XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

JOSÉ ALCEBIADES DE OLIVEIRA JUNIOR

DIEGO MONGRELL GONZÁLEZ

RICARDO AUGUSTO BONOTTO BARBOZA

ORLANDO LUIZ ZANON JUNIOR

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Diego Mongrell González; José Alcebiades De Oliveira Junior; Orlando Luiz Zanon Junior; Ricardo Augusto Bonotto Barboza.

– Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-607-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, Desenvolvimento, Sustentabilidade e Smart Cities

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo e jurisdição. 3. Efetividade da justiça. XXIX Congresso Nacional do CONPEDI Balneário Camboriu - SC (3: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XXIX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BALNEÁRIO CAMBORIU - SC

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O Conpedi acaba de realizar seu Encontro Nacional como mais uma iniciativa de estímulo às atividades de intercâmbio científico entre os atores da Pós-graduação em direito no Brasil. Coube-nos conduzir as apresentações referentes ao Grupo de Trabalho: Processo, Jurisdição e efetividade da Justiça II. Os artigos dali decorrentes, agora, são ofertados à leitura segundo uma ordem lógica, que prestigia tanto o aspecto principiológico das inovações operadas pelo Novo Código de Processo Civil, mas, sobretudo, dando especial ênfase como ponto de maior destaque das inovações, à adoção da doutrina do Precedente Judicial.

Como verá o leitor, a pluralidade das abordagens permite conjecturar sobre interfaces entre as diversas concepções de jurisdição e de processo, principalmente quanto ao novo Código de Processo Civil, seus fundamentos, exposição de motivos e desdobramentos. Aliás, os escritos que tratam dessa instigante temática vão dos negócios processuais à admissibilidade recursal, passando pela principiologia constitucional do processo e suas relações com a legitimidade decisória no estado democrático de direito. Há também considerações acerca da cooperação processual, da coisa julgada e da segurança jurídica, da proteção de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, das tutelas de urgência e de evidência e da sumarização da cognição.

Também há, nos textos apresentados, férteis discussões sobre as tensões entre o direito processual tradicional e suas insuficiências, com apresentação das controvérsias sobre aspectos procedimentais na adoção intuitu personae e na proteção do meio ambiente, bem como na ação de prestação de contas em face do guardião responsável pela administração dos alimentos. Tratam, ademais, do neoconstitucionalismo e do papel e atividade dos tribunais brasileiros, havendo escritos que, quanto a esse último tema, discorrem sobre a jurisprudência defensiva, sobre o ativismo judicial, sobre a inaplicabilidade do marco civil da internet pelos tribunais e sobre as súmulas vinculantes.

Não obstante a diversidade de temas, o que se colhe dos textos, além da fidelidade temática à proposta do Grupo de Trabalho, é o compromisso inegociável com o enfrentamento dos problemas que convocam a comunidade jurídica à instigante e inafastável tarefa de teorizar o direito que, por suas bases constitucionais, precisa ser democraticamente pensado e operacionalizado.

Por fim, os coordenadores do GT - Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II agradecem aos autores dos trabalhos pela valiosa contribuição científica de cada um, permitindo assim a elaboração do presente Livro, que certamente será uma leitura interessante e útil para todos os que integram a nossa comunidade acadêmica: professores/pesquisadores, discentes da Pós-graduação, bem como aos cidadãos interessados na referida temática.

Esperamos com isso proporcionar o acesso eficiente às novidades e novos olhares sobre os avanços do processo civil.

Atenciosamente,

José Alcebiades De Oliveira Junior (Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões);

Diego Mongrell González (Universidad de Buenos Aires);

Ricardo Augusto Bonotto Barboza (Universidade de Araraquara);

Orlando Luiz Zanon Junior (Universidade do Vale do Itajaí).

UMA COMPARAÇÃO DO PROCESSO LIBERAL CLÁSSICO E DO PROCESSO COOPERATIVO CONTEMPORÂNEO: A FLEXIBILIZAÇÃO PROCEDIMENTAL A LUZ DA AUTONOMIA PRIVADA.

A COMPARISON OF THE CLASSIC LIBERAL PROCESS AND THE CONTEMPORARY COOPERATIVE PROCESS: PROCEDURAL FLEXIBILIZATION IN THE LIGHT OF PRIVATE AUTONOMY.

Lucas Leonardi Priori [1]
Gabriel Trentini Pagnussat [2]
Jussara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira [3]

Resumo

No Estado liberal clássico havia uma ampla relação de liberdade-autonomia privada consubstanciada nos contratos e na defesa do cidadão em face do Estado, ocorre que a liberdade não se transferia para o processo, servindo esse ao direito material, com procedimento rígido e formal. Por outro lado, o processo moderno, ainda privatista, tem um modelo à luz do movimento neoconstitucionalista, objetivando a consecução de valores como isonomia, dignidade, liberdade e autonomia, e assim, dando possibilidade de alteração do procedimento para consecução desses direitos e pela busca de um processo justo e efetivo ao caso concreto. Nessa senda, o trabalho por meio de uma revisão bibliográfica, teve por objetivo uma comparação entre o processo civil clássico do estado liberal e o processo cooperativo atual, verificando como o escopo de alcance da autonomia privada mudou, alcançando a possibilidade de flexibilização procedimental para uma tutela jurisdicional justa e efetiva. Se concluiu que, enquanto no liberalismo a forma protegia a liberdade, no processo moderno a forma garante a liberdade, por essa razão, o procedimento não é mais rígido, mas alcança a liberdade por meio da adequação a prestação jurisdicional adequada à necessidade do caso concreto, que só pode ser alcançada quando a rigidez cede espaço ao valor/finalidade do processo enquanto as partes agem de maneira cooperativa com essa finalidade.

Palavras-chave: Processo civil clássico, Neoconstitucionalismo, Adequação procedimental, Tutela efetiva, Liberdade

Abstract/Resumen/Résumé

In the classical liberal State, there was a wide relationship of freedom-private autonomy embodied in contracts and in the defense of the citizen against the State, it happens that

---

[1] Bacharel em direito. Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR.

[2] Bacharel em direito. Mestrando em Direito Processual e Cidadania pela Universidade Paranaense - UNIPAR.

[3] Professora do Programa de Mestrado em Direito e Cidadania da Universidade Paranaense - UNIPAR.

freedom was not transferred to the process, which served the substantive law, with a rigid and formal procedure. On the other hand, the modern process, still privatized, has a model in the light of the neoconstitutionalist movement, aiming at the achievement of values such as isonomy, dignity, freedom and autonomy, and thus, giving the possibility of changing the procedure to achieve these rights and the search of a fair and effective process to the specific case. In this way, the work, through a bibliographic review, aimed at a comparison between the classic civil process of the liberal state and the current cooperative process, verifying how the scope of reach of private autonomy has changed, reaching the possibility of procedural flexibility for a fair and effective judicial protection. It was concluded that, while in liberalism the form protected freedom, in the modern process the form guarantees freedom, for this reason, the procedure is no longer rigid, but achieves freedom through the adequacy to the appropriate jurisdictional provision to the needs of the concrete case. , which can only be achieved when rigidity gives way to the value/purpose of the process while the parties act cooperatively for this purpose.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Classic civil procedure, Neoconstitutionalism, Procedural adequacy, Effective guardianship, freedom

INTRODUÇÃO

O processo é o meio pelo qual o jurisdicionado acessa a tutela estatal em busca da satisfação de um direito. Ocorre que o processo se altera conforme alteram-se os valores do Estado no qual esse está inserido. No Estado Liberal Clássico o processo era formalista, limitado à rigidez de seu procedimento e submetido ao direito material, o magistrado tinha por condão realizar um exercício puro de aplicação da lei ao caso e sua atuação estava restrita à tanto.

Já com a ascensão do Estado moderno a perspectiva jurídica se altera, consubstanciado nas disposições advindas da constituição, sendo que a dignidade da pessoa humana passa a ser fundamento do Estado e, por conseguinte, da prestação jurisdicional. No Estado de Direito Neoconstitucionalista, a carta magna assume um papel de preponderância sobre todo o sistema político-jurídico e o processo passa a buscar efetividade aos direitos sociais, agora fundamentais à pessoa humana, direito do cidadão e dever do Estado.

A autonomia privada era um valor fundamental no Estado Clássico e permanece sendo no Estado Neoconstitucional, ocorre que, como o processo era naquele período um sistema rígido e submetido ao direito material, tinha-se que a liberdade permanecia subordinada ao negócio jurídico de direito material, por outro lado, o processo moderno tem autonomia como ramo autônomo do direito.

Agora o processo é visto como instrumento para a consecução de valores constitucionais e da tutela de direito material, ao mesmo tempo que preserva sua independência, por essa razão, a liberdade não se exerce apenas em negócio jurídico de direito material, mas agora em negócio jurídico relativo ao direito processual.

O trabalho teve por objetivo uma comparação entre o processo civil clássico do estado liberal e o processo cooperativo atual, verificando como o escopo de alcance da autonomia privada mudou, alcançando a possibilidade de flexibilização procedimental para uma tutela jurisdicional justa e efetiva.

É nesse sentido que o trabalho por meio de uma revisão bibliográfica investiga o formalismo como forma de garantia da autonomia privada no processo civil clássico, para então verificar como o processo moderno se flexibiliza em busca de um formalismo valorativo para oferecer uma tutela jurisdicional justa e efetiva, para por fim, analisar como a autonomia privada sem imprime na flexibilização do procedimento e no negócio jurídico processual.

A pesquisa se justifica pois ao abordar o direito em sua trajetória histórica permite uma maior compreensão da construção dos institutos jurídicos no Brasil, no caso,

especificamente verificando como o escopo de alcance da autonomia privada mudou para a possibilidade de flexibilização procedimental em vista de uma tutela jurisdicional justa e efetiva.

O PROCESSO CLÁSSICO: O FORMALISMO COMO PROTEÇÃO DA LIBERDADE

Como explica Mello Júnior (2000, p. 96): "Jurisdição é uma função do Estado; função de dizer e declarar o direito aplicável a um caso concreto, essa em regra é exercida por meio do processo, seu 'instrumento'". Como a jurisdição se desenvolve depende da conjuntura do Estado em que ela está inserida.

O Estado Liberal Clássico está inserido dentro do contexto revolucionário dos séculos XVII e XVIII, tendo como principais marcos históricos a Revolução Francesa de 1789 e a Constituição dos Estados Unidos da América de 1787, as quais põem em evidência a ideia de Estado de Direito. Nesse período, marcado pela recém superação da monarquia absolutista, tinha-se a preocupação de que o poder do Estado deveria ser limitado, seja pela capacidade de intervenção na esfera privada, ou seja pelo predomínio da lei sobre o governo e seus atores, no mesmo passo em que a liberdade entre os indivíduos deveria ter a máxima autonomia e eficácia.

O processo civil clássico (formalista ou cognitivo) se desenvolve dentro do âmbito do liberalismo político, processo de caráter privatista, pois nesse período havia a ideia de que o juiz apenas deveria afirmar as palavras da lei ao caso concreto, enquanto respeitava o negócio jurídico firmado entre as partes. O liberalismo estava preocupado com a defesa da liberdade do cidadão em relação ao Estado, razão pela qual, tinha-se que para a manutenção da liberdade dos cidadãos seria essencial manter a interferência mínima do Estado em relação aos particulares.

Ou seja, o direito material era estruturado de forma a não considerar as diferentes posições sociais, pois o sentido da estrutura jurídica era dar tratamento formalmente igual aos cidadãos. O juiz tinha por propósito realizar uma cognição entre o que está escrito na lei e o caso concreto, sem abertura de espaço à interpretação do magistrado (MARINONI, 2004). O processo formalista, dotado de rigidez do procedimento e tendo a figura do juiz como mero aplicador da lei era visto como garantia da liberdade dos particulares, nesse sentido, esclarecem Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 38):

> O direito ao Poder Judiciário era pensado – dentro da lógica do direito liberal – como direito que independeria da *particular posição social ou da*

> *necessidade concreta do cidadão*. Daí o desejo de uniformidade procedimental, ou melhor, da existência de um único procedimento para atender a tudo e a todos. Não pode haver dúvida, nesse sentido, de que a ideia de um *procedimento padrão traduz a ideia contida no mito da igualdade formal, conservando em si os fundamentos da ideologia liberal*.

A liberdade era fundada na noção de que os cidadãos deveriam ter mecanismos para defenderem-se do Estado, por isso, esse não era visto como ator de transformações ou interferências sociais. Assim, a jurisdição era marcada por tutelas em regra condenatória, declaratórias e de constituição, os poderes executivos e coercitivos do magistrado eram limitados e a liberdade negocial privada impunha-se como valor fundamental.

A liberdade dos indivíduos nesse período estava ligada a questões de Direito Material, ao contrato, a disposição de direitos, a autonomia privada, a propriedade etc., não se falava na possibilidade de acordar nas relações processuais, tanto é, que como visto, esse era procedimento rígido com fins da garantia de imparcialidade. O magistrado assumia uma postura inquisitiva e as partes uma postura adversarial, restando ao final a enunciação do direito.

O Código mais marcante no movimento liberal foi o Código Civil Napoleônico de 1804, prova disso é que diversos países o adotaram como modelo para seus próprios códigos, tais como: Bélgica (1804), Áustria (1811), Holanda (1838), Bolívia (1843), Chile (1855), Itália (1865), Portugal (1867), Argentina (1869), Espanha (1889) etc (LOBINGIER, 1918, p. 128).

Esse era moldado pelas fontes do Direito Romano, mas inovador pois foi o primeiro Código Civil totalmente voltado ao direito privado. Seu conteúdo em maioria não era original, era decorrente das leis francesas existentes e dos Institutos de Justiniano, mas seu escopo e seu arranjo é o que lhe conferiram força e significado, pois organizou a legislação francesa esparsa, conflituosa e costumeira, a inserindo dentro do sistema *civil law* (LOBINGIER, 1918), o que, aliada a simplicidade e segurança jurídica, levou o Código a ter muita adesão popular (PADOA-SCHIOPPA, 2017).

O sistema judiciário francês passou por uma série de mudanças com a Revolução e a ascendência de um estado liberal. Em que pese o regime de governo de Napoleão ter sido ditatorial, em relação às leis mantinha-se um modelo liberal. Os magistrados até a revolução francesa tinham cargos vitalícios e eram ligados ao antigo regime feudal/monárquico, por isso, a legislação civil em conjunto com as reformas judiciárias se desenvolveram para garantir a liberdade do cidadão contra arbitrariedades dos magistrados/Estado e dar força ao poder executivo (governo). Após a Revolução, os cargos administrativos e judiciais foram

preenchidos por eleição, abolindo as cortes reais. Apenas com o início do regime ditatorial de Napoleão os cargos voltaram a ser preenchidos por indicação (PADOA-SCHIOPPA, 2017).

Em 1790 o sistema judiciário passa a adotar garantias ao jurisdicionado, as sentenças se tornaram públicas, as partes em processo penal deveriam ser assistidas por advogado durante todo o processo e no processo civil o cidadão poderia realizar por si próprio a defesa, houve a separação entre as funções administrativas e judiciárias e, além disso, o sistema judiciário passou a ser gratuito (RAMATI, 2020; PADOA-SCHIOPPA, 2017). Também passou a contar com sistema recursal, com corte de primeiro e segundo grau e um tribunal de cassação (FRANÇA, 2001). Bem como eram normas a proibição de tribunais de exceção, a presunção da inocência e a proteção sumária da liberdade, propriedade e igualdade (formal) (FRANÇA, 1789).

O tribunal de cassação era acessível por recurso, quando a sentença apresentava erro na aplicação da lei ou erro na interpretação, e esse era responsável por assegurar a uniformidade na interpretação da lei em todo o país, mais destinado a aumentar a certeza do direito ao invés do exame do mérito nos casos controvertidos. Havia o instituto da *Référé Législatif*, que possibilitava ao magistrado, quando em dúvida da aplicação da lei, suspender o processo e consultar o poder legislativo (PADOA-SCHIOPPA, 2017), o que evidencia sua função de aplicador da lei, não intérprete.

Havia também os promotores, os quais eram nomeados pelo poder administrativo ou governo, esses tinham por função supervisionar a aplicação da lei penal, a execução de sentenças, a conduta dos juízes e realizar o papel de acusação (PADOA-SCHIOPPA, 2017).

Ocorre que o processo não era uma relação autônoma ao Direito Material, mas se desenvolvia em razão desse. O desenvolvimento da autonomia do processo como ciência própria e como sistema de direitos autônomos só ocorre a partir do século XIX com a fase do *autonomismo* ou *processualismo* (BÜLOW, 2005).

Assim, o propósito do processo era declarar, constituir ou condenar a direitos, não construir uma solução jurídica justa em relação à direitos sociais ou fundamentais como hoje. Até mesmo que o Direito Civil era de caráter fortemente individualista, pouco trazendo proteção a grupos e camadas sociais (PADOA-SCHIOPPA, 2017). Nessa senda, não havia sentido em se falar de liberdade processual, mas apenas de liberdade negocial em âmbito contratual e liberdade em face do Estado com as garantias civis expressas no Código e na Declaração de Direitos de 1789.

A TRANSFORMAÇÃO DO PROCESSO: O FORMALISMO VALORATIVO NA BUSCA DE UMA TUTELA JUSTA E EFETIVA

O processo adversarial do Direito Processual Clássico, influenciado pelas transformações socioeconômicas à época e as transformações culturais, cedeu espaço a modelos processuais mais inquisitoriais. Ou seja, um procedimento mais publicizado, em que o juiz pode agir de ofício, impulsionar o processo, delimitar provas e seus meios, em suma, se tem uma relação triangular hierárquica, onde o magistrado está no topo e para ele o processo se dirige.

O Brasil adota um modelo processual mais rigoroso e inquisitivo, que prepondera até o CPC de 1973, onde o órgão jurisdicional assumia a função de protagonismo na relação processo-negocial. No cenário geral do ocidente, é apenas com a passagem das reformas do Estado Social para a social democracia, mais especificamente após a segunda guerra mundial, que o processo volta a assumir uma postura mais privada, ao mesmo tempo que, com a necessidade da reformulação do papel do Estado para a efetivação de Direitos Humanos, os Estados assumem a forma de Estado Democrático de Direito e o cidadão passa a ter mais autonomia processual.

Os Estados ocidentais, após a segunda guerra, começam a aderir ao movimento Neoconsticucionalista, passando a dar preponderância ao papel social desses e a busca pela defesa dos Direitos Humanos e a dignidade da pessoa humana, tendo para tanto, as cartas constitucionais um papel de fundamento de valores e de superioridade jurídica, não apenas uma carta de intenção política.

Nessa toada, o Brasil após diversas alterações sociais e normativas, promulga a constituição de 1988, apelidada de "constituição cidadã". Essa "[...] passou a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos supra positivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central" (BARROSO, 2013, p. 343).

Nesse sentido, o processo começa a passar por uma transformação, pois ao alterar o papel do Estado, seria necessário alterar os meios pelo qual o Estado dá acesso à jurisdição e ao funcionamento de seus mecanismos. Isso não poderia deixar de ser, pois uma vez que o estado objetiva monopolizar a pacificação social por meio de seu poder jurisdicional e tendo atualmente como objetivo a realização de valores constitucionais (Constituição Preâmbulo, arts. 1°, 3°, 4°, 5°, etc.), é corolário que o processo siga sentido igual, assim:

> O processo, como instrumento, serve a um fim. De modo que a sua função e estrutura dependem de seu objetivo. Isso quer dizer que a função e a estrutura do processo de conhecimento clássico são conseqüências da finalidade que lhe foi atribuída por aqueles que o moldaram. [...] o direito liberal-clássico, além de eminentemente patrimonialista, era marcado pela preocupação fundamental de delimitar rigidamente os poderes de interferência do Estado na esfera jurídica dos particulares. [...] o bem jurídico a ser protegido pelo processo pode ser reduzido a uma "coisa" dotada de valor de troca [relações negociais]. (MARINONI, 2004, p. 15).

No Estado atual o objetivo do processo passa a ser uma tutela do direito que garanta a consecução dos valores erigidos em sede da constituição. Por isso, o exercício da jurisdição está subordinado aos ditames de um Estado Democrático de Direito, onde a Constituição assume o papel de documento político-jurídico-fundamental para nortear a atuação de todo o sistema estatal e por conseguinte o exercício de sua jurisdição (CAMBI, 2008).

Nesse passo, quando o cidadão busca a tutela jurisdicional, o processo deve sempre estar submetido às diretrizes constitucionais que determinam as regras de como esse se desdobrará. O processo passa a ser um instrumento, qual seja, meio para a consecução de direitos por um procedimento capaz de oferecer uma decisão justa, efetiva e adequada.

Álvaro de Oliveira (2009, p. 09), em sua clássica definição, expõe que o processo deixa de se ater a formalidade e passa a ter um escopo de *formalismo valorativo*, ou seja, "não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação da sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas as suas finalidades primordiais". Enquanto no Estado Liberal se buscava a garantia de uma liberdade formal, no Estado hodierno se busca a garantia de uma liberdade com isonomia.

O processo, como verificado, era de mínima intervenção na autonomia de direito material das partes, por isso, não havia previsão quanto à possibilidade de celebração de convenções atípicas pelas partes (DINAMARCO, 2009) ou sequer de sua flexibilização procedimental. A noção era de que, um processo adaptável permitiria a arbitrariedade, e por isso:

> [...] de nada adiantaria "formatar" a atividade do legislador e permitir ao juiz interpretar a lei em face da realidade social. Dizia Montesquieu, então, que o julgamento deveria ser apenas um "texto exato da lei", pois de outra maneira constituiria "uma opinião particular do juiz" e, dessa forma, "viver-se-ia na sociedade sem saber precisamente os compromissos nela assumidos". (MARINONI, 2004, p. 1).

Dado que as relações fáticas são e sempre foram distintas e ao magistrado não estava permitida a adequação do procedimento e da lei ao caso concreto, nem sempre se garantia efetividade do direito material por meio do processo. Explica Marinoni (2004, p. 11) que o processo clássico:

> [...] não toma em consideração as diferentes necessidades e espécies de bens, ou mesmo pressupõe qualquer programa de proteção das posições sociais mais frágeis. Tal espécie de tutela jurisdicional, desejando apenas manter em funcionamento o mercado na perspectiva do princípio da igualdade formal, ignorava as características e as necessidades socialmente diversificadas dos contratantes, limitando-se a exprimir a equivalência das mercadorias.

Por outro lado, "[...] a transformação da sociedade e do Estado fez surgir, ao cidadão, direitos fundamentais às prestações sociais, à proteção e à participação" (MARINONI, 2004, p. 11), e mesmo ainda havendo uma grande preocupação com a delimitação dos poderes do Estado, o processo se expande para outros pontos. Enquanto no liberalismo havia a igualdade formal e o processo era usado para garantí-la, hoje o processo é usado como ferramenta para redução dessas desigualdades, assim, oferecendo as partes uma litigância equilibrada, com paridade de armas, oportunidade ampla de manifestação, inversão de ônus, delimitações claras dos direitos e deveres etc., ou seja, um processo constitucional.

Conforme esclarece Cambi (2008, p. 93), no Estado moderno:

> A relação entre a Constituição e o processo pode ser feita de maneira direta, quando a Lei Fundamental estabelece quais são os direitos e as garantias processuais fundamentais, quando estrutura as instituições essenciais à realização da justiça ou, ainda, ao estabelecer mecanismos formais de controle constitucional. Por outro lado, tal relação pode ser indireta, quando, tutelando diversamente determinado bem jurídico (por exemplo, os direitos da personalidade ou os direitos coletivos ou difusos) ou uma determinada categoria de sujeitos (crianças, adolescentes, idosos, consumidores etc), dá ensejo a que o legislador infraconstitucional preveja regras processuais específicas e para que o juiz concretize a norma jurídica no caso concreto.

Em outro sentido era o Estado Liberal e seu constitucionalismo, como especificam Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2016, p. 40):

> [...] os direitos fundamentais, no constitucionalismo liberal-burguês, eram vistos somente como direitos de defesa contra o Estado. O direito liberal se importava com a defesa da liberdade do cidadão contra as eventuais agressões da autoridade estatal e não com as diferentes necessidades sociais do grupo. O Estado não dirigia uma política destinada a garantir

> determinadas necessidades sociais, não interferindo na sociedade e no processo econômico de modo a tutelá-las.

O Estado moderno, apesar de no mesmo sentido ser fundamentado na ordem jurídica, vem de um movimento constitucionalista distinto (constitucionalismo clássico x neoconstitucionalismo). Atualmente o Estado tem por finalidade a redução das desigualdades, a justiça, a paz social, a persecução da dignidade humana e diversos direitos de cunho social.

A liberdade permanece como um direito, e mais, direito fundamental, seja essa em face do Estado ou na liberdade com outros particulares, ocorre que ela assume uma nova roupagem no processo, não apenas como liberdade em relação ao Estado/juiz, mas como liberdade de negociar o processo e procedimento pelo qual o exercício da jurisdição lhe é garantido. É uma alteração disruptiva e inovadora, a liberdade das partes em realizarem entre si negócios jurídicos processuais que vinculem a forma de atuação do juiz (quanto ao procedimento) as suas necessidades e vontades específicas no caso.

O artigo 1° do CPC afirma que: "O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código".

Assim, "[...] o neoconstitucionalismo e o neoprocessualismo servem de suporte crítico para a construção não somente de 'novas' teorias e práticas, mas sobretudo para a construção de técnicas que tornem mais efetivas, rápidas e adequadas à prestação jurisdicional" (CAMBI, 2008, p. 129), por essa razão o Código de Processo Civil (CPC) de 2015 concretiza a alteração do movimento processual referido, e aventa como princípio do processo moderno a cooperação: "Art. 6° Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva", e é nessa toada que a possibilidade de negócio jurídico como exercício da liberdade se insere.

Abandona-se o processo inquisitivo e o adversarial, e assume lugar o modelo de processo cooperativo, onde a autonomia das partes tem um papel de preponderância, o que confere efetividade ao direito material por meio de um processo adequado pois flexível às necessidades das partes e a finalidade do processo, qual é: uma tutela jurisdicional justa e efetiva.

O NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL E A FLEXIBILIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO

A autorregulamentação da vontade ou autonomia privada processual, como pontua Didier Júnior (2018), é uma das normas fundamentais do Processo Civil atual, no novo código de 2015 assume um status de princípio, e como tanto, uma novidade implícita com destacada importância. O Código de maneira explícita previu o maior número de hipóteses de negócios jurídicos típicos, permitindo, às partes, maiores poderes para condução do processo com opções já previstas, ainda não excluindo ou limitando negócios atípicos. É assim que as partes no processo assumem uma posição colaborativa, diga-se, autor e réu.

Entretanto, quer seja o magistrado, os polos, seus procuradores ou o representante do Ministério Público, todos devem perseguir uma prestação jurisdicional justa, efetiva, célere, adequada. Por essa razão a liberdade não se garante apenas ao se ter um juiz que simplesmente realiza um processo de cognição, aplicando a lei ao caso concreto como no processo formalista, mas a liberdade se exerce por meio de um processo adequado, com a participação efetiva do magistrado, das partes e de todos os que do processo fazem parte.

Outrora o juiz era "apático", hoje a defesa da liberdade se dá pelo dever de fundamentação das decisões, pela delimitação dos deveres e poderes do magistrado, pelos mecanismos recursais, pela publicidade processual etc. E a garantia de uma efetiva liberdade em um processo constitucional pelo exercício de uma tutela jurisdicional adequada à realidade fática, seja em busca da cooperação, da isonomia ou da efetivação de direitos fundamentais.

Por isso, dispõe o CPC em seu artigo 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 preencham a finalidade essencial", Ou seja, o sistema processual adota o princípio da liberdade das formas com vistas à adequação da tutela jurisdicional e a persecução de sua finalidade, não se atendo inflexivelmente ao procedimento.

E então, o artigo 190 dá aos sujeitos do processo a possibilidade de construírem um processo livre, na medida que podem negociar a tutela adequada:

> 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.

O negócio jurídico processual é uma faceta da liberdade negocial manifestada na possibilidade de alteração do processo, podendo formular negócios atípicos, conquanto que respeitem os requisitos de existência, validade e eficácia e os direitos negociados sejam disponíveis e não interfiram nos poderes do magistrado ou questões de ordem pública. Ainda há a possibilidade de firmarem as partes negócios processuais típicos, como um calendário processual (Art. 191, CPC), a suspensão do processo (Art. 313, II, CPC), a redução de prazos (Art. 222, §1°, CPC), etc.

Ou seja, o negócio jurídico processual proporciona uma nova aplicação da autonomia privada para flexibilizar o processo à vontade das partes. Outrora essa era apenas exercida em âmbito de direito material e ao acessar a jurisdição se estava adstrito à um juiz que aplicava a lei por meio de um procedimento que se desenvolvia de maneira rígida e igual/formal à todos, por outro lado, desde a ascensão do Estado moderno/neoconstitucional, a liberdade passa a ser parte do próprio processo enquanto ramo autônomo do direito que visa a satisfação de direitos materiais por meio de uma tutela efetiva e justa para a necessidade concreta das partes, portanto, conforme esclarece Redondo (2015, p. 8):

> Para a adequada aplicação da nova sistemática processual, é necessário partir-se de uma nova premissa. O objetivo do processo é a tutela do direito material, cujo titular são as partes. Por essa razão, deve-se reconhecer que os titulares de determinadas situações processuais são as próprias partes, e não o juiz ou Estado. E sendo as partes titulares, deve ser garantida, às mesmas, liberdade maior no sentido da disposição (*lato sensu*) sobre determinadas situações processuais.

Por essa razão, o juiz tem por condão apenas conferir a legalidade dos negócios firmados pelas partes, e não atuar impedindo a realização dos negócios, podendo apenas negar a aplicação do negócio se presente alguma espécie de invalidade (vício de existência ou validade, abusividade ou onerosidade) ou no caso de dispor sobre direitos indisponíveis, mantendo-se assim, a prestação jurisdicional isonômica ao não permitir que os negócios jurídicos processuais sejam fontes de desigualdade ou abuso, o que iria de encontro aos ditames constitucionais.

Portanto, a autonomia privada no processo se torna de liberdade negocial do procedimento, das regras, dos ônus e faculdades, é poder reconhecido ao sujeito enquanto qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua vontade, realizado livremente negócios jurídicos com a programação de seus efeitos (PRATA, 1982).

A flexibilização procedimental é necessária para uma tutela jurisdicional efetiva que pretende dar o constitucionalismo atual. Como bem pontua Fábio Caldas de Araújo (2018), é impossível a lei processual prever todos os procedimentos especiais necessários para dar efetividade ao direito material, no mesmo passo em que o procedimento comum é insuficiente para abarcar todas as necessidades do jurisdicionado.

O processo se torna um instrumento de liberdade visando a tutela adequada e não de rigidez em busca de uma liberdade formal como pretendia o processo civil clássico do Estado Liberal, por exemplo, é possível utilizar diferentes técnicas de diferentes procedimentos para dirigir a mesma ação, como dispõe o artigo 327 em seu parágrafo 2°:

> Art. 327. É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão [...] § 2° Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.

Ao invés de a utilização de diferentes processos para vários pedidos em face do mesmo réu enquanto se segue um procedimento específico, pode-se a parte valer de uma flexibilização do procedimento. Diferente do negócio jurídico processual, essa espécie de adequação procedimental é uma manifestação unilateral da parte, da qual caberá ao magistrado realizar um juízo de admissibilidade do pedido. A autorização do artigo 327 do CPC dá a possibilidade da utilização do processo como forma de consecução da tutela de diferentes aspectos do direito material, conforme for conveniente a vontade do autor, contanto que não gere prejuízo à parte adversa e o procedimento que se pretende adotar seja compatível com o procedimento comum.

Medina (2022) dá como exemplo a possibilidade de cumular a ação para o cumprimento de dever de fazer (Arts. 497 e 536, CPC) com ação de consignação em pagamento (Arts. 539 ss., CPC), pois, se observando como base o procedimento comum, é possível o deferimento do depósito nos termos do artigo 542, caput, I do CPC, sendo esse, uma técnica processual específica prevista no procedimento de consignação em pagamento.

O CPC ainda é claro sobre a necessidade de aproveitamento de todos os atos do processo, é o que se verifica no artigo 283 e em seu parágrafo único:

> Art. 283. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo ser praticados os que forem

> necessários a fim de se observarem as prescrições legais. Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados desde que não resulte prejuízo à defesa de qualquer parte.

Ou seja, há uma fungibilidade dos atos processuais, o que representa uma valorização da finalidade instrumental do processo em detrimento da observância da forma correta quanto a prática de determinado ato processual ou quanto a forma correta de um procedimento. Essa fungibilidade se manifesta na flexibilidade do procedimento, no aproveitamento dos atos, na valorização da finalidade e na ausência de nulidade sem prejuízo.

A MUDANÇA NO PAPEL DO MAGISTRADO

Enquanto no processo clássico, o magistrado estava proscrito de interpretar a lei, a adequação da tutela no Estado Constitucional moderno exige do juiz uma maior flexibilidade. Como pontua Fábio Caldas de Araújo (2018), o sistema processual atual confere maior poder ao juiz em relação a exegese e aplicação da lei, permitindo que ele possa preencher conceitos indeterminados ou mesmo se afastar do texto legal invocando princípios constitucionais, mas para se evitar a arbitrariedade é exigido do magistrado o dever de fundamentação de suas decisões, sejam de mérito ou interlocutórias, nos termos do artigo 489 do CPC e seus parágrafos.

Ao julgador foi conferido maiores poderes na condução do processo, como se verifica no artigo 139 do CPC, entretanto, esses são voltados ao dever de cooperação, a justiça e efetividade, por exemplo: o inciso I afirma que é dever do juiz dirigir o processo de modo a assegurar às partes a igualdade de tratamento, o que reafirma a busca por um processo justo; o inciso III, dispõe que é dever do magistrado prevenir e reprimir atos contrários à dignidade da justiça e deve ele indeferir postulações com caráter protelatório, visando assim um processo cooperativo; o inciso IV impõe como dever do magistrado determinar medidas executivas necessárias para assegurar o cumprimento da ordem judicial, ou seja, a busca por um processo efetivo;

Ainda pelo princípio da cooperação deve o magistrado seguir o dever de lealdade, esclarecimento, diálogo, prevenção, dever de auxílio (DIDIER JÚNIOR, 2013), dever de correção e urbanidade e a proibição da decisão surpresa (Art. 9° e 10, CPC). Assim, o processo deve ocorrer como uma verdadeira comunidade de trabalho, as partes com boa-fé, cooperação, exercício do contraditório, ampla defesa, negócio jurídico, flexibilização procedimental etc., trabalham para construir um processo dialético e adequado, enquanto o magistrado exerce a condução dessa dinâmica e não apenas como mero expectador de um

processo adversarial, mas como afirma Didier Júnior (2013), como construtor de um verdadeiro *processo cooperativo*, devendo se mostrar paritário na condução do processo e assimétrico na decisão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo civil do estado clássico liberal adotou um procedimento formalista para seu processo em razão do momento histórico que almejava a defesa do cidadão contra a arbitrariedade estatal e a máxima liberdade negocial em sede do direito material.

Antes de a Revolução na França, as leis variavam de província para província, em um dos polos do país imperava a lei escrita, no outro a lei costumeira, o sistema judiciário era ligado a um velho regime monárquico, os cargos eram hereditários e vitalícios e contra os cidadãos o sistema dava voz a arbitrariedades. Com a Revolução e a reforma do sistema, o processo formalista era um meio de assegurar a aplicação do direito material e de um sistema jurídico seguro pois regido por leis escritas e de subsunção minimamente exegética.

Por outro lado, o processo moderno adota um modelo de processo formalista valorativo (na terminologia de Álvaro de Oliveira) ou cooperativo (na terminologia de Didier Júnior), pois enquanto no liberalismo a forma protegia a liberdade, no processo moderno a forma garante a liberdade, por essa razão, o procedimento não é mais rígido, mas alcança a liberdade por meio da adequação a prestação jurisdicional adequada à necessidade do caso concreto, que só pode ser alcançada quando a rigidez cede espaço ao valor/finalidade do processo enquanto as partes agem de maneira cooperativa com essa finalidade.

Assim, a autonomia negocial ganha papel importante e de destaque na legislação pátria, principalmente nas normas processuais, atribuindo maior dinamismo às atividades negociais e atuando como vetor de transformação das relações normativas e procedimentais.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fábio Caldas de. Reflexões sobre a flexibilização procedimental. **Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR**, v. 3, n. 2, p. 1-30, ago., 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BÜLOW, Oskar Von. **Teoria das exceções e dos pressupostos processuais**. Tradução e notas de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas, SP: LZN, 2005.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**, n. 17, v. 2, p. 93-130, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Os três modelos de direito processual: Inquisitivo, Dispositivo e Cooperativo. **Revista do Ministério Público**, Rio de Janeiro: MPRJ, n. 49, jul./set., 2013.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. 12 ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 6 ed., v. 2. São Paulo: Malheiros, 2009.

FRANÇA. Ministère de la justice [Ministério da Justiça]. **History of the Judicial System in France**. 2001. Disponível em: https://www.legal-tools.org/doc/4d17d5/pdf/. Acesso em: 15 out. 2022.

FRANÇA. **Code Civil Des Français**. Édition Originale Ett Seule Officielle. 1804. Disponível em: https://oll-resources.s3.us-east-2.amazonaws.com/oll3/store/titles/2352/CivilCode_1565_Bk.pdf. Acesso em: 15 out. 2022.

FRANÇA. Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. 1789. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/contenu/menu/droit-national-en-vigueur/constitution/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789. Acesso em: 15 out. 2022.

LOBINGIER, Charles Sumner. Napoleon and His Code. **Harvard Law Review**, v. 32, n. 2, p. 114-134, dez., 1918. Disponível em: https://www.jstor.org/tc/accept?origin=%2Fstable%2Fpdf%2F1327640.pdf&is_image=False. Acesso em: 15 out. 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **O novo processo civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt. Do processo civil clássico à noção de direito a tutela adequada ao direito material e à realidade social. **Revista dos Tribunais**, v. 824, p. 34-60, jun. 2004.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de processo civil comentado [livro eletrônico]**. 6. ed. em e-book baseada na 8. ed. impressa. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

MELLO JÚNIOR, Adolpho C. de Andrade. Apontamentos Sobre Jurisdição Constitucional. **Revista da EMERJ**, v.3, n. 11, 2000, p. 95-109, 2000.

RAMATI, Nery. **From The French Revolution, The First Amendment And The Third Reich To Twitter And Facebook: The Impact Of Legal Histories On The Fight Against Online Extremism – Part 1: France**. 2020. Disponível em: https://www.voxpol.eu/from-the-french-revolution-the-first-amendment-and-the-third-reich-to-twitter-and-facebook-the-impact-of-legal-histories-on-the-fight-against-online-extremism-part-1-france/. Acesso em: 15 out. 2022.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro De. **Do formalismo no processo civil. Proposta de um formalismo valorativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PADOA-SCHIOPPA, Antonio. **A history of Law in Europe: From the Warly Middle Ages to The Twentieth Century**. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2017.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

REDONDO, Bruno Garcia. Negócios processuais: necessidade de rompimento radical com o sistema do CPC/1973 para a adequada compreensão da inovação do CPC/2015. **Revista Dialética de Direito Processual**, São Paulo: Dialética, n. 149, p. 09-16, ago. 2015.