

# OS “ACORDOS PROCESSUAIS” NO NOVO CPC – APROXIMAÇÕES PRELIMINARES

Sérgio Cruz Arenhart  
Gustavo Osna

## 1. Introdução

Se já em seus momentos iniciais a recente tentativa de instituir um novo Código de Processo Civil causou efervescência doutrinária e suscitou inúmeros debates, o avanço do projeto apenas ampliou tais inquietações. A preocupação ao longo dos últimos meses com aspectos como o conteúdo estendido do contraditório e com ferramentas como o “incidente de resolução de demandas repetitivas” é exemplificadora desse movimento. Colocam-se novos campos de pesquisa ao processualista, atraindo prontamente seus olhares.

Esse fluxo, atentando-se para o novo e identificando suas potencialidades, parece-nos consequência natural da própria essência ideológica que norteia a possível mudança de Código. Isso porque, por mais que ao longo das últimas décadas nosso processo civil tenha passado por inúmeras adaptações,

a probabilidade de uma reforma global da disciplina permite que suas diretrizes valorativas sejam realinhadas. O presente ensaio possui como objeto de investigação, precisamente, um discurso axiológico inserido nessa seara: o chamado “contratualismo processual”. Mesmo que de forma preliminar, pretende-se investigar os principais contornos e fundamentos relacionados a essa guia, bem como seu acoplamento com o Direito brasileiro.

Viabilizando esse trabalho, a análise é segmentada em três momentos. Nos dois primeiros, procura-se traçar as linhas gerais relacionadas à figura do “contratualismo”, identificando como essa diretriz se faz presente no novo Código de Processo Civil. No último, e mais crítico, problematiza-se a adoção dessa linha teórica no nosso atual contexto, diante da pluralidade de interesses que permeiam a atividade jurisdicional. É sobre esses pilares que se constrói o estudo, ciente de sua natureza introdutória, mas mantendo



.....  
Sérgio Cruz Arenhart

Pós-doutor pela Università degli Studi di Firenze. Doutor e Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Professor dos cursos de Graduação e Pós-graduação da UFPR. Ex-juiz Federal. Procurador Regional da República.



Gustavo Osna

Doutorando e Mestre em Direito das Relações Sociais pela UFPR. Membro do Instituto de Processo Comparado (UFPR). Professor de cursos de especialização. Advogado.

seu comprometimento com a efetividade do processo.

## 2. Contextualizando o Problema: o Contratualismo, o Novo CPC e o Processo Brasileiro

### 2.1. A Premissa Contratualista

Iniciando o debate, identificamos que o seu cerne passa pela compreensão daquilo que é concebido como “contratualismo processual”. Afinal, quais seriam as características essenciais dessa diretriz valorativa? Sob quais fundamentos a conformação por ela trazida seria defensável? Como isso se operacionalizaria em nosso ambiente jurisdicional?

Ainda que as indagações pudessem conduzir a debates mais profundos, para as atuais finalidades é viável destacar brevemente que, por trás da ideia “contratualista”, está a tentativa de conferir às partes a possibilidade de *dispor sobre a estrutura procedimental* de seu litígio; de facultar que estabeleçam parcela do percurso a que o “acertamento de seu caso” estaria submetido; em síntese, de permitir que sejam *derrogadas* regras relacionadas ao desenvolvimento do processo, alterando sua tramitação a critério dos próprios sujeitos envolvidos na controvérsia.

Esse tipo de discurso ganhou especial importância no processo civil francês da década de 80, encontrando amparo em teóricos como Loïc Cadiet e sendo exemplificado em aspectos como a possibilidade de escolha, pelas partes, do *circuito procedimental* a que sua lide deve

se sujeitar<sup>1</sup>. Do mesmo modo, analisando o problema sob as lentes do processo civil italiano, destaca-se o pensamento de Remo Caponi<sup>2</sup>. Em qualquer das vias, esses acordos almejavam permitir que as partes transacionassem sobre a *forma de tramitação* da sua causa. Consideramos que o argumento toma por base uma readequação do diálogo entre *jurisdição* e *jurisdicionado*, razão pela qual: (i) possui pertinência com a (corriqueira) defesa de que o próprio Estado deve passar um realinhamento global de seus cânones de atuação; e (ii) guarda similitude com a noção de “cooperativismo”, outro discurso relacionado ao processo também

1 Sobre a questão, afirma Trícia Navarro Xavier Cabral que “iniciou-se no direito francês um movimento traduzido na necessidade da existência de um modelo jurídico negocial ao lado de um modelo jurídico imposto pelo Estado. Em consequência, passou-se a refletir sobre a contratualização da justiça, do processo e dos modos de regimento dos litigantes, tema aparentemente paradoxal com o processo, que é um desacordo. Essa novidade representa um projeto de democratização da justiça, uma vez que harmoniza o princípio da cooperação dos juízes e das partes com o princípio do contraditório, princípios estes que direcionam o processo civil francês, através de técnicas contratuais. A possibilidade de modificação contratual do procedimento no direito francês vem estabelecida no Décret 2005-1678 de 28.12.2005 (...) diferentemente dos dois sistemas primeiramente citados, no direito francês observa-se uma maior cooperação entre o juiz e as partes para fins de estabelecer acordos processuais. Além disso, a contratualização do processo é ampla e se revela de várias formas, como as convenções para se evitar a instauração do processo e as que ocorrem durante o processo, dentre outras”. CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Poderes do Juiz no Novo CPC. In. *Revista de Processo*. v.208. São Paulo: Ed.RT, 2012. p. 275 e ss. Em relação a esse aspecto, ver, em especial, CADIET, Loïc, NORMAND, Jacques, MEKKI, Soraya Amrani. *Théorie générale du procès*. Paris: PUF, 2010, p. 524. Também, CADIET, Loïc. Les conventions relatives su procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges. In. *Accordi di parte e processo*. Milano: Giuffrè, 2008 p. 7 e ss.

2 Nesse sentido, CAPONI, Remo. “Autonomia private e processo civile: gli accordi processuali”. *Accordi di parte e processo*. Milano: Giuffrè, 2008, p. 99 e ss.

inserido nesse caldo.

Em relação ao primeiro aspecto, o ponto a ser percebido é que a maleabilidade do direito público tem conduzido à proposta de uma *recomposição geométrica* da relação entre Administração e administrado, fazendo com que a verticalidade *estrita* (a ordem, o comando ou a imposição) ceda espaço para uma construção mais horizontal (o diálogo, a participação ou a concertação). Conferindo novo *status* ao jurisdicionado e novas linhas à ação estatal<sup>3</sup>, insere-se aí a defesa de uma “consensualidade administrativa”; de uma maior aproximação entre Poder Público e indivíduo (visto como cidadão<sup>4</sup>); enfim, de uma Administração que não apenas *impõe*, mas também *dialoga* e *compõe*<sup>5</sup>.

Entre as questões que militam em favor dessa constatação, está a própria modificação

3 Percebendo o realinhamento do “império” do “ato administrativo”, a partir da internalização dessa nova mentalidade no direito espanhol, ALFONSO, Luciano Parejo. Los Actos Administrativos Consensuales en el Derecho Español. In. *A & C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. v.3. Belo Horizonte: Fórum, 2003.p.12-14.

4 “Eis a figura do cidadão que manifesta sua vontade em fazer parte de procedimentos passíveis de culminar em decisões estatais que afetem direitos seus (...) é o cidadão consciente de seus direitos civis, políticos e sociais (porque bem informado), e que deseja tomar a palavra e expressar sua opinião nos assuntos relativos à condução das atividades públicas (...) enfim, é o cidadão participador, que assume posturas pró-ativas perante uma Administração pública que deve agir em proveito dos cidadãos e de toda a sociedade”. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *O Contrato de Gestão na Administração Pública Brasileira*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2005. p.133.

5 “Com efeito, os princípios e regras da Constituição da República atinentes ao Estado e à Administração pública não somente conferiram novo formato à organização administrativa, mas impingiram uma maior democratização do seu funcionamento, da sua gestão”. Idem. p.129.

a que a figura *macro* do espaço público se submeteu ao largo do último século e meio. Com marcos razoavelmente pacificados, esse fenômeno costuma ser descrito a partir dos seguintes passos gerais: (i) inicialmente, colocase como pano de fundo um “Estado Liberal”, tipificando-o como aquele cujas ações estariam pautadas pela *previsibilidade*; (ii) na sequência, com comum menção à Constituição Mexicana de 1917 e à Constituição de Weimar de 1919, indica-se o fluxo para um Estado mais *ativo* na asseguarção de direitos sociais<sup>6</sup>; (iii) enfim, após a eventual crise dessa política de *welfare* e a constitucionalização da ordem jurídica, seriam perseguidos novos desenhos (lançando-se conceitos como o de “Estado Garantia”)<sup>7</sup>.

Nesse curso, se no primeiro momento o agir estatal seria *legitimado* por atender aos primados da *segurança* e da *neutralidade*, com a dilatação de finalidades atribuídas à esfera pública esses parâmetros se alteram. Com efeito, pois se antes haveria o predomínio de direitos essencialmente negativos (em questão problematizada por Holmes e Sunstein<sup>8</sup>),

6 “É a partir do final da primeira metade do século que, definitivamente, se dá o marco decisivo na transformação do Estado (...) ao princípio que ditava a abstenção sucede a proclamação de um Estado social e economicamente comprometido ou conformador; a concepção de uma Administração constitutiva e interventora ganha terreno em relação à clássica Administração de autoridade (...) o Estado não é apenas titular das tarefas, é também o prestador directo dos serviços proporcionados pelas mesmas”. GONÇALVES, Pedro. MARTINS, Licínio Lopes. Os serviços públicos económicos e a concessão no Estado regulador. In. MOREIRA, Vital (org.). *Estudos de regulação pública – I*. Coimbra: Coimbra ed., 2004. p.177-178.

7 Idem. *ibidem*.

8 Em suma, os autores sustentam que inexistente direito sem que haja custos inerentes à sua efetivação. Com esta conclusão, desmistifica-se a crença no caráter exclusivamente negativo dos “direitos de liberdade”

a internalização de demandas sociais pela Administração faria com que também lhe fossem trazidos *outputs* de resultado <sup>9</sup>.

Ocorre que, a partir de possíveis limites materiais relacionados à consecução dessas novas tarefas, chega-se à segunda transição acima indicada; à figura de um Estado que deveria *garantir* as prestações essenciais, mas nem sempre teria condições de fazê-lo diretamente. E é aqui que a *reconstrução* de seu vínculo com a comunidade poderia agir em ao menos duas linhas: (i) *negocialmente*, por permitir o desempenho de atividades que talvez não fossem alcançadas pela atuação exclusivamente pública; (ii) *democraticamente*, por encontrar na participação popular um novo filtro de *legitimação* da conduta administrativa.

Como consequência do primeiro aspecto, ganhariam corpo elementos como a celebração de parcerias público-privadas, com especial relevância na área de infraestrutura. Como reflexo do segundo, seria rompida a separação absoluta entre público e privado, trazendo a sociedade civil para a tomada de “escolhas trágicas” <sup>10</sup> de modo a (teoricamente)

.....  
(ou direitos de primeira geração), no que se inclui a propriedade. Ainda que referidos direitos não fossem preponderantemente prestacionais (como são aqueles denominados “de segunda geração”) os atos de fiscalizar sua efetivação e de reparar e corrigir suas eventuais distorções trariam custos ao Estado. Há sempre uma conta, com a qual alguém (leia-se, os contribuintes) terá que arcar. Ver, HOLMES, Stephen. SUNSTEIN, Cass R. *The Cost of Rights – Why Liberty Depends on Taxes*. New York: W.W Norton & Company, 2000. p.44-45.

9 Reconhecendo esse fluxo, OFFE, Claus. Critérios de Racionalidade e Problemas Funcionais da Ação Político-Administrativa. In. *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. Trad. Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. p.216 e ss.

10 A expressão é talhada por Calabresi e Bobbit,

reforçar sua aceitação. Pelas duas pontas, estaria justificada uma nova abertura à gerência administrativa, recomendando sua inclinação em sentido mais consensual<sup>11</sup> e reequilibrando o liame entre cidadãos e aparato estatal<sup>12</sup>.

Diante desse arsenal argumentativo, a recomendar uma Administração Pública mais comprometida com o diálogo e capaz de conjugar atos *imperativos* e atos *negociados*, competiria ao operador do Direito o desenvolvimento de mecanismos e ideias capazes de internalizar a nova mentalidade. É assim com a aceitação

.....  
que, analisando a alocação de recursos orçamentários inerentes à gestão pública, percebem a série de conflitos valorativos *radicais* que permeia a tomada de decisões relacionadas ao tema. Assim, CALABRESI, Guido. BOBBITT, Phillip. *Tragic Choices*. New York: W.W Norton & Company, 1978.

11 Investigando o tema, Diogo de Figueiredo Moreira Neto destaca que “a participação e a consensualidade tornaram-se decisivas para as democracias contemporâneas, pois contribuem para aprimorar a governabilidade (*eficiência*); propiciam mais freios contra o abuso (*legalidade*); garantem a atenção a todos os interesses (*justiça*); proporcionam decisão mais sábia e prudente (*legitimidade*); desenvolvem a responsabilidade das pessoas (*civismo*); e tornam os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente (*ordem*)”. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.41. Ver, também, OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Ob. cit. p.139.

12 Nessa guinada, afirma-se que “a partir das ideias de constitucionalismo e democracia, a igualdade assume importante papel ao determinar que todas as pessoas possuem a mesma dignidade moral e são iguais em suas capacidades mais elementares. Da mesma forma, todo indivíduo tem igual direito de intervir na resolução dos assuntos que afetam a sua comunidade; vale dizer, todos merecem participar do processo decisório em pé de igualdade (...) se preservam os direitos fundamentais que permitem a cada um levar sua vida conforme seus ideais preservando, ainda, uma estrutura de decisão democrática na qual a opinião de cada sujeito vale o mesmo que a do outro”. GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e Democracia – Uma leitura a partir de Carlos Santiago Nin e Roberto Gargarella*. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p.66.

da transação em Processo Administrativo Disciplinar. Do mesmo modo, é partindo dessa base teórica que ganham força discursos como o da gestão pública mediante *contratos* e o do incremento de participação por meio de consultas e audiências. E, também, parece-nos ser essa a mentalidade inerente tanto ao “contratualismo” quanto ao “cooperativismo” processuais, fazendo com que ambos caminhem para um mesmo sentido: o da aproximação entre as partes do litígio e o magistrado, equacionando suas relações de poder.

Observando de início a ideia “cooperativa” (ou “colaborativa”) e as suas possibilidades no âmbito processual civil, identificamos que a questão já vem sendo há tempos defendida na doutrina brasileira por autores como Daniel Mitidiero<sup>13</sup> e Fredie Didier Jr.<sup>14</sup>. E, de fato, parece incontestável que em

13 Em explicação da questão, afirma Daniel Mitidiero que “o processo cooperativo parte da ideia de que o Estado tem como dever primordial propiciar condições para a organização de uma sociedade livre, justa e solidária, fundado que está na dignidade da pessoa humana. Indivíduo, sociedade civil e Estado acabam por ocupar, assim, posições coordenadas (...) o juiz tem o seu papel redimensionado, assumindo uma dupla posição: mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual, sendo, contudo, assimétrico no quando da decisão da causa”. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2 ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p.114

14 “O princípio da cooperação define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro. Esse modelo caracteriza-se pelo redimensionamento do *princípio do contraditório*, com a inclusão do órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual, e não mais como um mero espectador do *duelo* das partes (...) a condução do processo deixa de ser determinada pela vontade das partes (marca do processo liberal dispositivo). Também não se pode afirmar que há uma condução inquisitorial do processo pelo órgão jurisdicional, em posição *assimétrica* em relação às partes. Busca-se uma condução *cooperativa* do processo, sem destaques a algum dos sujeitos processuais”. DIIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v.1. 12 ed.

sua base se encontra a tentativa de readequar a estrutura geométrica clássica da relação processual (refletindo o movimento dialógico acima descrito). Se historicamente pensou-se em um processo guiado em sua essência pela verticalidade, o argumento cooperativo sustenta exatamente a necessidade de que se atribua maior emparelhamento entre os sujeitos do conflito e o seu julgador.

A favor desse ponto, além da já citada revisão da atuação estatal, colocam-se também questões como a “crise judiciária” e o combate filosófico à possibilidade de que uma decisão solipsista atinja a “verdade”<sup>15</sup>. É que, se a capacidade do julgador alcançar uma decisão irreparável mediante seu próprio exame individual é abalada, estaria reforçada a relevância do diálogo (conferindo densidade à influência das partes). Essa reaproximação está insculpida no art. 6º do novo Código de Processo Civil, segundo o qual “*todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si*”.

Deslocando enfim os nossos olhares ao “contratualismo processual”, notamos que também essa perspectiva, assim como ocorre com o “cooperativismo”, funda-se na aproximação entre as partes do conflito e o julgador – e em um maior empoderamento dos litigantes. Aqui, porém, a questão se especifica pelo objeto temático: a participação dos sujeitos seria majorada não apenas no que toca ao

Salvador: Editora JusPodivm, 2010.

15 Conforme Lênio Streck, “as palavras da lei são constituídas de vagezas, ambigüidades, enfim, de incertezas significativas. São, pois, plurívocas. Não há possibilidade de buscar/recolher o sentido fundante, originário, primevo, objetificante, unívoco ou correto de um texto jurídico”. STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2000. p. 239



convencimento judicial sobre o objeto litigioso, mas também no que se refere à *estruturação* do *rito processual* a ser casuisticamente adotado.

Desse modo, a tese passa pela compreensão de que, embora a previsibilidade processual requeira certo grau de formalidade<sup>16</sup>, esse elemento não pode se converter em formalismo desfavorável à jurisdição<sup>17</sup>. Fugindo desse risco, encontraria amparo a defesa por uma maior liberdade procedimental<sup>18</sup>, e, no argumento “contratualista”, a compreensão de que essa maleabilidade deveria passar pelo crivo (e pelo impulso) dos sujeitos em juízo. Em síntese, trata-se de defender que a *neutralidade* teoricamente trazida por um procedimento *igualitário* deveria ser superada em favor de uma maior adaptação ao caso concreto, e de arrematar destacando que caberia às partes papel de destaque nessa adequação<sup>19</sup>.

16 “La razón por la que en todos os tiempos se ha sentido la necesidad de imponer una minuciosa disciplina jurídica a este diálogo entre hombres, al cual, en sustancia, se reduce todo proceso, debe buscar-se en la especial naturaleza de la providencia a la que están preordenadas todas las actividades procesales. Carácter esencial del derecho es la certeza (...) pero, a su vez, esta certeza no existiría si el individuo que pide justicia no supiera exactamente cuáles son los actos que debe realizar para obtenerla”. CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal civil*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Vol.1. Buenos Aires: El Foro, 1996. p.321.

17 “La historia de las instituciones judiciales demuestra que las formas adoptadas originariamente para alcanzar ciertos fines, tienden a sobrevivir a su función (...) como fin en si mismas; así, a veces, el valor puramente instrumental de las formas que deberían servir para facilitar la justicia degenera en formalismo y las mismas se convierten en objeto de un culto ciego”. Idem. p.322.

18 Sobre o tema, cita-se, GAJARDONI, Fernando da Fonseca. *Flexibilidade Procedimental*. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

19 Nas palavras de Cadiet, observando a recente expansão do argumento contratualista, “les conventions relatives au procès ne sont donc pas si nouvelles que

## 2.2. As Previsões do Novo Código

Entendidos os principais suportes inerentes ao “contratualismo processual”, vê-se que a presença de aspectos a ele relacionados não é de todo recente em nosso ordenamento jurídico. É que, por mais que o Código de Processo Civil de 1973 não encampe explicitamente essa guia valorativa, há vetores em sua redação que (ainda que de forma silente) parecem-nos partilhar do mesmo norte.

.....

cela; elles s'inscrivent dans une très ancienne tradition contractualiste en matière de règlement des conflits, qu'il s'agisse de l'analyse contractuelle du lien d'instance, héritée de la litis contestatio du droit romain, ou du rôle que la conciliation, la transaction, la composition ou le compromis ont toujours joué en droit français depuis le Moyen-âge (...) D'où vient, alors, que la question paraisse nouvelle? Cette nouveauté me semble tenir à deux explications. D'une part, d'un point de vue général, ces conventions relatives au procès s'inscrivent dans une tendance très nette à la contractualisation contemporaine des rapports sociaux, liée au déclin du centralisme étatique et de son corollaire dans l'ordre de la production normative, le légicentrisme. Ce phénomène, qui a pris son essor dans les années 1960, fait l'objet de nombreuses études doctrinales, qui en soulignent l'importance, indépendamment de la variété des positions qu'elles expriment, favorables ou défavorables La réflexion sur la contractualisation de la justice, du procès ou, plus généralement des modes de règlement des différends, depuis une quinzaine d'années, participe assurément de ce mouvement qui traduit l'émergence d'un ordre juridique négocié entre les acteurs sociaux, à côté de l'ordre juridique imposé par l'Etat, ce que l'on identifie aujourd'hui par référence au concept de post-modernité. D'autre part, d'un point de vue plus particulier, le renouvellement actuel tient à un nouvel usage qui est fait de la technique contractuelle, comme une des réponses possibles à la crise de la justice, à l'encombrement des tribunaux et l'allongement des procédures: d'abord, en amont du litige, les parties recourent de plus en plus à la convention comme instrument d'anticipation conventionnelle du règlement de leur différend (I); par ailleurs, une fois le litige né, le recours au contrat s'opère au sein même de l'institution judiciaire comme un instrument de gestion de l'instance (II)”. CADIET, Loïc. Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges. p. 8.

Essa situação pode ser percebida, por exemplo, ao se admitir a celebração de cláusula contratual de eleição de foro<sup>20</sup>. Também, ao determinar-se que o juízo territorialmente incompetente, se não oposta exceção, tenha prorrogada sua competência para análise do litígio<sup>21</sup>. Embora nossa legislação possua regras voltadas à divisão de competência territorial, nas duas hipóteses se admite sua derrogação por iniciativa das partes. Seja pela disposição via contrato, seja pela atitude adotada em juízo, permite-se que os litigantes vinculem de forma restritiva a atuação estatal, sujeitando-a à decisão tácita ou abertamente celebrada<sup>22</sup>.

Ainda nessa linha está a possibilidade

20 “Art. 111. A competência em razão da matéria e da hierarquia é inderrogável por convenção das partes; mas estas podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde serão propostas as ações oriundas de direitos e obrigações.

§ 1º O acordo, porém, só produz efeito, quando constar de contrato escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico.

§ 2º O foro contratual obriga os herdeiros e sucessores das partes”.

21 “Art. 114. Prorrogar-se-á a competência se dela o juiz não declinar na forma do parágrafo único do art. 112 desta Lei ou o réu não opuser exceção declinatória nos casos e prazos legais”.

22 Reforçando a importância da questão para a organização jurisdicional, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes destaca que “a jurisdição está presente em todos os órgãos do Poder Judiciário, tendo em vista que o juiz, com a investidura no cargo, dotado está do poder de dizer o direito, ou seja, da função judicante. Na medida em que a prestação jurisdicional é um serviço público e, como tal, deve ser realizado a contento, não obstante todas as carências, há uma necessidade prática de divisão do trabalho e das tarefas, a fim de otimizar ou, quando menos, viabilizar o exercício da função como um todo. Essa razão de ordem prática norteia, em geral, a fixação de competência dos órgãos judiciais. Sob o prisma teórico, a jurisdição pode ser entendida como o poder, enquanto a competência é o exercício delimitado daquele”. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Competência Cível da Justiça Federal*. 3 ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2009. p.35.

de negociação contratual dos parâmetros de ônus de prova<sup>23</sup>, ou a faculdade conferida às partes para estipularem a suspensão do seu processo<sup>24</sup>. Em ambas as circunstâncias, permite-se que os sujeitos adotem condutas de disposição capazes de vincular o Estado-juiz. Tanto em uma quanto na outra os titulares do conflito assumem papel de destaque na fixação de parâmetros procedimentais, estipulando como o julgador deve agir em caso de dúvida ou o sujeitando a uma suspensão do feito sobre a qual possui poderes limitados.

Ocorre que, e sem prejuízo de tais exemplos já existirem, no novo Código de Processo Civil a inclinação em favor do “contratualismo” é mais acentuada. A proposta legislativa é mais firme nesse sentido, ampliando seu campo de incidência e fazendo com que, em determinadas hipóteses, seja viável que o “acordo” derogue plenamente o procedimento legal.

Essa expansão é cristalizada pelo teor do art. 190 do texto legislativo, cujo *caput* preceitua que “*versando a causa sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes*

23 Afinal, se o art.333 do Código de Processo Civil de 1973 determina que a convenção do ônus da prova será nula somente quando “recair sobre direito indisponível da parte” ou “tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito”, uma leitura *a contrario sensu* permite concluir que em qualquer outra hipótese a negociação seria preliminarmente aceitável. Faculta-se, assim, a celebração de verdadeiro “negócio jurídico processual”.

24 “Art. 265. Suspende-se o processo:

(...)

II - pela convenção das partes;

(...)

§ 3º A suspensão do processo por convenção das partes, de que trata o no II, nunca poderá exceder 6 (seis) meses; findo o prazo, o escrivão fará os autos conclusos ao juiz, que ordenará o prosseguimento do processo.”

*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*”. Cria-se desse modo um permissivo *geral* para a celebração de “acordos processuais” pelos litigantes, em cenário corroborado pelo parágrafo único do mesmo dispositivo, segundo o qual “*de ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou inserção abusiva em contrato de adesão ou no qual alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade*”<sup>25</sup>.

A leitura conjugada dos preceitos evidencia uma clara abertura para que as partes pactuem sobre aspectos relacionados à tramitação do seu conflito. De um lado, essa prerrogativa é textualmente facultada pelo *caput* do artigo, revelando sua índole permissiva. De outro, a dimensão de controle trazida pelo citado parágrafo é restringida. Em suma, confere-se aos sujeitos uma ampla possibilidade para contratualizar seu litígio, ao passo que se reserva ao julgador um espaço teoricamente limitado para negar vigência a essa negociação.

No rastro dessa previsão ampla, e

25 “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.

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.”

conferindo aplicação *específica* à sua ideia geral, o Código permite ainda que durante o saneamento da lide as partes fixem por consenso as questões fáticas e jurídicas tidas por controversas (art.357, § 2º<sup>26</sup>). Também, faculta que indiquem por acordo de vontades o perito judicial responsável por auxiliar o juízo na valoração do feito<sup>27</sup>. Do mesmo modo, estabelece que, em conjunto com o julgador da causa, os litigantes poderiam fixar calendário processual específico para a prática dos atos relacionados à disputa (como previsto no art.

26 “Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo:

I - resolver as questões processuais pendentes, se houver;  
II - delimitar as questões de fato sobre as quais recairá a atividade probatória, especificando os meios de prova admitidos;

III - definir a distribuição do ônus da prova, observado o art. 373;

IV - delimitar as questões de direito relevantes para a decisão do mérito;

V - designar, se necessário, audiência de instrução e julgamento.

§ 1º Realizado o saneamento, as partes têm o direito de pedir esclarecimentos ou solicitar ajustes, no prazo comum de 5 (cinco) dias, findo o qual a decisão se torna estável.

§ 2ºAs partes podem apresentar ao juiz, para homologação, delimitação consensual das questões de fato e de direito a que se referem os incisos II e IV, a qual, se homologada, vincula as partes e o juiz.

(...)”

27 “Art. 471. As partes podem, de comum acordo, escolher o perito, indicando-o mediante requerimento, desde que:

I - sejam plenamente capazes;

II - a causa possa ser resolvida por autocomposição.

§ 1º As partes, ao escolher o perito, já devem indicar os respectivos assistentes técnicos para acompanhar a realização da perícia, que se realizará em data e local previamente anunciados.

§ 2º O perito e os assistentes técnicos devem entregar, respectivamente, laudo e pareceres em prazo fixado pelo juiz.

§ 3º A perícia consensual substitui, para todos os efeitos, a que seria realizada por perito nomeado pelo juiz”.



191, em seu § 1º)<sup>28</sup>.

Não é árduo notar que a maior parte das disposições dessa natureza conflita com a construção histórica de nosso processo. É que, se o próprio ideário Moderno embasava um procedimento generalista e despreocupado com peculiaridades<sup>29</sup>, a atual guinada ideológica oportuniza uma maior aproximação entre a forma e as exigências do caso concreto. Adotando a antípoda de Damaska, caminha-se em um sentido mais atento à lógica coordenada, desprendendo-se de uma sujeição imutável a parâmetros previamente fixados em lei<sup>30</sup>.

Entretanto, ainda que esse ganho em maleabilidade possa trazer benefícios ao nosso processo civil, conduz também a preocupações e a ponderações. As questões passam essencialmente pelos limites da disponibilidade procedimental, e levam a uma série de indagações. Afinal, haveria adequação em permitir a transação sobre o processo sem a presença (e sequer a anuência) do julgador? Em

quais dimensões? Ainda que com a participação do magistrado, haveria balizas exatas para essa disposição?

As inquietações são em alguma escala pacificadas pela observação preliminar das disposições relacionadas ao tema, na medida em que o próprio texto, ao mesmo tempo em que admite os “acordos”, reconhece que essa prerrogativa não é absoluta. Nesse sentido, estabelece certas restrições à possibilidade de negociação, sujeitando-a a condições mais ou menos rígidas.

Realmente, em determinadas hipóteses, como é o caso da “perícia convencional” (art. 471), a aceitação do negócio é prontamente subordinada à capacidade plena das partes e à disponibilidade do objeto litigioso. Já em situações como a da convenção sobre o ônus probatório o rol de requisitos é mais amplo, impedindo-se também que o termo gere onerosidade excessiva a qualquer das partes<sup>31</sup>.

28 Note-se que essa prerrogativa não se confunde com a previsão do art. 139, VI, que permite *ao juiz* “dilatatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito”. Neste último caso, que ocorre de ofício pelo juiz (ainda que deva, antes de decidir, ouvir as partes, na forma do que prevê o art. 9º, do CPC), as prerrogativas do juiz são muito mais limitadas: só pode ele *dilatatar prazos* ou *alterar a ordem de produção de prova*. Já nos termos do art. 190, que ocorre de comum acordo, entre o juiz e as partes, há latitude maior para a alteração dos atos processuais, que pode incidir sobre qualquer evento do processo.

29 Identificando esse conteúdo inerente ao pensamento jurídico-moderno, e o seu impacto na estruturação de um direito orientado à (pretensa) neutralidade, HESPANHA, Antonio Manuel. *O Caleidoscópio do Direito*. Lisboa: Almedina, 2012.

30 Ver, *passim*, DAMASKA, Mirjan. *The Faces of Justice and State Authority*. New Haven: Yale University Press, 1986.

31 “Desde que os sujeitos (partes) sejam capazes – capacidade de ser parte e capacidade de estar em juízo – e desde que intervenham neste acordo todas as partes que serão atingidas pela distribuição distinta do ônus da prova, é viável realizar-se esta modificação. Sublinhe-se, todavia, que este acordo poderá, eventualmente, ser invocado – para afastar os efeitos da possível sentença desfavorável – por terceiros prejudicados, ainda que intervenientes no processo, quando, por sua incidência, a defesa dos interesses destes terceiros puder vir a ser afetada. Em tais casos, demonstrando a ocorrência do prejuízo em decorrência desta modificação convencional do ônus da prova, o terceiro poderá afastar o efeito de intervenção (art. 55, inc. I, do Código de Processo Civil), exigindo reapreciação judicial de suas alegações. Quanto à licitude do objeto – para este negócio processual – tem-se que qualquer causa, ressalvadas as hipóteses apresentadas no parágrafo do art. 333, autoriza a elaboração deste acordo. Também não permitem a elaboração desta modificação as relações de consumo, sempre que esta “inversão” venha em prejuízo do consumidor (art. 51, inc. VI, do Código de Defesa do Consumidor). Outrossim, não admitem modificação do ônus da prova as situações em que normas ditadas

Ainda no campo exemplificativo, veja-se que sequer a eleição de foro contratual é prevista de forma irrestrita (art. 63, § 1º e § 3º<sup>32</sup>), encontrando barreiras tanto nos requisitos inerentes ao negócio jurídico quanto na contenção de possíveis excessos.

Tratando-se enfim do permissivo geral trazido pelo art. 190, a limitação à disposição procedimental também está presente. É que, conforme antes mencionado, caberia ao juiz controlar a validade desses acordos, negando-lhes eficácia sempre que fossem nulos, mostrassem-se abusivos ou envolvessem sujeito em manifesta situação de vulnerabilidade.

Dessa forma, a regra geral é que os “acordos processuais”, mesmo quando expressamente permitidos, encontrem limites

.....  
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 nestes casos. Desse modo, sempre que, por exemplo, existir regra que fixe presunção legal relativa em relação a determinado fato, sendo esta regra caracterizada como de ordem pública, não será admissível a alteração de seu conteúdo, através da manipulação convencional do ônus da prova”. ARENHART, Sérgio Cruz. Ônus da prova e sua modificação no processo civil brasileiro. In: *Revista Jurídica*. n.343. Porto Alegre: Notadez, 2006.

32 “Art. 63. As partes podem modificar a competência em razão do valor e do território, elegendo foro onde será proposta ação oriunda de direitos e obrigações.

§ 1º A eleição de foro só produz efeito quando constar de instrumento escrito e aludir expressamente a determinado negócio jurídico.

§ 2º O foro contratual obriga os herdeiros e sucessores das partes.

§ 3º Antes da citação, a cláusula de eleição de foro, se abusiva, pode ser reputada ineficaz de ofício pelo juiz, que determinará a remessa dos autos ao juízo do foro de domicílio do réu.

§ 4º Citado, incumbe ao réu alegar a abusividade da cláusula de eleição de foro na contestação, sob pena de preclusão”.

em barreiras razoavelmente heterogêneas. Não obstante, acredita-se que as provocações anteriormente formuladas tendem a gerar dúvidas mais profundas e complexas em nossa doutrina, a serem intensificadas com a positivação dos novos permissivos legais. No tópico seguinte, trazemos uma breve ponderação crítica, já inserida nesse debate relacionado à temática.

### 2.3. O Processo e o seu Feixe de Interesses – Aportes Críticos ao Novo CPC

Para compreender esse posicionamento, recordamos de uma premissa inerente ao atual processo civil: a *inviabilidade* de que se compreenda a jurisdição contemporânea sem avaliar que, em seu cerne, *não* transitam *apenas* os interesses das partes. Pelo contrário, por mais que sejam elas os agentes privados diretamente afetados pela celeuma, a atuação processual envolve um *feixe complexo* de questões que passam por interesses da comunidade e da própria administração estatal. E em um quadro como esse não há respostas fáceis, reforçando a necessidade de cautelas quanto à contratualização procedimental e a obrigatoriedade de que a inovação, para ser benéfica, seja entendida com reservas.

Nessa análise, um primeiro dado a ser mencionado é que a já descrita alteração de feições do aparato estatal trouxe, como um de suas consequências, a impossibilidade de se pensar em um Estado *desinteressado* na proteção dos direitos materiais<sup>33</sup>. Essa

.....  
33 Em verdade, contemporaneamente, a perseguição da tutela efetiva é verdadeira *vocação* do aparato estatal. Como afirma Luiz Guilherme Marinoni, “a

postura assumiu assento fundamental no ordenamento brasileiro com a Constituição de 1988, demonstrando que, na atualidade, o litígio se desenrola diante de um Poder Público que possui a *tutela de direitos* como elemento central de sua atuação<sup>34</sup>.

É graças a essa variação axiológica que Luiz Guilherme Marinoni, por exemplo, reconstrói o próprio teor do “direito de ação” (nele fazendo constatar a preocupação com a

.....  
função jurisdicional é uma consequência natural do dever estatal de proteger os direitos, o qual constitui a essência do Estado contemporâneo. Sem ela seria impossível ao Estado (...) garantir a razão de ser do ordenamento jurídico, dos direitos e das suas próprias formas de tutela ou proteção (...) o dever de proteção ou de tutela de direitos, que identifica o Estado constitucional, nada tem a ver com a noção clássica de direito subjetivo. O Estado possui o dever de tutelar determinados direitos, mediante normas e atividades fático-administrativas, em razão da sua relevância social e jurídica. Trata-se do dever de tutelar os direitos fundamentais. Mas não é só. O Estado também tem o dever de tutelar jurisdicionalmente os direitos fundamentais, inclusive suprindo eventuais omissões de tutela normativa, além de ter o dever de dar tutela jurisdicional a toda e qualquer espécie de direito – em razão do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, da CF)”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2007. p.139-140.

34 Como se afirmou em outra ocasião, “a axiologia da Constituição Federal de 1988, marcante e balizadora de modificações nos mais diversos ramos de nosso pensamento jurídico, repercutiu fortemente no campo do direito processual civil. A afirmação não é nova, tampouco surpreendente. Pelo contrário, sua materialização fática é vista cotidianamente em nossos Tribunais – além de contribuir dia após dia para que novas ideias inclinem a academia no sentido da efetividade processual. Foi assim com tópicos como a técnica de antecipação dos efeitos da tutela, devidamente incorporada em nossa prática. Também, com a flexibilização e majoração dos poderes do magistrado em favor de uma maior aproximação entre a tutela judicialmente prestada e aquela mais adequada à situação material”. ARENHART, Sérgio Cruz. OSNA, Gustavo. A ação civil pública e o processo coletivo sob o contexto constitucional: breves diagnósticos e alguns desafios. In: Clémerson Merlin Clève. (Org.). *Direito Constitucional Brasileiro*. v.1. São Paulo: Ed. RT, 2014. p.796.

efetividade da tutela jurisdicional<sup>35</sup>). Também é assim que José Roberto dos Santos Bedaque sustenta um redimensionamento da atividade probatória do julgador, propondo a superação de um comportamento meramente passivo<sup>36</sup>. Igualmente, é a mesma virada valorativa que alicerça as críticas de Ovídio Baptista da Silva à ordinarização do processo, percebendo os riscos de se falar em “plenitude de defesa” sem considerar as exigências impostas ao intérprete da matéria<sup>37</sup>.

Em suma, essa série de discursos leva à percepção de que o atual Estado-juiz possui interesse direto no resultado final do processo, concebendo-o como a proteção satisfatória da necessidade material. O suporte condiciona tópicos como a atipicidade das ferramentas executivas<sup>38</sup>. Além disso, é diante dele que se sustenta que a atividade jurisdicional atua em

.....  
35 “A ação, no Estado constitucional, não pode pretender ignorar a estrutura do procedimento, ou melhor, a necessária conformação do procedimento, ainda que a partir de uma cláusula processual aberta, para a efetiva proteção do direito material (...) todos esses direitos demonstram a extensão do direito de ação, que é muito mais do que o ato solitário de invocar a jurisdição ou do que um simples direito ao julgamento do mérito. A ação, diante dos seus desdobramentos concretos, constitui um complexo de posições jurídicas e técnicas processuais que objetivam a tutela jurisdicional efetiva, constituindo, em abstrato, o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. p.224.

36 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 4.ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. Também relendo a atuação do julgador, cita-se PINHEIRO, Paulo Eduardo D’Arce. *Poderes Executórios do Juiz*. São Paulo: Saraiva, 2011.

37 Nesse sentido, SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. A “plenitude de defesa” no processo civil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

38 Sobre o tema, ver, *passim*, GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Ed. RT, 2003..

esferas que extrapolam a questão litigiosa, exercendo escopos plurais como constatado por Cândido Rangel Dinamarco<sup>39</sup>.

Essa dilatação também é demonstrada emblematicamente por Owen Fiss, por meio do contraste entre uma função *clássica* e uma função *contemporânea* da jurisdição<sup>40</sup>. Com efeito, enquanto a primeira seria restrita ao acertamento de casos, a segunda assumiria papel mais amplo e maior protagonismo no espaço social<sup>41</sup>. Nesse percurso, plenamente válido para a realidade brasileira, o processo civil adquire maior impacto na esfera pública.

Além disso, há ainda ao menos outro nível de interesse geral intrínseco ao processo civil. É que, compreendido ceticamente, o Poder Judiciário é incapaz de agir sem envolver o dispêndio de recursos públicos. Nessa

39 Nas palavras do autor, “tradicionalmente e até tempos bem recentes, acreditava-se que o sistema processual tivesse uma finalidade puramente jurídica, sendo ele, em resumo, um instrumento a serviço do direito material (...) constituem conquistas das últimas décadas a perspectiva sócio-política da ordem processual e a valorização dos meios alternativos. A descoberta dos escopos sociais e políticos do processo valeu também como alavanca propulsora da visão crítica de suas estruturas e do seu efetivo modo de operar, além de levar as especulações dos processualistas a horizontes que antes estavam excluídos de sua preocupação”. Prosseguindo, afirma que “como o Estado tem funções essenciais perante sua população, constituindo síntese de seus objetivos o *bem-comum*, e como a paz social é inerente ao bem-estar a que este deve necessariamente conduzir (tais são as premissas do *welfare State*), é hoje reconhecida a existência de uma íntima ligação entre o sistema do processo e o modo de vida da sociedade”, para disso extrair escopos *sociais* (múltiplos), *políticos* e *jurídicos* da atuação jurisdicional. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol.1. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 144 e ss.

40 Ver, por todos, FISS, Owen. *The Forms of Justice*. In. *Harvard Law Review*. n.93. New Haven: Harvard University Press, 1979.

41 Idem.

medida, não há atuação judicial sem custos materiais e humanos que lhe sejam correlatos, e em última análise é o próprio contribuinte quem arca com esse fardo<sup>42</sup>. Sob esse prisma, compreensível por um corte panprocessual<sup>43</sup>,

42 “A baliza dos custos também impõe limitações objetivas ao processo. Por mais que a partir de seu traço funcional contemporâneo se revelasse ideal que cada magistrado analisasse mensalmente um único litígio ou que figuras como a assistência judiciária fossem absolutas, esses aspectos, apreendidos os custos do processo, não são factíveis. O ente estatal é obrigado a arcar com as despesas advindas da instituição judiciária e da efetivação normativa. Como o Estado não presenteia, é a própria comunidade que em última instância acaba indiretamente suportando tais despesas, o que sempre trará limites à sua atuação. (...) em suma, para cada escolha adotada no campo do direito processual haverá prejuízos e sacrifícios, não existindo meios de excluir da disciplina a baliza ditada por seus custos”. OSNA, Gustavo. *Direitos Individuais Homogêneos: Pressupostos, fundamentos e aplicação no processo civil*. São Paulo: Ed. RT. (no prelo). p.43.

43 “Nesta outra dimensão da proporcionalidade, não se examina o processo considerado em si mesmo. Avalia-se, antes, a atividade jurisdicional na sua relação entre o esforço estatal oferecido a um caso concreto e o complexo de demandas (existente ou potencial) que também tem direito ao mesmo esforço. Nessa linha, considerada a escassez dos recursos estatais, o grau de efetividade outorgado a um único processo deve ser pensado a partir da necessidade de assegurar eficiência do sistema judiciário como um todo. Por outras palavras, a alocação de recursos em um determinado processo deve ser ponderada com a possibilidade de se dispor desses mesmos recursos em todos os outros feitos (existentes ou potenciais). O serviço público “justiça” deve ser gerido à luz da igualdade e a otimização do que é prestado não pode olvidar a massa de processos existente, nem os critérios para a administração mais adequada dos limitados recursos postos à disposição do ente público. (...) a racionalização dos esforços jurisdicionais passa a tomar em consideração o complexo de usuários (atuais e potenciais) do serviço, e não apenas o caso específico, que está eventualmente nas mãos do juiz. A solução, em síntese, da colisão das garantias fundamentais, passa a operar-se em outro plano: o macroscópico, tangenciando a política judiciária”. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção de interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Ed. RT, 2013. p.38-39. Também observando o problema, Remo Caponi destaca, a partir do direito italiano, que que “Il



questões como a protelação em juízo não atentam somente contra qualquer das partes, lesando reflexamente toda a coletividade. Trata-se de analisar a jurisdição a partir de suas possibilidades concretas, enxergando-a com olhares realistas para extrair as melhores respostas a partir da sua perspectiva global.

Em suma, o processo contemporâneo envolve parâmetros e critérios que vão além da órbita de interesse dos litigantes. É trazendo essa premissa teórica para a compreensão dos “acordos processuais” que se entende que, na atual realidade brasileira, a possibilidade de disposição procedimental deve ser aceita de maneira parcimoniosa. Não é aceitável que essa guia leve à compreensão do processo como mero instrumento particular de solução de litígios, ou do Estado-juiz como singelo passageiro secundário nessa jornada.

De fato, é certo que em países nos quais o processo civil está atrelado a litígios privados vem sendo corriqueira a inclinação a uma visão mais privatista da disciplina. Essa orientação, em boa conta, está na base de figuras como a do “contratualismo”. É assim que localidades em que Justiça Administrativa e Justiça Civil se colocam separadamente tendem a ligar a primeira à atuação do Direito e a segunda à solução do litígio entre as partes.

.....

canone di proporzionalità nell’impiego delle risorse giudiziali ha suggerito di configurare la disciplina del processo collettivo all’esito di un bilanciamento di valori costituzionali, che colloca su un piatto della bilancia le garanzie costituzionali, che sorreggono il modello tradizionale di tutela giurisdizionale dei diritti nel singolo processo, e sull’altro piatto l’efficienza di un processo complesso *in re ipsa*, ancorché opportunamente depurato dell’intervento di terzi”. CAPONI, Remo. Il nuovo volto della *class action*. *Foro Italiano*. Roma: Società Editrice del “Foro Italiano”, 2009, p. 386.

Entretanto, além de essa segmentação inexistir na realidade brasileira, os argumentos acima demonstram que a jurisdição contemporânea não pode ser compreendida mediante a figura simplista de uma linha entre “A” e “B”. Pensar o processo unicamente sob esse prisma é preocupante, gerando os riscos de se desconsiderar uma série de compromissos que lhe são ínsitos e de se desrespeitar a conformação constitucionalmente atribuída ao Estado. Por isso, entende-se que o preenchimento dos requisitos tradicionais dos atos jurídico nem sempre será suficiente para atribuir validade ao “negócio processual”. Há ainda a constante necessidade de inserir o acordo na própria moldura geral da jurisdição, observando a sua adequação a esse ambiente<sup>44</sup>.

Desse modo, a “contratualização” não pode ser lida sem que se leve em conta a proteção de garantias como, por exemplo, o contraditório e a isonomia - obstando acordos que dificultem exageradamente a atuação de uma das partes. O mesmo vale para pactos

.....

44 Como exemplo, veja-se que, ao analisar a possibilidade de flexibilização procedimental no direito francês, José Rogério Cruz e Tucci salienta ser “evidente – como adverte Loïc Cadet – que a concordância dos litigantes, nesse sentido, não pode afrontar os princípios processuais. Impõe-se, portanto, ao juiz o controle das alterações possíveis, em prol da eficiência do respectivo processo, até porque, consoante dispõe o art. 3.º do Código de Processo Civil francês, “ao juiz incumbe velar pelo bom desenvolvimento da instância; ele detém poder de deferir os prazos e de determinar as medidas necessárias”. Ademais, a redação do art. 23 do Nouveau CPC, introduzida em 28.12.2005, atribuiu ao condutor do processo ( juge de la mise en état = juiz de primeiro grau) a faculdade de fixar, em audiência com os procuradores das partes, um cronograma para o ulterior desenvolvimento do processo”. TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias Constitucionais da Duração Razoável e da Economia Processual no Projeto do Código de Processo Civil. In. *Revista de Processo*. v.192. São Paulo: Ed. RT, 2012. p.193 e ss



que comprometam aspectos como a eficiência ou a razoável duração do processo. Também aqui, ainda que as consequências do acordo aparentemente só digam respeito às posições jurídicas das partes, entende-se cabível que o magistrado intervenha no “negócio” para lhe negar eficácia.

Essa necessidade de controle é ainda mais acentuada quando o “acordo”, por algum motivo, possui o condão de afetar diretamente a atividade jurisdicional e as suas inúmeras funções. É o que ocorre, por exemplo, quando se permite que os litigantes indiquem o perito a atuar em juízo ou se exonerem de deveres processuais. Afinal, seria realmente aceitável que o magistrado fosse compelido a formar a sua convicção com base na análise de um *expert* em quem não confia<sup>45</sup>? No mesmo contexto, haveria razoabilidade em facultar que as partes, por acordo de vontades, desobrigassem-se de aspectos como o dever de agir com lealdade? As indagações nos parecem levar a uma mesma conclusão: a adequação e a possibilidade dos “acordos processuais” devem estar sujeitas a um crivo refinado do aparato jurisdicional.

Como consequência, por mais que uma maior participação dos litigantes possa trazer vantagens à atuação judiciária, é necessário evitar que o permissivo seja compreendido

45 Vale lembrar que “acima de tudo, o perito deve ter idoneidade moral e, assim, ser da confiança do juiz. (...) não deve o juiz julgar a partir de laudo pericial assinado por pessoa que não mereça confiança (...) quando precisa de laudo pericial, não deve deixar que a definição de um fato seja feita por qualquer pessoa (perito), como se não lhe importassem a qualidade e a idoneidade da resposta jurisdicional. Além de idoneidade, o perito deve contar com conhecimento técnico suficiente”. MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Ed. RT, 2011. p.793

como prerrogativa para ditar livremente o que o Estado deve ou não fazer. Assim, a possibilidade de “contratualização” deve ser vista como *mais um* aspecto a contribuir para os escopos do processo, e não como um vetor a ser exclusivamente protegido em detrimento da figura plena da disciplina. Resumindo, trata-se de inserir os sujeitos em posição adequada de diálogo, mas sem fazer com que suas vozes sejam as únicas a soar.

#### 4. Considerações Finais

Colocando-se na onda acadêmica ocasionada pelos debates relacionados à reforma global de nosso Código de Processo Civil, o presente ensaio buscou traçar algumas considerações preliminares a respeito de uma das guias valorativas inseridas na proposta de codificação: o “contratualismo”. Em síntese, trata-se de permitir que regras relacionadas ao desenvolvimento do processo sejam derogadas, alterando sua tramitação a critério dos próprios sujeitos envolvidos na controvérsia.

Nesse sentido, observou-se que, ainda que haja exemplos em nosso atual direito nos quais essa ideia é encampada, sua admissão pelo novo Código de Processo Civil é bastante mais ampla. O diploma caminha com passos firmes no rumo do empoderamento das partes, prevendo verdadeiro permissivo geral para a celebração de “acordos processuais”. Como argumentos a fundamentar essa expansão, estariam questões como a própria modificação dos cânones de legitimação a que a figura estatal se submeteu ao longo do último século.

Ocorre que, por mais que esse realinhamento possa trazer benefícios à efetividade jurisdicional (evitando que sua forma

se subverta em formalismo), sua aplicação não deve ser entendida como um critério absoluto a orientar a disciplina processual. Essa conclusão decorre da própria pluralidade de interesses e de valores que é hoje imanente à jurisdição, sendo inviável concebê-la sob olhares meramente privatistas. O cenário contemporâneo possui desdobramentos mais complexos, razão pela qual também o “acordo processual” deve ser compreendido (e aceito) apenas na medida em que se amolde a esse contexto.