que não exercem esse direito, ou que não os possuem, com a ausência de liberdade pessoal, posto que o “emprego de uma mesma palavra

⁷⁸ Nesse sentido é a referência de Montesquieu: “Não existe palavra que tenha recebido tantos significados e tenha marcado os espíritos de tantas maneiras quanto a palavra liberdade. Uns a tomaram como a facilidade de depor aquele quem deram um poder tirânico; outros, como a faculdade de eleger a quem devem obedecer; outros como o direito de estarem armados e de poderem exercer a violência; estes, como o privilégio de só serem governados por um homem de sua nação, ou por suas próprias leis.” In: MONTESQUIEU, Charles de Secondat. op. cit., p. 165.

⁷⁹ HAYEK, Friedrich August Von. **Os Fundamentos da Liberdade**. Trad. Anna Maria Capovilla e José Italo Stelle. São Paulo: Visão, 1983, p. 3-7. A respeito do tema Montesquieu faz uma contraposição entre a liberdade e a independência, vejamos: “É verdade que nas democracias o povo parece fazer o que quer; mas a liberdade política não consiste em fazer o que se quer. Em um Estado, isto é, numa sociedade onde existem leis, a liberdade só pode consistir em poder fazer o que se deve querer e em não ser forçado a fazer o que não se tem o direito de querer. Deve-se ter em mente o que é a independência e o que é a liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proibem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam este poder.” In: MONTESQUIEU, Charles de Secondat. op. cit., p. 166.

para definir diferentes condições não significa que, em qualquer hipótese, uma equivale a outra ou a substituí.” (HAYEK, 1983, p. 8), ou seja, uma pessoa que exerce sua liberdade de votar em um tirano não caracteriza a existência liberdade física, conforme o primeiro conceito apresentado.⁸⁰ Cabe ainda referir a aplicação do conceito liberdade a uma coletividade não corresponde a liberdade individual.⁸¹

Assim refere Hayek, *ipsis litteris*:

A aplicação do conceito de liberdade a uma coletividade, e não a indivíduos, torna-se clara quando falamos do desejo de um povo de se libertar do domínio estrangeiro e de determinar seu próprio destino. Neste caso, a palavra "liberdade" tem o sentido de ausência de coerção de um povo. como um todo. Os partidários da liberdade individual em geral simpatizaram com tais aspirações de liberdade nacional, o que levou a uma constante, porém incômoda aliança entre os movimentos liberais e nacionais durante o século XIX. Mas, embora o conceito de liberdade nacional seja análogo ao de liberdade individual, não é o mesmo, e a luta pela primeira nem sempre contribuiu para ampliar a segunda. Algumas vezes, isto levou as pessoas a preferir um déspota de sua própria raça a um governo liberal de uma maioria estrangeira e, freqüentemente, deu pretexto para violentas restrições à liberdade individual dos membros das minorias. Conquanto o desejo de liberdade do indivíduo e o desejo de liberdade do grupo ao qual o indivíduo pertence possam basear-se em sentimentos e opiniões semelhantes, ainda é necessário distinguir claramente os dois conceitos.⁸²

A liberdade pode caracterizar a ação de acordo com a própria razão, ou seja, sem a influência de fatores externos ou temporárias como fortes emoções, fraqueza moral ou intelectual.⁸³ Logo, nessa concepção, a liberdade está atrelada a capacidade pessoal de agir

⁸⁰ A respeito da temática, Montesquieu refere a distinção entre poder e liberdade, vejamos: “Certo povo tomou por muito tempo a liberdade como sendo o costume de possuir uma longa barba. Estes ligaram este nome a uma forma de governo e excluíram as outras. Aqueles que experimentaram o governo republicano colocaram-na neste governo; aqueles que gozaram do governo monárquico puseram na monarquia. Enfim, cada um chamou liberdade ao governo conforme a seus costumes ou a suas inclinações; e como numa república não se têm diante dos olhos, e de maneira tão presente, os instrumentos dos males dos quais se queixa, e como até as leis parecem falar mais e os executores da lei falar menos, ela é normalmente situada nas repúblicas e excluída das monarquias. Enfim, como nas democracias o povo parece mais ou menos fazer o que quer, situou-se a liberdade nestes tipos de governo e confundiu-se o poder do povo com a liberdade do povo.” In MONTESQUIEU, Charles de Secondat. op. cit., pp. 165-166.

⁸¹ HAYEK, Friedrich August Von. op. cit., pp. 7-9.

⁸² Ibid., p. 9.

⁸³ Quanto a este assunto, minudente é a análise de Kant sobre a influência dos fenômenos (conexos ao mundo sensível), desde que sem qualquer interferência por parte do nosso arbítrio, que modificam nossa percepção sobre as coisas em si mesmas, *in verbis*: “Há uma observação que se pode fazer sem necessidade de qualquer sutil reflexão e que se pode supor ao alcance do entendimento mais vulgar, ainda que à sua maneira, por meio de uma obscura distinção da faculdade de julgar, a que ele chama sentimento: e é que todas as representações que nos vêm sem intervenção do nosso arbítrio (como a dos sentidos) nos dão a conhecer os objetos de modo não diferente daquele como nos afetam, ficando-nos assim desconhecido o que eles em si mesmos possam ser, e não podendo nós chegar, por conseguinte, pelo qual respeita a esta espécie de representações, ainda com o maior esforço de atenção e clareza que o entendimento possa acrescentar, senão somente ao conhecimento dos *fenômenos*, e nunca *ao das coisas em si mesmas*. Logo que se tenha feita essa distinção (em todo o caso por meio da diferença notada

conforme uma resolução previamente realizada, distinguindo da liberdade apresentada no conceito inicial, visto que não há a imposição de desejos e vontades de outrem.

Pode-se entender a liberdade também como a possibilidade física de se fazer o que quiser, de satisfazer os próprios desejos; porém, essa concepção de liberdade “sem obstáculos” caracterizando uma onipotência que foi confundida com a liberdade individual e tornou-se perigosa quando foi deliberadamente associada à ideologia socialista. Realizada a conexão entre liberdade e poder, não há limites para os sofismas aos quais a palavra “liberdade” podem ser utilizados para justificar a eliminação da liberdade individual. Desse modo, diversos são os meios através dos quais as pessoas podem vir a abdicar da liberdade individual em prol da liberdade enquanto poder coletivo. Essa concepção foi facilitada pela tradição filosófica, pois, ao utilizar a palavra “restrição” em vez da palavra “coerção”, tanto o ato de compelir quanto impelir deixaram de ser significativos, posto que a liberdade é a ausência de ambos, ou seja, a liberdade passa a significar a ausência de obstáculos de maneira geral (restrição ou coerção) para a realização dos nossos desejos. Portanto, a liberdade deixou de ser concebida como ausência de limitações ou obrigações para ser um poder de fato a ser exercido.⁸⁴

Conquanto os diversos usos possíveis, a liberdade é uma só, e essa só fica clara quando há ausência de liberdade, pois se concretiza nos privilégios e isenções de alguns grupos ou indivíduos frente ao resto da sociedade que não é livre do mesmo modo. Podemos observar que, por exemplo, um escravo não se torna livre pela simples obtenção do direito de votar; tampouco por deter liberdade interior, nem mesmo em razão do poder que ele possa exercer sobre outros homens ou recursos naturais, porque nada disso o desvincula do domínio da vontade arbitrária do seu dono. Sendo assim, a liberdade não é a possibilidade de fazer certas coisas por meio de permissão, pois não existe liberdade onde o indivíduo necessita da permissão de outrem para fazer as coisas que está apto para fazer. “A diferença entre liberdade e liberdades é a mesma que existe entre uma condição na qual é permitido tudo o que não seja proibido por normas gerais e outra, na qual é proibido tudo que não seja explicitamente

entre as representações que nos são dadas de fora e nas quais nós somos passivos, e as que nós produzimos unicamente de nós mesmo e nas quais demonstramos a nossa atividade), segue-se por si que por trás dos fenômenos há que admitir e conceder ainda outra coisa que não é o fenômeno, quer dizer, as coisas em si, ainda quando uma vez que elas nunca nos podem ser conhecidas senão apenas e sempre como nos afetam, nos conformamos com não podermos aproximar-nos bastante delas e nunca podermos saber o que elas são em si. Daqui tem de resultar a distinção, embora grosseira, entre um *mundo sensível* e um *mundo inteligível* o primeiro dos quais pode variar muito segundo a diferença de sensibilidade dos diversos espectadores, enquanto o segundo, que lhe serve de base, permanece sempre idêntico.” In: KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. In: Textos selecionados. Trad.: Tania Maria Bemkpf, Paulo Quintanela e Rubens Rodrigues Torres Filho. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984, pp. 152-153.

⁸⁴ HAYEK, Friedrich August Von. op. cit., pp. 10-12.

permitido.” (HAYEK, 1983, p. 15).⁸⁵

Podemos referir, por conseguinte, que a liberdade é um conceito que define a ausência de um obstáculo determinado — a coerção do homem pelo homem —, que não nos garante qualquer oportunidade específica, mas tem um caráter positivo em razão do uso que fazemos dela para agir da forma que bem entendermos no momento e conforme as possibilidades encontradas.⁸⁶

De outro modo, observa-se, que a coerção, que é o controle exercido por uma pessoa sobre outra, não pode — embora seja maléfica, pois se trata de uma ação a fim de anular o pensamento e avaliação do indivíduo por alguém alheio que faz daquele mero instrumento para as vontades desse — ser totalmente evitada, visto que a coerção só pode ser impedida pela própria ameaça de coerção⁸⁷. Isto posto, o Estado restou incumbido pela sociedade livre de resolver esse problema através do monopólio da coerção que deve ser utilizada para impedir a coerção exercida pelos indivíduos. Conquanto a sociedade tenha conferido tal monopólio ao Estado, o uso do referido poder não pode ser por designação específica, assim como deve restar clara a esfera de ação privada pautando-se em normas quais as atitudes do Estado frente as mais diversas situações. Sendo assim, as normas gerais serão tão conhecidas que um indivíduo, na maior parte das vezes, não precisará ser coagido e, ainda que seja necessária, a coerção será limitada ao que for estritamente necessário, posto que terá fim determinado e previsível ou, ao menos, livre de vontade arbitrária de outra pessoa. Tais características tornam a coerção impessoal e dependente de normas gerais abstratas.⁸⁸

A respeito do tema Hayek, refere que essas características são importantes para que o indivíduo possa pautar sua conduta e realizar seus planos, *in verbis*:

Tornando-se essa coerção impessoal e dependente de normas gerais abstratas, cujos efeitos sobre os indivíduos não podem ser previstos na época em que as normas são estabelecidas, até os atos coercitivos do governo se transformam em dados pelos quais

⁸⁵ Ibid., pp. 15-16

⁸⁶ Ibid., p. 15.

⁸⁷ O autor faz maiores considerações quanto a conceituação da coerção como uma forma específica de influência, não podendo ser qualquer tipo de afetação que modifique o agir do indivíduo considerada uma coerção, vejamos: “O conceito de coerção não inclui, evidentemente todas as formas de influência que um ser humano pode exercer sobre a conduta de outros. Não inclui nem mesmo todos os casos nos quais uma pessoa age ou ameaça agir de uma forma que - ela sabe - irá prejudicar outra fazendo-a modificar suas intenções. Alguém que barra minha passagem em uma calçada e me faz desviar, ou tomou emprestado da biblioteca o livro que eu quero ler, ou mesmo alguém-que me leva a sair de um ambiente por seus ruídos desagradáveis, não me está coagindo, propriamente falando. A coerção implica não só a ameaça de infligir um mal como, também, a intenção de provocar com isso certa conduta.” In: HAYEK, Friedrich August Von. op. cit., p. 146.

⁸⁸ Ibid., pp. 16-18.

o indivíduo pode pautar seus próprios planos. Sendo o resultado de circunstâncias que o indivíduo criou para si, a coerção prevista pelas normas gerais conhecidas passa então a constituir um instrumento auxiliar do indivíduo na busca de seus próprios objetivos e não um meio a ser usado para alcançar objetivos de outrem.⁸⁹

Sendo assim, uma norma geral, ao contrário de uma determinação ou ordem, não significa a existência de um emissor que busca privar o agente de qualquer tipo de atividade cognitiva própria de decisão, mas sim orientar dando informações necessárias para que a finalidade seja atingida da melhor maneira possível de acordo com as circunstâncias. Nesse caso, cabe ao legislador criar a norma, embora não possa prever quais serão seus efeitos sobre diferentes indivíduos ou ainda a finalidade precisa para qual será utilizada, e aos agentes observa-la, agindo conforme a ocasião e com os próprios fins no intuito de concretizar seus objetivos.

Nesse contexto Hayek distingue as leis das ordens:

Leis e ordens diferem do mesmo modo de proposições factuais e, portanto, pertencem à mesma categoria lógica. Mas uma norma geral respeitada por todos, ao contrário de uma ordem propriamente dita, não pressupõe necessariamente que uma pessoa a tenha emitido. Ela também difere da ordem por sua abstração e generalidade. O grau dessa generalidade e abstração estende-se continuamente desde a ordem que manda um indivíduo praticar certo ato em dado momento até a prescrição de que, em certas condições, qualquer ação do indivíduo terá de satisfazer certos requisitos. A lei em sua forma ideal poderia ser definida como uma ordem definitiva e válida para todos, prescrita para pessoas desconhecidas, independentemente de qualquer circunstância específica de tempo e lugar, e que se refere unicamente a condições que possam ocorrer em qualquer lugar e em qualquer tempo. É recomendável, entretanto, não confundir leis com ordens, embora devamos admitir que a fronteira entre leis e ordens se torna cada vez mais indefinida na medida em que seu conteúdo adquire maior especificidade.

A diferença básica entre os dois conceitos está no fato de que, na medida em que passamos da ordem para a lei, o centro da decisão quanto à ação a ser praticada desloca-se progressivamente de quem formula a ordem ou a lei para o agente propriamente dito.⁹⁰

Com base no exposto, cabe ao Estado, assim como aos indivíduos, observar as leis sendo essas aplicáveis a todos sem exceções (salvo quando prescrita por outra norma geral) prevendo as consequências e responsabilidades de suas ações. Essa seria a caracterização do Estado de Direito que vai além da legalidade — que se refere tão somente a prescrição legal, visto que, se fosse atribuído poder ilimitado por uma lei ao Estado, esse poderia exercê-lo — posto que há uma limitação aos poderes do Estado, onde há, além da norma, um conjunto de

⁸⁹ Ibid., p. 18.

⁹⁰ Ibid., pp. 164-165.

princípios estabelecidos e amplamente aceitos.

2.1.2 Autonomia privada no Brasil

No Brasil, o Código Civil de 1916 mantinha uma concepção essencialmente liberalista, onde a autonomia das partes era prevalente. Em razão da industrialização ocorrida no início do século XX, observou-se que a ampla liberdade de contratar provocava um desequilíbrio e exploração da parte economicamente mais fraca, sendo necessária, por vezes, a intervenção do Estado para reestabelecer e assegurar a igualdade na relação contratual; por conseguinte, tiveram início os movimentos pela ampliação dos direitos sociais.⁹¹

Sendo assim, começaram, então, a ser editadas leis destinadas a garantir a supremacia da ordem pública, da moral e dos bons costumes, podendo serem lembradas, por exemplo, a Lei de Usura de 1933 e a Lei da Economia Popular de 1951, dentre outras.

Em 1988, com a entrada em vigor da Constituição Federal, há uma mitigação dos institutos civilistas conceitualmente liberais e individualistas, visto que o Estado passou a ser mais atuante e voltado para a coletividade a fim de defender direitos fundamentais e uma igualdade material entre as partes interessadas, ou seja, antes o contrato era um instrumento de plena disposição das partes enquanto meio para satisfazer seus interesses individuais de maneira subjetiva, com a CF/88, as cláusulas passaram a estar previstas em lei. Sendo assim, a constitucionalização do direito civil limitou o princípio da autonomia da vontade — referente ao poder que as partes tinham para determinar livremente seus negócios jurídicos — tendo em vista uma função social apregoada pela Constituição principalmente em razão de uma maior interferência do Estado na economia; logo, a autonomia privada deixa de ser confundida com a autonomia da vontade. Adota-se essa postura com o objetivo de atingir um equilíbrio entre os interesses individuais e interesses sociais e da proteção das partes, assim como de sistemas vulneráveis (o meio ambiente e a proteção ao consumidor, por exemplo).⁹²

Nesse sentido, oportuna a menção ao entendimento que Ricardo Luis Lorenzetti traz a respeito da distinção entre a teoria voluntarista e a teoria obrigacionista:

⁹¹ LOBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 39-41.

⁹² Nessa temática, Paulo Lobo refere a importância e o caráter limitador da Constituição Federal de 1988, vejamos: "A Constituição deixou de ser apenas a fonte suprema do direito público, reguladora da organização do Estado e garantidora dos direitos dos cidadãos – as liberdades públicas oponíveis ao Estado –, para converter-se, também em lei fundamental do direito privado, reguladora de diretrizes essenciais das relações entre os privados, com eficácia imediata e direta. A Constituição, além da oposição ao despotismo político, típica do constitucionalismo liberal, também se põe em oposição ao despotismo econômico." In: LOBO, Paulo. op. cit., p. 21.

Nos extremos há duas teorias conflitantes.

A primeira chamada voluntarista, clássica, partidária do consensualismo puro e oposta à toda intervenção, Aqui o Direito contratual tem uma função “facilitadora”, suplementar ao que as partes não previram.

É conhecida a obra de Mises e Hayek, em que o contrato em si mesmo tem uma função de ordenamento social, sobretudo no contexto de uma economia liberal. As partes sabem o que é que lhes convém, e deve-se deixá-las agir livremente porque dessa atuação desordenada, caótica, se desenvolverá a ordem social mais eficiente.

A lei tem uma função formal, impondo regras que garantam o justo jogo, já que impor a justiça, no caso, é uma fantasia impossível de realizar.

A segunda tese que é apresentada, chamada de obrigacionista, postula a regulamentação do contrato através de obrigações representativas de valorações coletivas que se impõem aos contratantes. Aqui o direito é um corretivo das aspirações individuais. Considera-se que mesmo os homens mais profissionais estão em dúvida diante daquilo que lhes convém ou não, sem contar que a grande maioria, quando sabe o que quer, não pode realizá-lo por situações de hipossuficiência.⁹³

O Estado, portanto, deixa de ser mero garantidor da liberdade e da autonomia contratual dos indivíduos, ultrapassando a justiça comutativa (que trata de dar a cada um o que lhe é devido, considerando cada um como um igual no plano contratual, caracterizado pelo princípio da igualdade formal) e a distributiva (que trata de dar a cada um o que lhe é devido, considerando as desigualdades de cada um no plano contratual, atribuindo maior tutela jurídica ao contratante mais vulnerável) em busca da justiça social, posto que as primeiras qualificam as coisas como se encontram, e a justiça social tem como finalidade transformá-las em busca da redução das desigualdades. Muito embora tenha ocorrido uma transformação de postura, o Estado não rompeu com os aspectos liberais, mas buscou uma conciliação entre os valores individuais e os valores solidários pautado na conservação dos direitos fundamentais individuais e na introdução do vínculo de socialidade e previsão de intervenções corretivas pelos poderes públicos.

As constituições de maior cunho social, em especial a CF/88, e as legislações esparsas que protegiam os contratantes vulneráveis caracterizaram uma contradição com o Código Civil de 1916, que tinha caráter nitidamente liberal, distinção esta que aumentou ainda mais com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor em 1990. Por conseguinte, os legisladores trabalharam para a criação de um novo código, culminando com a criação do Código Civil de 2002, que não apenas mencionava os bons costumes e a ordem pública como

⁹³ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 544.

seu antecessor, mas também observou os postulados constitucionais mais recentes.⁹⁴

O Código Civil de 2002, ainda que o art. 104⁹⁵ explicita a validade do negócio jurídico, traz que o contrato terá limitação em razão da sua função social no seu art. 421⁹⁶, ou seja, caso ocorra uma lide, o controle judicial não se limitará a análise das cláusulas contratuais, mas a todo o negócio jurídico se não obedecida a função social. Desse modo, observa-se que o contrato não é aceito como instrumento puramente individualista dos contratantes, mas no sentido social, que tem utilidade para a sociedade. Assim, entende-se que “A função exclusivamente individual do contrato é incompatível com o Estado social, caracterizado, sob o ponto de vista do direito, pela tutela explícita da ordem econômica e social, na Constituição.” (LOBO, 2011, p. 68).⁹⁷

Portanto, o juízo pode, quando acionado, intervir nas disposições contratuais com o objetivo de sanar ou reestabelecer a finalidade social do contrato sendo que, até mesmo segundo os art. 478 e seguintes do CC/02 garantem a revisão do contrato quando verificado o enriquecimento de uma das partes que é excessivamente oneroso para o outro, a fim de buscar um equilíbrio econômico-financeiro que já não se verificava e que era imprevisível à época da celebração do contrato. Ressalta-se ainda que, caso o contratante não aceite modificar o contrato, o art. 479⁹⁸ do código garante — se a parte onerada tiver interesse na manutenção do contrato — a possibilidade de corrigir as distorções econômicas através da revisão judicial.

⁹⁴ LOBO, Paulo. op. cit., pp. 41-43.

⁹⁵ CC/02: Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:

I - agente capaz;

II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;

III - forma prescrita ou não defesa em lei. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 nov. 2018.

⁹⁶ CC/02: Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 nov. 2018.

⁹⁷ Nesse contexto, cabe referir a complementação trazida por Sílvio Venosa quanto a contemporaneidade da análise contratual, não podendo ser despreendida a função social do contrato da época que ele foi criado pelas partes, visto que isso poderia sacrificar a segurança jurídica, *litteris*: “Assim, cabe ao interessado apontar e ao juiz decidir sobre a adequação social de um contrato ou de uma ou algumas de suas cláusulas. Em determinado momento histórico do País, por exemplo, pode não atender ao interesse social o contrato de leasing de veículos a pessoas naturais, como já ocorreu no passado. Eis uma das importantes razões pelas quais se exigem uma sentença afinada com o momento histórico e um juiz antenado perante os fatos sociais e com os princípios interpretativos constitucionais. [...] A função social do contrato avalia-se, portanto, na concretude do direito, como apontamos. Todo esse quadro deve merecer deslinde que não coloque em risco a segurança jurídica, um dos pontos fulcrais mais delicados das denominadas cláusulas abertas. Esse será o grande desafio do aplicador do Direito deste século.” In: VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 397-398.

⁹⁸ CC/02: Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 nov. 2018.

Podemos observar ainda o referido intervencionismo no Livro IV do Código Civil, que trata do direito de Família extraíndo-se disposições que tutelam o casamento, o regime de bens, sucessões e filiação, nos quais o Estado deu caráter público à vida privada, manifestando desde a união até a dissolução matrimonial das pessoas, externando forte intervenção estatal.

O aspecto social do contrato é visível nos contratos massificados, onde a igualdade meramente formal é substituída pelo equilíbrio material contratual; sendo assim, nos contratos de adesão, o CC/02 previu no art. 423⁹⁹ e no art. 424¹⁰⁰ formas de proteção ao contratante aderente, visto que esse não participa da formação do contrato, optando apenas por aderir ou não ao que fora que fora pré-estabelecido.

Em suma, a autonomia privada é um princípio do direito contratual que permite às partes disporem de seus próprios interesses mediante acordos, desde que estes indivíduos observem a Constituição Federal, o Código Civil e demais dispositivos legais pertinentes. Nada obstante, observa-se que o Estado interfere de duas maneiras: mediante a prescrição de normas de ordem pública e através da revisão judicial do contrato.

2.2 A LEI DE ARBITRAGEM E A ABERTURA PARA AS CONVENÇÕES PROCESSUAIS

2.2.1 Métodos alternativos de resolução de conflitos

Muito embora, no campo contratual, o Código Civil tenha previsto alguma autonomia privada às partes; no que concerne ao processo, quase não havia qualquer disposição normativa — com a exceção do que dispunha o art. 851¹⁰¹ desse código e o art. 158¹⁰² do CPC/73 — que concedesse tal capacidade aos litigantes.

Como fora referido no capítulo anterior, o Código de Processo Civil de 1973 foi pouco

⁹⁹ CC/02: Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 nov. 2018.

¹⁰⁰ CC/02: Art. 424. Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 01 nov. 2018.

¹⁰¹ CC/02: Art. 851. É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 05 nov. 2018.

¹⁰² Art. 158. Os atos das partes, consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade, produzem imediatamente a constituição, a modificação ou a extinção de direitos processuais. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869/imprensa.htm. Acesso em: 05 nov. 2018.

inovador, não trazendo melhorias significativas ao Processo Civil Brasileiro, que ainda permanecia moroso e oneroso.

Frente a crise que se instalou no sistema judiciário, decorrente do excesso de recursos e do número cada vez mais elevado de ações, os meios alternativos de solução de litígios foram uma ótima resposta para as partes e para o sistema. Criados como alternativa ao processo judicial, a arbitragem, a conciliação e a mediação têm como fundamento a forte participação das partes para resolução do litígio e na busca efetivação da justiça, aspecto que fora menosprezado pelo Código Buzaid.¹⁰³

A mediação é a técnica utilizada quando as partes já têm um vínculo anterior a disputa, mas que romperam relações. Nesse caso, existe a figura de um terceiro (o mediador) que buscará restaurar o diálogo entre as partes para que estes busquem uma solução para o conflito, ou seja, o mediador não interfere diretamente no problema apresentado, mas busca fazer com que as partes consigam resolvê-lo, conforme o art. 165, §3º¹⁰⁴.

A conciliação é a técnica usada principalmente quando as partes não têm uma relação pretérita, mas encontram-se em um litígio que precisa ser resolvido. Diante disso, o conciliador, diferentemente do mediador, deve ter um papel mais ativo, propondo soluções na tentativa de achar um acordo que seja justo para ambas as partes e em como este será executado, assim dispõe o art. 165, § 2º¹⁰⁵.

Ainda que sejam bons instrumentos para a resolução de conflitos, a mediação e a conciliação são instrumentos bem distintos, tendo pouca similaridade com o processo judicial comum, bem como sua comparação é de pouca relevância para a análise do sistema judiciário em razão da autocomposição que é atinente a esses métodos.

A arbitragem, porém, assim como o processo judicial é baseada na heterocomposição

¹⁰³ Nesse sentido: “É tarefa da lei facilitar a passagem de um modo a outro quando cada um deles apresenta garantias equivalentes de boa justiça. O desenvolvimento contemporâneo das modalidades alternativas de resolução de conflitos participa da promoção desse pluralismo do sistema de justiça — e pode, inclusive, ser concebido como um instrumento do mesmo “management” judicial.” In: CADIET, Loic. **Perspectivas sobre o sistema de justiça civil francesa – Seis lições brasileiras**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 36.

¹⁰⁴ CPC/15: Art. 165. (...)

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 01 nov. 2018.

¹⁰⁵ CPC/15: Art. 165. (...)

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 01 nov. 2018.

do conflito, pois as partes buscam um terceiro (o árbitro) para que este resolva a questão através de uma sentença arbitral, que vincula as partes e tem força de sentença judicial. Portanto, esse método é similar ao processo judicial, sendo também o principal objeto de análise na evolução das convenções processuais subsequentes.

Em sentido semelhante, calha transcrever a conceituação de Cândido Dinamarco a respeito do assunto:

O chamado *juízo arbitral* é um *processo* e nesse processo está presente o exercício da *jurisdição* pelos árbitros, da ação pelo autor (ou requerente) e da *defesa* pelo réu (requerido). Tanto quanto o processo estatal, tudo quanto no arbitral se faz visa à oferta de uma *tutela jurisdicional* ou, por outras palavras, de *acesso à justiça*. E, por seu um processo e nele se exercer a *jurisdição*, a arbitragem está sujeita aos superiores ditames do *direito processual constitucional*, sem cuja observância nenhuma decisão arbitral seria legítima, nem a própria inclusão da arbitragem entre os meios de solução de conflitos.¹⁰⁶ (grifos no original)

2.2.2 O que é a arbitragem e quais os seus benefícios?

A Lei nº 9.307, de 1996, constituída de sete capítulos e 44 artigos que normatizam as possíveis relações jurídicas submetidas à arbitragem, foi responsável pela regulamentação dessa prática no ordenamento brasileiro. Sendo assim, ficaram estabelecidos os requisitos, a forma, o conteúdo, efeitos da convenção e sentença, entre outros aspectos.

Através desse método de resolução de conflitos, viu-se a possibilidade de entregar o litígio a quem tem conhecimento específico da matéria objeto da controvérsia, visto que cabe às partes elegerem o árbitro ou os árbitros; logo, haverá maior técnica na apreciação da matéria, em especial para questões pouco usuais no âmbito do judiciário.¹⁰⁷

Outro aspecto relevante é a celeridade, enquanto os processos se acumulam no

¹⁰⁶ DINAMARCO, Candido Rangel. op. cit., pp. 489-490.

¹⁰⁷ Essa prática, embora inovadora no ordenamento brasileiro, a muito já existia, conforme refere Bobbio, posto que no Estado primitivo competia a sociedade e, por vezes, àquele que for dirimir a controvérsia a incumbência de fixar a regra, vejamos o referido excerto: “O Estado primitivo não se preocupava em produzir normas jurídicas mas deixa a sua formação a cargo do desenvolvimento da sociedade, e eventualmente aquele que deve dirimir as controvérsias, o juiz, tem a incumbência de fixar, de quando em quando, a regra a ser aplicada. Falamos do juiz porque seguindo as modificações de sua posição e de sua função social é que colhemos a passagem do direito não estatal ao estatal, e a passagem, ligada a esta, da concepção dualista do direito (direito natural, direito positivo) à monista (apenas o direito positivo).

Podemos, de fato, definir o direito como um conjunto de regras que são consideradas (ou sentidas) como obrigatórias em uma determinada sociedade porque sua violação dará, provavelmente, lugar à intervenção de um “terceiro” (magistrado ou eventualmente árbitro) que dirimirá a controvérsia emanando uma decisão seguida de uma sanção ao que violou a norma. (A aplicação de tal sanção é confiada, num primeiro momento, à parte adversária e, em um desenvolvimento posterior, ao próprio Estado.). Falamos, então, de direito quando, surgindo um conflito entre dois sujeitos, intervém um terceiro (juiz nomeado pelo Estado ou árbitro escolhido pelas partes) que estabelece uma regra (que provavelmente se tornará um “precedente”, insto é, será aplicada também em outros casos) segundo a qual a controvérsia será resolvida.” In: BOBBIO, Norberto. op. cit., pp. 27-28.

judiciário (existindo até mesmo uma “taxa de congestionamento”¹⁰⁸ dos mesmos nos tribunais) em razão da demora na apreciação, no procedimento arbitral há a disposição no art. 23¹⁰⁹ da Lei de Arbitragem estabelecendo que o procedimento arbitral deverá ser encerrado em até seis meses após a sua instituição, embora as partes, o árbitro e os regulamentos das câmaras arbitrais possam dispor de maneira diversa.

Cabe também referir a eficiência do instrumento quanto ao cumprimento da sentença arbitral, posto que é, na grande maioria das vezes, realizado de maneira espontânea pelas partes, pois estas escolheram o julgador e tem confiança na capacidade técnica do mesmo para a apreciação do caso apresentado.

Não menos relevante é a confidencialidade do procedimento, que inclusive é estabelecida por diversas câmaras arbitrais como uma cláusula de sigilo ou confidencialidade — embora não esteja disposta na Lei de Arbitragem —, aspecto que é importante para a imagem de grandes empresas e até mesmo para o litígio em razão do objeto ou do *quantum* apreciado na causa; assim como o aspecto econômico-financeiro — embora, num primeiro momento, pareçam elevados os custos —, mostra-se benéfico do ponto de vista custo-benefício, levando-se em conta a tecnicidade do árbitro, a celeridade e os efeitos extraprocessuais.

Segundo Francisco José Cahali¹¹⁰, há quatro teorias a respeito da natureza jurídica da arbitragem: a privatista (contratual), a jurisdicionalista (publicista), intermediária ou mista (contratual-publicista) e a autônoma.

A teoria privatista encara a arbitragem como um negócio jurídico, sendo um acordo firmado entre as partes, ou seja, a atribuição dada a um árbitro para decidir seria apenas o cumprimento de um contrato, sem qualquer natureza jurisdicional, visto que essa é privativa do Estado. Nesse caso, seria necessária a homologação do laudo pelo Poder Judiciário para que

¹⁰⁸ Esse é um indicador criado pelo Conselho Nacional de Justiça a fim de monitorar e contabilizar os processos em trâmite no judiciário, vejamos a descrição do referido indicador: “A taxa de congestionamento mede a efetividade do tribunal em um período, levando-se em conta o total de casos novos que ingressaram, os casos baixados e o estoque pendente ao final do período anterior ao período base.”. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario/indicadores/486-gestao-planejamento-e-pesquisa/indicadores/13659-03-taxa-de-congestionamento>>. Acesso em: 06 nov. 2018.

¹⁰⁹ Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

Parágrafo único. As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado.

§ 1º Os árbitros poderão proferir sentenças parciais. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)

§ 2º As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo para proferir a sentença final. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

¹¹⁰ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: resolução CNJ125/2010 (e respectiva emenda de 31 de janeiro de 2013): mediação e conciliação**. 3ª ed. São Paulo: Editora em Revista dos Tribunais, 2013.

passasse a ter natureza executória. Com a entrada em vigor da Lei 9.307, porém, essa teoria deixou de fazer sentido tendo em vista que no seu art. 31¹¹¹ (que constava igualmente no art. 475-N, IV do CPC/73) a sentença arbitral passou a ser título executivo.

A teoria publicista entende a arbitragem como um instrumento judicial, onde o Estado, por meio de disposições legais, outorga poderes de juiz ao árbitro para resolver o conflito, ou seja, os árbitros são verdadeiramente juízes, sendo lhes dada autoridade para resolver a causa.

A teoria intermediária condensa os fundamentos das duas teorias anteriores concluindo que é um negócio jurídico entre as partes, mas que não pode ser desenvolvida fora do judiciário, posto que deve se submeter ao sistema legal existente.

A teoria autônoma, por sua vez, concebe a arbitragem como um sistema de solução de conflitos totalmente desvinculado de qualquer sistema jurídico existente.

De outro modo é o entendimento de Luis Fernando Guerrero, que relaciona a convenção de arbitragem com negócios jurídicos processuais, vejamos:

Tradicionalmente, no entanto, a convenção de arbitragem era tratada como contrato, na origem, com produção de efeitos processuais. Assim, considerava-se mista a natureza da convenção processual, uma vez que havia um acordo de vontade realizado entre as partes com vistas à produção de efeitos processuais específicos, no caso, a utilização da arbitragem como forma de solução de conflitos. Assim, a formação contratual da convenção serviria apenas para circunscrever os limites da controvérsia e atender aos requisitos de validade do direito material, embora os efeitos propaguem-se no campo do Direito Processual.¹¹²

Quanto a arbitrabilidade, condição essencial para que um determinado conflito seja submetido à arbitragem, observa-se que só poderão se valer da arbitragem as pessoas capazes de contratar, bem como apenas quanto a direitos patrimoniais disponíveis, conforme o 1º da Lei de arbitragem^{113, 114}.

¹¹¹ Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

¹¹² GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, pp. 11-12.

¹¹³ Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

¹¹⁴ Carmona, embora trate como capacidade de contratar, refere-se a arbitrabilidade de modo semelhante dispondo sobre a capacidade jurídica como a aptidão para ser sujeito de direitos e deveres (arbitrabilidade subjetiva) e que a controvérsia diga respeito a direito material disponível (arbitrabilidade objetiva). In: CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96**, 3. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 97-98.

Sendo assim, somente podem optar pela arbitragem aqueles que estiverem em pleno gozo da sua autonomia privada, e nos limites legais estabelecidos ao exercício desta; no entanto, as partes podem convencionar quanto a quem e quantos serão os árbitros, como ocorrerá o desenvolvimento do procedimento arbitral, quais serão as regras de direito aplicadas e inclusive sob qual forma se dará a arbitragem, se por equidade ou de acordo com os princípios gerais de direito, de acordo com o art. 2º da Lei 9.307 e seus parágrafos^{115, 116}.

2.2.3 Convenção de arbitragem: tipos, elementos e requisitos

A convenção de arbitragem pode ser estabelecida por cláusula compromissória ou compromisso arbitral, de acordo com o art. 3º da Lei de Arbitragem¹¹⁷. A cláusula compromissória é a mera previsão de que, em surgindo um conflito, será resolvido por arbitragem, não pelo judiciário. O compromisso arbitral, por seu turno, é a manifestação pela qual as partes, diante de um conflito já deflagrado, optam por submeterem-se ao juízo arbitral e não ao judiciário.¹¹⁸

¹¹⁵ Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

¹¹⁶ Corrobora, nesse aspecto, o entendimento de Carlos Alberto Carmona, in verbis: “Segundo a Lei de arbitragem, as partes têm liberdade de escolher o direito — material e processual — aplicável à solução da controvérsia, podendo optar pela decisão por equidade ou ainda fazer decidir o litígio com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio.

Prestigiou-se em grau máximo e de modo expresso o princípio da autonomia da vontade, de forma a evitar dúvidas na aplicação da Lei. Sabe-se que no Brasil, o princípio da autonomia da vontade encontra alguma dificuldade em sua aplicação, afirmando Irineu Strenger que o princípio foi abandonado pela Lei de Introdução ao Código Civil, porque “dava margem a muita controvérsia, a muita discussão” escolha da lei aplicável pelas próprias partes, de tal sorte que o árbitro não terá que recorrer às regras de conflitos de leis para estabelecer a norma que regerá o caso concreto. Faz-se mister frisar que as “regras de direito”, a que se refere o art. 2º, § 1º, são tanto de direito material quanto de direito processual: quanto às regras de direito processual, nada impede que as partes criem normas específicas para solucionar o litígio, reportem-se às regras de um órgão arbitral institucional ou até mesmo adotem as regras procedimentais de um código de processo civil estrangeiro.” In: CARMONA, Carlos Alberto. op. cit., p. 15.

¹¹⁷ Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

¹¹⁸ Conquanto, tal distinção entre a cláusula compromissória e a cláusula arbitral já não é tão usual, conforme aduz Luis Fernando Guerrero *in litteris*: “Tal conceito foi superado pela Lei de Arbitragem e a cláusula compromissória, nitidamente, passou a ser vinculante para as partes, sendo permitida sua execução específica na qual a negativa da parte recalcitrante pode ser substituída por uma sentença (art. 7º e seguintes da Lei de Arbitragem) Portanto, hoje há grande diferença teleológica entre cláusula compromissória e cláusula arbitral, embora o segundo

Pode ainda a convenção arbitral ser estabelecida com arbitragem institucional (quando é realizada através de uma instituição pré-estabelecida) ou *ad hoc* (quando as partes escolhem um árbitro para dirimir o conflito).

Quanto a cláusula compromissória, faz-se importante referir a distinção entre a cláusula cheia e a cláusula vazia. Na cláusula compromissória cheia o procedimento arbitral é instaurado diretamente, sem necessidade da passagem pelo judiciário, da forma que fora estabelecido pelas partes, de acordo com os arts. 5º¹¹⁹ e 19 da Lei 9.307, que devem dispor sobre todo o procedimento desde a escolha do número de árbitros — sempre em número ímpar — até a responsabilidade pelo custeio do procedimento, ou seja, as partes devem se ater a todos os detalhes pertinentes de um possível conflito. Na cláusula vazia, também conhecida como cláusula em branco, refere que o início do procedimento arbitral requer o cumprimento de algumas etapas a serem cumpridas antes do estabelecimento do procedimento arbitral, na fase pré-arbitral¹²⁰.

Nesse sentido, extremamente oportuna a colocação de Luis Guerrero quanto a conexão entre a eficácia plena ou limitada da cláusula compromissória, vejamos:

Por isso, considera-se que a convenção de arbitragem é um negócio jurídico processual que pode possuir eficácia plena ou limitada de acordo com a sua forma (“cheia” ou “vazia”), possuindo, na primeira hipótese, um contrato de organização. A cláusula compromissória “vazia” é convenção de arbitragem, mas com eficácia limitada, porque as partes estarão vinculadas à solução do conflito via arbitragem, porém será necessária a celebração de um compromisso arbitral para definir as regras de instauração e desenvolvimento da arbitragem. Esta cláusula será um negócio jurídico processual, mas depende de um outro ato para produzir plenamente os seus efeitos ou, se necessário, sua celebração por meio de sentença judicial (art. 7º, § 7º, da Lei de arbitragem).¹²¹

possa ser utilizado para complementar a primeira quando esta for do tipo “vazia” (...).” In: GUERRERO, Luis Fernando. op. cit., pp. 9-10.

¹¹⁹ Art. 5º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

¹²⁰ A conceituação é trazida por Pedro Martins que separa a arbitragem em três fases distintas: a pré-arbitral, a arbitral e a pós-arbitral. A respeito da fase pré-arbitral Pedro Martins refere, in verbis: “A fase pré-arbitral se inicia com a assinatura da convenção de arbitragem, mas se mantém dormente até o surgimento do conflito. Ela se prolonga até a aceitação da nomeação dos árbitros.

Deve-se entender que a aceitação pelos árbitros da função não põe termo à fase pré-arbitral, pois esta somente se completa com a efetiva confirmação destes, após submetido o Termo de Independência às demandantes. Antes dessa confirmação, os árbitros podem até ter aceito, mas, ainda, não foram confirmados. E podem, mesmo, nem vir a ser confirmados, caso haja algum fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.” MARTINS, Pedro A. Batista. **As três fases da arbitragem**. Disponível em: < <http://batistamartins.com/as-tres-fases-da-arbitragem-2/>>. Acesso em: 07 nov. 2018.

¹²¹ GUERRERO, Luis Fernando. op. cit., 2014, p. 14.

Desse modo, a efetivação do compromisso será buscada primeiramente através de provocação extrajudicial, conforme o art. 6º¹²², e, caso não atendida essa iniciativa seja por desacordo ou por simples omissão, poderá o requerente ingressar em juízo para este fim, de acordo com o 7º¹²³ ambos da Lei de Arbitragem; essa última hipótese só será aceita, porém, desde que o requerente comprove que cumpriu com a convocação extrajudicial, caso contrário a demanda será extinta por ausência de interesse de agir. Nada obstante, há a possibilidade do réu apresentar suas irresignações perante a proposta do autor, podendo alegar possíveis vícios, irregularidades, fatos impeditivos, modificativos ou extintivos na convocação durante o curso da ação judicial. Há que se referir ainda que estabelecida a convenção arbitral para um ou algumas questões do contrato, restará a eleição de foro para as demais não abrangidas.

O juiz pode, se durante a ação houver omissão do réu ou divergência entre as partes quanto a formatação da arbitragem, preencher as lacunas da cláusula no que for necessário para instituir a arbitragem.

Podemos observar, pois, que o compromisso arbitral, judicial ou extrajudicial, é um negócio jurídico com forma prescrita em lei, assim como com requisitos próprios, tendo inclusive requisitos obrigatórios previstos no art. 10 da Lei de Arbitragem, conforme se expõe:

Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;

II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;

III - a matéria que será objeto da arbitragem; e

IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

Nesse caso, ainda que haja liberdade das partes para dispor de parte de seus direitos, há que se observar postulados constitucionais processuais como o amplo contraditório, a igualdade das partes, a imparcialidade do árbitro e o seu livre convencimento, a fim de garantir o devido

¹²² Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocava o julgamento da causa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

¹²³ Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

processo legal.¹²⁴

2.2.4 A efetivação da arbitragem

Para a efetivação da arbitragem, faz-se necessária a organização da convenção, podendo esta ser realizada através do termo de arbitragem ou ata de missão — embora seja de caráter facultativo — e para esclarecer dúvidas, sanar possíveis irregularidades ou falhas tanto a respeito do objeto quanto a respeito da identificação das partes (ou seus representantes) advogados, árbitros, local, lei aplicável, extensão do julgamento, valores, dentre outros diversos pontos pertinentes, conforme estabelecido no § 1º do art. 19 da Lei de Arbitragem¹²⁵. Finalmente, deve ser estabelecido no termo o cronograma provisório para que se possa conduzir a arbitragem, com os prazos e as etapas discriminando a quem compete cada ato e em que momento. Logo, esse termo tem como objetivo evitar dúvidas e atribuições futuras que possam tumultuar ou até mesmo impedir a continuação do procedimento arbitral.

Seguida desta fase preliminar organizacional vem a fase postulatória, onde as partes apresentam suas alegações (inicial, contestação), fazendo-se pertinente a juntada de documentos para comprovar as alegações cruzadas entre uma parte e outra (réplica, tréplica...) até o início da instrução, e, por fim, memoriais através de manifestação oral ou escrita.

Caso a parte não se manifeste, será declarada revel e se dará normal prosseguimento ao procedimento, de acordo com o § 3º do art. 21 da lei arbitral¹²⁶; porém, na arbitragem,

¹²⁴ Do mesmo modo manifesta Luis Fernando Guerrero: “Os princípios fundamentais do processo civil judicial, tais como o do acesso à tutela jurisdicional e o do devido processo legal, também encontram guarida no procedimento arbitral com fundamento na chamada teoria garantista do procedimento arbitral de Antonio M. Lorca Navarrete, baseada no postulado de que as garantias processuais possuem projeção constitucional (teoria baseada no art. 24 da Constituição espanhola, análoga ao art. 5º XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal de 1988 e arts. 21, §2º, e 32, inciso VIII, da Lei de Arbitragem). Estão consagrados, portanto, os princípios do contraditório e da ampla defesa, representando a igualdade no tratamento das partes, *auditor et altera pars*.

A nítida relação entre arbitragem e judiciário fica ainda mais clara com a aplicação, na arbitragem, dos princípios fundamentais do processo civil. A arbitragem apresenta-se como um meio alternativo ao judiciário para a solução dos conflitos e, diante deste quadro, justifica-se a aplicação de princípios e garantias fundamentais no processo judicial à arbitragem com o único objetivo de permitir o acesso à justiça e a concessão da tutela jurisdicional de maneira célere, eficaz e justa. Tais princípios, no entanto, são inderrogáveis, ou seja, se sobrepõem ao princípio da autonomia da vontade. Sua inobservância é hipótese de nulidade da sentença arbitral (art. 32 da Lei de Arbitragem).” In: GUERRERO, Luis Fernando. op. cit, p. 38.

¹²⁵ Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

§ 1º Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, adendo firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem. (Incluído pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência) Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

¹²⁶ Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às

diferentemente do processo civil (onde o termo é empregado apenas quando há falta de contestação do réu), a revelia significa ter deixado de praticar algum ato durante o procedimento, tendo maior caracterização como contumácia, não com a revelia propriamente dita, inclusive podendo ser aplicada a qualquer das partes.

Quanto a produção probatória, não existe distribuição legal dos ônus de provas na arbitragem; logo, cabe as partes instruir da melhor maneira possível, a fim de demonstrar a ocorrência ou não dos fatos e embasar suas alegações. Todavia, pode também o árbitro, quando entender necessário ou útil, instruir a causa, nos termos do art. 22, *caput*, da Lei de Arbitragem¹²⁷ assim como negar a produção de provas que entenderem desnecessárias.

Desse modo, a efetivação de uma convenção arbitral resulta em alguns efeitos que vinculam as partes e impondo também aos contratantes alguns efeitos positivos e negativos.

Primeiramente, refere Cahali, um efeito positivo seria a submissão a uma jurisdição privada, de acordo com a escolha e vontade dos contratantes, não havendo a possibilidade de desistência. O reflexo negativo seria a retirada sentido pelo Estado, que restaria impedido de analisar o mérito da controvérsia submetida a arbitragem.¹²⁸

O segundo efeito positivo seria a livre disposição das partes contratantes para, desde que em comunhão, utilizem-se de sua autonomia privada para modificar, ou até mesmo revogar a convenção, deixando capaz novamente o acesso ao judiciário. No entanto, outro efeito negativo seria que, uma vez estabelecida a convenção arbitral, não é possível que uma das partes se recuse a cumprir o estabelecido.

Como ato final do procedimento arbitral, o árbitro profere uma sentença pela qual se realiza a prestação jurisdicional buscada pelas partes. Nessa decisão, assim como na sentença judicial, o árbitro pode decidir a demanda (acolhendo ou rejeitando, no todo ou em parte os pedidos formulados pelas partes, tendo em vista a possibilidade de existência de um pedido contraposto) ou concluir pelo não cabimento da arbitragem por algum motivo, ao menos não

partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

(...)

§ 3º A revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

¹²⁷ Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em: 06 nov. 2018.

¹²⁸ Cabe referir que a Lei de Arbitragem, quando da apreciação de um incidente no processo de homologação de uma sentença arbitral estrangeira proferida na Espanha sob o nº. SE5.206/ES, foi submetida a análise de constitucionalidade do STF, em razão da garantia de acesso a justiça presente no art. 5º, XXXV da CF/88. Na ocasião, entendeu-se pela constitucionalidade da lei por maioria dos votos (7 a 4), visto que a submissão voluntária das partes a arbitragem não ofenderia o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional do judiciário.

momentaneamente, inclusive por faltar arbitrabilidade às partes. Nesses casos, os interessados deveram ingressar no judiciário para a análise da demanda. Logo a sentença arbitral pode ser de caráter definitivo (que decide o mérito da questão) ou apenas terminativa (quando o procedimento se encerra sem a resolução do mérito), quando então o litígio deverá ser apresentado perante o Poder Judiciário, nessa hipótese, a instauração da arbitragem interrompe a prescrição, conforme disposto no art. 19, § 2.º, da Lei 9.307/96¹²⁹ em observância da inovação introduzida pela Lei 13.129/2015. A sentença arbitral, também poderá ser condenatória, constitutiva ou declaratória, assim como a judicial, podendo inclusive, quando da apreciação da responsabilidade pelas custas e despesas com a arbitragem, em caso de litigância de má-fé, estabelecer verba em razão da litigância de má-fé, art. 27 da Lei 9.307/1996¹³⁰. Assim como o restante do procedimento arbitral, a sentença também deve preencher determinados requisitos, assim disposto no art. 26 da Lei 9.307/96:

Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio;

II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

IV - a data e o lugar em que foi proferida.

Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.

Portanto, o árbitro tem poderes bastante semelhantes ao de um juiz togado, com a exceção da capacidade coercitiva concedida pelo Estado, devendo averiguar a causa e arbitrar de maneira clara.

Sabidamente a Lei de Arbitragem não prevê a possibilidade de um recurso para sentença arbitral; todavia, prevê o chamado “pedido de esclarecimento” instrumento muito parecido com os Embargos de Declaração do processo civil, com a finalidade de corrigir erro material ou sanar “obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral”, ou se pronunciar

¹²⁹ Art. 19. (...)

§ 2º A instituição da arbitragem interrompe a prescrição, retroagindo à data do requerimento de sua instauração, ainda que extinta a arbitragem por ausência de jurisdição. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em: 07 nov. 2018.

¹³⁰ Art. 27. A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em: 07 nov. 2018.

o juízo “sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão”, conforme o art. 30, I e II, da Lei 9307/96¹³¹.

Findado o pedido de esclarecimento, caso existente, entende-se como marca do encerramento da arbitragem, inclusive a jurisdição, não podendo a matéria tratada ou outra a ela relacionada ser reapreciada pelo juízo arbitral — ato que diverge do juízo estatal, visto que esse é de caráter permanente estando a “disposição” da parte —; passando, pois, produzir seus efeitos plenamente ou, caso não cumprido espontaneamente, constituindo título executivo a ser materializado no Poder Judiciário da forma mais adequada ao caso concreto, assim dispõe o art. 31 da Lei de Arbitragem¹³².

Sendo assim, observa-se que o cerne da arbitragem é o oferecimento de uma solução rápida e de qualidade, realizado através da redução e, por vezes, exclusão de burocracias e tramites ineficientes ou meramente protelatórios. A previsão normativa desse instrumento marcou o início de uma nova era para a resolução de conflitos, posto que trouxe mais autonomia e cooperação entre os litigantes para que questão apresentada seja resolvida da maneira mais eficaz possível (observando a onerosidade, a tempestividade e, até mesmo, a imagem das partes); nada obstante, existência da autonomia, que garante às partes o direito de disporem livremente sobre o procedimento ao qual serão submetidas, há requisitos legais e constitucionais a serem obedecidos pelas partes e pelo árbitro ou tribunal arbitral, fato que atribui a esse mecanismo verdadeiro caráter jurisdicional, vindo a refletir nas inovações processuais subsequentes, em especial, no Código de Processo Civil de 2015.

2.3 O CÓDIGO DE 2015 E A ADEQUAÇÃO CONVENCIONAL DO PROCESSO

2.3.1 Os desígnios do processo civil na contemporaneidade

A concepção publicista do processo civil brasileiro cerceou a autonomia privada das partes quanto ao poder de disposição sobre o procedimento. Desse modo, a grande maioria dos

¹³¹ Art. 30. No prazo de 5 (cinco) dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, salvo se outro prazo for acordado entre as partes, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que: (Redação dada pela Lei nº 13.129, de 2015) (Vigência)
I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral;
II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em: 07 nov. 2018.

¹³² Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em: 07 nov. 2018.

atos de disposição requeria a homologação do juiz, visto que a proteção ao interesse público era imperativa, assim como os fins sociais a serem atingidos e substancialmente tutelados.

Princípios e garantias fundamentais do processo foram impostos de maneira absoluta como a independência, a imparcialidade e a competência absoluta do juiz; a capacidade das partes; o acesso à justiça, a paridade de armas entre as partes (composto de oportunidades e meios de defesa dos mesmo), o amplo contraditório, todos esses aspectos foram submetidos a análise por parte da autoridade pública, o juiz, que representava o “guardião do direito”. Todavia, o juiz não deve ser visto como um supressor da liberdade das partes, mas sim um fiscalizador da adequação do seu exercício aos fins do processo. Ainda que seja difícil de se conceber a capacidade negocial no campo processual, podemos observar que, na atualidade, as pessoas abdicam de direitos fundamentais no campo material a todo momento.¹³³ Por conseguinte, em resposta a insuficiência de formas de prestação da tutela jurisdicional, a *práxis* forense e contratual demonstrou a necessidade, conforme o caso concreto, de moldar o rito de um processo judicial através de cláusulas negociais que viessem a ordenar um litígio futuro, conciliando assim o privatismo e o publicismo.

No Brasil, a concepção processualista do século XX baseou-se no publicismo. Logo, o juiz foi posicionado como figura central do processo tendo a capacidade de fazer tudo independentemente da vontade individual, posto que o seu papel era o de defensor dos interesses do Estado; às partes, contudo, restava pouca ou nenhuma autonomia. Desse modo, criou-se a figura do “super-juiz”¹³⁴ que detinha tanto o poder para a “impulsionar” o processo (disposto no art. 262 do CPC/73 e, em outros termos, no art. 2º do CPC/15)¹³⁵ quanto para produção probatória (presente no art. 130 do CPC/73, com correspondência no art. 370 do CPC/15) para chegar a “verdade real”. De outro modo, essa concepção era extremamente nociva às partes, pois a elas cabia iniciar o processo, mas não eram capazes de interferir no

¹³³ A respeito do tema, Antônio do Passo Cabral refere: “Basta vermos programas televisivos em que indivíduos permitem ser filmado em sua intimidade; ou programas de auditório em que as pessoas se submetem a atividades degradantes, que poderiam ser consideradas ofensivas à sua dignidade humana; ou eventos esportivos em que lutadores ingressam em um ringue voluntariamente admitindo sofrer lesões corporais, em violação ao seu direito fundamental à integridade física.” In: CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016, pp. 34-35.

¹³⁴ Quanto ao termo, cabe mencionar: “O “super-juiz” passou a ser amplamente preponderante entre os sujeitos do processo, uma figura que tudo pode e não se vincula, ignorando as partes e seus argumentos, conhecendo e decidindo de ofício independente de requerimento (e mesmo em decisões satisfativas), como se fosse o tutor dos jurisdicionados.” In: CABRAL, Antônio do Passo. op. cit., p. 136.

¹³⁵ Há que se mencionar a diferença existente entre o termo presente no Código de 1973 que dispunha: “Art. 262. O processo civil começa por iniciativa da parte, mas se desenvolve por impulso oficial.” e o do Código de 2015, que prevê a existência de exceções legais: vejamos: “Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.”

procedimento, do qual eram parte, a fim de que o direito processual levasse em consideração os seus interesses privados assim como o direito material. Segundo Antônio do Passo Cabral, na realidade, havia um hiperpublicismo, segundo o qual toda norma processual é cogente, imperativa e inderrogável, perspectiva que cimentou a possibilidade das partes excepcionalmente disporem de raras regras supletivas.¹³⁶

Esse movimento foi necessário em certo período histórico para constituir a independência do direito processual do direito material. Entretanto, atualmente, não se pode desconsiderar completamente a participação necessária das partes e dos interesses privados, assim como não se pode mais, sob a alegação de que a relação jurídica processual e os escopos da jurisdição são voltados ao interesse público, sustentar a supremacia destes objetivos sobre os demais existentes numa relação processual. Oportunamente, refere-se que a participação dos indivíduos tem tomado relevância não apenas no campo processual, mas também no âmbito constitucional, administrativo, tributário, e até mesmo penal, onde a doutrina e a jurisprudência têm buscado equilibrar os interesses públicos e privados envolvidos, sem a existência de uma relação de prevalência ou supremacia a priori.

De outro modo, a concessão de poder às partes para poderem dispor de direitos aos quais lhes dizem respeito enquanto interesse privado, não significa o retorno ao privatismo romano de um processo concebido tão somente como coisa das partes, mas apenas que, em meio a uma sociedade democrática, deve haver uma descentralização da razão argumentativa, principalmente nos procedimentos de formação normativa, ou seja, buscou-se simplesmente uma “emancipação” em relação às instituições e ao Estado.¹³⁷

¹³⁶ CABRAL, Antônio do Passo. op. cit., p. 162.

¹³⁷ Nesse sentido, Antônio do Passo Cabral aduz: “O empoderamento individual é algo muito salutar em sociedades como a nossa, fortemente marcadas pela presença do Estado e nas quais ainda não se criou uma cultura de independência e emancipação do povo em relação às instituições oficiais. Ainda hoje, em pleno séc. XXI, nossa população tem pouca capacidade associativa e limitadas iniciativas de mobilização de grupo esperando que o Estado resolva todos os nossos problemas. Reflexo dessa postura, no processo, é o baixo protagonismo dos entes privados (associações e sindicatos) no ajuizamento de ações coletivas.” In: CABRAL, Antônio do Passo. op. cit., p. 171. A respeito do tema também, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira refere que o processo como o parâmetro para averiguação de como o Estado respeita a personalidade e a liberdade dos seu cidadãos, vejamos: “Mostra-se totalmente inadequado, assim, conceber o processo, apesar do seu caráter formal, como mero ordenamento de atividades dotado de cunho exclusivamente técnico, integrado por regras externas, estabelecidas pelo legislador de modo totalmente arbitrário. A estrutura mesma que lhe é inerente depende dos valores adotados e, então, não se trata de simples adaptação técnica do instrumento, processual a um objetivo determinado, mas especialmente de uma escolha de natureza política, escolha essa ligada às formas e ao objetivo da própria administração judicial. Na realidade, de uma ou outra maneira as diversas espécies de procedimento refletem sempre, numa escala especialmente clara, em que medida o Estado realmente respeita a personalidade e a liberdade de seus cidadãos e como são considerados o direito e a justiça. O direito processual vincula, portanto, a relação entre o Estado e o cidadão a um especial e rico polo de interesse, do mais alto valor substancial e não uma simples técnica alterável conforme o gosto e o humor do eventual detentor do poder.” In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, op. cit., 2010, p. 94.

Sendo assim, as convenções processuais não seriam uma privatização do processo, mas uma simples racionalização¹³⁸ ou redistribuição de poderes e competências, balanceando o publicismo e o privatismo através de uma redução dos poderes do juiz e a consequente valorização das partes no processo numa relação de colaboração¹³⁹. Contudo, essa prática deverá observar limites para que a economia com a justiça não sacrifique a própria justiça como já ocorreu na França.¹⁴⁰

2.3.2 A recepção das convenções no ordenamento brasileiro

O poder de disposição das partes tem embasamento constitucional derivado do direito à liberdade e, quanto às garantias processuais, no acesso à justiça, assim como na inafastabilidade do controle jurisdicional; deve, pois, o Estado respeitar este poder considerando o equilíbrio entre a natureza pública da relação jurídica processual e os interesses privados constantes no processo.¹⁴¹

Consoante bem delineado por Antônio do passo Cabral, ao lado do princípio dispositivo haveria o princípio do debate, cujo objeto tutelado seria a liberdade dos sujeitos no

¹³⁸ CADIET, Loic. op. cit., 28. ss.

¹³⁹ Sobre o tema, Daniel Mitidiero faz a explanação da colaboração como um modelo isonômico e assimétrico de formação e condução do processo, vejamos: “A colaboração é um modelo que visa dividir de maneira equilibrada as posições jurídicas do juiz e das partes no processo civil, estruturando-o como uma verdadeira *comunidade de trabalho* (*Arbeitsgemeinschaft*), em que se privilegia o trabalho processual em conjunto do juiz e das partes (*prozessualen Zusammenarbeit*). Em outras palavras: visa a dar feição ao aspecto subjetivo do processo, dividindo de forma equilibrada o trabalho entre todos os seus participantes – com um aumento concorrente dos poderes do juiz e das partes no processo civil.

Trata-se de modelo formado a partir de pressupostos culturais – sociais, lógicos e éticos – e que constitui uma superação dos modelos isonômico e assimétrico. Cuida-se de elemento estruturante do direito ao processo justo. Como observa a doutrina, “*le procès équitable implique un principe de coopération efficiente des parties et du juge dans l’élaboration du jugement vers quoi est tendue toute procédure*”.

A propósito, há quem entenda que a colaboração é um modelo que resulta da superação dos modelos dispositivo e inquisitório. No entanto, parece-nos mais apropriado trabalhar com modelos isonômico e assimétrico basicamente por duas razões: em primeiro lugar, porque “dispositivo” e “inquisitório” são modelos que retratam apenas o aspecto ligado às posições jurídicas das partes e do juiz no que tange à condução do processo, deixando na sombra outros elementos importantes de comparação entre os modelos (por exemplo, o papel da lógica jurídica no processo de interpretação e aplicação do direito e o papel da boa-fé ao longo do processo). Trata-se, portanto, de uma perspectiva de análise incompleta. Em segundo lugar, porque o processo civil pautado pela colaboração conserva tanto traços dispositivos (como, por exemplo, possibilidade de formalização do julgamento pela aplicação das regras que regem o ônus da prova, art. 373 do CPC/2015) como traços inquisitórios (como, por exemplo, a possibilidade de instrução de ofício pelo juiz, art. 370 do CPC/2015).”(grifos do autor) In: MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no Processo Civil**. 3ª ed., São Paulo: Editora RT, 2015, pp. 52-54. Ainda nesse sentido, ver: ABREU, Rafael Sirangelo. “Customização processual compartilhada”: o sistema de adaptabilidade do novo CPC. **Revista de Processo**. São Paulo: Ed. RT, vol. 257, 2016.

¹⁴⁰ CADIET, Loic. op. cit., 23.

¹⁴¹ CABRAL, Antônio do Passo. op. cit., pp. 135-139.

processo não apenas quanto a aspectos materiais, mas também quanto a disposições processuais; no entanto, embora o princípio dispositivo tenha tutela constitucional, o princípio do debate não teria a mesma prerrogativa, tratando-se apenas de uma concepção política e ideológica de cada sistema processual, que pode optar por atribuir mais poderes ao juiz ou às partes, concepção essa que foi aceita pelo sistema processual brasileiro. Isto posto, observa-se que as partes têm muitas questões a serem decididas a respeito da técnica processual a ser utilizada, particularidades estas que podem afetar cabalmente o procedimento. Nesse ponto, cabe referir que o art. 188¹⁴² do CPC/15 concedeu às partes o protagonismo para estabelecer os atos processuais independentemente de forma pré-estabelecida. Logo, as partes têm o poder para escolher os contornos do procedimento; podendo, pois, convencionar a respeito também.¹⁴³

Em razão disso, tendo em vista que o princípio dispositivo tutela a autonomia a respeito do direito material e o princípio do debate concede às partes autonomia para a dispor de direitos fundamentais processuais, observa-se que não é propriamente a liberdade contratual, de caráter privado, que garante disponibilidade aos litigantes no processo, de caráter público, mas sim a combinação entre estes princípios que, para alguns doutrinadores, daria origem a um novo princípio: o do respeito ao autorregramento da vontade, que visaria a autorregulação do processo exercido pelas partes sem restrições injustificadas e desmedidas.

Acerca do tema, Fredie Didier Jr. refere:

Autonomia privada ou autorregramento da vontade é um dos pilares da liberdade e dimensão inafastável da dignidade da pessoa humana.

O Direito Processual Civil, embora ramo do Direito Público, ou talvez exatamente por isso, também é regido por esse princípio. Pode-se chama-lo de princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo.

É certo que esse princípio não tem, no Direito Processual Civil, a mesma roupagem dogmática com que se apresenta, por exemplo, no Direito Civil. Por envolver o exercício de uma função pública (a jurisdição), a negociação processual é mais regulada e o seu objeto, mais restrito. Isso, porém, não diminui a sua importância, muito menos impede que se lhe atribua o merecido destaque de ser um dos princípios estruturantes do direito processual civil brasileiro, uma de suas normas fundamentais.

Não há razão para minimizar o papel da liberdade no processo, sobretudo quando se pensa a liberdade como fundamento de um Estado Democrático de Direito e se encara o processo jurisdicional como método de exercício de um poder: Há, na verdade, uma tendência de ampliação dos limites da autonomia privada na regulamentação do

¹⁴² CPC/2015: Art. 188. Os atos e os termos processuais independem de forma determinada, salvo quando a lei expressamente a exigir, considerando-se válidos os que, realizados de outro modo, lhe preenchem a finalidade essencial. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 14 nov. 2018.

¹⁴³ CABRAL, Antônio do Passo. op. cit., pp. 139-141.

processo civil.

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.*¹⁴⁴(grifos no original)

Nesse aspecto, o Código de Processo Civil de 2015 apresentou inúmeras inovações em relação ao seu antecessor — que previa a possibilidade de atos negociais apenas no art. 158 (disposição que foi mantida em sua integralidade no art. 200 do CPC/15) — trazendo um estímulo a solução consensual do conflito a ser promovido pelo Estado, a estimulação da autocomposição (art. 3º, §§ 2º e 3º respectivamente), assim como a previsão de uma seção própria tratando sobre mediação e conciliação (seção V, arts. 165 a 175) prevê, como ponto inicial do processo, uma audiência de conciliação ou mediação (334 e 695) — com a devida observância quanto à vontade das partes (art. 334, § 4º, I) —, há ainda o estabelecimento da homologação judicial de acordos judiciais de qualquer natureza (art. 515, III; art. 725, VIII) mesmo que contenha matéria que “não tenha sido deduzida em juízo” (art. 515, § 2º). A vontade das partes é relevante ainda para delimitar o objeto litigioso do processo (arts. 141 e 490) e do recurso (arts. 1.002 e 1.013) — devendo a postulação ser interpretada de acordo com a boa-fé, assim como se deve fazer em relação aos atos jurídicos de um modo geral (art. 113, CC)¹⁴⁵. Os negócios processuais podem ainda tratar do foro (art. 63) — não excluindo da apreciação do juízo a análise quanto a abusividade dessa disposição (art. 63, § 3º) —, do calendário processual (art. 191), da organização consensual do processo (art. 357, § 2º); da convenção sobre ônus da prova (art. 373, §§ 3º e 4º)¹⁴⁶, dentre diversos outros dispositivos legais, e, em especial, a previsão de negócios processuais atípicos estabelecido no art. 190¹⁴⁷ do CPC/15.

Sobre o referido artigo, calha transcrever o seguinte excerto da obra de Fredie Didier Jr, no qual bem relaciona a cláusula geral de negociação com o princípio do autorregramento

¹⁴⁴ DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. vol. 1.** 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, pp. 149-150.

¹⁴⁵ CC/02: Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 14 nov. 2018.

¹⁴⁶ A respeito da temática, ver: GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil [livro eletrônico]**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

¹⁴⁷ CPC/15: Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 14 nov. 2018.

da vontade, nos seguintes termos:

O CPC prevê uma cláusula geral de negociação processual, que permite a celebração de negócios jurídicos processuais atípicos, uma vez preenchidos os pressupostos do caput do art. 190. Dessa cláusula geral surge o *subprincípio da atipicidade da negociação processual, a mais importante concretização do princípio do respeito autorregramento da vontade no processo civil* e, por isso, o exemplo mais evidente da densidade normativa que esse mesmo princípio possui no direito brasileiro.¹⁴⁸(grifo do autor)

Observa-se, portanto, que não há óbice normativo quanto ao estabelecimento de negócios processuais, ao contrário, há inclusive a regulamentação bem clara quanto a essa prática que é inerente ao processo civil contemporâneo, restando bem embasado o princípio do respeito ao autorregramento da vontade através do qual as partes podem exercer ou abdicar de direitos processuais.¹⁴⁹

Partindo dessa análise, é possível constatar que o ordenamento brasileiro adotou uma prioridade pela liberdade convencional, sendo não apenas aceitas as convencionalidades estabelecidas através da cláusula geral do art. 190 do CPC/15, mas sim com a validação *prima facie* dos acordos firmados, tendo em vista que o juiz apenas controlará a validade da aplicação das convenções processuais para evitar abuso de direito, inserção abusiva em contrato de adesão ou manifesta situação de vulnerabilidade de alguma parte, conforme disposto no parágrafo único¹⁵⁰ do art. 190 do CPC. Dessa maneira, recai sobre o juiz o ônus argumentativo de demonstrar que os acordos processuais são inválidos ou para negar a sua aplicação.

Podemos conceber, por consequência, que a existência de acordos processuais não significa a vitória das convenções sobre a lei, a exclusão ou fragilização da produção de norma estatal, tampouco do Estado, mas tão somente uma hibridização da lei com os acordos, posto que não podemos mais imaginar as normas como resultado de uma produção apenas da lei ou do contrato, apenas do Estado ou do indivíduo, mas sim como uma comunhão entre todas estas fontes numa complementaridade, numa convergência.

¹⁴⁸ DIDIER JR., Fredie. op. cit., 2017, p. 152.

¹⁴⁹ No mesmo entendimento, ver: CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao código de processo civil [livro eletrônico]**, vol. III, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

¹⁵⁰ CPC/15: Art. 190. (...)

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 14 nov. 2018.

2.3.3 Críticas à sistemática de convenções

Há uma série de críticas quanto a esse empoderamento das partes do processo, tanto quanto a possibilidade de disposição das partes quanto aos reflexos desses acordos no judiciário.

Inicialmente, o problema quanto a disponibilidade está no exercício da liberdade, posto que, no Brasil, não pensamos direitos (em especial os fundamentais) nos quais não haja um exercício de maneira impositiva, ou seja, nos quais o indivíduo possa optar transigir ou mitigar em parte ou totalmente ou simplesmente se abster de exercê-lo¹⁵¹. Normalmente o Estado determina os direitos a serem exercidos pelos indivíduos, com pouca ou nenhuma margem para modificação. Porém, a interferência estatal nesse âmbito só seria justificável em caso de invalidez, se a disponibilidade desses direitos violar a esfera jurídica de terceiros, ou quando não seja resultado de uma manifestação livre de vontade, seja em razão da impossibilidade de desenvolvimento (a título de exemplo, incapazes) ou em razão da falta de consentimento esclarecido (como referência, o vício de consentimento), tendo em vista que a interferência estatal desmedida e impositiva descaracteriza o exercício de direitos para constitui o exercício de deveres.¹⁵²

Além da indisponibilidade de direitos processuais fundamentais, outros aspectos que costumam ser apresentados como justificativa para não implementação das convenções é a perda do conhecimento e aprimoramento do juízo, tendo em vista que ausência de questões a serem apreciadas pelo juiz impediria um aprimoramento da jurisprudência; o judiciário perderia a criação de um sistema de precedentes também, pois não haveria regras comuns a serem aplicadas a outros casos; não haveria mais o poder de dissuasão da jurisprudência para adequar comportamentos futuros em casos similares, porque não haveria a formação de um posicionamento estatal a respeito da conduta praticada. Há, de fato uma perda no caráter pedagógico da jurisprudência; todavia, tal perda não parece tão relevante tendo-se em vista que, diferentemente do que referem os opositores às convenções, os litígios submetidos a apreciação do judiciário — por mais que tenham aspectos similares — são distintos, têm nuances únicas e modificam a jurisprudência e os entendimentos do judiciário, sendo tão instáveis quanto seriam

¹⁵¹ A respeito do tema é extremamente oportuna a explicação trazida por Pedro Adamy quanto ao não-exercício, vejamos: “Aqui existe uma posição jusfundamental garantida que a ordem jurídica lhe permite exercer ou não exercer. É uma situação fática de natureza — não jurídica — incorre, portanto, a *expressa* manifestação da vontade do titular pela renúncia a esse direito, apenas um não-exercer ou um não levar a efeito as possibilidades da posição jurídica jusfundamental. De início, deve-se ter claro que ‘não exercício de um direito fundamental não significa, de forma alguma, a renúncia a esse direito fundamental’.” In: ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011, pp. 34-40.

¹⁵² CABRAL, Antônio do Passo. op. cit., pp. 175-177.

com a possibilidade de convencionar sobre os direitos processuais.¹⁵³

Por conseguinte, ainda que as convenções venham a ter defeitos de implementação e procedimentais, cabe referir que a sistemática atual também apresenta inúmeros problemas (por exemplo, a morosidade, a ineficácia das medidas, o crescente número de demandas) que têm tanta gravidade quanto no processo cooperativo.

Nesse sentido, extremamente oportuna, é a colocação de Antônio do Passo Cabral, vejamos:

É ilusório pensar que o tratamento isonômico nasceu do processo cooperativo e que só o publicismo processual pode combatê-lo. Desigualdades existem hoje, no processo e fora dele, e nosso atual sistema publicista não cuidou de extingui-las. No mais, deve-se lembrar que a visão do judiciário como grande “tutor” que nos protege é tão mais romântica quanto do que qualquer modelo, até mesmo brando, de cooperação processual.¹⁵⁴

Logo, mesmo que pareçam escandalosas as imperfeições no processo cooperativo, ao longo do desenvolvimento dessa prática no judiciário, tanto as partes, os advogados, os defensores públicos, os membros do ministério público quanto os magistrados aperfeiçoarão o mecanismo e o manuseio desse instrumento contribuindo para o desenvolvimento natural do sistema processual.¹⁵⁵

2.3.4 Pressupostos e requisitos das convenções processuais

Conforme refere Antônio do Passo Cabral, pode se definir a convenção processual como “um negócio jurídico plurilateral pelo qual as partes, antes ou durante o processo sem necessidade de intermediação de nenhum outro sujeito, determinam a criação, modificação e extinção de situações jurídicas processuais, ou alteram o procedimento”.¹⁵⁶

¹⁵³ CABRAL, Antônio do Passo. op. cit., pp. 183-184.

¹⁵⁴ CABRAL, Antônio do Passo. op. cit., p. 193.

¹⁵⁵ Essa questão também foi enfrentada pelo sistema de justiça francês, onde a racionalização do processo também buscou uma simplificação dos atos do processo quanto às formas e principalmente quanto a flexibilização das formas de atuação. Consoante se verifica na obra de Loic Cadiet: “A preocupação com a efetiva adequação do processo ao caso concreto conduziu, inclusive, ao desenvolvimento de técnicas contratuais de gestão do processo, como demonstram além da prática que acabo de citar da apresentação de defesa sem audiência, a consagração da possibilidade de suspensão do processo (“le retrait du rôle”) por mutuo acordo das partes que buscam uma solução amigável e, acima de tudo, a consagração do contrato de procedimento (“contrat de procédure”) com calendário de preparação (“calendrier de mise en état”) diante do tribunal de grande instância.” In: CADIET, Loic. op. cit., 30.

¹⁵⁶ CABRAL, Antônio do Passo. op. cit., p. 68.

De início devemos ter em mente que não há uma relação necessária entre as partes de um “acordo processual” e as “partes do processo”, visto que pode haver o estabelecimento de uma convenção entre alguns dos litigantes de um processo (por exemplo, exista um litisconsórcio onde alguns destes firmaram acordo processual e outros não) ou ainda, caso alguns, antes mesmo da existência de uma relação entre as partes, tenham celebrado um acordo no início de uma relação jurídica, ou seja, no momento em que as partes decidem por vincularem-se juridicamente. Outro aspecto importante é que essa relação é pautada por interesses comuns e convergentes, onde ambas as partes buscam, através de um modelo de cooperação, a melhor solução para o caso em questão.¹⁵⁷

A celebração de uma convenção processual é independente do instrumento em que se apresenta; por conseguinte, tem total autonomia quanto a possibilidade de celebração de um negócio jurídico material, ainda que haja o estabelecimento de ambos simultaneamente.

Há, contudo, alguns pressupostos a serem observados para a formação dos acordos processuais.

Inicialmente, deve haver uma manifestação de vontade convergente das partes no sentido de vincularem-se negocialmente. Essa manifestação deverá ser preferencialmente expressa através de signos como as palavras (por expressão oral ou a termo) ou ainda por gestos. Porém a doutrina e a jurisprudência brasileiras têm admitido também a aceitação não manifesta (por exemplo, na arbitragem “a cláusula compromissória tácita” que seria a adesão tácita por uma das partes, conforme exposto no art. 9º § 2º da Lei 9.307), possibilidade essa que poderia ser estendida a todas convenções processuais tendo em vista o que dispõe também art. 111¹⁵⁸ do Código Civil quanto a percepção de uma transmissão eloquente de vontade na conduta da parte. Não havendo uma manifestação séria de aceitação quanto ao acordo processual e seus efeitos, entende-se que não há vontade negocial e conseqüentemente o consentimento necessário para a formação da convenção.

Demonstrada a intenção negocial, segue-se a uma série de negociações preliminares, normalmente complexas e demoradas, com a troca de propostas, cartas de intenção, esboços de contratos que podem vincular as partes de maneiras variadas; porém, nessa etapa, ainda não há vontade negocial, pois as tratativas são a respeito da produção dos efeitos pretendidos na convenção apenas. Pode-se, através dessa convenção preliminar, estabelecer pontos básicos para

¹⁵⁷ CABRAL, Antônio do Passo. op. cit., pp. 219-220.

¹⁵⁸ CC/02: Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 16 nov. 2018.

desenvolvimento em tratativas posteriores (um exemplo muito claro desse tipo de tratativa é a cláusula compromissória “vazia” da arbitragem, onde existe uma promessa entre as partes de que, caso surja um litígio, elas firmaram um compromisso arbitral).

Posteriormente, é realizada uma convenção preliminar, na qual as partes celebrarão, de fato, o acordo “principal”; essa etapa é seguida de um acordo secundário, no qual tratarão efetivamente dos direitos e das disposições processuais que lhe são inerentes.

Quanto ao tema disponibilidade de direitos, constata-se que é um conceito de fortemente influenciado pelos entendimentos doutrinários, podendo, por vezes, ser confundido com a renunciabilidade ou com a patrimonialidade; tratando-se de direito público, porém, seria mais coerente referir que é a capacidade de transigir direitos processuais por meio de ato de vontade com base na capacidade de autorrestrição autorizada pelo ordenamento jurídico. Nesse caso, a renúncia é o ato através do qual alguém abdica de uma situação de vantagem, perante terceiros, numa ou em algumas situações jurídicas, restringindo ou enfraquecendo a sua esfera de direitos. Sendo assim, a renúncia é um tipo de disponibilidade, mas podemos ter outros tipos como a transmissibilidade, a complementariedade e até mesmo o dimensionamento de efeitos.¹⁵⁹

Desta maneira, estabelecido o acordo processual, há que atentar aos requisitos de validade dos negócios jurídicos presentes no art. 104 do CC/02: a capacidade dos contratantes; a licitude do objeto, determinado ou determinável; a forma prescrita e não defesa em lei; além da boa-fé constante no art. 113 do CC/02, assim como as disposições do art. 166 também do CC/02 quanto a invalidade.

Portanto, calcados numa relação dispositiva de autonomia privada, as partes utilizam-se de um contrato para formar um vínculo que regerá a relação entre os mesmos como se lei fosse, tal conceituação encontra designação precisa no direito privado onde o contrato faz lei entre as partes devendo ser mantido (*pacta sunt servanda*). A respeito do tema, não se exige uma forma rígida para atribuir segurança ao ato jurídico das partes, estando a estipulação embasada na liberdade de formas (art. 104, III, 107 ambos do CC/02) assim como na atipicidade contratual (art. 425 do CC/02), desde que o contrato observe função social (art. 421 do CC/02).

Não pode, portanto, em princípio, um acordo firmado entre as partes atingir terceiros, que não participaram da formação ou sequer sabiam da existência dessa convenção, para prejudicá-los — embora estes, algumas vezes, sejam atingidos por pequenas repercussões externas.

¹⁵⁹ CABRAL, Antônio do Passo. op. cit., p. 173.

Em relação ao exposto, cabe então tratar do papel do juízo na convenção processual. Partindo da análise de que não é o juiz (pessoa física) quem compõe a convenção processual, mas sim o juízo, posto que o acordo se mantém hígido mesmo que o juiz mude (seja em razão de férias, aposentação, promoção, morte); e que não há caráter negocial na atuação deste, mas apenas o exercício da função de controle de validade quanto ao que foi convencionado, tampouco se entende uma manifestação de vontade nos atos do juízo. Logo, em razão da ausência das condições necessárias, não há como conceber que o juiz seja uma parte da convenção processual. Há, entretanto, uma vinculação do juiz enquanto parte do sistema judiciário estatal que pugna pelo cumprimento das leis a fim de atingir a paz social; nesse caso, não seriam apenas as leis estatais mas também as regras estabelecidas pelas partes do acordo enquanto autorizadas pelo ordenamento a dispor de direitos no limite da autonomia privada que vincularia o juiz. A respeito, podem as partes acordar sobre quais pontos poderá ser realizada a apreciação do juiz, assim como sob quais dispositivos será realizada essa atividade.¹⁶⁰ O exercício desse direito pelas partes, obviamente não atribui aos mesmos a capacidade de negociar direitos e prerrogativas do juiz.¹⁶¹ Resta, pois, saber o que compete ao juiz.

Ao juiz cabe essencialmente duas funções: primeiro, o dever de incentivar o uso de instrumentos autocompositivos (conforme o art. 3º, § 2º, do CPC/15), no qual ele deve dialogar com as partes — informando, esclarecendo, alertando — quanto aos aspectos da convenção processual; segundo, a atividade de controle ou fiscalização das convenções (averiguando capacidade das partes, a extensão das disposições, a vontade das partes). No mais das vezes, toda e qualquer manifestação do juiz será tão somente o reflexo da provocação pelas partes.

2.3.5 Os limites para as convenções: aspectos conflitantes quanto à disposição das partes

Os limites para a celebração de acordos processuais embora seja o ponto mais relevante das convenções processuais para apenas alguns doutrinadores é certamente o ponto mais controverso para todos eles.

A previsão de parâmetros para aferição do limiar de disposição de direito das partes é fundamental para analisar e controlar possíveis extrapolações no exercício dessa liberdade.

Destarte, embora exista a possibilidade de aferir a violação com base na estipulação da Constituição Federal, não nos parece que a simples previsão constitucional de direitos seria um

¹⁶⁰ Assim também explana Cadiet a respeito dos acordos que vinculam o juiz. CADIET, Loic. op. cit., p. 92.

¹⁶¹ CABRAL, Antônio do Passo. op. cit., pp. 223-226

bom parâmetro para análise de disposição, pois há alguns temas que podem ser objeto em acordos processuais, por exemplo, a simplificação procedimental com a retirada de atos meramente protelatórios ou desnecessário não afetaria o devido processo legal; a negociação convencional que resulte no adiamento, suspensão ou estabelecimento de prazos diversos não afligiria o direito a razoável duração do processo; assim como acordos quanto ao juízo competente não resultariam numa violação ao direito ao juiz natural, tais assuntos — ainda que sejam objetos dispostos na constituição — não são inalteráveis por vontade das partes.¹⁶² Além disso, não se concebe que busca por maior eficiência através da disposição dos direitos tratados na constituição resultem na redução de garantias às partes de maneira absoluta.¹⁶³

Cabe observar, porém, que não compete às partes disporem sobre a capacidade de intervenção do Ministério Público, cuja atividade é amplamente tutelada pela Constituição Federal de 1988; assim como, não podem as partes acordarem quais serão os poderes do juiz ou sobre a imparcialidade que é inerente a atividade que lhe compete (ainda que, como fora referido anteriormente, o juiz esteja vinculado a convenção estabelecida pelas partes); nem mesmo podem deliberar quanto ao segredo de justiça do processo, pois a publicidade é estabelecida em favor da população, estando fora da esfera de disposição das partes. As partes não podem dispor também quanto ao auxílio de um advogado, visto sua atividade é “indispensável à administração da justiça”, conforme o art. 133 da CF/88 e que sua ausência no processo poderia causar uma série de problemas durante o tramite processual e até mesmo ao judiciário. Conquanto possam as partes dispor sobre o ônus da prova, conforme referido anteriormente, o § 2º. do mesmo art. 373 do CPC/15 dispõe que “A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.”, ou seja, não é possível uma livre disposição do ônus probatória em razão da possibilidade de que essa seja extremamente prejudicial a uma das partes.¹⁶⁴ Diferentemente da arbitragem internacional, as partes também não podem estabelecer

¹⁶² CABRAL, Antônio do Passo. op. cit., p. 306.

¹⁶³ CADIET, Loic. op. cit., 20.

¹⁶⁴ Nesse contexto, em comentários ao art. 373, do NCPC, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Arenhart e Daniel Mitidiero entendem que, em regra, é possível convencionar sobre os ônus de prova desde que não resulte em violação de norma de ordem pública, vejamos o referido excerto: “Quanto à licitude do objeto para esse negócio processual tem-se que qualquer causa, ressalvadas as hipóteses apresentadas no § 3.º, do art. 373, autoriza a sua elaboração. Também não são suscetíveis de modificação do ônus da prova as causas que versem as relações de consumo, sempre que essa “inversão” venha em prejuízo do consumidor (art. 51, VI, do CDC). Ainda, não admitem modificação do ônus da prova as situações em que normas ditadas no interesse público (e, portanto, de caráter cogente) atribuem o ônus de certa prova a alguém. Como se está aqui diante de regra de conteúdo impositivo (inafastável pela vontade das partes), obviamente não terá cabimento a modificação convencional do ônus da prova nesses casos. Desse modo, sempre que, por exemplo, existir regra que fixe presunção legal relativa em relação a determinado fato, sendo essa regra caracterizada como de ordem pública, não será admissível a alteração de seu

o uso exclusivo de uma língua estrangeira no processo, pois há a disposição legal quanto ao uso da língua portuguesa (art. 192 do CPC/15).¹⁶⁵⁻¹⁶⁶

Contudo, esses são os casos visivelmente indisponíveis, tendo em vista que há invasão direta do âmbito de disposição alheio. Por outro lado, existem acordos que tratam sobre situações jurídicas processuais com uma delimitação mais tênue, posto que — conforme refere Antônio do Passo Cabral — existem três situações jurídicas processuais distintas: as situações de vantagem, de desvantagem e as situações neutras.¹⁶⁷

A situação neutra seria caracterizada pela atividade da parte em pleno caráter facultativo, tendo a livre disposição de agir ou não a fim de assumir obrigações ou direitos.

A situação de vantagem seria caracterizada pela presença de direitos e poderes, que são resultantes do exercício da vontade, os quais são utilizados para satisfazer interesses próprios. O exercício de poderes aqui referidos, todavia, pode resultar na mitigação da vontade alheia, ou seja, a limitação da liberdade de outrem, que se encontraria numa situação de sujeição.

A situação jurídica de desvantagem, por sua vez, reflete uma circunstância de sujeição, de dever, de ônus. Nesse caso, haveria uma restrição da vontade, ou seja, uma ausência de

conteúdo, através da manipulação convencional do ônus da prova.” In: MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. op. cit., pp. 273-274. Entretanto, embora sejam fervorosos os debates quanto a questão da indisponibilidade, Robson Renault refere: “Não é exagero afirmar que o conceito de indisponibilidade está vinculado mais a uma tradição consolidada, do que a uma construção conceitual. A noção de tradição parece exata nesse contexto, se entendida como “conjunto de atitudes historicamente condicionadas e profundamente enraizadas a respeito da natureza do direito e do seu papel na sociedade”, inserindo o sistema jurídico “na perspectiva cultural da qual ele, em parte, é expressão”. Entretanto, quando cotejamos com a noção de “tradição inventada”, também útil para a compreensão do tema, parece ser mais exato designar de costume o modo como se apresenta a ideia de direitos indisponíveis. O termo “tradição inventada” expressa uma continuidade em relação ao passado, com repetições de práticas que visam a inculcar valores e normas de comportamento, com a nota da invariabilidade. Diferencia-se, nesse ponto, dos costumes presentes em estratos tradicionais, que não impedem as inovações, desde que graduais e compatíveis com a cadeia que as precede. Há, contudo, íntima relação entre ambas as noções, na medida em que “a decadência do ‘costume’ inevitavelmente modifica a ‘tradição’ à qual ele geralmente está associado”.” In: GODINHO, Robson Renault. op. cit., s.p.

¹⁶⁵ CABRAL, Antônio do Passo. op. cit., pp. 269-272.

¹⁶⁶ Sobre o tema, importante é a observância de Leonardo Cunha, vejamos: “Nos termos do art. 190 do CPC, a negociação atípica somente é possível nas causas que admitam solução por autocomposição. A indisponibilidade do direito material não inviabiliza, por si só, o negócio jurídico processual; ainda que haja indisponibilidade do direito material, pode-se, por exemplo, ampliar um prazo ou prever uma audiência a mais, não se estando, no caso, dispondo indevidamente do direito material.

Somente é possível negociar comportamentos lícitos. É nulo, por exemplo, um negócio processual em que uma parte admita ser submetida à tortura no seu depoimento pessoal. Nesse caso, o objeto do negócio é a prática de um crime, sendo vedado pelo ordenamento jurídico. A lei somente permite acordo sobre competência relativa (CPC, art. 63). Significa que está preexcluída a possibilidade de negociação sobre competência absoluta. Esse é um exemplo a ser considerado: quando a lei disciplina o assunto e preexclui a possibilidade de negociação, o negócio processual não será admitido. Também quando a matéria for reservada à lei, não será possível o negócio processual. Os recursos, por exemplo, sujeitam-se à taxatividade legal. Apenas são recursos aqueles previstos em lei. Logo, não é possível um negócio processual que crie um recurso.” In: CUNHA, Leonardo Carneiro da. op. cit., s.p.

¹⁶⁷ CABRAL, Antônio do Passo. op. cit., p. 291.

liberdade que poderiam ocasionar distorções na relação negocial.

Fruto de uma relação de aspectos variáveis, as convenções processuais são o resultado do poder de barganha das partes, que se apresentam em condições diferentes no processo seja em razão do conhecimento, da informação, da necessidade e urgência de estabelecer o acordo, da experiência, do objeto das tratativas, das medidas de segurança requisitadas, entre outros tópicos a serem debatidos. Essas questões podem resultar numa desigualdade negocial capaz invalidar a negociação.

Não se pode, pois, deixar de observar a igualdade, que é qualidade ínsita ao acordo processual, devendo se atentar que “sem igualdade, não há condições mínimas para exercício da liberdade porque as disposições convencionais terão sido assumidas num quadro em que o consentimento não foi livre e esclarecido, e portanto, fora de um espaço real e efetivo para o exercício” (CABRAL, 2016, p. 320).

Por conseguinte, ainda que as partes possam dispor dos seus direitos de maneiras variadas, as concessões devem observar uma proporcionalidade entre os ganhos e perdas das partes com o intuito de que não se gere uma situação de desequilíbrio completo, e a assimetria não resulte numa invalidade da convenção.

As alegações de sujeição jurídica e de desigualdade são comuns nas relações de consumo, pois, em regra, o consumidor não pode estipular as cláusulas contratuais as quais estará vinculado, dado que esse tipo de relação é marcado por contratos de simples adesão. Logo, parte-se do princípio de que o consumidor é parte vulnerável na relação, conforme o art. 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor¹⁶⁸, conceituação que resultaria na invalidade do negócio processual.

No entanto, tal pré-estabelecimento nos parece equivocado atualmente, uma vez que os consumidores têm acesso a diversos meios de informação e a capacidade de escolher como a relação se estabelecerá, em especial quanto aos bens de consumo de média e longa duração (por exemplo móveis, automóveis e imóveis), porque o acordo realizado (seja ele pretérito ou durante a perfectibilização da relação consumerista) pode ser tão benéfico quanto a manutenção de uma posição de vulnerabilidade concebida pelo ordenamento jurídico, que talvez nem mesmo seja concretizada por apreciação judicial, ou seja, o consumidor perderia poder de barganha para adquirir o bem da maneira menos onerosa, de maneira mais completa ou

¹⁶⁸ CDC: Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

diferenciada, ou ainda com a obtenção de um número maior de contrapartidas concedidas por parte do fornecedor, em virtude da apreciação judicial como parte desfavorecida num litígio futuro e incerto, sendo que tal condição também poderia ser estabelecida pelas partes através de um instrumento convencional. Desse modo, nos parece, no mínimo, desvantajoso para o consumidor — nas relações de consumo mencionadas — não poder dispor de vantagens certas e provavelmente instantâneas em razão da hipótese do reconhecimento de uma futura posição de desfavorecimento em potencial.

O mesmo poderia se entender do trabalhador (e, de certo modo, foi estabelecido na redação dada pela reforma trabalhista no parágrafo único do art. 444¹⁶⁹ da Consolidação das Leis do Trabalho) que, como regra, são entendidos como vulneráveis. Do mesmo modo foram as modificações quanto à disposição válida nas convenções e acordos coletivos de trabalho no art. 611 – A, com nova redação dada pela reforma trabalhista, que referiu inclusive a possibilidade de dessas negociações prevalecerem sobre a lei nas matérias elencadas. Todavia, as referidas disposições trataram da relação de trabalho no aspecto material e não processual. Isto posto, entende-se que o trabalhador poderia — até mesmo com mais tranquilidade e de maneira menos radical do que fora tratado na reforma trabalhista — convencionar também sobre os aspectos processuais da sua relação de emprego.

Resta, porém, a dúvida quanto aos direitos fundamentais, poderiam as partes disporem de seus direitos fundamentais a fim de ampliá-los, restringi-los ou até mesmo renunciar a eles?

Cabe antes esclarecer que, como referido anteriormente, resultantes da luta contra os poderes absolutos dos soberanos, os direitos fundamentais estabeleceram garantias contra os monarcas da época, passando a ser considerados como direitos naturais e inerentes ao homem. Segundo Dimitri Dimoulis, direitos fundamentais são “direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas) contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”¹⁷⁰.

Isto posto, entende-se que, em regra, os direitos fundamentais seriam de caráter

¹⁶⁹ CLT: Art. 444 - As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 22 nov. 2018.

¹⁷⁰ DIMOULIS, Dimitri; Martins, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 41.

personalíssimo, cabendo somente ao seu titular os benefícios advindos do seu exercício assim como as consequências da renúncia. Cabe observar ainda que essa renúncia não pode ser realizada por qualquer pessoa ou de qualquer maneira, posto que é necessário atentar quanto aos pressupostos subjetivos (capacidade e a manifestação de vontade) e objetivos (disponibilidade e renunciabilidade).

Acerca disso, refere-se que a capacidade mencionada é a capacidade plena do agente¹⁷¹, ou seja, tanto a capacidade de fato quanto a capacidade de direito caso seja uma pessoa física e, no que tange às pessoas jurídicas, deve haver poder de representação dos sócios ou administradores, com a definição nos estatutos e contratos sociais de poderes específicos para a renúncia a direitos fundamentais. Quanto a manifestação de vontade, deve ser livre e feita através de manifestação expressa ou inequívoca.¹⁷²

No que se refere aos pressupostos objetivos, os direitos renunciados devem estar na esfera de disposição das partes, assim como não podem ser tratados como irrenunciáveis pela Constituição.

Conforme refere Pedro Adamy, diferentemente da perda, onde não existe um exercício de vontade, a parte renuncia aos seus direitos fundamentais, na maioria dos casos, em busca de um benefício pessoal e direto.¹⁷³

Desse jeito, a autonomia da vontade das partes não é absoluta, não podendo ser transacionados, por exemplo, a supressão de direito de defesa, do contraditório, do direito de interpor os recursos cabíveis e produzir provas etc.

Entretanto, tendo em conta a previsão legal da desistência do recurso (art. 998); a renúncia ao recurso (art. 999); a aceitação da decisão (art. 1.000) no Código de Processo Civil não nos parece que haja supressão ao acesso à justiça, limitação ao contraditório e ampla defesa, ou ainda ao devido processo legal, porquanto, na realidade, o agente está exercendo o direito à liberdade que também lhe é garantido constitucionalmente e dentro dos limites que lhe cabe.

Com base no exposto, referir a definição de renúncia apresentada por Adamy:

¹⁷¹ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013, pp. 378-379.

¹⁷² ADAMY, op. cit., pp. 59-76

¹⁷³ ADAMY, op. cit., p. 33. Sendo assim, cabe referir a distinção apregoada pelo autor entre a renúncia e o não-exercício, já referida anteriormente, vejamos: “Se a simples abstenção pode ser considerada como uma forma de exercício do direito fundamental à liberdade e ao próprio direito fundamental não exercido, da mesma forma pode-se vislumbrar na renúncia a qualidade de exercício do direito fundamental. No momento em que se entender a renúncia como exercício do direito fundamental, mesmo que seja no sentido de diminuir sua eficácia e aplicabilidade, tem-se que diferenciar entre aqueles direitos cujo não-exercício tenha reflexos tão somente ao renunciante ou quem escolhe não exercê-lo.” p. 45.

(...) pode-se afirmar que a renúncia a direito fundamental é a situação definida em lei, em que o titular do direito fundamental, expressamente, renuncia a determinadas posições ou pretensões jurídicas garantidas pelo direito fundamental, ou consente que o Poder Público restrinja ou interfira mais intensamente, por um determinado espaço de tempo e a qualquer momento revogável, tendo em vista um benefício proporcional e legítimo, direto ou indireto, pessoal ou coletivo.¹⁷⁴

Não se pode, então, referir a violação aos direitos constitucionais se houve a observância da sistemática estabelecida no ordenamento brasileiro.

Para resolver o problema quanto a vagueza e incerteza do art. 190 do CPC, Antônio do Passo Cabral refere uma sistemática bastante objetiva, iniciando com a depuração do conteúdo constitucional afetado de maneira analítica, a fim de evitar a confusão de regras e princípios que possa dificultar a sua concordância prática; deve se buscar uma conexão entre as disposições típicas e as atípicas, pois, caso consigamos enquadrar um uma convenção em concreto com algum grupo tipicamente estabelecido pelo legislador, a sistemática de acordos típicos será atraída para controlar a disponibilidade; por fim, há que se atentar para a manutenção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, posto que não se pode dispor absolutamente de todos os direitos em sua totalidade.

Logo, o que se pode conceber como limitação ao poder de disposição das partes diz respeito ao exercício dessa disposição até o limite do âmbito da autonomia privada, sem que se possa atingir objetivamente ou ainda de modo significativo os direitos de terceiros; assim como não se pode dispor do conteúdo essência dos direitos fundamentais, posto que a liberdade, assim como os outros direitos fundamentais, também não é absoluta.

2.3.6 A classificação dos acordos e os efeitos advindos da convenção

Antônio do Passo Cabral classifica os s acordos processuais de duas maneiras: podem ser aqueles que modificam o rito processual, denominados “acordos disposição” também denominados “acordos dispositivos”, ou acordos que tem como cerne efeitos abdicativos, conhecidos como “acordos obrigacionais” também conhecidos como ”acordos de obrigação”.¹⁷⁵

As convenções dispositivas seriam consideradas todos aqueles negócios que modificam regras processuais ou procedimentais, ou seja, são convenções para derrogação de normas.

¹⁷⁴ ADAMY, Pedro Augustin op. cit., p. 58

¹⁷⁵ Quanto ao assunto, outra é a classificação trazida por Cadiet, pois para ele não haveria uma distinção entre os acordos dispositivos e os acordos obrigacionais sendo ambas disposições do processo como um todo. CADIET, Loic. op. cit., pp. 88-89.

As convenções obrigacionais, por sua vez, seriam aqueles negócios que dispõem sobre os direitos e os deveres das partes acordantes. Nessas convenções, as partes buscam criar, modificar ou extinguir obrigações, em suma, são negócios sobre situações jurídicas.¹⁷⁶

Os acordos podem ainda ser celebrados de maneira prévia ou incidental; porém, o estabelecimento de convenções pré-processuais, ainda que contrário ao entendimento de parte da doutrina quanto à possibilidade de convencionar, tende a ser mais utilizado e efetivo, por causa o ânimo das partes ainda não estão acirrado, do mesmo modo que na arbitragem, quanto a cláusula compromissória em vez da cláusula arbitral.¹⁷⁷

As convenções podem ainda ser separadas em gratuitas ou onerosas. Nas convenções gratuitas apenas uma das partes arcará com o ônus, na onerosa ambas as partes deveram custeá-la. Os acordos onerosos ainda permitem uma subdivisão em comutativo (que tem benefícios e sacrifícios recíprocos que, como regra, se equivalem) e aleatório (que dependem de circunstâncias do acaso, não restando certeza às partes das vantagens e sacrifícios resultantes).¹⁷⁸

A principal classificação ainda é quanto às convenções típicas e atípicas. As convenções típicas são todas aquelas estabelecidas pelo legislador de forma expressa, com a previsão das formalidades necessárias, pressupostos e requisitos de validade e eficácia. As atípicas, por sua vez, são aquelas em que as partes estabelecem por meio de sua autonomia privada, mesmo que haja uma previsão legal.

Resta, contudo, a dúvida quanto a natureza jurídica das convenções. Parte da doutrina entende que os acordos dispositivos teriam natureza processual e que os acordos obrigacionais teriam natureza material. Nesta senda, Antônio do Passo Cabral refere não concordar que, se os acordos obrigacionais fossem de natureza processual, a teoria geral do processo seria ordenada pelas normas que disciplinam os negócios jurídicos privados, pois isso é irrelevante para a natureza do acordo e também porque a obrigação não é domínio exclusivo do direito privado.¹⁷⁹ Outros entendem uma natureza “mista” em razão dos atos de “dupla função” dos acordos processuais, há ainda os que entendem as convenções como “híbridas” restando saber qual o regime aplicável. Entretanto, tal discriminação não parece surtir qualquer efeito, visto que a separação entre direito processual e direito material é relativa.

¹⁷⁶ CABRAL, Antônio do Passo. op. cit., p. 73.

¹⁷⁷ Nesse sentido, ver: CADIET, Loic. op. cit., pp. 80-81.

¹⁷⁸ CABRAL, Antônio do Passo. op. cit., pp. 80-84.

¹⁷⁹ CABRAL, Antônio do Passo. op. cit., pp. 92-93.

Quanto aos efeitos resultantes dessas convenções, diferentemente dos contratos privados, os acordos processuais são assim definidos pois têm a aptidão de produzir efeitos jurídicos no processo, ou se referem a um processo atual ou potencial. Apresentado esse critério, é possível que os efeitos processuais sejam observados de duas maneiras: uma mais ampliativa e outra mais restritiva.

Na situação mais ampliativa, qualquer convenção que produza efeitos no processo, mesmo que indiretamente, por meio de terceiros, poderia ser considerada um acordo processual.

Na concepção mais restritiva, os acordos são apenas os resultados das condutas das partes que interferem diretamente na ordenação e regulação do processo.

Entretanto, independentemente do ponto de vista adotado, tão logo tenha sido celebrado o acordo processual, este já pode produzir os seus efeitos plenamente, de acordo com o disposto no art. 200 do CPC/15¹⁸⁰, com a exceção da desistência da ação, podendo ser estes de caráter estimulante (conhecidos também como postulativos), quando o sujeito não atinge por si só os efeitos pretendidos; ou determinantes (denominados também de causativos), que desencadeiam efeitos processuais que por si só atingem a situação pretendida.

Há que se atentar ainda quanto distinção entre o suporte fático (vontade manifesta pelas partes) e os efeitos propriamente ditos, em razão da possibilidade de a convenção processual produzir efeitos no campo do direito material, que são diversos ao estabelecido no acordo processual. Logo, existe a possibilidade de atos processuais resultarem também em efeitos materiais, assim como, atos materiais que implicam efeitos processuais de maneira simultânea.¹⁸¹

2.3.7 Dos resultados das convenções

Contata-se, pois, que o estabelecimento das convenções processuais traz algumas vantagens e desafios em relação à sistemática atual. Uma vantagem é a economia processual, que pode implicar mais celeridade na tramitação dos procedimentos e também na redução da onerosidade; assim como a economia financeira propriamente dita, dado que, a priori, haveria uma observância espontânea das leis e do contrato, não necessitaria de tantos procedimentos a

¹⁸⁰ CPC/15: Art. 200. Os atos das partes consistentes em declarações unilaterais ou bilaterais de vontade produzem imediatamente a constituição, modificação ou extinção de direitos processuais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 14 nov. 2018.

¹⁸¹ CABRAL, Antônio do Passo. op. cit., pp. 62-66.

serem cumpridos, de tantos “fiscais” (magistrados, oficiais de justiça, agentes da receita, etc.), nem de medidas coercitivas para o cumprimento. Esses benefícios podem ser obtidos através da flexibilização processual convencional, posto que as partes transigem sobre os direitos a fim de adaptar o procedimento às necessidades e objetivos no litígio em questão. Observa-se, porém, que a maior eficiência alcançada nem sempre é resultado da rapidez com que tramita o processo, podendo até mesmo ser a manifestação de ineficiência, pois em casos mais complexos (por exemplo, onde existem mais aspectos a serem observados, onde o limiar de disposição for mais tênue, onde os resultados podem ser muito graves, etc.) é necessário maior tempo de reflexão, que os debates sejam mais aprofundados e duradouros, que haja maior número de manifestações durante o processo, que a sentença seja mais ampla e minuciosa, ou seja, melhor motivada.¹⁸² O mesmo também é aplicável para a economia financeira, visto que um processo mais módico nem sempre vai atingir os melhores resultados, em razão, as vezes, de um acompanhamento por alguém mais especializado no assunto em questão, a necessidade de produção probatória não apenas maior como também com mais qualidade, ou ainda dispêndio necessário a apreciação de um processo mais duradouro.

Diante de tal contexto, calha transcrever o seguinte excerto da obra de Loic Cadiet no qual ele bem define os rumos do processo contemporâneo e a contraposição entre eficácia e garantias da justiça, *in litteris*:

Provavelmente, seria necessário avançar mais em termos de diversidade e de flexibilidade, que constituem uma boa resposta para os desafios contemporâneos. Esses desafios são um convite ao abandono de uma concepção *estática* de processo, que repousa sobre uma divisão rígida do trabalho entre o juiz e as partes e repousa, na medida do necessário, no recurso ao *contrato* como ferramenta de gestão do procedimento. Essa tendência contemporânea, que faz da contratualização do processo uma das claves de evolução, será necessariamente reforçada no futuro, notadamente por conta da desmaterialização dos procedimentos, baseada na conclusão de convenções entre a instituição judicial e as profissões forenses, a propósito da qual se deve observar, por outro lado, que recoloca a distinção entre oralidade e escritura. Essa desmaterialização conduzirá a um aprofundamento da homogeneização dos procedimentos e das estruturas de organização, o que tanto a instituição judicial como os seus colaboradores habituais, especialmente a Ordem dos Advogados, em todos os níveis da hierarquia jurisdicional. De todo o modo, deve-se estar atento para que a eficácia buscada pelo desenvolvimento das novas tecnologias não seja obtida em detrimento das garantias da boa justiça.¹⁸³ (grifos do autor)

Desta forma, a economia de tempo e dinheiro não resultam necessariamente na eficiência; todavia, a possibilidade de adaptação do processo garante às partes maior previsibilidade e, por consequência, segurança jurídica quanto a um possível ou instaurado

¹⁸² CABRAL, Antônio do Passo. op. cit., pp. 202-205.

¹⁸³ CADIET, Loic op. cit., 38.

litígio, assim como um processo mais democrático. Nesse sentido, podemos referir a manifestação de Arnaud:

Desta forma, os solidaristas afirmaram abraçar o princípio do liberalismo, e inauguraram uma longa tradição, sempre presente nos meios de juristas e políticos, segundo a qual toda reflexão sobre o problema da liberdade e do Estado deve partir da equação “liberdade = democracia → liberalismo/coletivismo → ditadura = totalitarismo”.¹⁸⁴

Tais resultados, conforme os indicativos apresentados, são capazes de concretizar não apenas um melhor delineamento do processo ao caso concreto (tanto no campo processual, procedimental ou ainda material), mas também pode levar às partes a garantia de uma boa justiça efetuada, posto que as partes puderam participar ativamente do processo e defender tanto seus pontos de vista quanto seus interesses particulares.

¹⁸⁴ ARNAUD, André Jean. op. cit., p. 70.

3 CONCLUSÃO

Por tudo o que fora exposto, a desburocratização e a flexibilização passaram a ser mais do que possibilidades, mas sim exigências dos indivíduos contra um Estado centralizador e inflexível — onde o processo não é verdadeiramente outorgado às partes para que estes possam, através de um sistema de colaboração, dispor dos direitos processuais em busca de um fim mais satisfatório — mas imposto de maneira cogente e, no mais das vezes, também ineficiente.

Muito embora a arbitragem (assim como a mediação e a conciliação) seja um ótimo instrumento de resolução de conflitos, ela não atende a todos os anseios dos indivíduos. Primeiramente porque não é possível arbitrar todos os tipos de disputa, tendo em vista que nem sempre há disponibilidade de interesses materiais; que, em regra, não há a possibilidade de recurso; tampouco têm os árbitros capacidade coercitiva e executiva inerentes a função de juiz estatal. Em diversos outros casos, a arbitragem simplesmente não é adequada porque tem um alto custo, muito além do que as partes que geralmente litigam no judiciário teriam condições de pagar. Esses aspectos tornam o procedimento arbitral uma prática inatingível para a grande maioria dos indivíduos, assim como um luxo, ou ainda um privilégio (que se contrapõe ao conceito de liberdade apresentada ao longo deste trabalho) essencialmente utilizado pelas grandes corporações.

As convenções processuais são um passo à frente da arbitragem, posto que haverá litígios em que o procedimento arbitral é inviável ou inadequado para o interesse das partes que buscarão estabelecer e dispor sobre o processo sob o qual estão ou estarão futuramente submetidas, utilizando-se da autonomia privada para adequá-lo ao fim pretendido dentro do processo estatal. Ademais, como resposta aos anseios por um processo melhor, as convenções prometem redução de custos, mais celeridade, eficiência das medidas e do processo como um todo. Há que se observar, porém, que não é possível mutilar o processo ad infinitum, devendo ser mantido um mínimo de garantias que o procedimento oferece às partes.

Em razão do exposto, as convenções processuais, mais do que permitidas, são estimuladas e bem estabelecidas pelo ordenamento processual brasileiro com amplo campo dispositivo constante no Código de Processo Civil e fundado no princípio do autorregramento da vontade através do qual as partes podem exercer ou abdicar de direitos processuais como o resultado do seu direito de liberdade enquanto um poder, não se concebendo que as normas sejam criadas tão somente pelo Estado enquanto um monopólio.

Podemos notar também, por consequência, que a existência de acordos processuais não significa a vitória das convenções sobre a lei, a exclusão ou fragilização da produção de norma estatal, tampouco do próprio Estado, mas tão somente uma hibridização da lei com os acordos, pois não podemos mais imaginar as normas (através do fenômeno da “estatização do direito”, incluído aí o princípio da legalidade) como resultado de uma produção apenas da lei ou do contrato, apenas do Estado ou do indivíduo, mas sim como uma comunhão entre todas estas fontes numa complementaridade, numa convergência.

Estes são aparentemente os rumos do Processo Civil na busca por um processo que seja mais adequado ao interesse das partes, ao objeto e aos manipuladores do processo; um processo com mais eficácia, mas que ao mesmo tempo não perca garantias processuais, onde se possa garantir às partes uma participação ativa no processo e para que estes possam defender tanto seus pontos de vista quanto seus interesses particulares.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Rafael Sirangelo. “Customização processual compartilhada”: o sistema de adaptabilidade do novo CPC. **Revista de Processo**. São Paulo: Ed. RT, vol. 257, 2016.
- ADAMY, Pedro Augustin. **Renúncia a direito fundamental**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- adaptabilidade do novo CPC. **Revista de Processo**. São Paulo: Ed. RT, vol. 257, 2016.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Do Formalismo no Processo Civil**, 4. ed. rev., atual. e aumentada. São Paulo: Saraiva, 2010.
- _____; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil. vol. I**. São Paulo: Atlas, 2012.
- ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. Trad.: Leonel Vallandro e Gerd Bornheim, 4ª ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- ARNAUD, André-Jean. **O Direito Traído pela Filosofia**. Trad.: Wanda Lemos Capeller e Luciano Oliveira, Porto Alegre. Editor Sergio Antonio Fabris, 1991.
- BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**. Trad.: Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1995.
- BRANDÃO, Claudio. O Direito Grego Clássico. In: BRANDÃO, Claudio; SALDANHA, Nelson; FREITAS, Ricardo (Coord.). **História do Direito e do Pensamento Jurídico em Perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2012.
- BRASIL. **Código Civil**. Brasília, DF, 2002.
- _____. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, v. 1, t.1, 1974.
- _____. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF, 1990.
- _____. **Constituição Federal**. Brasília, DF, 1988.
- _____. **Decreto-Lei N.º 5.452, de 1º de maio de 1943**. Brasília, DF, 1988.
- CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016.
- CADIET, Loic. **Perspectivas sobre o sistema de justiça civil francesa – Seis lições brasileiras**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: resolução CNJ125/2010 (e respectiva emenda de 31 de janeiro de 2013): mediação e conciliação**. 3ª ed. São Paulo: Editora em Revista dos Tribunais, 2013.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad.: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96**, 3. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

- CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Comentários ao código de processo civil [livro eletrônico]**, vol. III, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. vol. 1.** 19. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- DIMOULIS, Dimitri; Martins, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2014.
- DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil.** v. I. 9ª.ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2017.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- GAIUS. **Institutas do Jurisconsulto Gaio.** Trad.: José Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2004.
- GODINHO, Robson Renault. **Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil [livro eletrônico].** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual - primeiras reflexões. **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier.** MEDINA, José Miguel (et alli) (coord.). São Paulo: Ed. RT, 2008.
- GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- HAYEK, Friedrich August Von. **Os Fundamentos da Liberdade.** Trad. Anna Maria Capovilla e José Italo Stelle. São Paulo: Visão, 1983.
- HEGEL, G. W. F. **Princípios da Filosofia do Direito.** Trad.: Orlando Vitorino, 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.** Trad.: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, 3ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes.** In: Textos selecionados. Trad.: Tania Maria Bemkprof, Paulo Quintanela e Rubens Rodrigues Torres Filho. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.
- LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (Coord.). **Meios de impugnação ao julgado civil. Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

- LOBO, Paulo. **Direito Civil: Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**, 4. ed. rev., atual. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2013.
- _____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- MARTINS, Pedro A. Batista. **As três fases da arbitragem**. Disponível em: <<http://batistamartins.com/as-tres-fases-da-arbitragem-2/>>.
- MITIDIERO, Daniel Francisco. **Colaboração no Processo Civil**. 3ª ed., São Paulo: Editora RT, 2015.
- _____. Processo e Cultura: Praxismo Processualismo e Formalismo em Direito Processual. **Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS**. Porto Alegre, n. 2, 2004, p. 106. Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/49871/31208>.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Trad.: Cristina Muracho. 2ª ed. 2ª tir. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.
- NOZICK, Robert. **Anarquia Estado e Utopia**. Trad.: Fernando Santos, 1ª ed., 2ª. Tir, São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2016.
- VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- _____. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.